

CUESTIONES Constitucionales

ISSN: 2448-4881

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Número 49, Julio-Diciembre de 2023

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

DIRECTORIO

Dra. Mónica González Contró
Directora

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
Secretario Académico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca
Coordinador de Editores de Revistas del IIJ

CRÉDITOS EDITORIALES

Miguel López Ruiz
José Isidro Saucedo González
Cuidado de la edición

Javier Mendoza Villegas
Formación en computadora

Oscar Martínez González
Roberto Zavaleta Cornejo
Apoyo editorial

Anna Karen Navarro Méndez
Gustavo Ángel Martínez Suárez
Asistentes de la revista

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.

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

CONSEJO ASESOR

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

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, núm. 49, Julio-diciembre 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 55 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: 29 de septiembre 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.	XV
--------------------	----

ARTÍCULOS DOCTRINALES

<i>Post-Soviet Political and Legal Transformations: Institutional Design of Constitutional Justice in the Commonwealth of Independent States (CIS)</i>	3
--	---

Transformaciones políticas y jurídicas postsoviéticas: diseño institucional de la justicia constitucional en la Comunidad de Estados Independientes (CEI)

Vladimir YAKUNIN
Marianna ABRÁMOVA

Desafíos de la Defensoría del Pueblo en Argentina, Colombia y Ecuador	37
---	----

Challenges of the Ombudsman's Office in Argentina, Colombia and Ecuador

Paola Andrea ACOSTA-ALVARADO

Análisis sobre la inclusión constitucional de los pueblos afro-mexicanos	69
--	----

Analysis about the Constitutional Inclusion of Afromexican Peoples

Elia AVENDAÑO VILLAFUERTE

La reelección local. Análisis jurisprudencial del caso Coahuila	103
<i>Local Reelection. Jurisprudential Analysis of the Coahuila Case</i>	
Yessica ESQUIVEL ALONSO	
Fernando HERNÁNDEZ LEAL	
La Constitución como acceso a la justicia terapéutica en la justicia penal para adolescentes. El caso del Estado de México .	133
<i>The Constitution as Access to Therapeutic Justice in Criminal Justice for Adolescents. The Case of the State of Mexico</i>	
Alejandra Marlene GÓMEZ BARRERA	
Raúl Juan CONTRERAS BUSTAMANTE	
El derecho humano a la doble instancia en el procedimiento laboral	157
<i>The Human Right to Dual Instance in Labor Proceedings</i>	
Juan Manuel GÓMEZ RODRÍGUEZ	
Rosa Ivonne TRUJILLO GARCÍA	
Comparando la protección de la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México . .	179
<i>Comparing the Protection of Gender Identity of Trans Women Deprived of Liberty in Colombia and Mexico</i>	
Iran GUERRERO ANDRADE	
Linda Alexandra RUIZ URREA	
<i>Religious Fundamentalism: A Theoretical-Constitutional Analysis</i>	209
Fundamentalismo religioso: una análise teórico-constitucional	
Rodrigo Lobato OLIVEIRA DE SOUZA	

El control de constitucionalidad: especial referencia al caso cubano (1901-1952)	263
<i>The Control of Constitutionality: Special Reference to the Cuban Case (1901-1952)</i>	
Alie PÉREZ VÉLIZ	
Olga Lisbeth CRESPO HERNÁNDEZ	
Frank MONTESINO SANTANA	
<i>Environmental Protection in the Amazon: Constitutional Dialogues for International Cooperation.</i>	289
A Proteção Ambiental na Amazônia: diálogos constitucionais para a cooperação internacional	
Milena PETTERS MELO	
Thiago BURCKHART	
El regreso de los deberes humanos	323
<i>The Return of Human Duties</i>	
José Omar SÁNCHEZ MOLINA	
El activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: un análisis de los amparos en revisión con relación al libre desarrollo de la personalidad	347
<i>The Judicial Activism of the Supreme Court of Justice of the Nation: An Analysis of amparos en revisión in Relation to the Free Development of the Personality</i>	
Andrea SANTOS VALDÉS	
La jurisprudencia en la reforma judicial mexicana de 2021 . . .	391
<i>Judicial Precedents in the Mexican Judicial Reform of 2021</i>	
José María SOBERANES DÍEZ	

El abuso de la suspensión del acto reclamado por razones políticas: elementos para atenuarlo	423
<i>The Abuse of the Suspension of the Act Claimed for Political Reasons: Elements to Attenuate it</i>	
Félix VÁZQUEZ ACUÑA	
El lugar del derecho comparado en la despenalización del aborto en el sur global	457
<i>The Place of Comparative Law in the Decriminalization of Abortion in the Global South</i>	
Tania Giovanna VIVAS-BARRERA	

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

<i>Albert y otros contra Hungría: el Tribunal de Estrasburgo frente a la limitación de los derechos de participación corporativa</i>	491
<i>Albert and Others v. Hungary: The Strasbourg Court Facing the Limitation of Corporate Participation Rights</i>	
Gustavo GARDUÑO DOMÍNGUEZ	
La figura de las repreguntas: un mecanismo epistemológico necesario para la debida integración de la prueba pericial en el juicio de amparo	505
<i>Cross-Examination: A Necessary Epistemological Mechanism for the Successful Integration of the Expert Evidence in the Amparo Trial</i>	
Verónica Lorena OSORNIO PLATA	

COMENTARIOS LEGISLATIVOS

- Reflexiones sobre la abrogación de la Ley de Delitos de Imprenta en México 527

Reflections on México's Printing Crimes Law

Carolina Itzel PALACIOS FARFÁN

- Apuntes constitucionales sobre el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares 537

Constitutional Notes on Mexico's Code of Civil and Family Procedures

Óscar VÁZQUEZ CARDOZO

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

- Castro Trauslen Regina, Corzo Sosa, Edgar y Vargas Vera, Georgina, (2021), *El papel del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 152 pp. 549

Alfonso MENDOZA JUÁREZ

- Estrada Marún, José Antonio y Zamora Valadez, Carlos Eulalio, (2021), *Los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares. Una agenda a debate*, Tirant lo Blanch, 360 pp. . . 553

Mara Itzel MARCELINO DOMÍNGUEZ



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

EDITORIAL

Con este nuevo número que tendrá el lector en sus manos, el 49, nos encontramos a un año de los 25 que sumará esta publicación periódica desde que apareció. El contenido de este número mantiene la extensión e importancia de los temas contenidos en números anteriores, ya que está compuesto por 15 artículos doctrinarios, dos comentarios jurisprudenciales, dos comentarios legislativos y dos reseñas bibliográficas.

Los artículos doctrinarios que se publican reflejan diversos temas, los que agrupamos para efectos de exposición del contenido general de este número, cuyos textos mayoritarios son los que abordan aspectos sobre derechos humanos, pero también tenemos contenidos relacionados con la justicia constitucional, las fuentes del derecho y la materia electoral.

Por lo que hace a los textos relacionados con derechos humanos, el lector encontrará reflexiones en torno a diversos temas específicos. Ahí tenemos el análisis de la despenalización del aborto que se ha abierto recientemente en las decisiones de la Corte constitucional colombiana, la que hace 30 años aceptó la despenalización del aborto con base en las sentencias de otros tribunales de la región.

El derecho humano a la doble instancia también es objeto de análisis, en un artículo en el cual desde el ámbito laboral se busca incluir este derecho humano a recurrir una resolución ante un tribunal o juez superior, con base en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en la reciente reforma laboral constitucional.

Un tema de gran actualidad en derechos humanos es, sin duda, la identidad de género, la cual es producto de diversas reflexiones en un artículo en el que se muestra cómo se protegen los derechos de las mujeres trans que han sido privadas de su libertad, en particular al momento de su asignación carcelaria, tanto en Colombia como en México.

El fundamentalismo religioso es analizado a la luz del derecho humano a la libertad religiosa planteándose la necesidad de su armonización con otros derechos, así como su reconocimiento como una estrategia de control político, para no cruzar las fronteras del moderno liberalismo constitucional.

Otro derecho humano que particularmente ha sido enriquecido y desarrollado por las resoluciones judiciales es el libre desarrollo de la personalidad, el cual es analizado en un artículo en el cual se busca estudiar si el activismo judicial en torno a este derecho protege los derechos humanos y contribuye al fortalecimiento del Estado constitucional.

El lector igualmente encontrará un artículo en el que se marca el exceso de derechos humanos y la correspondiente ausencia de los deberes humanos, para lo cual se distinguen los deberes de otras categorías jurídicas y se hace una propuesta para contar con un catálogo de deberes humanos que pudieran incorporarse a la Constitución mexicana.

Dentro de este mismo primer apartado temático encontramos dos artículos relacionados con el análisis constitucional de los grupos en situación de vulnerabilidad. Así, en uno de ellos se expone lo que significó la inclusión de los pueblos africanos en el texto constitucional, contrastándolo con los criterios de igualdad emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En otro, se entra al estudio de la justicia juvenil bajo los principios de reintegración familiar y social, exponiendo un caso en un centro de integración juvenil, en donde se realizan actividades encaminadas a adquirir y fortalecer las habilidades sociales, de autocambio cognitivo y solución de problemas.

En lo que corresponde al tema de la justicia constitucional encontramos un texto que aborda la manera en que los Estados independientes, dentro de la *Commonwealth* que siguió a la caída de la república soviética, han formado las instituciones de justicia constitucional, en especial en Moldova y Ucrania, comparándolas con el modelo ruso producto de la reforma constitucional de 2020, y analizando el grado de vinculación de esta justicia con las cuestiones políticas.

En otro artículo se abordan las instituciones nacionales de derechos humanos, las que en Argentina, Colombia y Ecuador reciben el nombre de Defensoría del Pueblo, y se expone su configuración institucional, el alcance real de su trabajo y a partir de ahí los desafíos que tienen para constituirse como instituciones puente entre el Estado y la ciudadanía.

En un artículo diferente se expone la evolución del control de constitucionalidad en Cuba, la cual es producto de diferentes modelos; uno, la Constitución de 1901 con la influencia del modelo americano, y otro, el modelo europeo pero de 1940, toda vez que se creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales como sala especializada dentro del Poder Judicial.

La institución del juicio de amparo también es objeto de análisis en un artículo en el cual se aborda el abuso de la suspensión del acto reclamado como obstáculo a las acciones del gobierno, por ejemplo la construcción del aeropuerto de Santa Lucía, a la luz de tres nociones interesantes: el interés legítimo, la necesidad del daño inminente y el perjuicio al interés social.

Por último, en cuanto a este segundo tema, la protección del medio ambiente constituyó motivo de preocupación en otro artículo, en el cual con base en el constitucionalismo ambiental protector en los países del Amazonas se busca identificar si hay un lenguaje común en las Constituciones en relación con esta protección ambiental y el aumento de la cooperación internacional.

Por lo que hace al tema de las fuentes del derecho, ofrecemos un artículo en el que se analiza la jurisprudencia a la luz de los cambios producidos por la reforma constitucional de 2021, en particular en relación con la forma de expresar los precedentes y las reglas para que un criterio judicial sea obligatorio.


Por último, la materia electoral también es motivo de reflexiones en este número, toda vez que en un artículo se aborda la institución de la reelección en el ámbito municipal en el Estado de Coahuila de Zaragoza, con base en aspectos históricos, el marco normativo y algunas sentencias emitidas por el Tribunal Electoral estatal.

En la sección de comentarios jurisprudenciales se encuentra un texto en el cual se analiza la sentencia del Tribunal de Estrasurgo *Albert y otros contra Hungría*, en la cual se aborda el tema de los derechos de participación corporativa, y otro texto más en el que se analiza críticamente la jurisprudencia conforme a la cual las partes en el juicio de amparo no pueden formular repreguntas al perito o a los peritos una vez que han rendido su dictamen, lo que podría afectar el derecho de defensa de las partes, al tiempo que se disminuirían los poderes probatorios del juez de amparo.

En cuanto a los comentarios legislativos, en este número 49 aparecen dos; uno de ellos relacionado con el nuevo Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, ya que desde el punto de vista constitucional tiene una relevancia tanto por lo que hace al federalismo como por la nueva configuración procesal que establece. El otro comentario tiene que ver con la reciente abrogación de la Ley de Delitos de Imprenta, la cual ha sido un parteaguas en el ejercicio de la libertad de expresión, por lo que resulta conveniente ver lo que regulaba y el entendimiento de su abrogación.

Ya, por último, en la sección de reseñas bibliográficas encontrará el lector los comentarios que se vierten sobre la obra *El papel del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, así como del libro *Los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares. Una agenda a debate*.

Como podrá constatarse, se tiene un número con un amplio contenido que refleja algunas de las cuestiones constitucionales por las que actualmente estamos pasando. El lector no debe obviar que el derecho constitucional de nuestro tiempo es cada vez más dinámico, en el que el texto constitucional está poniéndose a prueba frente a las nuevas realidades sociales que se están construyendo, las que demandan de toda la actividad y creatividad de diversas instituciones y órganos constitucionales, principalmente de los tradicionales órganos del Poder, como el órgano legislativo al emitir una nueva ley o reformar una ya publicada, o bien actuando como órgano revisor de la Constitución, lo mismo del órgano judicial, especialmente del federal, al resolver los cuestionamientos que se le presentan. Continuamos siendo una sociedad conflictiva que ve la solución a muchos de sus problemas acudiendo al Poder Judicial, cuando buena parte de la solución puede estar en el actuar correcto de la autoridad, pero, al mismo tiempo, también en la actitud positiva y respetuosa de los individuos. Al Poder Ejecutivo le corresponden asimismo obligaciones constitucionales que debe respetar y, sobre todo, procurar, actuando dentro del marco de ellas y constituyendo un ejemplo a seguir por instituciones y sociedad en la aplicación de la ley y la Constitución.

Con el contenido de este número 49 esperamos que el lector tenga más referencias a las cuales acudir para contribuir al mejor entendimiento del derecho constitucional en nuestros días, en el que ya no es ajeno a lo que se vive en la sociedad, sino que es origen y destino de lo que en ella vivimos. 

ARTÍCULOS DOCTRINALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Post-Soviet Political and Legal Transformations: Institutional Design of Constitutional Justice in the Commonwealth of Independent States (CIS)

Transformaciones políticas y jurídicas postsoviéticas: diseño institucional de la justicia constitucional en la Comunidad de Estados Independientes (CEI)

Recepción: 3 de febrero de 2022

Aceptación: 25 de enero de 2023

Vladimir YAKUNIN*

Marianna ABRÁMOVA**

ABSTRACT: After examining the manner in which constitutional justice bodies are formed in the Commonwealth of Independent States (CIS) and the scope of their powers, the author analyzes constitutional justice models of Moldova and Ukraine. These are later compared with the Russian model, with a focus on Russia's 2020 constitutional reform. The author concludes by pointing out an innate contradiction in the institution of constitutional justice – the fact that it is, generally, extremely difficult to decouple it from the “political”. In the CIS countries the degree to which constitutional justice is entangled with politics is greater than anywhere else. This is explained by the conditions of political transit and the phenomenon of neopatrimonialism.

RESUMEN: Después de examinar la manera de que los órganos de justicia constitucional están formados en la Comunidad de Estados Independientes (CEI) y el alcance de sus poderes, el autor analiza los modelos de justicia constitucional de Moldova y Ucrania. Éstos se comparan más tarde con el modelo ruso, con un enfoque en la reforma constitucional en Rusia de 2020. El autor señala una contradicción innata en la institución de la justicia constitucional: el hecho de que, es extremadamente difícil disociarla de lo “político”. En la CEI el grado en que la justicia constitucional está entrelazada con la política es mayor que en ningún otro lugar. Esto se explica por las condiciones del tránsito político y el fenómeno del neopatrimonialismo.

* Doctor en ciencias políticas; profesor de la cátedra de política estatal en la Universidad Estatal de Moscú (Lomonósov), Rusia. ORCID: 0000-0003-0006-1252, gospolitika_msu@mail.ru.

** Ph. D. en historia; docente en la Universidad Estatal de Moscú (Lomonósov), Rusia. ORCID: 0000-0003-3367-1938, abramova-m@mail.ru.

Keywords: *Constitution, Constitutional Court, CIS, political transit, constitutional justice.*

Palabras clave: Constitución, Tribunal Constitucional, CEI, tránsito político, justicia constitucional.

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Democratic potential of CIS Constitutions.* III. *Constitutional justice bodies in CIS states: formation and powers.* IV. *Constitutional Courts as part of political transit (cases of Moldova and Ukraine).* V. *The Russian model of constitutional justice and the 2020 constitutional amendments.* VI. *Conclusion.* VII. *Bibliography.*

The state, existing as a social reality independent of law, creates the law and then subjects itself to it, voluntarily as it were. Only then is it a state governed by law, a Rechtsstaat.

(Hans Kelsen. *Pure Theory of Law*)

I. INTRODUCTION

In 1991, following the collapse of the Soviet Union, the Commonwealth of Independent States was established.¹ By the time they gained independence, the former Soviet republics that formed the CIS already had some experience of state-building. However, since this experience was a product of the Soviet times, a need arose to forge an institutional framework for the new system of relations between the republics. With the rejection of the socialist model, the construction of new state systems was accompanied by an influx of Western ideas and expertise of constitutional development into the CIS, including the principle of separation of powers, the idea of political and ideological diversity, and the notion that rule of law invariably requires the creation of a body responsible for constitutional justice (Becerra Ramirez, 1992). In shaping the institutional design of a new state, a major challenge has always been – and still remains – to find a proper

¹ At present, the CIS has ten member-states: Russia, Kazakhstan, Belarus, Armenia, Moldova, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Tajikistan, Azerbaijan and Turkmenistan. While officially not a member of the alliance as it has not ratified the CIS Charter, Ukraine remains a Founding State and an associate member of the CIS (the eleventh member).

balance between constitutional mechanisms that protect individual human rights and the interest of the general public. The critical nature of this issue is well illustrated in the works of prominent Mexican and other academics that analyze the Latin American experience (Ferrer Mac-Gregor, 2009; Hachem, 2011; Viciano Pastor y Martínez Dalmau, 2012; Tavares, 2012; Ferrajoli, 2018; Uribe Arzate, 2019).

Almost all CIS countries have adopted the European model of constitutional justice, establishing specialized independent judicial (Russia, Moldova, Armenia, Ukraine, Kyrgyzstan, Uzbekistan, Belarus, Azerbaijan, Tajikistan) or quasi-judicial (Kazakhstan) bodies to deal with matters of constitutional control. The only exception is Turkmenistan, where the Parliament exercises non-judicial constitutional control.

This paper attempts a comparative study of the models represented by the CIS states and, based on that, answer the following questions: does the process by which this institution is established affect its ability to carry out independent decision-making? Which of the powers exercised by constitutional justice bodies drive their increased involvement in politics? How effective is constitutional control exercised in the context of political transit? Can constitutional justice ensure the construction of an independent democratic state with a stable rule of law in a world undergoing globalization? What aspects of legal and political culture have the greatest influence on the formation of post-Soviet institutional design of judicial review?

These questions have long preoccupied the scientific community (Belamy, 2007; Albert, 2019). Legal professionals explore the effectiveness of the separation of powers doctrine and analyze the experience of individual countries. Based on that research, they conclude that, in practical terms, there are multiple different models of the separation of powers (Corvalan, 2015; Olivares, 2018). Since recently, experts have turned to the idea that a formal legal approach is insufficient with respect to constitutional studies, because the mere existence of a court decision on a constitutional justice issue does not ensure by itself that the state will move along a democratic path and uphold the rule of law (Nino, 1996; Barak, 2002; Mendes, 2013). What is more, the experiences of post-Soviet states often indicate that the contrary is true – for example, in Moldova (in 2018 and 2021) and Ukraine (in 2010 and 2020) some of the decisions made by constitutional justice bodies actually exacerbated the existing political crises.

Around the world, there is discourse about democracy being in deep crisis, generally described as “the erosion of democracy”, “the rejection of democracy”, “democratic fatigue”, or “democracy by force” (Criado de Diego, 2012; Ginsburg and Huq, 2018; Przeworski, 2019). The new challenges of modernity intensify these contradictions, raising the very issue of the legitimacy of constitutional justice (Gargarella, 2014; Levitski y Zibblatt, 2018; Mounk, 2018). Hungarian experts Sajó András and Uitz Renáta write that judges deprive people of their right to self-government, as law-making is the monopoly of the legislature, judicial legislation is simply a usurpation of power: judges are not elected and do not have the necessary legitimacy to overrule legislation (Sajó and Uitz, 2017, p. 453).

There is truth to the vision put forward by Roberto Gargarella, who writes: “fundamental constitutional matters need to be decided, examined and re-examined through collective dialogic agreements... judicial decisions cannot reproduce or “mimic”, in any significant way, a collective conversation among the people – this is to say, a collective dialogue where the citizenry plays the central role” (Gargarella, 2021, p. 375).

The author of the paper, therefore, endeavors to examine these processes using the data and experiences of the CIS states.

II. DEMOCRATIC POTENTIAL OF CIS’ MEMBER-STATES CONSTITUTIONS

After gaining independence in the 1990s, all CIS countries adopted new constitutions: Turkmenistan and Uzbekistan in 1992; Russia and Kyrgyzstan in 1993; Belarus, Moldova and Tajikistan in 1994; Kazakhstan, Armenia, Georgia and Azerbaijan in 1995; and Ukraine in 1996. Under these new constitutions, it is established that all the CIS countries are democratic, law-governed, secular, social states with a republican form of government. The constitutions of Turkmenistan (art. 2)² and Moldova (art. 11)³ define these states as permanently neutral, something that has become a new progressive constitutional norm.

² *Constitution of the Republic of Turkmenistan*. Available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31337929#pos=319;-44 (accessed on: June 11, 2021).

³ *Constitution of the Republic of Moldova*. Available at: <https://presedinte.md/rus/>

However, despite all the similarities, the CIS countries vary considerably in the overall level of respect for and protection of human and civil rights and freedoms, as well as in the degree to which certain rights and freedoms are upheld, especially in the socioeconomic domain. The reasons for this include under-developed economy, corruption, political neo-patrimonialism (Erdmann and Engel, 2007; Bach, 2011), and a low level of overall legal awareness. These aspects of post-Soviet economy and political culture also helped shape the institutional design of the CIS countries. Constitutional development in these states is highly dynamic, and the numerous laws that are adopted often come into conflict with the new constitutions, contain gaps, loopholes, etc. (Abramova and Vilisov, 2020, pp. 5-6). This can be explained by the lawmakers' lack of experience in regulating a society that operates in an environment of political and ideological pluralism, general lack of knowledge in any particular area or political expediency. For these reasons, starting from 1996, many of the CIS countries have either passed constitutional amendments or had complete overhauls of their constitutions. Some of the most serious constitutional reforms took place in the period from 2001 to 2016. In 2020, Russia's Constitution received a number of important amendments. Kyrgyzstan adopted a new Constitution in 2021, which handed greater powers to the presidency.

This kind of constitutional dynamics, triggered by the political transit from socialist system to post-Soviet democratic regime, became the key objective factor motivating these states to draw from global knowledge and experience of establishing and managing constitutional justice bodies. Post-Soviet political transit has been sustaining an environment in which the democratic potential embodied in CIS Constitutions can be tapped into and developed with minimal risks only in the presence of an institution entrusted with constitutional justice. Under the Russian legal system, constitutional control is interpreted as "activities to review, identify, recognize and eliminate any inconsistencies with the nation's constitution that can be found in the legislation or in the activities of various state bodies, individuals and legal entities authorized by the state to exercise power on behalf of the state; the goal of these activities is to rectify any such inconsistencies" (Kozhevnikov, 2013, p. 61).

titul5 (accessed on: June 11, 2021).

III. CONSTITUTIONAL JUSTICE BODIES IN CIS STATES: FORMATION AND POWERS

The formation and development of constitutional justice in the post-Soviet states is a long process involving several stages.

During the 1988-1990 reform of the Soviet system of government, the republics of the USSR planned to establish specialized bodies, known as Committees of Constitutional Supervision, to ensure consistency between the legislation adopted by state bodies and public organizations and the norms enshrined in the Constitution of the USSR.⁴ These committees could issue recommendations to any such body prompting it to remove the provisions that conflicted with the Constitution. However, it was the issuing body that had the authority to amend or revoke the norm in question. Committees also had veto power over certain categories of laws and the right of legislative initiative. Due to the collapse of the Soviet Union, these Committees were short-lived.

The next stage was the adoption of new, post-Soviet Constitutions across the CIS.⁵ It was enshrined in these documents that constitutional justice is exercised by various state bodies and officials. Currently, in most countries of the CIS, the functions of constitutional supervision are entrusted to special judicial bodies – Constitutional Courts. The only exceptions are Kazakhstan, Kyrgyzstan and Turkmenistan. In Kazakhstan, since 1996, constitutional justice has been carried out by the Constitutional Council, which replaced the Constitutional Court as a result of the political reforms of 1993. The Council is not part of the judiciary but is a state body that ensures the supremacy of the Constitution on the territory of Kazakhstan. In Kyrgyzstan, the 2013 reform replaced a separate body (the Constitutional Court) with the Constitutional Chamber of the Supreme Court, incorporating constitutional justice into the system of general jurisdiction courts.⁶ Turkmenistan took a fundamentally different approach, entrusting

⁴ Law of the USSR N 974-I of December 23, 1989, “*On Constitutional Supervision in the USSR*” (enacted on January 1, 1990). Available at: <http://www.zaki.ru/pagesnew.php?id=1747> (accessed on: July 8, 2021).

⁵ In that sense, Russia stands out among all post-Soviet republics: the Constitutional Court was formed in less than a year (December 1990 to October 1991), which means it was active before the new Constitution of the Russian Federation was adopted in 1993.

⁶ A similar model can be observed in Costa Rica, Estonia and Taiwan, for example, where a special chamber of the Supreme Court is charged with constitutional justice.

constitutional justice to the Mejlis (the Assembly) – the lower house of the Parliament, which is responsible for assessing the compliance of laws and regulations with the article 81 of the Constitution.⁷

Most CIS countries adopted special laws on the constitutional court. In Moldova, Azerbaijan, Ukraine and Russia, these laws have undergone significant change over the past few years. New laws were adopted in Tajikistan and Belarus (2014), Uzbekistan (2017), and Armenia (2018). These laws hold a special status of constitutional laws in Armenia, Kyrgyzstan, Kazakhstan, Russia, Tajikistan and Uzbekistan;⁸ in Moldova they have the status of organic laws;⁹ and in the rest of the CIS countries these are common laws,¹⁰ Moldova is the only member-state of the CIS to have a Constitutional Jurisdiction Code, which establishes the operating

⁷ *Constitution of the Republic of Turkmenistan*. Available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31337929#pos=319;-44 (accessed on: June 11, 2021).

⁸ *Constitutional Law of the Republic of Armenia of January 17, 2018, "On the Constitutional Court"*. Available at: https://www.concourt.am/russian/law_cc/index.htm#3 (accessed on: July 8, 2021); *Constitutional Law of the Kyrgyz Republic of July 9, 2008, No. 141, "On the status of judges of the Kyrgyz Republic"*. Available at: <http://kenesh.sot.kg/post/konstitutsionnyj-zakon-kyrgyzskoj-respubliki-o-statuse-sudej-kyrgyzskoj-respubliki> (accessed on: July 8, 2021); *Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of December 29, 1995, No. 2737 "On the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan"*. Available at: <http://ksrk.gov.kz/ru/article/konstitucionnyy-zakon-rk-o-konstitucionnom-sovete-rk> (accessed on: July 8, 2021); *Constitutional Law of the Republic of Tajikistan No. 1083 of July 26, 2014 "On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan"*. Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31598428 (accessed on: July 8, 2021); *Federal Constitutional Law of 21.07.1994 N 1-FKZ (09.11.2020) "On the Constitutional Court of the Russian Federation"*. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/ (accessed on: July 8, 2021); *Constitutional Law of the Republic of Uzbekistan of 2017, "On the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan"*. Available at: <https://lex.uz/docs/3221765> (accessed on: July 8, 2021).

⁹ *Law of the Republic of Moldova No. 317-XIII of December 13, 1994, "On the Constitutional Court"*. Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30530199 (accessed on: July 8, 2021).

¹⁰ *Law of Ukraine on the Constitutional Court. Vedomosti Verkhovnoy Rady*, (2017), 35: 376. Available at: <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text> (accessed on: July 8, 2021); *Law of the Republic of Belarus of January 8, 2014, № 124-Z, "On Constitutional Proceedings"*. Available at: <http://www.kc.gov.by/document-35203> (accessed on: July 8, 2021); *Law of the Republic of Azerbaijan of December 23, 2003, No. 561-IIQ, "On Constitutional Court"*. Available at: https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30597407 (accessed on: July 8, 2021).

principles and powers of the Constitutional Court.¹¹ Given the complicated procedure for the adoption and amendment of constitutional and organic laws, it can be argued that this type of regulation of constitutional justice bodies provides an additional guarantee of their supremacy in a number of CIS states.

Special laws on Constitutional Courts in the CIS are very similar in substance, which is explained by their goals and overall nature. They clarify constitutional norms that regulate the composition and structure of these courts, the procedure of their formation, the status of constitutional judges, the guarantees provided to the courts and the powers they are entrusted with, as well as the principles of constitutional proceedings. This has to do with the influence of the European model of constitutional justice and general legal traditions.

But these laws have significant differences, too, in terms of how they are drafted. These differences largely concern whether, in these laws, substantive and procedural aspects in the functioning of constitutional courts are regulated separately or as part of a whole; the extent to which legislation on the status of judges and the judicial system are applied to them; and the role assigned to the rules of the Constitutional Court.

In terms of the powers and competencies of these bodies, they largely carry out traditional preliminary constitutional control, interpret the Constitution and assess whether established constitutional procedures for the impeachment of the president are observed in the CIS countries where these procedures are stipulated by law (Kazakhstan, Russia). The Constitutional Court of Tajikistan makes these assessments in case of high treason by the president of the country.¹² Not all of the CIS states have subsequent constitutional control and the institution of constitutional complaints lodged by citizens.

A number of post-Soviet republics have entrusted these bodies with additional powers. Among all of the CIS states, the constitutional justice body in Moldova has the broadest powers: it confirms the results of elections and nationwide referenda, assess the constitutionality of parties,

¹¹ *Constitutional Jurisdiction Code of Moldova* No. 502-XIII of 16.06.1995. Available at: <https://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/CodJC.rus.pdf> (accessed on March 15, 2021).

¹² Art. 34 *Constitutional Law of the Republic of Tajikistan No. 1083 of July 26, 2014, "On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan"*. Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31598428 (accessed on: July 8, 2021).

ascertains the circumstances justifying the dissolution of the Parliament, the removal of the President of the Republic of Moldova or the interim office of the President, as well as the impossibility of the President of the Republic of Moldova to fully exercise his/her functional duties for more than 60 days.¹³ In Russia, in addition to its conventional powers, the Constitutional Court also considers constitutional compliance of the bills submitted by parliaments of the constituent entities of the Federation, as well as secondary legislation of the President and the Government of Russia. In Tajikistan, the Constitutional Court also has the right to verify the constitutionality of acts of the executive power and local self-government bodies, as well as to interpret the content of plenary session of the Supreme Court and the Supreme Economic Court. Furthermore, it can carry out constitutional justice of draft amendments to the Constitution of the Republic of Tajikistan, draft laws and other issues submitted to nationwide referendums, as well as disputes between state authorities regarding their powers.¹⁴ The Constitutional Council of Kazakhstan is somewhat limited in its powers: in event of a dispute, it decides whether a Presidential election or a referendum are valid.¹⁵

Across the CIS, all countries share common principles of constitutional proceedings, which are collegiality, equality, and publicity.¹⁶ Belarus also added the principle of competition between the parties and the presumption of constitutionality.¹⁷ Courts make rulings and issue opinions.

Thus, despite a shared legal past, post-Soviet states demonstrate some diversity in terms of organizing and administering constitutional

¹³ Art. 4 *Law of the Republic of Moldova No. 317-XIII of December 13, 1994 "On the Constitutional Court"*. Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30530199 (accessed on: July 8, 2021).

¹⁴ Art. 34 *Constitutional Law of the Republic of Tajikistan No. 1083 of July 26, 2014, "On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan"*. Available at: https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31598428 (accessed on: July 8, 2021).

¹⁵ Art. 17 *Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of December 29, 1995, No. 2737, "On the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan"*. Available at: <http://ksrk.gov.kz/ru/article/konstitucionnyy-zakon-rk-o-konstitucionnom-sovete-rk> (accessed on: July 8, 2021).

¹⁶ See, for example, Arts. 33-35 *Constitutional Law of the Republic of Armenia of January 17, 2018, "On the Constitutional Court"*. Available at: https://www.concourt.am/russian/law_cc/index.htm (accessed on: July 8, 2021).

¹⁷ Art. 8, Art. 13 *Law of the Republic of Belarus of January 8, 2014, No. 124-Z, "On Constitutional Proceedings"*. Available at: <http://www.kc.gov.by/document-35203> (accessed on: July 8, 2021).

justice. Most of the CIS countries tend towards the so-called European model of constitutional justice. In general, the post-Soviet model of constitutional justice can be described as mixed (hybrid), as it combines the characteristics of both the Austrian (Russia, Tajikistan and others) and the French (Kazakhstan) models.

The issue of appointing (electing) judges of the constitutional courts remains a critical and contentious aspect of post-Soviet institutional design. The way by which these bodies are formed directly affects the degree of their independence from other branches of power, therefore it is very important to consider the peculiarities of their development in different CIS countries.

In Belarus and Kazakhstan, the President and the Parliament are directly involved in setting up constitutional justice bodies. The Constitutional Court of Belarus consists of twelve judges: six are appointed by the President, and the rest by the upper house of the Parliament – the Council of the Republic. At the same time, the President directly participates in the formation of the upper house of the Parliament and appoints eight members of the Council of the Republic.¹⁸ The Chairman of the Constitutional Court is also appointed by the President with the consent of the Council of the Republic.¹⁹

In Kazakhstan, the President appoints two members of the Constitutional Council and its Chairman.²⁰ In other words, in Belarus and Kazakhstan, the President plays a definitive role in the formation of constitutional justice bodies.

In Azerbaijan, Russia, Tajikistan and Uzbekistan, the President and the Parliament also take part in organizing Constitutional Courts. However, the role of the President in these countries is much less noticeable, as he is not authorized to independently appoint officials to positions in constitutional justice bodies. The President submits candidates for judges to the Parliament, which then votes in favor of or against the individuals proposed. The candidate that receives more than half of the votes gets the nomination. On the one hand, this method assigns the leading role

¹⁸ Art. 91 *Constitution of the Republic of Belarus*. Available at: <http://law.by/document/?guid=3871&p0=V19402875e> (accessed on: June 11, 2021).

¹⁹ Art. 84 *Constitution of the Republic of Belarus*. Available at: <http://law.by/document/?guid=3871&p0=V19402875e> (accessed on: June 11, 2021).

²⁰ Arts. 58, 59 *Constitution of the Republic of Kazakhstan*. Available at: http://www.akorda.kz/en/official_documents/constitution (accessed on: June 11, 2021).

to the representative body, which can either approve or dismiss the proposed candidate – on the other hand, the parliament cannot independently select and appoint an official to the Constitutional Court. This procedure applies to judges, Chairman and Deputy Chairman of the Constitutional Courts in Tajikistan²¹ and Russia.²² In Azerbaijan, the President appoints the Chairman and Deputy Chairman of the Constitutional Court, which reinforces his role of in the shaping of the constitutional justice body.²³ Overall, in the models described above, the head of state plays the leading role in the process of forming the bodies responsible for constitutional supervision.

The model of Kyrgyzstan has to be discussed separately, as it stands out among all CIS countries. Constitutional justice in Kyrgyzstan is exercised by the Constitutional Chamber of the Supreme Court, which is comprised of eleven judges.²⁴ Judges are voted in by the Parliament from candidates nominated by the President, with gender representation being one of the factors – no more than seventy percent of judges can be of the same sex. The President makes his nominations based on the results of a special competition held by the Council for the Selection of Judges.²⁵ Constitutional Chamber judges are elected for the first time for a term of seven years, and after that – until they reach the age limit established by the Constitution.²⁶ From among its judges, the Constitutional Chamber elects a Chairman and a Deputy Chairman for a term of three years.²⁷

²¹ Art. 6 *Constitution of the Republic of Tajikistan*. Available at: <https://www.mfa.tj/ru/main/tadzhikistan/konstitutsiya> (accessed on: June 13, 2021).

²² Art. 102 *Constitution of the Russian Federation*. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/97ecab658ead741720b5999f905a4e0cb20c024a/ (accessed on June 11, 2021).

²³ Art. 109 *Constitution of the Republic of Azerbaijan*. Available at: <https://static.president.az/media/W1siZiIsIjIwMTkvMTIvMDQvNjdvbW8wNTJ2bF9rb25zdHV0aXN5YV9ydXNfdXBkYXRILnBkZiJdXQ?sha=6f0a333c8a816eee> (accessed on: June 11, 2021).

²⁴ Art. 95 *Constitution of the Republic of Kyrgyzstan*. Available at: <https://www.gov.kg/ru/p/constitution> (accessed on: June 11, 2021).

²⁵ Art. 15 *Constitutional Law of the Kyrgyz Republic of July 9, 2008, No. 141 “On the Status of Judges of the Kyrgyz Republic”*. Available at: <http://kenesh.sot.kg/post/konstitutsionnyj-zakon-kyrgyzskoj-respubliki-o-statuse-sudej-kyrgyzskoj-respubliki> (accessed on: July 8, 2021).

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ Art. 97 *Constitution of the Republic of Kyrgyzstan*. Available at: <https://www.gov.kg/ru/p/constitution> (accessed on: June 11, 2021).

It should be noted that seven members of the Constitutional Court of Uzbekistan, while elected by the upper house of the Parliament by a majority vote after being nominated by the President from among political and legal experts, are recommended by the Supreme Judicial Council of Uzbekistan (including a quota for a representative from the Republic of Karakalpakstan).²⁸ The judges are appointed for a term of five years. Like in Kyrgyzstan, the Constitutional Court of Uzbekistan has the right to elect its Chairman and Deputy Chairman independently.

Therefore, unlike in the models of Azerbaijan, Russia and Tajikistan, in Kyrgyzstan and Uzbekistan, the President's right to nominate candidates for office in the constitutional justice body is limited through involvement of the legal community, and these institutions can elect their own leadership. It appears that this approach to forming constitutional justice bodies introduces new democratic practices to the institutional design observed in the nations of the former Soviet Union. However, does this guaranteed independence in the decision-making of the judges?

In Moldova and Ukraine, representatives of the judiciary are also involved – not on the basis of competency, but through quotas. For example, the Constitutional Court of Moldova consists of six judges appointed for six-year terms: two are appointed by the Parliament, another two by the Government, and the final two by the Superior Council of Magistrates.²⁹ The latter is an independent self-regulating body for the judiciary of Moldova; it facilitates effective organization and functioning of the judiciary and guarantees independence of the judiciary.³⁰ Judges of the Constitutional Court of Moldova elect the President of the court by secret ballot.

The Constitutional Court of Ukraine, consisting of eighteen judges, is formed in a similar manner. The President of Ukraine, the Parliament and the Congress of Judges appoint six judges (for nine-year terms) without

²⁸ Art. 108 *Constitution of the Republic of Uzbekistan*. Available at: <https://constitution.uz/ru/clause/index#section23> (accessed on: June 11, 2021). Karakalpakstan is a sovereign republic within Uzbekistan which has the right to secede from the Republic of Uzbekistan on the basis of a nationwide referendum held by the people of Karakalpakstan,

²⁹ Art. 136 *Constitution of the Republic of Moldova*. Available at: <https://presedinte.md/rus/titul5> (accessed on: June 11, 2021).

³⁰ Art. 122, 123 *Constitution of the Republic of Moldova*. Available at: <https://presedinte.md/rus/titul5> (accessed on: June 11, 2021).

the right of reappointment.³¹ Judges cannot be members of political parties and are appointed on a competitive basis. The Chairman of the Constitutional Court of Ukraine is elected for a single three-year term. A secret ballot is held at a meeting of the Court, and the candidate who wins a simple majority of votes from the judges takes the position of Chairman.³²

Similar participation of the community of judges can also be observed in Hungary, Poland, Peru, Slovakia, Germany and Latvia.

In 2015, with the adoption of the new Constitution, Armenia changed the procedure of appointment to the Constitutional Court. Now it also involves Armenia's community of judges, the legislative and the executive branches, as well as the President. The Constitutional Court of Armenia consists of nine judges, three of whom are elected from candidates nominated by the President, another three are chosen by the Government, and the final three are selected by the General Assembly of Judges.³³ Judges of the Constitutional Court are elected (for a term of twelve years) by the National Assembly by at least three-fifths of the votes from all deputies. The President of the Constitutional Court is elected by the judges themselves, who are prohibited from engaging in political activities and who are required to exercise political restraint and maintain neutrality in all public statements.³⁴ The norms and requirements regulating the roles and status of judges in Armenia are quite unusual. For example, judges "must not accept gifts... and must endeavour that his or her family members residing with him or her refrain from such actions... the concept of «gift» shall imply any advantage related to property interests".³⁵ The same article describes what kinds of gifts a judge can accept. In the procedures by which the Constitutional Court is filled, the Armenian model involves representatives of all branches of government. Only future will tell whether this would guarantee further democratization of Armenia's politics.

³¹ Art. 148 *Constitution of the Republic of Ukraine*. Available at: <https://www.president.gov.ua/ua/documents/constitution/konstytuciya-ukrayini-rozdil-xii>. (Accessed on: June 11, 2021).

³² *Ibidem*.

³³ Art. 166 *Constitution of the Republic of Armenia*. Available at: <http://www.parliament.am/parliament.php?id=constitution&lang=rus#7> (accessed on: June 11, 2021).

³⁴ Art. 4 *Constitutional Law of the Republic of Armenia on the Constitutional Court*. Available at: https://www.concourt.am/russian/law_cc/index.htm#3 (accessed on: July 8, 2021).

³⁵ *Ibidem*, Art. 15.

As mentioned above, Turkmenistan has a special model for the formation of the constitutional justice body. It formally involves all citizens of the country with voting rights, as there is no separate specialized body of constitutional control, and its powers are given to the Mejlis – the lower house of the Parliament whose members are elected by the population. In terms of purely legal evaluation, one could argue that this model is the most democratic, since it is formed indirectly by all the voters in the country. But it is quite clear that effective constitutional control can only be exercised by professionally trained legal experts, and not members of parliament. It is no coincidence that all the CIS republics have special requirements to become judge of the Constitutional Court: age of 35 to 45 years, legal experience of over 15 years, and a strong track record and authority within the scientific community.

A number of Russian experts consider the method which involves all branches of power as the most preferable. They believe this helps create a politically neutral and independent body of constitutional justice (Alexandrova, 2017, p. 78; Nechkin, 2018, p. 80; Maslovskaya, 2018, p. 58).

But as will be discussed below, it was the Constitutional Courts of Moldova and Ukraine that became deeply involved in their respective country's political matters, playing the crucial role in the escalation of constitutional and political crises in these countries in 2014-2021. As Hungarian lawyers András Sajó and Renáta Uitz rightly point out: "Let's have no illusions: appointments to supreme courts are often politically biased and riven with conflicts of interests" (Sajó and Uitz, 2017, p. 433). In terms of ensuring independence of the bodies of constitutional justice, a lack of term limits for judges has a much greater potential – and in the cases of Moldova and Ukraine, these terms of office are limited.

IV. CONSTITUTIONAL COURTS AS PART OF POLITICAL TRANSIT (CASES OF MOLDOVA AND UKRAINE)

The modern practice of constitutionalism reveals continuous attempts by politically affiliated groups to use the bodies of constitutional review to address their issues or achieve certain political goals. This is done through different mechanisms, including: the use of political influence to affect the composition of the constitutional court by appointing judges; submitting of issues to the constitutional court that are not directly related

to or identified in the constitution; exerting political pressure by businesses, and removing various officials from power, including the president. The consequences of such politicization and rejection of basic constitutional principles are devastating to statehood and can have irreversible consequences.

The events of recent years clearly demonstrate the trend of the political establishment of Moldova exploiting the Constitutional Court. The Constitutional Court of Ukraine consistently generates conflicts, as well, as its activities are influenced by institutional and informal political actors and networks (Shevtsov, 2018, pp. 20-23).

The Constitutional Court of Moldova has the widest scope of powers among all CIS countries. In addition to the general functions of constitutional control (reviewing the constitutionality of laws and decrees of the President, decisions and ordinances of the Government, as well as over international treaties to which the Republic of Moldova is a party; interpretation of the Constitution), the Constitutional Court of Moldova also has a number of political functions. The Constitutional Court: confirms the results of republican referenda; confirms the results of parliamentary and presidential elections; ascertains the circumstances justifying the dissolution of the Parliament, the removal of the President of the Republic of Moldova or the interim office of the President, as well as the impossibility of the President of the Republic of Moldova to fully exercise his/her functional duties for more than 60 days; decides over matters dealing with the constitutionality of a party.³⁶ Although it is specifically stipulated that the Constitutional Court decides matters of law exclusively, it is clear from the list above that many of its powers are directly related to politics.

For example, in 2018, the Constitutional Court decided to relieve the then President of Moldova Igor Dodon of his duties because of his refusal to promulgate five laws which were considered and passed by the Parliament.³⁷ By that time, it was the fifth decision of this kind: first it happened in October of 2017, when the President refused to sign a decree appointing a new Minister of Defense (Rosenko, 2019, p. 86). In 2018,

³⁶ Art. 4 *Constitutional Jurisdiction Code No. 502-XIII of 16.06.1995*. Available at: <https://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/CodJC.rus.pdf> (accessed on: March 15, 2021).

³⁷ The Constitutional Court of Moldova violated everything that could be violated, *Komsomolskaya Pravda*, 24.06.2019. Available at: <https://www.kp.md/online/news/3323356/> (accessed on: March 16, 2021).

five controversial bills related to the sale of the Republican Stadium site to the United States, renaming May 9 Victory Day to ‘Europe Day’, introduction of a new audiovisual code, and a law establishing Carabinieri Troops under the command of the Parliament. After Igor Dodon’s removal from power, the new laws were signed by the President of the Parliament Andrian Candu.

So, throughout 2017-2018, the Constitutional Court of Moldova has repeatedly removed the lawfully elected President from office for the purpose of signing decrees and laws by certain new *institutions* (any third parties). Temporarily, the powers of presidency were transferred to either the President of the Parliament or the Prime Minister, after which the Constitutional Court returned the powers back to the President. This decision was formalized as a “Judicial opinion on ascertaining the circumstances justifying an interim office of the President of the Republic of Moldova for fulfillment of the constitutional obligation to promulgate the law or appoint officials.” Essentially, the Constitutional Court made a decision: “To declare that an *institution* now acts as the President of the Republic of Moldova and can carry out the constitutional duties...”³⁸

In other words, an opinion of six judges who were given the right to declare their assessment of legal norms, mechanisms and procedures regulating the exercise of public power, can override all democratic procedures in the state. These judges can, at their own discretion, replace the popularly elected President with a separate *institution* entrusted with presidential powers, but lacking a mandate from the people. How is this *institution* held accountable for its decision to sign a law? How are the judges of the Constitutional Court held accountable for the decision they took in the form of their judicial opinion? They bear neither personal nor collegial responsibility to the citizens of Moldova. The legitimate President, who answers to the electorate and is the Guarantor of people’s rights and freedoms, is removed from office until certain laws are signed.

³⁸ *Judicial opinion No. 2 of 05.01.2018 on ascertaining the circumstances justifying the removal of the President of the Republic of Moldova for the fulfillment of the constitutional obligation to promulgate the law* (Note 1f/2018). Available at: <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=avize&docid=61&l=ro> (accessed on March 16, 2021); *Judicial opinion No. 1 om 02.01.2018 on ascertaining the circumstances justifying an interim office of the President of the Republic of Moldova for the fulfillment of the constitutional obligation to appoint member of the Parliament* (Note 176f/2017). Available at: <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=avize&docid=62&l=ro> (accessed on: March 16, 2021).

Not only does this discredit the presidency, but it also calls into question the institution of constitutional justice, undermines the foundations of constitutional order and set a dangerous precedent when public policy decisions are made by substituting state institutions and manipulating concepts. Vice President of the Inter-American Court of Human Rights Eduardo Ferrer Mac-Gregor published the scientific investigation made by experts of UNAM pointing out the danger of Constitutional justice transforming into a mechanism of anti-democratic public administration (El juez constitucional en siglo XXI, 2009).

Moldova's Constitutional Court continues to follow the same trend. For instance, on May 7, 2020, it issued a ruling that declared the intergovernmental agreement to borrow unconstitutional a 200 million euro state loan from Russia, as it does not conform to Moldova's Constitution and goes against its national interests. Representatives of pro-European opposition parties who attended the Constitutional Court's meeting insisted on this decision.³⁹ Thus, the decisions of the constitutional justice body extend as far as international relations, which further politicizes Moldova's model of constitutional control.

The entanglement of the Constitutional Court of Moldova in politics resulted in a serious crisis in the summer of 2020, when the judges themselves admitted that they had made a number of questionable decisions aimed at the removing the powers of President Igor Dodon, pressured by the leader of the former ruling Democratic Party, oligarch Vladimir Plahotniuc. After Plahotniuc fled the country, they reversed their decisions and submitted letters of resignation.⁴⁰

Judge Domnica Manole was elected as the new President of the Constitutional Court,⁴¹ but not long after that, the Court was embroiled in a new controversy. This time, it was a dispute about the official language, which is an extremely sensitive topic for Moldova due to its complicated

³⁹ Moldova's Constitutional Court rules the 200-million-euro loan agreement with Russia unconstitutional, *Komsomolskaya Pravda*, 08.05.2020. Available at: <https://www.kp.ru/online/news/3863843/> (accessed on: March 16, 2021).

⁴⁰ *The Constitutional Court of Moldova suspends loan agreement with Russia* 23.04.2020. Available at: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/8320397> (accessed on: March 16, 2021).

⁴¹ *President of the Constitutional Court of Moldova*. Available at: <https://www.constcourt.md/tabview.php?l=en&idc=17&t=/Composition-and-organization/President/President-of-the-Constitutional-Court/> (accessed on: March 19, 2021).

relations with Romania. On January 21, 2021, the Constitutional Court of Moldova declared the December 16, 2020, Law “On the Functioning of Languages in the Territory of Moldova”⁴² as unconstitutional. The Law had previously restored the status of the Russian language as a language of interethnic communication, which obligated state bodies and officials to provide citizens with information in Russian, as well.⁴³ President of the Constitutional Court Domnica Manole commented that the Constitution of Moldova does not contain the concept of “language of interethnic communication”, and that the December 16, 2020, Law gave the Russian language the status similar to that of the official language, so the Court’s January decision was final and entered into force at the time of announcement.⁴⁴ This decision was clearly politicized, as it deprived the Russian-speaking population of Moldova of the right to use their native language. The Venice Commission has repeatedly criticized similar laws passed in Ukraine.⁴⁵

Another notable example is Ukraine, where the Constitutional Court has long been used for political purposes. Back in 2004, as a result of the constitutional reform, a situation was created in which top public officials (the President and the Prime Minister) became political opponents, receiving maximum opportunities to block each other’s actions, but lacking

⁴² *Decision no. 4 on the constitutional review of Law no. 234 of 16 December 2020 on the usage of languages spoken on the territory of the Republic of Moldova* (applications no. 207a / 2020 and no. 213a / 2020) Available at: <https://www.constcourt.md/libview.php?l=en&idc=7&id=2067&t=/Media/News/The-Court-examined-the-constitutionality-of-the-Law-on-the-Usage-of-Languages-Spoken-on-the-Territory-of-the-Republic-of-Moldova> (accessed on: March 19, 2021).

⁴³ In 2018, the Russian language lost its status in Moldova as a language of communication between ethnic communities, after the Constitutional Court, at the request of the Liberal Party members of Parliament (who advocate for unification with Romania), declared the 1989 law “On the Functioning of Languages on the Territory of the Moldovan SSR” as obsolete.

⁴⁴ The Constitutional Court of Moldova Refuses to Recognize Russian as a Language of Interethnic Communication. *Rossiyskaya Gazeta*, 21.01.2021. Available at: <https://rg.ru/2021/01/21/ks-moldavii-otkazalsia-priznavat-russkij-kak-iazyk-mezhnacionalnogo-obshcheniia.html> (accessed on: July 9, 2021)

⁴⁵ *CDL-AD (2017) 030-e Ukraine - Opinion on the provisions of the Law on Education of 5 September 2017*, which concern the use of the State Language and Minority and other Languages in Education, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017). Available at: [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)030-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)030-e) (accessed on: March 19, 2021).

enough resources to gain a decisive advantage (Rosenko, 2016, p. 18). The confrontation between different branches of power concentrated around the Constitutional Court, and quite literally so: both sides gathered their supporters outside its walls, and on May 23-24, 2007, President Viktor Yushchenko declared the Constitutional Court as illegitimate, while the Parliament blocked the appointment of new judges using its quota.

For almost a year, the Constitutional Court of Ukraine did not operate because the judges could not take the oath, for which they were later dismissed. All this led to a protracted systemic crisis, shutting down of numerous state institutions, and resulted in a revision of the constitutional reform of 2004. As a consequence, in 2010, the reform was ruled illegal by the Court, as it uncovered violations in its procedure.⁴⁶ However, four years later, in 2014, this particular 2010 decision of the Constitutional Court was declared illegal, and an older version of the Constitution of Ukraine (that of 2004) was restored.

These developments show how the shortcomings of the post-Soviet political and legal institutional design were exploited, and how the strongest political elites of Ukraine (at that time) tailored and reshaped the Constitution to suit their interests using the Constitutional Court.

For almost four years, the Constitutional Court could not exercise the powers entrusted to it. Only by 2018, the President of the Constitutional Court was elected, the Rules were approved. The Court was full formed by the end of 2018, when President Petro Poroshenko finally (after four years in power) chose two judges to nominate using his presidential quota. However, the Court currently consists of only fifteen judges⁴⁷ – even though, under the law, their number must be eighteen.

Under President Vladimir Zelensky, controversies involving the Constitutional Court continued, now also affecting the fight against corruption. In October 2020, the Court ruled unconstitutional Ukraine's legislation about criminal responsibility of officials for declaring false information about their income. After that, the President submitted a bill to the Parliament about early termination of the powers of Constitutional Court judges

⁴⁶ *Rulings of the Constitutional Court of Ukraine September 30, 2010, No. 20-rp/2010 Case № 145/2010.* Available at: <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10> (accessed on: March 16, 2021).

⁴⁷ *Information about the Constitutional Court of Ukraine.* Available at: <https://ccu.gov.ua/en/storinka/information-about-court> (accessed on: March 19, 2021).

and the recognition of their decision as negligible. He also involved the European Commission for Democracy through Law (also known as the Venice Commission) in the matter. As a result, a compromise version of the law was adopted in December 2020, and the President prepared a decree to dissolve the Court.⁴⁸ Later, however, he narrowed it down to suspending Chairman of the Court Oleksandr Tupytskyi for a period of two months.⁴⁹

The case of Ukraine demonstrates that, despite all the transformations, and despite forming institutional bodies that are progressive and democratic, a state that has lost its sovereignty and independent agency will eventually see its machinery influenced by informal structures and radical groups that bear no political responsibility for their actions but have a strong impact on public life and political figures. This undermines the foundations of constitutional order and leads to the archaization of politics, since, under these conditions, neither state authorities nor the Constitution itself can play a defining role in policymaking. Decision-making then shifts to the aforementioned institutions, informal structures and foreign consultants. As the authors of the ‘Export of Democracy’ study point out, “Intervention networks not only transmit propaganda, but also form propagandists to be part of the same network” (Malyavina and Garcia, 2017, pp. 12-13). Thus, conflict within the state ceases to be manageable, and state institutions (including constitutional justice bodies) start to serve the interests of certain political groups and their leaders, which forms a special – dependent – type of institutional design.

The cases of Moldova and Ukraine reveal a number of significant political and legal challenges of democratic transit in former Soviet Union countries. “In a highly polarized political space supreme courts become the victims of political polarization themselves” (Sajó and Uitz, 2017, p. 457) This was made possible because institution-building started before political transit had been fully completed – a new configuration of power relations had not formed, the society was not structured, and the goal of

⁴⁸ *The Constitutional Court of Ukraine Invalidates much of the Anti-corruption Reform as Unconstitutional. Zelensky Proposes to Terminate the Powers of all Constitutional Court Judges.* Available at: <https://www.interfax.ru/world/734451> (accessed on: March 16, 2021).

⁴⁹ *Zelensky Withdraws the Draft Law on Dissolving the Constitutional Court of Ukraine.* Available at: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/10562075> (accessed on: March 16, 2021).

ensuring sovereignty had not been set. As a result, the political systems of Moldova and Ukraine have been further unbalanced. Meanwhile, “[both] constitutionalism in general, [and] constitutional adjudication in particular is needed as a corrective mechanism of the democratic process” (Sajó and Uitz, 2017, p. 453).

V. THE RUSSIAN MODEL OF CONSTITUTIONAL JUSTICE AND THE 2020 CONSTITUTIONAL AMENDMENTS

A different model of constitutional justice was established in Russia. Judges are appointed by the Parliament from the candidates nominated by the President, for an indefinite term. The maximum age for a judge is 70 years, but this limit does not apply to the Chairman of the Constitutional Court.⁵⁰ From the lack of term limits, it can be concluded how stable and sustainable the institution of judge is. Article 13 of this Law guarantees judges’ independence, which is ensured by their irrevocability, judicial immunity, equality of rights, the right to resign, prohibition of any interference in the judicial process, material, social and other security guarantees given to the judge.⁵¹

As mentioned above, in the summer of 2020, Russia carried out a major constitutional reform. Many of the amendments addressed the system of constitutional justice. The number of judges of Russia’s Constitutional Court was reduced from nineteen to eleven, but the powers of constitutional control were expanded. Now, in addition to federal laws (as was the case before the reform), constitutional control could be applied to draft laws of all types, including constitutional drafts, as well as the laws of the constituent entities of the Russian Federation prior to their publication by the top official of the federal subject.⁵² For the first time, constitutional control extended to presidential decrees, regulations issued by the Government, and unratified international treaties of the Russian Federation.⁵³

⁵⁰ Art. 12 *Federal Constitutional Law of 21.07.1994 No. 1-FKZ (ed. 09.11.2020) “On the Constitutional Court of the Russian Federation”*. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/ (accessed on: July 8, 2021).

⁵¹ *Ibidem*,

⁵² Art. 125 *Constitution of the Russian Federation*. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/ (accessed on: June 11, 2021).

⁵³ *Ibidem*.

Conceivably, these new powers could increase the politicization of the Russian model of constitutional justice, which has always remained at a quite moderate level. At the same time, it is clear that the institution is being democratized.

The most important change of 2020 is the following power that now granted to the Constitutional Court of the Russian Federation: at the request of the President, the Government or the Supreme Court, it will now settle issues regarding the execution of the rulings produced by foreign or international courts that impose obligations on the Russian Federation, if those rulings run counter to the fundamental principles of Russia's legal system.⁵⁴ In other words, this amendment marks a shift from an absolute priority of international law to a conditional priority, and the control of compliance with these conditions is now in the hands of the Constitutional Court of the Russian Federation (Ispolinov, 2020, pp. 20-30). This amendment ended a long discussion among Russian legal experts about the priority of international and national law in relation to the rulings of international courts, with Russia taking a step towards ensuring unconditional sovereignty (Abramova, 2017, pp. 21-44).

The most important democratic feature of the Russian model is the institution of individual constitutional complaint, as all citizens of Russia have the right to appeal to the Constitutional Court of the Russian Federation (Narutto, 2012, pp. 16-18; Justice: Aligning to the Constitution, 2018). The models of Belarus, Moldova, Kazakhstan and Uzbekistan lack this institution: a similar situation can be found for example, in Italy (Zagrebelsky and Marceno, 2012; Sajó and Uitz, 2017, p. 420).

Notably, legal communities in these countries view the absence of this institution as negative and hope that, as soon as possible, mechanisms would be established allowing citizens to appeal directly to specialized bodies of constitutional justice (Kostaki and Raylyan, 2014; Udartsev, 2015; Udartsev, 2018). The same issues are raised by Carolina Alves das Chagas, who carried out a comparative study of citizens' access to Constitutional Courts in Germany, Brazil and France (Alves Das Chagas, 2019, pp. 323-348).

In the Russian model, the right of citizens to appeal to the Court with a constitutional complaint can be viewed as one of the active channels of

⁵⁴ Art. 3 *Federal Constitutional Law of 21.07.1994 N 1-FKZ (ed. 09.11.2020) "On the Constitutional Court of the Russian Federation"*. Available at: http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/ (accessed on: July 8, 2021).

political and legal communication between the state and the society. Other republics of the former Soviet Union have a mechanism of ‘mediation’ through Supreme courts (Moldova) or the Head of state, the houses of Parliament, or the Government (Belarus). In Kazakhstan and Uzbekistan, this right is given to lower courts or lower courts with higher courts mediation. It appears that all these mechanisms can be regarded solely as factors limiting the power of constitutional justice bodies and a considerable barrier to the implementation of the principle of absolute priority of human and civil rights and freedoms, which is enshrined in the Constitutions of all CIS states.

Speaking of courts appealing to constitutional justice bodies, there is some uncertainty with respect to what exactly should be understood by ‘the court.’ The most logical thing would be to view ‘the court’ as a particular judge who, while working on a particular case, concludes that there could be conflict between the legislation in question and the country’s Constitution. However, the literal interpretation would broaden the definition of ‘the court’ to the organization which has a head – a chairman, responsible for the operation of the court as a whole, including any appeals to the constitutional justice body. Any chairman of the court is likely to be concerned about timeframes of the cases his court is working on, so he would probably not be interested in suspending the proceedings unless the reason is serious enough. This is why ‘the court’, personified as the chairman, often prevents cases from being sent to be reviewed by constitutional control bodies, making the judge working on a particular case unable to properly defend the interests of the individual. Thus, in order to better protect rights and freedoms of citizens, a reasonable way to solve the problem would be to change the wording from ‘court’ to ‘judge’ in the text of laws in the CIS countries.

VI. CONCLUSION

As Hungarian lawyers András Sajó and Renáta Uitz rightly point out, “the urge to eradicate the ‘political’ from constitutional adjudication is a futile exercise at the outset” (Sajó and Uitz, 2017, p. 429). That said, we must not forget that, according to Hans Kelsen’s original idea, the constitutional court as a special institution is, above all, a ‘negative legislator.’ Its main goal is to prevent potential constitutional violations and thus help

advance the rule of law (Ostapovich, 2015, p. 575). The imperfection of various modern democratic models suggests that institutions of constitutional justice should be considered as one of the instruments of political communication between the state and the society, rather than as a mechanism that ensures progress towards the rule of law. “In democracies, social problems are expected to be resolved in election booths and not by courts. However, the political process is often not as democratic and legitimate as it claims to be, and very often it is inconclusive. Judicial review is democracy-reinforcing or at least it may remind political actors and the general public of certain moral obligations under the constitution” (Sajó and Uitz, 2017, pp. 456-457). In this sense, the functioning of constitutional justice bodies as ‘negative legislators’ becomes essential.

This study has revealed the imperfections of the institution of constitutional justice in the CIS, where “constitutional courts mushroomed in the wave of democratization and aggressive constitutional review increasingly seemed to gain legitimacy around the world” (Sajó and Uitz, 2017, p. 451). The transit from the old Soviet model to the new political system was rapid and somewhat erratic: the social structure of the new society was not yet fully formed, but many of the past political institutions not only endured, but evolved, embedding themselves into the post-Soviet neo-patrimonial political systems. A key dilemma for constitutional lawyers and experts – to what extent the supreme legislative body, which expresses the will of the sovereign people, can be controlled (Gugliano, 2019) – has been further complicated in the CIS because of power struggles between various political actors.

The analysis shown in this paper reveals that in almost all of the CIS countries, all three branches of government are involved in the formation of judicial review bodies – this, however, did not automatically ensure their independence, and the additional powers devised as tools to extend their reach (controlling constitutionality of international treaties, assessing coherence of the rulings of international courts with the Constitution; ascertaining legality of elections and constitutionality of parties; resolution of constitutional disputes, etc.) took priority over the rest. As a result, constitutional justice bodies in Moldova and Ukraine have become extremely politicized, despite the fact that all branches of power, including the judges, are involved in their formation. The addition of the quota system makes judges dependent on the ones who nominate the candidates and makes their decision-making susceptible to outside pressure. The po-

litical conflict between the Parliament, the President and the Constitutional Court of Moldova regarding early parliamentary elections and the formation of the government reached its climax in March-April 2021 (Kogalov, 2021). Moldova's political system is becoming increasingly unhinged and unbalanced: MPs, the President and the judges have to compete with one another for the authority to appoint the head of the Government.

An opposite extreme can also be found among the CIS countries – in Turkmenistan, for example, which operates a model under which the formal powers of constitutional control are transferred to the Parliament. In other words, the legislative body passes laws – and also reviews the constitutionality of these same laws.

This paper provides an analysis of the issue raised at the very start, concerning the relationship between the degree to which an institution of constitutional justice is democratized, and the manner in which it is formed. However, the emphasis shifts from the assumption about a correlation between the two factors to the notion that there is increasing politicization of constitutional justice taking place across all CIS countries, regardless of the manner in which individual constitutional control bodies are formed. Politization is dangerous because an institution designed as a tool to ensure constitutional supremacy and rule of law may, under certain conditions (in this case, during the political transit of former Soviet Union countries), begin to serve the opposite goal. The abuse of influence over constitutional courts leads to irreparable consequences for the state and the society, as they lose an effective channel of political communication, which can ultimately result in the expansion of neo patrimonial practices, a loss of sovereignty, as well as social and political crises. Therefore, political elites need to make an informed collective decision, labeling it unacceptable for anyone to interfere in the decision-making of Constitutional Courts or put political pressure on the judges.

VII. BIBLIOGRAPHY

Abráмова, M. (2017). Constitutional Justice of Russia within the judicial landscape of contemporary Europe, *Revista Derecho del Estado*, 40, 21-44. <https://DOI: 10.18601/01229893.n40.02>

Abráмова, M. and Vilisov, M. (2020). The Post-Soviet Transition: Constitutional Structuring and Political Reality (case-study de la CEI), *Cues-*

Cuestiones Constitucionales, Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN: 2448-4881

- ciones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 42, 3–38. <http://DOI:10.22201/ijj.24484881e.2020.42.14335>
- Albert, R. (2019). *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*. Oxford: Oxford University Press.
- Alexandrova, A.V. (2017). Constitutional Foundations of the Judicial System of CIS States, *Bulletin of the Russian University of Cooperation*, 1 (27), 77-81. (In Russ.)
- Alves Das Chagas, C. (2019). L'accès indirect des citoyens aux cours constitutionnelles en Allemagne, Brésil et France, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 6 (2), 323-348. <https://DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v6i2>
- Bach, D. C. (2011). Patrimonialism and neopatrimonialism: comparative trajectories and readings, *Commonwealth & Comparative Politics*, 49 (3), 275-294.
- Barak, A. (2002). A judge on Judging. The Role of a Supreme Court in a Democracy, *Harvard Law Review*, Cambridge, 116, 97-113. https://openyls.law.yale.edu/bitstream/handle/20.500.13051/3109/Foreword_A_Judge_on_Judging_The_Role_of_a_Supreme_Court_in_a_Democracy.pdf?sequence=2&isAllowed=y
- Becerra Ramírez, M. (1992). *El factor jurídico en la transformación de la Unión Soviética a la Comunidad de Estados Independientes*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bellamy, R. (2007). *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*. Cambridge. Cambridge University Press.
- CDL-AD (2017). *030-e Ukraine - Opinion on the provisions of the Law on Education of 5 September 2017*, which concern the use of the State Language and Minority and other Languages in Education, adopted by the Commission at its 113th Plenary Session (Venice, 8-9 December 2017). [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2017\)030-e](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2017)030-e).
- Constitution of the Republic of Armenia. <http://www.parliament.am/parliament.php?id=constitution&lang=rus#7>.
- Constitution of the Republic of Azerbaijan. Available at: <https://static.president.az/media/W1siZiIsIjIwMTk1MDQvNjdvdj8wNTJ2b->

F9rb25 zdHV0aXN5YV9ydXNfdXBkYXRILnBkZiJdXQ?sha=6f0a333c8a816eee

Constitution of the Republic of Belarus. <http://law.by/document/?guid=3871&p0=V19402875e>

Constitution of the Republic of Kazakhstan. http://www.akorda.kz/en/official_documents/constitution

Constitution of the Republic of Kyrgyzstan. <https://www.gov.kg/ru/p/constitution>

Constitution of the Republic of Moldova. <https://presedinte.md/rus/titulul5>

Constitution 1993 of the Russian Federation. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_28399/97ecab658ead741720b5999f905a4e0cb20c024a/

Constitution of the Republic of Tajikistan. <https://www.mfa.tj/ru/main/tadzhikistan/konstitutsiya>

Constitution of the Republic of Turkmenistan. https://online.zakon.kz/document/?doc_id=31337929#pos=319;-44

Constitution of the Republic of Ukraine. <https://www.president.gov.ua/ua/documents/constitution/konstituciya-ukrayini-rozdil-xii>

Constitution of the Republic of Uzbekistan. <https://constitution.uz/ru/clause/index#section23>

Constitutional Jurisdiction Code No. 502-XIII of 16.06.1995. <https://www.constcourt.md/public/files/file/Baza%20legala/CodJC.rus.pdf>

Constitutional Law of the Kyrgyz Republic of July 9, 2008, No. 141, “On the Status of Judges of the Kyrgyz Republic”. <http://kenesh.sot.kg/post/konstitutsionnyj-zakon-kyrgyzskoj-respubliki-o-statuse-sudej-kyrgyzskoj-respubliki>

Constitutional Law of the Republic of Armenia of January 17, 2018, “On the Constitutional Court”. https://www.concourt.am/russian/law_cc/index.htm#3

Constitutional Law of the Republic of Kazakhstan of December 29, 1995, No. 2737 “On the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan”. <http://ksrk.gov.kz/ru/article/konstitucionnyj-zakon-rk-o-konstitucionnom-sovete-rk>

Constitutional Law of the Republic of Tajikistan No. 1083 of July 26, 2014. “On the Constitutional Court of the Republic of Tajikistan”. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=31598428

Constitutional Law of the Republic of Uzbekistan of 2017, “On the Constitutional Court of the Republic of Uzbekistan”. <https://lex.uz/docs/3221765>

Constitutional Law of the Kyrgyz Republic of July 9, 2008, No. 141, “On the status of judges of the Kyrgyz Republic”. <http://kenesh.sot.kg/post/konstitutsionnyj-zakon-kyrgyzskoj-respubliki-o-statuse-sudej-kyrgyzskoj-respubliki>

Corvalán, J. G. (2015). Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, 2 (1), 225-256. [https:// DOI: http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661](https://doi.org/10.5380/rinc.v2i1.43661)

Criado De Diego, M. (2012). Sobre el concepto de representación política: lineamientos para un estudio de las transformaciones de la democracia representativa, *Revista Derecho del Estado*, 28, 77-114. <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derest/article/view/3180/2819>

Decision no. 4 on the constitutional review of Law no. 234 of 16 December 2020 on the usage of languages spoken on the territory of the Republic of Moldova (applications no. 207a / 2020 and no. 213a / 2020). <https://www.constcourt.md/libview.php?l=en&idc=7&id=2067&t=/Media/News/The-Court-examined-the-constitutionality-of-the-Law-on-the-Usage-of-Languages-Spoken-on-the-Territory-of-the-Republic-of-Moldova>

Ferrer Mac-Gregor, E. and Molina Suárez, C. de J. (coords.). *El juez constitucional en siglo XXI* (2009). México. Universidad Nacional Autónoma de México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, t. 1-2.

Erdmann, G. and Engel, U. (2007). Neopatrimonialism Reconsidered: Critical Review and Elaboration of an Elusive Concept, *Commonwealth & Comparative Politics*, 45 (1), 95-119. [https://DOI: 10.1080/14662040601135813](https://doi.org/10.1080/14662040601135813)

Federal Constitutional Law of 21.07.1994 N 1-FKZ (09.11.2020), “On the Constitutional Court of the Russian Federation”. http://www.consultant.ru/document/cons_doc_LAW_4172/

Ferrajoli, L. (2018). *Constitucionalismo más allá del Estado*, Madrid, Trotta.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2009). *Crónica de tribunales constitucionales en Iberoamérica*. Buenos Aires, Argentina. Marcial Pons, Ediciones de Argentina.
- Gargarella, R. (comp.) (2014). *Por una justicia dialógica: el Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática*. Buenos Aires. Siglo Veintiuno Editores, Kindle Edition.
- Gargarella, R. (2021). Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions, by Richard Albert, *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, 48, 371-389. <https://DOI:https://doi.org/10.18601/01229893.n48.13>.
- Ginsburg, T. and Huq, A. (2018). *How to save a Constitutional Democracy*. Chicago. The University of Chicago Press.
- Gugliano Herani, R. (2019). Procesalismo constitucional: retos en la protección de los derechos humanos, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 41, 181-220. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41>
- Hachem, D. W. (2011). *Princípio constitucional da supremacia do interesse público*. Belo Horizonte: Forum.
- Information about the Constitutional Court of Ukraine* (2021). <https://ccu.gov.ua/en/storinka/information-about-court>
- Ispolinov, A.S. (2020). Amendments to the Constitution of the Russian Federation and Priority of International Law: In Search of a New Formula, *Journal of Constitutional Justice*, 3, 20-30. (In Russ.)
- Judicial opinion No. 1 om 02.01.2018 on ascertaining the circumstances justifying an interim office of the President of the Republic of Moldova for the fulfillment of the constitutional obligation to appoint member of the Parliament* (Note 176f/2017). <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=avize&docid=62&l=ro>
- Judicial opinion No. 2 of 05.01.2018 on ascertaining the circumstances justifying the removal of the President of the Republic of Moldova for the fulfillment of the constitutional obligation to promulgate the law* (Note 1f/2018). <http://constcourt.md/ccdocview.php?tip=avize&docid=61&l=ro>
- Justice: Aligning to the Constitution: monograph (2018) / N.S. Bondar, A. A. Dzhangaryan. Moscow: Norma: INFRA-M. (In Russ.)

- Kogalov, Y. (2021) *Moldovan President Goes to Constitutional Court to Dissolve the Parliament*. <https://rg.ru/2021/03/29/prezident-moldavii-obratilas-v-ks-dlia-rospuska-parlamenta.html> (In Russ.)
- Kostaki, G. and Raylyan, P (2014). The Constitutional Court of the Republic of Moldova: Existing Issues and Prospects, *Law and Life*, 3, 4-7. (In Russ.)
- Kozhevnikov, O. A. (2013). Regulatory and legal regulation of constitutional justice at the present stage of development of the Russian Federation: problems and possible solutions”, *Russian Law Journal*, 4, 61-65. (In Russ.)
- Law of the Republic of Azerbaijan of December 23, 2003, No. 561-IIQ, “*On Constitutional Court*”. https://online.zakon.kz/document/?doc_id=30597407
- Law of the Republic of Belarus of January 8, 2014, No. 124-Z, “*On Constitutional Proceedings*”. <http://www.kc.gov.by/document-35203>
- Law of the Republic of Moldova No. 317-XIII of December 13, 1994, “*On the Constitutional Court*”. https://online.zakon.kz/Document/?doc_id=30530199
- Law of the USSR N 974-I of December 23, 1989, “*On Constitutional Supervision in the USSR*” (enacted on January 1, 1990). <http://www.zaki.ru/pagesnew.php?id=1747>
- Law of Ukraine on the Constitutional Court. *Vedomosti Verkhovnoy Rady*, (2017), 35, 376. <https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/2136-19#Text>
- Levitski, S. y Ziblatt, D. (2018). *Cómo mueren las democracias*, México, Ariel.
- Malyavina, S. and García A. Pedro. (2017). Color Coding and Globalist Intervention Networks. China, Spain, Ukraine and Russia, in ‘*Export of Democracy’ and Network Technologies in the Modern Socio-political Process*. Moscow: Historical Perspective Foundation, 10-23. (In Russ.)
- Maslovskaya, T. S. (2018). Constitutional Values in the 21st Century: A Shift Towards Universalism or a Growing Focus on National Interests? *Journal of Foreign Legislation and Comparative Law*, 6, 56-62. [https://DOI: 10.12737/art.2018.6.2](https://doi.org/10.12737/art.2018.6.2) (In Russ.)
- Mendes, C. H. (2013). *Constitutional Courts and Deliberative Democracy*. Oxford. Oxford University Press.

- Moldova's Constitutional Court rules the 200 million euro loan agreement with Russia unconstitutional. *Komsomolskaya Pravda*. 08.05.2020 Available at: <https://www.kp.ru/online/news/3863843/>
- Mouk, Y (2018). *The People vs Democracy*, Cambridge, Harvard University Press.
- Narutto, S. V. (2012). Protection of Individual Rights and Russian Constitutional Justice: Past Experience and Existing Issues, *Constitutional and Municipal Law*, 3, 16-18. (In Russ.)
- Nechkin, A. V. (2018). Constitutional justice bodies in CIS countries: formation and powers, *Scientific Yearbook of the Institute of Philosophy and Law of the Ural Branch of the Russian Academy of Sciences*, 18, 4, 75-96. <https://DOI.10.17506/ripl.2016.18.4.7596>. (In Russ.)
- Nino, C. S. (1996). *The Constitution of Deliberative Democracy*. New Haven: Yale University Press.
- Olivares, N. E. (2018). Deliberativismo republicano y control constitucional, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 38, 33-62. [https:// DOI: http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11874](https://DOI.10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11874)
- Ostapovich, I. Y. (2015). Constitutional Review Bodies as a 'Negative Legislator' in Modern Foreign Practice, *Journal of Foreign Legislation and Comparative Jurisprudence*, 4, 569-575. [https:// DOI: 10.12737/14265](https://DOI.10.12737/14265). (In Russ.)
- President of the Constitutional Court of Moldova (2021). Available at: <https://www.constcourt.md/tabview.php?l=en&idc=17&t=/Composition-and-organization/President/President-of-the-Constitutional-Court/>
- Przeworski, A. (2019), *Crises of Democracy*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Rosenko, M. I. (2016). The Causes and Consequences of the Political Crisis in Ukraine, *Public Administration in the 21st Century: Proceedings of the 13th International Conference*. May 2015. Moscow: "KDU", "University Book", 17-22. (In Russ.)
- Rosenko, M. I. (2019). Comparative legal analysis of the position and role of the constitutional justice body in the system of public administration (using cases of Moldova and Ukraine), *Law and Practice*, 1, 84-92. (In Russ.)

- Rulings of the Constitutional Court of Ukraine September 30, 2010, No. 20-rp/2010 Case №1. 45/2010 <http://zakon3.rada.gov.ua/laws/show/v020p710-10>
- Sajó, A. and Uitz, R. (2017). *The constitution of freedom: An introduction to legal constitutionalism*. Oxford. University Press.
- Shevtsov, Y.V. (2018). *The War in Ukraine. The Transformation of Europe*. Moscow: RGGU. (In Russ.)
- TAVARES, A. R. (2012). *Paradigmas do judicialismo constitucional*, São Paulo, Saraiva.
- The Constitutional Court of Moldova Refuses to Recognize Russian as a Language of Interethnic Communication. *Rossiyskaya Gazeta*, 21.01.2021. <https://rg.ru/2021/01/21/ks-moldavii-otkazalsia-priznavat-russkij-kak-iazyk-mezhnacionalnogo-obshcheniia.html>
- The Constitutional Court of Moldova suspends loan agreement with Russia 23.04.2020. Available at: <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/8320397>
- The Constitutional Court of Moldova violated everything that could be violated, *Komsomolskaya Pravda*, 24.06.2019. <https://www.kp.md/online/news/3323356/>
- The Constitutional Court of Ukraine Invalidates much of the Anti-corruption Reform as Unconstitutional. *Zelensky Proposes to Terminate the Powers of all Constitutional Court Judges*. <https://www.interfax.ru/world/734451>
- Udartsev, S. F. (2015). Legal Positions of the Constitutional Council and the Formation of the Existing Law, in *Constitutional Review in Kazakhstan: Doctrine and Practice of Establishing Constitutional Order*: Monograph/Ed. I.I. Rogov V.A. Malinovsky. Almaty: Raritet, 135-161. (In Russ.)
- Udartsev, S. F. (2018). Rule of Law, Modern Issues in Understanding Law and Protecting the Constitution, *Bulletin of the Constitutional Council of the Republic of Kazakhstan*, 32, 91-107. (In Russ.)
- Uribe Arzate, E. (2019). Estado constitucional y fragmentación social: la aporía del siglo XXI, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 41, 249-275. <https://DOI: http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2019.41.13947>

Viciano Pastor, R. and Martínez Dalmau, R. (2012). Aspectos generales del nuevo constitucionalismo latinoamericano, *Política, justicia y Constitución*, Ecuador, 2.

Zagrebelsky, G. and Marcenó, V. (2012). *Giustizia costituzionale*. Bologna: Il Mulino Strumenti.

Zelensky Withdraws the Draft Law on Dissolving the Constitutional Court of Ukraine (2021). <https://tass.ru/mezhdunarodnaya-panorama/10562075>

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Desafíos de la Defensoría del Pueblo en Argentina, Colombia y Ecuador

Challenges of the Ombudsman's Office in Argentina, Colombia and Ecuador

Recepción: 10 de noviembre de 2022

Aceptación: 13 de febrero de 2023

Paola Andrea ACOSTA-ALVARADO*

RESUMEN: Una de las características principales de los ordenamientos jurídicos latinoamericanos es la especial relevancia constitucional que tienen los derechos humanos. Por ello, dentro del diseño institucional de los Estados, y acogiendo las recomendaciones plasmadas en los Principios de París, la mayoría de los países cuentan con instituciones nacionales de derechos humanos. En el caso de Argentina, Colombia y Ecuador, estas instituciones reciben el nombre de Defensoría del Pueblo. Este artículo ofrece un análisis de la configuración institucional de dichas instituciones, del alcance real de su trabajo y, a partir de ello, de los desafíos que aún tienen que superar para lograr su cometido de ser la institución puente entre el Estado y la ciudadanía, cuando de derechos humanos se trata.

Palabras clave: instituciones nacionales de derechos humanos, Defensoría del Pueblo, Argentina, Colombia, Ecuador.

ABSTRACT: *One of the main characteristics of Latin American legal systems is the special constitutional relevance of human rights. For this reason, within the institutional design of the States and in line with the recommendations of the Paris' Principles, the vast majority have national human rights institutions. In the case of Argentina, Colombia and Ecuador, these institutions are known as the Ombudsman's Office. This article offers an analysis of the institutional configuration of these institutions, the real scope of their work and, based on these, the challenges they still have to overcome in order to achieve their mission of being the bridge institution between the State and the citizenry, when it comes to human rights.*

Keywords: *National Human Rights Institutions, Ombudsman's Office, Argentina, Colombia, Ecuador.*

* Doctora en derecho internacional y relaciones internacionales por la Universidad Complutense de Madrid (España). Docente investigadora del Departamento de Derecho Constitucional de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5851-400X>. La autora agradece el importante trabajo de investigación realizado por Lina Ballén. Sin su ayuda, la redacción de este texto no habría sido posible.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El qué y el cómo de las defensorías del pueblo en Argentina, Colombia y Ecuador*. III. *Hasta dónde va el trabajo de la Defensoría del Pueblo*. IV. *Reflexiones en torno al futuro de la institución*. V. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Los ordenamientos constitucionales latinoamericanos experimentaron una fuerte metamorfosis durante las últimas décadas del siglo XX y la primera parte del siglo XXI.¹ Uno de los principales objetivos con dichos cambios era superar los regímenes conservadores que habían alimentado las exclusiones sociales y, con ellas, la debilidad normativa e institucional en torno a la protección de los derechos fundamentales.

Así las cosas, la oleada de reformas constitucionales, que algunos llaman “nuevo constitucionalismo latinoamericano” (Viciano y Martínez, 2011), y otros tildan de neoconstitucionalismo (Carbonell, 2007), trajo consigo importantes cambios: una considerable ampliación del catálogo de derechos fundamentales, el fortalecimiento de la institucionalidad encargada de su protección, la creación de nuevos mecanismos de tutela, el reconocimiento de sujetos de especial protección (mujeres, niños, niñas y adolescentes, pueblos originarios, entre otros), el empoderamiento de la jurisdicción constitucional y la articulación del derecho constitucional con el derecho internacional de los derechos humanos, entre otros.

En este contexto, aparecieron las llamadas Instituciones Nacionales de Derechos Humanos, una nueva figura institucional que, importada desde Europa,² pero acoplada a nuestras realidades, fue erguida como herramienta fundamental para la promoción y protección de los derechos fundamentales. En el contexto regional latinoamericano y del Caribe, esta figura ha sido incorporada a través de diferentes fórmulas jurídicas e

¹ En América Latina (dieciocho países) hubo un total de 388 reformas constitucionales parciales (enmiendas) entre 1978 y 2012, y fueron publicadas dieciséis nuevas Constituciones en: Brasil (1988), Colombia (1991), Paraguay (1992), Perú (1993), Ecuador (1998; 2008), Costa Rica (1989), Venezuela (1999), Bolivia (2009) y la República Dominicana (2010). (Nolte, 2013).

² El “Ombudsman” en Suecia, “El Contralor del Estado” en Israel, “Proveedor de Justicia” en Portugal, “Mediador” en Francia, “Defensor Cívico” en Italia, “Comisionado Parlamentario” en Gran Bretaña y “Defensor del Pueblo” en España.

institucionales. Así por ejemplo, en países como Antigua y Barbuda, Barbados, San Martín, Trinidad y Tobago adoptaron la figura del *ombudsman*; en Guatemala, la Procuraduría de los Derechos Humanos; en México la Comisión Nacional de Derechos Humanos; en Haití, la de la Oficina de Protección del Ciudadano, y en otros tantos, como Argentina, Colombia, Ecuador, Panamá, Perú y República Dominicana, la de las defensorías del pueblo.

Estas últimas, pensadas como instituciones cercanas a los ciudadanos; pieza fundamental de lo que se conoce como esquemas multinivel de protección, en los que se articulan todos los mecanismos nacionales e internacionales de protección de los individuos. Gracias a ellas y al trabajo de los jueces constitucionales, los derechos fundamentales se han convertido en realidad para muchos, pues su trabajo ha hecho que las garantías y la protección de derechos cobren vida. Ahora bien, pese a los avances que ha significado la puesta en marcha de este tipo de instituciones, aún existen grandes desafíos por superar; en términos normativos, institucionales y políticos, para que las defensorías sean el brazo institucional de los ciudadanos, tal como fueron pensadas.

Este documento tiene por objeto ofrecer un análisis a partir de los casos de Argentina, Colombia y Ecuador, con el que se evidencien los retos que aún se deben superar. La selección de estos tres países responde principalmente a dos criterios: el primero de ellos, la necesidad de limitar la muestra de análisis, y el segundo, relacionado con las formas de Estado y el momento histórico en el que se originó cada uno de dichos órdenes constitucionales. En esa medida, Argentina, con su Constitución de 1994, en la que se adopta un Estado federal; Colombia, con su Constitución de 1991, en la que se establece un Estado unitario con descentralización y autonomía territorial, y finalmente, Ecuador, con su Constitución de 2008, en donde también se funda una República con descentralización, pero con un mayor énfasis en la multiculturalidad y en la plurinacionalidad.

Ahora bien, creemos que esta perspectiva realista puede ayudarnos a trazar propuestas que a futuro permitan el perfeccionamiento de una institución tan importante para la ciudadanía. Así las cosas, en un primer momento presentamos de manera general cómo se concibe la institución dentro del ordenamiento jurídico de los tres Estados seleccionados. Después, a partir de un análisis del trabajo que han adelantado en los tres casos, estimaremos cuál es el alcance que tienen. Y finalmente, nos detendremos a examinar el futuro que les espera.

II. EL QUÉ Y EL CÓMO DE LAS DEFENSORÍAS DEL PUEBLO EN ARGENTINA, COLOMBIA Y ECUADOR

Tal como lo destacábamos algunas líneas atrás, uno de los comunes denominadores dentro de los cambios constitucionales que tuvieron lugar en América Latina durante la segunda mitad del siglo XX fue la reformulación del paradigma en materia de derechos humanos. En ese sentido, los nuevos textos constitucionales contemplaron el reconocimiento y la garantía formal de dichos derechos, pero a su vez desarrollaron un entramado normativo, procesal e institucional para materializarlos, al mismo tiempo que procuraron promover y arraigar la cultura de los derechos humanos.

Fue así como, tomando como insumo las experiencias europeas y los esfuerzos internacionales por reconocer la importancia y necesidad de tener instituciones nacionales de derechos humanos, los ordenamientos latinoamericanos fueron alineándose con los Principios de París, adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1992 (Robledo Silva, 2020). En Argentina, nació la Defensoría del Pueblo con la reforma constitucional de 1994,³ la de Colombia,⁴ con la Constitución Política de 1991, y la ecuatoriana, en 1998.⁵ Todas ellas encuentran su fundamento en el texto constitucional, y las tres son pensadas como instituciones autónomas, cuya tarea principal es la defensa de los derechos.

Ahora bien, pese a que en los tres casos las defensorías del pueblo tienen un origen y un sentido similar, su configuración y funcionamiento varía. Por ello, a continuación nos ocuparemos de resaltar las principales diferencias y similitudes que existen respecto a esta institución en lo que tiene que ver con el lugar que ocupan dentro de la estructura orgánica del Estado; las funciones que desempeña, su estructura institucional, la forma en la que se designa al defensor del pueblo, sus relaciones interinstitucionales y sus relaciones con la ciudadanía.

³ Su competencia surge de los artículos 86 y 43 de la Constitución Nacional y de la Ley 24.284, modificada por la Ley 24.379.

⁴ Mediante los artículos 281 y 282 de la Constitución Política de 1991 se estructuraron las características, facultades y funcionamiento de la Defensoría del Pueblo, como proyección y desarrollo de la concepción del Estado social de derecho.

⁵ La Defensoría del Pueblo, cuyo titular es el Defensor del Pueblo, es una institución que fue incluida en el aparato institucional del Estado ecuatoriano mediante la disposición del artículo 96 de la Constitución Política que rigió desde agosto de 1998. Actualmente, se encuentra institucionalizada mediante el artículo 214 de la nueva Constitución de la República del Ecuador.

1. *Ubicación en la estructura orgánica del Estado*

En primer lugar, es importante distinguir que mientras que Argentina es un Estado federal, Colombia y Ecuador están organizados como repúblicas unitarias. No obstante, en cuanto a la división del poder público, Argentina y Colombia atienden a la tridivisión tradicional entre Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, complementada por organismos constitucionales de administración y control; mientras que Ecuador lo divide en cinco: los poderes tradicionales y los poderes electoral y de transparencia y control social (Chuquimarca, 2013, pp. 49-52).

En el caso argentino, la Defensoría del Pueblo hace parte de los organismos de control de la administración pública, por lo que se trata de una institución estatal, y no meramente gubernamental. No obstante, es un organismo independiente del Ministerio Público. En el caso colombiano, la Defensoría sí hace parte del Ministerio Público y, en esa medida, también es considerado como un organismo constitucional de control al poder público.⁶ Por último, en el escenario ecuatoriano la Defensoría es entendida como parte de los organismos de control del Estado que integran el quinto poder (Figuroa, 2012). Así, junto a la Procuraduría y la Contraloría, su articulación está pensada en términos descentralizados y, a diferencia de sus homólogas en Argentina y Colombia, cuenta con representantes en el exterior.

2. *Las funciones que desempeña*

Como hemos dicho, la función principal de las defensorías del pueblo es la promoción y defensa de los derechos humanos. Sin embargo, los alcances de dicha competencia, así como la forma y la naturaleza del trabajo que adelantan las defensorías, varía de país a país.

En el caso argentino, el Defensor del Pueblo tiene legitimación procesal (Constitución Nacional de Argentina, artículo 86) para iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación en la que se involucre una potencial o efectiva vulneración de los derechos humanos, del usuario o del consumidor, que provenga principalmente del

⁶ Los artículos 281 y 282 de la Constitución Política de Colombia consagran la figura del Defensor del Pueblo bajo el capítulo 2, que se refiere a las funciones y conformación del Ministerio Público.

Poder Ejecutivo, empresas y sociedades del Estado —o con participación estatal— y servicios públicos (interpretación restrictiva del concepto de administración pública) (Ley 24.284, artículo 16) o, situaciones en las que se presenten conflictos entre particulares (artículo 14) en tanto que no haya un pronunciamiento judicial y/o administrativo pendiente (Constitución Nacional de Argentina, artículo 43).

En Colombia, las funciones de la Defensoría pueden agruparse en cinco categorías diferentes: las de diagnóstico (lo que incluye la vigilancia y la denuncia), las de difusión, las de defensoría (entendida como defensa judicial pública y como trámite de peticiones ciudadanas), las de política pública y las de mediación (Constitución Política de Colombia, 1991, artículo 282). Además, atendiendo al particular contexto de violencia socio-política al que se enfrenta el país desde hace décadas, en el caso colombiano la Defensoría del Pueblo asume competencias fundamentales respecto de la protección de la población civil.

Sobre este particular, es importante precisar que tras la firma del Acuerdo de Paz celebrado por el gobierno con las antiguas FARC-EP en 2016, la Defensoría del Pueblo de Colombia asumió algunas funciones adicionales en materia de: *i*) prevención y alerta de “la presencia, operaciones y/o actividades de las organizaciones y conductas criminales” (Acuerdo Final, 2016, 94); *ii*) asesoría al gobierno y otras instituciones estatales en materia de paz y derechos humanos (p. 191), y *iii*) monitoreo (p. 233). Asimismo, como parte de los desarrollos normativos orientados hacia la implementación de dicho Acuerdo, se ha establecido dentro de las funciones de la Defensoría, la de cooperar con los diferentes mecanismos e instituciones para la paz. Por ejemplo, cuando la Unidad de Investigación y Acusación de la Jurisdicción Especial para la Paz lo requiera, podrá solicitar la colaboración de la Defensoría para lograr la remisión del caso (Ley 1957, 2019, artículo 86); o la articulación del sistema de defensoría pública de esta última con el Sistema Autónomo de Asesoría y Defensa de la Jurisdicción Especial para la Paz (artículo 115).

En Ecuador, la Defensoría “promueve y protege los derechos de las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos que habitan en el país; de ecuatorianas y ecuatorianos en el exterior; y los derechos de la naturaleza, para propiciar la vida digna, el buen vivir” (Defensoría del Pueblo de Ecuador, s. f.) y la construcción de una sociedad respetuosa de los derechos humanos. Para lograr tal cometido, se le han asignado varias competencias, que pueden aglomerarse en las siguientes categorías, en

buena medida similares a las de la Defensoría colombiana: las de defensoría (lo que incluye trámite de quejas, las órdenes para la tutela de los derechos y la representación judicial), las de denuncia y las de política pública. No obstante, vale la pena resaltar dos asuntos sumamente interesantes en el escenario ecuatoriano. Por una parte, la posibilidad de que la institución preste sus servicios a los ecuatorianos que no se encuentran en territorio nacional. Por la otra, la mención expresa al deber que dicha institución tiene respecto de los derechos de la naturaleza y el buen vivir.

Como se observa, el perfil de la Defensoría varía de país a país. En los casos colombiano y ecuatoriano, se trata de entidades pensadas en términos de difusión, control, representación, intervención y mediación. En cambio, en Argentina la institución tiene un perfil exclusivamente de representación, principalmente en términos judiciales.

En torno al asunto de las funciones, debemos resaltar que además de las facultades de las defensorías, éstas también tienen algunos deberes. Entre ellos, vale la pena resaltar su obligación de rendir cuentas periódicamente. En Argentina, el Defensor del Pueblo debe dar cuenta anualmente a las Cámaras de la labor realizada en un informe que les presentará antes del 31 de mayo de cada año; empero, cuando la gravedad o urgencia de los hechos lo aconsejen podrá presentar un informe especial. En Colombia, el Defensor del Pueblo también debe presentar al Congreso de la República un informe anual en donde reporte sus actividades (con el número y tipo de quejas recibidas, de las medidas adoptadas para su atención y trámite, de la mención expresa de los funcionarios renuentes o de los particulares comprometidos y de las recomendaciones de carácter administrativo y legislativo que considere necesarias). Por último en Ecuador, los deberes de información del Defensor son un tanto diferentes. Allí se consagra el deber de investigar e informar constantemente sobre la situación en derechos humanos y de la naturaleza, para recomendar un cambio de actitud del Estado.

3. *Estructura institucional*

Atendiendo al perfil que los ordenamientos constitucionales han dado a las defensorías que estudiamos, la estructura institucional de cada una de ellas varía bien sea que se atienda a un criterio funcional o a uno temático. En el caso argentino, el énfasis es temático. Por ello, además del

despacho del Defensor, la Secretaría General y la Subsecretaría general, el trabajo de la Defensoría se articula en torno a siete áreas temáticas de trabajo, a saber: 1. Identidad y ciudadanía, 2. Salud, acción social, educación y cultura, 3. Medio ambiente y desarrollo sustentable, 4. Usuarios, obras y servicios públicos, 5. Seguridad social y trabajo, 6. Asesoría legal y técnica y 7. Grupos vulnerables.

En Colombia, la articulación institucional obedece tanto al criterio funcional como al temático que, además, se entrecruzan con una variable territorial. En estricto sentido, la entidad se integra por el Defensor del Pueblo, sus oficinas asesoras, el Despacho del vicedefensor del Pueblo, las defensorías regionales y la Secretaría General. No obstante, es menester precisar que desde la reforma orgánica de 2014, en el despacho del vicedefensor se encuentran adscritas cuatro direcciones nacionales (Promoción y Divulgación de Derechos Humanos; Atención y Trámite de Quejas; Recursos y Acciones Judiciales, y Defensoría Pública) y quince defensorías delegadas por criterio temático (orientación y asesoría de las víctimas del conflicto armado; prevención de riesgos y sistema de alertas tempranas; asuntos agrarios y de tierras; derechos de las mujeres y asuntos de género; grupos étnicos; infancia, juventud y adulto mayor; política criminal y penitenciaria; derecho a la salud y seguridad social; asuntos constitucionales y legales; derechos de la población en movilidad humana; derechos económicos, sociales y culturales; protección del derecho al deporte; prevención y la transformación de la conflictividad social; y protección de derechos en ambientes virtuales) (Decreto 25, 2014). Asimismo, es importante aclarar que la distribución territorial de las defensorías regionales va más allá de la organización territorial prevista en el ordenamiento territorial colombiano en la medida en la que cuenta con defensorías en zonas especiales, como es el caso del Bajo Cauca Antioqueño, el Magdalena Medio, Ocaña, el Pacífico, Soacha, el Sur de Bolívar, el Sur de Córdoba, Tumaco, y en el Urabá-Darién.

En el caso ecuatoriano, la estructura de la Defensoría está definida en clave de procesos. Concretamente, se organiza a través de un proceso gobernante, una serie de procesos sustantivos, otra serie de procesos adjetivos y una serie de procesos desconcentrados.

En el primero se encuentran ubicados el Defensor y la vicedefensoría. En el segundo se agrupan las diferentes dependencias de gestión estratégica, como lo son la prevención y promoción de derechos humanos, protección de derechos humanos y de la naturaleza, producción especializada

de gestión del conocimiento e investigación y la gestión de transparencia y acceso a la información pública. En el marco de los procesos adjetivos se incluyen las dependencias que no están directamente ligadas con el mandato institucional, como son la gestión de comunicaciones, imagen institucional, cooperación internacional, auditoría interna, asesoría jurídica, administrativa-financiera y planificación. Y finalmente, en los procesos desconcentrados se encuentran las delegaciones provinciales y del exterior (Defensoría del Pueblo del Ecuador, 2020).

4. *La designación del Defensor del Pueblo*

En términos generales, en los tres casos el poder público encargado de designar al Defensor del Pueblo es el mismo: el Poder Legislativo, sin embargo, lo que varía es quién decide la lista de candidatos elegibles para el cargo. En Argentina, el Defensor del Pueblo, quien tiene un periodo de cinco años (extensible por cinco más) es designado y puede ser removido por el Congreso, gracias al voto de sus dos terceras partes. La lista de candidatos a ser elegidos se obtiene de la propuesta que hace la comisión bicameral reunida bajo la dirección del presidente del Senado, de uno a tres candidatos para ocupar el cargo de Defensor del Pueblo (Ley 24.284, artículo 2o.). En caso de que el Defensor lo requiera, la Comisión Bicameral puede designar defensores adjuntos “que auxiliarán a aquél en su tarea, pudiendo reemplazarlo provisoriamente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal, en el orden que la Comisión determine al designarlos”. En el escenario colombiano, el Defensor del Pueblo es elegido para un periodo de cuatro años por la Cámara de Representantes del Congreso de la República de una terna enviada por el presidente de la República. En el caso ecuatoriano, es el pleno del Congreso el que elige al Defensor, con el voto de las dos terceras partes, por lo menos, de sus miembros para un periodo de cuatro años, que puede extenderse por otros cuatro (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, artículo 3o.).

Como se observa, las diferencias respecto de la designación del titular de esta institución no son significativas; no obstante, vale la pena resaltarlas, pues ellas pueden tener efectos sobre su trabajo. Por ejemplo, si bien la elección de los defensores en los tres casos depende de los parlamentos, en los casos argentino y ecuatoriano, ésta depende del pleno del Congreso, y no sólo de una de sus cámaras, como ocurre en Colombia. Si bien

esta variación es mínima, si atendemos a las dinámicas político-electorales de nuestros parlamentos, ello puede tener consecuencias sobre el perfil del designado y su autonomía e independencia.

Este asunto también tiene relación con otra de las diferencias entre el régimen colombiano y los casos argentino y ecuatoriano. En estos últimos escenarios está contemplada la reelección del Defensor, decisión que, una vez más, depende del Congreso. En este contexto, la pregunta sobre la garantía de independencia del Defensor aparece de nuevo. Este asunto se exagera en el caso argentino, en el que, además, el Congreso también puede remover al titular de la institución.

Quizá la otra diferencia que vale la pena resaltar es la posibilidad que contempla la Constitución argentina de que, a propuesta del Defensor del Pueblo, la comisión bicameral nombre defensores adjuntos, esto es, una especie de auxiliares de aquél en su tarea, que puedan reemplazarlo provisionalmente en los supuestos de cese, muerte, suspensión o imposibilidad temporal (Ley 24.284, artículo 13). Esta figura también está presente en la Defensoría de Ecuador, sólo que allí los adjuntos son designados por el mismo Defensor.

5. Relaciones interinstitucionales

Como se mencionó, la característica principal de la Defensoría del Pueblo es su autonomía respecto del resto de la institucionalidad estatal y, más aún, su capacidad de ejercer control sobre ésta. Ahora bien, pese a dicha independencia, el trabajo de la Defensoría se articula con algunos entes estatales, y responde respecto de otros.

Así, por ejemplo, en Argentina le corresponde al Defensor articular las acciones de protección con los defensores provinciales y municipales, organizar las actividades de las receptorías del interior y mantener relaciones permanentes con las organizaciones regionales de *Ombudsman*, colaborar en las acciones de cooperación y coordinación con organismos o entes extranjeros, organizaciones no gubernamentales y con entidades internacionales cuya actividad sea asimilable a la del Defensor del Pueblo, coordinando los planes, programas y proyectos elaborados al respecto, de conformidad con las instrucciones del Defensor del Pueblo o del Consejo de Administración, según el caso, tendientes a generar un proceso de fortalecimiento de la cooperación internacional en la temática.

En Colombia, la Defensoría del Pueblo hace parte de la Red Institucional de Apoyo a las Veedurías Ciudadanas establecida en la Ley 850 de 2003, por lo que le corresponde prestar su apoyo legal y concurso a las redes que las agrupan regionalmente en todo lo relativo a la promoción de la vigilancia, y en todos los municipios colombianos existe la figura del personero municipal, quien es la autoridad local encargada de la promoción de los derechos de los habitantes del correspondiente municipio. El Ministerio Público, como ente de control, capacita a dichas autoridades de manera conjunta entre la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo y las defensorías regionales, con el fin de fortalecer sus competencias.

El Defensor del Pueblo de Ecuador coordina con los adjuntos, comisionados, directores y coordinador nacional, todas las políticas que sobre derechos humanos, derechos constitucionales y demás de competencia de la Defensoría, para que se implementen oportuna y adecuadamente (Gil y Blacio, 2011).

Ahora bien, además de esta articulación a nivel nacional, las defensorías también coordinan su trabajo con los sistemas internacionales de protección a la luz de sus competencias y alcances. Así, por ejemplo, según las resoluciones 67/163 del 20 diciembre 2012 y 65/207 del 21 diciembre de 2010 de la Asamblea General de la ONU y los Principios de París, la Defensoría del Pueblo debe colaborar en las acciones de cooperación y coordinación con organismos o entes extranjeros, ONG y con entidades internacionales cuya actividad sea la protección de los derechos humanos, coordinando los planes, programas y proyectos tendientes a generar un proceso de fortalecimiento de la cooperación internacional en la temática (Robledo, 2020).

Es así como, adicionalmente, la Defensoría del Pueblo argentina debe cooperar y trabajar en el mantenimiento de las relaciones permanentes con todas las organizaciones de las Naciones Unidas, en especial con la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos de las Naciones Unidas y la estructura Regional Americana de integración de Estados: Organización de Estados Americanos, en especial con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso colombiano, la Oficina de Asuntos Internacionales de la Defensoría del Pueblo debe dirigir y coordinar la implementación de la estrategia para atender asuntos internacionales y de cooperación de la entidad, y asesorar al Defensor del Pueblo en la definición de políticas para

la atención y seguimiento de situaciones de vulneración de los derechos humanos de los colombianos en el exterior y de la infracción del derecho internacional humanitario en Colombia, cumpliendo con la misión institucional de la entidad.

En Ecuador, el Reglamento Orgánico Funcional de la Defensoría del Pueblo determina que dentro de los objetivos de esta institución se encuentran: *a)* informar sobre la firma y ratificación de los pactos, convenios y declaraciones internacionales en materia de derechos humanos y de la naturaleza y velar por el efectivo cumplimiento de los mismos; *b)* representar al país y hacer parte de los eventos e instancias internacionales sobre las materias de su competencia, y *c)* fortalecer relaciones nacionales e internacionales con instituciones y organizaciones no gubernamentales.

Por último, también debe mencionarse que además de la interacción de las defensorías con los órganos internacionales de promoción y protección, dichas entidades también se articulan con redes de colaboración tales como la Federación Iberoamericana del Ombudsman (FIO), la Red Iberoamericana de Organismos y Organizaciones contra la Discriminación (RIOOD), Naciones Unidas, la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ANUDH) y la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano.

6. *Las defensorías y la ciudadanía*

Por último, vale la pena detenernos en la relación que tienen las defensorías en cada país con la ciudadanía. Las defensorías del pueblo son, ante todo, el brazo institucional de la ciudadanía para la defensa de sus derechos. Por ello, la pregunta por la relación de estas instituciones con los individuos es fundamental. Ahora bien, el alcance y los derroteros de dicha relación cambia según las funciones y capacidades asignadas a cada institución.

En este apartado queremos concentrarnos en las dos interacciones que implican una relación directa entre los ciudadanos y la defensoría: aquellas que se dan en el marco del trámite de las quejas ciudadanas y las que se generan con ocasión de la representación judicial.

Respecto de lo primero, en Argentina, es posible ejercitar la acción de amparo contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a

la lesión, restricción alteración o amenaza de los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de *incidencia colectiva en general*, mediante la presentación personal o por correo a la sede central de la institución de una queja escrita por parte del afectado, el Defensor del Pueblo o las asociaciones que propendan a esos fines, sin ningún costo y sin necesidad de la representación de un abogado.

Admitida la queja, el Defensor del Pueblo debe promover la investigación sumaria, en la forma que establezca la reglamentación, para el esclarecimiento de los supuestos de aquélla. En todos los casos debe dar cuenta de su contenido al organismo o entidad pertinente, a fin de que por intermedio de autoridad responsable y en el plazo máximo de treinta (30) días, se remita informe escrito. Respondida la requisitoria, si las razones alegadas por el informante fueren justificadas a criterio del Defensor del Pueblo, éste dará por concluida la actuación comunicando al interesado tal circunstancia (Ley 24.284, artículo 23).

Cabe establecer que la DPN no tiene legitimación para accionar en la defensa de los derechos subjetivos sobre bienes jurídicos individuales, los cuales deben ser ejercidos por sus titulares, sino solamente derechos de incidencia colectiva; es decir, se requiere que: *a)* el bien que se procura proteger pertenezca a toda la comunidad, siendo indivisible y no admitiendo exclusión alguna, y *b)* el foco de la pretensión debe estar en la incidencia colectiva del derecho, y no en la repercusión indirecta que pueda tener sobre el patrimonio [o algún otro derecho individual] de algún/os individuos, cuya acción le corresponde a dichos individuos de manera individual.

De otro lado, en Colombia, la interposición de una queja por parte del interesado es el punto de partida de una investigación para esclarecer o rectificar actos, hechos u omisiones de la administración y/o de cualquier otra persona natural o jurídica, que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario, discriminatorio o negligente de sus funciones y que afecten los derechos y garantías e intereses individuales, difusos o colectivos contemplados en la Constitución Política Nacional. Además, valga mencionar que, de conformidad con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, en armonía con el artículo 51 del Acuerdo 05 de 1992, y el Acuerdo 02 de 2015 de la Corte Constitucional, el Defensor del Pueblo podrá acudir ante la Sala de Revisión de dicho tribunal para solici-

tar la insistencia en revisión de los fallos de tutela excluidos de selección cuando considere que esta última puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave. Cualquier persona que hubiere intervenido en el trámite de una acción de tutela, bien directamente o como agente oficioso o resultare afectada con la decisión proferida, podrá por sí misma o mediante representante o apoderado, solicitar el uso de dicha facultad.

La Defensoría del Pueblo dispone de un Protocolo General de Atención y de Servicios que regula la atención ofrecida por el personal vinculado a la entidad a través de los canales telefónico, presencial y virtual, con el fin de propiciar una mejor interacción entre los usuarios de los trámites y servicios y quienes tienen a su cargo la atención al ciudadano, garantizando un trato digno y solidario al usuario que tiene la expectativa de recibir ayuda, teniendo en cuenta desde su condición de discapacidad hasta el comportamiento de los servidores públicos.

El ordenamiento jurídico del Ecuador permite que cualquier ciudadano o ciudadana, sin importar su nacionalidad, edad, residencia, incapacidad para hablar, detención en centros penitenciarios o policiales, internación en establecimientos psiquiátricos o cualquier relación de dependencia con el Estado, solicite la intervención de la Defensoría del Pueblo si considera que algún organismo público o persona natural o jurídica ha vulnerado sus derechos fundamentales o ha lesionado sus legítimos intereses (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo, título III). Así, a través de peticiones, que se pueden presentar en forma verbal o escrita, ante un funcionario de la institución con su firma de responsabilidad, adjuntando, si es posible, las fotocopias de los principales documentos relacionados con el caso planteado, los ciudadanos pueden activar las competencias de la Defensoría.⁷

Una vez admitida la petición, inicia la investigación sumaria, para que el funcionario público o la persona involucrada la conteste en un plazo de ocho días, prorrogables por ocho días más, a petición fundamentada de parte. De encontrar fundada la petición, la Defensoría promoverá, sin demora alguna, los recursos y acciones que impidan las situaciones de daños o peligros graves, sin que las autoridades competentes requeridas puedan negarse a su conocimiento y resolución. La falta de contestación

⁷ En el caso de juicios que se siguen en la función judicial, o en trámites administrativos, los funcionarios de la Defensoría del Pueblo se limitarán a vigilar el respeto al debido proceso, pudiendo para este efecto interponer las acciones y recursos contemplados en la Constitución Política de la República y la ley.

se asume como aceptación de la petición, debiéndose en todo caso indagar sobre los fundamentos de ésta.

En cuanto a la representación judicial, tal como lo hemos dicho, este es el fuerte de la Defensoría argentina, pero es también una de las funciones de las defensorías colombiana y ecuatoriana. En el primer caso, la representación se ejerce en el marco de la competencia reparadora del Defensor de la Nación, que se traduce en hacer uso de su legitimación procesal para demandar ante organismos jurisdiccionales las violaciones contempladas en sus facultades, aunque su misión primordial es la de colaborador crítico y no de litigante pues la Defensoría tiende, precisamente, a evitar los costos y las dilaciones que suponen los procesos judiciales.

En Colombia, la Defensoría puede, o bien iniciar acciones judiciales, o bien participar en el marco de los procesos constitucionales y legales cuyo régimen procesal así lo autoriza. En este contexto, la Defensoría puede demandar, impugnar, insistir o defender ante la Corte Constitucional, de oficio o a solicitud de cualquier persona y cuando fuere procedente, normas relacionadas con los derechos humanos e interponer acciones públicas en defensa de la Constitución Política, de la ley, del interés general y de los particulares, ante cualquier jurisdicción, servidor público o autoridad.

Además, la defensoría participa del trámite de las peticiones colectivas formuladas por organizaciones cívicas o populares frente a la administración pública, cuando aquéllas lo demanden y la mediación entre los usuarios y las empresas públicas o privadas que presten servicios públicos, cuando aquéllas lo demanden, en defensa de los derechos que se presuman violados.

Finalmente, la Defensoría ecuatoriana patrocina tanto a las personas como a los pueblos, comunidades y colectivos en la interposición de garantías jurisdiccionales, tales como: *a)* acciones de protección por la vulneración de los derechos constitucionales; *b)* *habeas corpus* para recuperar la libertad por detenciones ilegales, arbitrarias o ilegítimas; *c)* *habeas data* para acceder a la información personal que se encuentra en entidades públicas o privadas; *d)* acceso a la información pública como un derecho ciudadano; *e)* acción por incumplimiento para garantizar que se apliquen las normas del sistema jurídico; *f)* acción ciudadana para demandar colectivamente el respeto de los derechos, y *g)* reclamos por mala calidad o indebida prestación de los servicios públicos o privados.

Como se observa, las tres instituciones bajo estudio tienen, formalmente hablando, importantes herramientas para construir una sólida relación

con los ciudadanos gracias a la cual se logre la garantía de sus derechos. Sin embargo, es menester reconocer que tal vez de las tres, la que mayor proximidad tiene con determinados grupos, como los pueblos indígenas, es la institución ecuatoriana; en particular, si se tiene en cuenta que ésta ha hecho un esfuerzo por hacer transversal su política de reconocimiento e inclusión, disponiendo de toda la información pública en su página web en formato bilingüe (español e indígena).

A renglón seguido haremos un breve análisis de los alcances del trabajo de las defensorías a la luz de los Principios de París, según lo reportado en los informes anuales más recientes de estas instituciones.

III. HASTA DÓNDE VA EL TRABAJO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO

Si bien la figura de la Defensoría del Pueblo es relativamente nueva en la región, su trabajo ha sido un cambio significativo en términos de cultura de los derechos humanos. Para evaluar los alcances de estas instituciones, quizá lo más idóneo sea tener como parámetro de análisis las disposiciones contenidas en los Principios de París (López, 2022, pp. 67-95), dentro de las que se encuentran los objetivos y competencias que deben cumplir las instituciones nacionales de derechos humanos. En tal sentido, resulta oportuno recordar lo que establece el principio A de la Resolución 48/134 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en donde se adoptan dichos Principios.

En términos generales, las instituciones nacionales de derechos humanos —y en este caso, las defensorías del pueblo— son competentes de manera general en el ámbito de protección y promoción de los derechos humanos, en particular en la medida en la que deben contar con el mandato más amplio posible en términos constitucionales o legales. No obstante, se prevén al menos siete atribuciones específicas que, de acuerdo con Robledo Silva, se pueden agrupar en cuatro categorías: las competencias consultivas, las de investigación, las de cooperación internacional y finalmente, las de promoción.

Dentro de las primeras podemos ubicar todas aquellas relacionadas con las de proponer, revisar y recomendar las decisiones y normas en materia de derechos humanos; en las segundas todas aquellas que implican investigar

las violaciones de derechos humanos; en las terceras aquellas que tienen que ver con colaborar con organizaciones internacionales en la promoción y protección de los derechos humanos y finalmente en las últimas, aquellas relacionadas con la educación y divulgación de los derechos humanos (Robledo, p. 51).

Así las cosas, a continuación analizaremos en clave de dichas competencias, el alcance del trabajo adelantado por las defensorías del pueblo de Argentina, Colombia y Ecuador. Para ello, utilizaremos como insumo los informes anuales presentados por cada uno de ellos sobre su gestión en los diferentes campos.

1. *Las competencias consultivas*

De acuerdo con las competencias y atribuciones establecidas en los Principios de París, dentro de las competencias consultivas se ubican las de:

a) presentar... dictámenes, recomendaciones, propuestas e informes sobre todas las cuestiones relativas a la protección y promoción de los derechos humanos... b) promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva; c) alentar la ratificación de esos instrumentos o la adhesión a esos textos y asegurar su aplicación.

En el escenario argentino, encontramos que la Defensoría del Pueblo ejerce una función activa en términos consultivos en la medida en la que participa y apoya el procedimiento legislativo. Así, por ejemplo, desde 2019, la Defensoría aportó a la construcción del proyecto de ley sobre registro del estado civil y capacidad de las personas y mantuvo un papel activo en el seguimiento a su trámite legislativo durante los dos años siguientes (Defensoría del Pueblo de la Nación, 2022, p. 33). En esa misma medida, ha monitoreado el cumplimiento e implementación de diversas normas de derechos humanos, como es el caso de la Ley 26.331 sobre la protección de los bosques nativos, y la Ley 7.543 de Ordenamiento Territorial de Bosques Nativos de la Provincia de Salta (p. 93). En esa misma línea, vale la pena destacar otros esfuerzos iniciados con anterioridad. Por una parte, el seguimiento adelantado respecto de los

objetivos de desarrollo sostenible a través de la Resolución DP 29/14⁸ y la inclusión de la promoción y protección de los derechos sexuales y reproductivos como competencia esencial de la institución, Resolución DP 46/16, en atención a la resolución de la Asamblea Mundial de la Salud WHA 55.19 (Defensoría del Pueblo de la Nación, 2017).

Por su parte, la Defensoría del Pueblo de Colombia ha desempeñado sus funciones consultivas en lo que durante los últimos años ha denominado como *magistratura moral*, en donde incluye sus participaciones en el trámite legislativo de las leyes relacionadas con los derechos fundamentales, la realización de informes, dictámenes, conceptos y doctrinas defensoriales, así como el seguimiento al cumplimiento de fallos judiciales. Así por ejemplo, durante 2020, la Defensoría participó en cuarenta debates en el Congreso de la República, realizó dos audiencias defensoriales sobre el derecho a la salud y sobre la crisis humanitaria y ambiental de la Región Pacífico, elaboró treinta informes defensoriales, 34 conceptos defensoriales y el seguimiento a 46 fallos judiciales. Dentro de dichos productos, interesa resaltar la participación en el trámite legislativo de proyectos relativos a asuntos étnicos, derechos de los niños, niñas y adolescentes, asuntos penales, regulación de los cigarrillos electrónicos y erradicación de cultivos ilícitos por aspersión aérea (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2020, pp. 26-28).

Ahora bien, dentro del ejercicio de este tipo de competencias, resulta particularmente importante destacar, en el caso de la Defensoría colombiana, el trabajo que ha adelantado haciendo el monitoreo y seguimiento a la implementación del Acuerdo de Paz. En esa medida, es esencial mencionar el reciente Informe de Seguimiento a la Implementación del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera, que fue publicado y presentado en julio de 2022, en el que a partir de un análisis de las diferentes metas derivadas del acuerdo concluyó que por fin, después de una fase de planeación, finalmente la implementación del Acuerdo por parte del gobierno ingresaba a una aceleración para la implementación (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2022).

⁸ A través de la cual la Defensoría exhortó a los funcionarios nacionales y provinciales, responsables de las áreas de agricultura, educación, ambiente, producción y salud, así como a los de la Comisión Nacional de Investigación sobre Agroquímicos (CNIA), consejos federales, áreas de ciencia y tecnología y de investigación y desarrollo, a tomar medidas de precaución para evitar la exposición a agroquímicos en las escuelas rurales; resultando un total de 148 funcionarios exhortados en todo el país.

Así por ejemplo, la Defensoría se ha encargado de visibilizar los más de 1,442 predios que han sido restituidos a las víctimas del conflicto armado y la recuperación de un total de 16,923, correspondiente a más del 63% establecido en el Acuerdo. Pero también, reconociendo los desafíos que aún perduran en la materia, recomendó la creación de una jurisdicción o especialidad agraria al interior de la rama judicial —tal como había sido dispuesto en el Acuerdo—; una recomendación que ha surtido efecto, toda vez que el gobierno nacional presentó una iniciativa legislativa en el segundo semestre, la cual fue aprobada por el Congreso en diciembre de 2022 (Senado, 2022).

Por último, en el caso de la Defensoría ecuatoriana, al igual que como sucede con sus homólogas, ésta desempeña un papel importante en cuanto al diseño, revisión y seguimiento de la legislación en materia de derechos humanos. En particular, resalta su participación en la agenda legislativa del Estado, al ver, por ejemplo, que para 2021, junto con la Asociación de Psiquiatría Núcleo Pichincha, se presentó un proyecto de Ley Orgánica de Salud Mental con el que se pretendía garantizar “la atención integral de la salud mental de sujetos de atención prioritaria y grupos en situación de vulnerabilidad en la salud mental, bajo un enfoque de derechos humanos, de equidad de género, interculturalidad e inclusión social” (Defensoría del Pueblo Ecuador, 2022, p. 39). Asimismo, incidió en los proyectos de ley relacionados con el derecho al cuidado en el ámbito laboral para mujeres o personas con discapacidad, el derecho a la interrupción voluntaria del embarazo y la ley de transparencia y acceso a la información, entre otros (p. 64).

2. Las competencias de investigación

Sumada a las anteriores, está la atribución que tienen las defensorías para contribuir a la elaboración de los informes que los Estados deban presentar a los órganos y comités de las Naciones Unidas, así como a las instituciones regionales, en cumplimiento de sus obligaciones contraídas en virtud de tratados. Asimismo, lo que tiene que ver con el estado actual de los derechos humanos al interior de cada Estado.

En el caso argentino, durante los últimos años, la Defensoría ha cumplido un papel especialmente importante en la elaboración de los informes que el Estado debe remitir a organismos internacionales con relación al cumplimiento de sus obligaciones en materia de derechos humanos. Así,

por ejemplo, en 2021 preparó y presentó los informes solicitados por el Mecanismo de Expertos sobre el Derecho al Desarrollo en relación al Racismo y la Discriminación Racial, por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, el Relator Especial sobre Derechos Humanos de los Migrantes, la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y formas conexas de intolerancia, el ACNUDH, el Relator Especial sobre la venta y explotación sexual de niños, incluida la pornografía infantil y otros abusos sexuales infantiles y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Defensoría del Pueblo de la Nación, p. 245).

Respecto a este último informe, vale la pena anotar que a fin de realizar un seguimiento de las observaciones generales realizadas a Argentina por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), desde noviembre de 2016 se creó el Observatorio de Femicidios del Defensor del Pueblo de la Nación, el cual realiza el registro, sistematización, análisis y comunicación de los casos de femicidio. Desde ese entonces, el Observatorio ha registrado y reportado 292 casos en 2017, 281 casos en 2018, 280 casos en 2019, 295 casos en 2020 y 289 casos en 2021 (p. 259).

En el contexto colombiano, vale destacar, especialmente, más allá de la producción de informes y respuestas para organismos internacionales —ya que esto se focaliza a través de otras entidades del Estado—, el trabajo que adelanta la Defensoría del Pueblo en cuanto al monitoreo y seguimiento de la situación de derechos humanos. En tal sentido, vale la pena llamar la atención sobre los esfuerzos de prevención y protección desplegados a través del Sistema de Alertas Tempranas, desde donde se desplegaron seis misiones humanitarias en los departamentos de Nariño, Chocó, Córdoba, Meta, Sucre y La Guajira, se obtuvieron 54 alertas tempranas, se hizo seguimiento a 37 alertas más y se adoptó un informe defensorial preventivo. A partir de esto, por ejemplo, la Defensoría logró identificar que en el 40.7% de los casos se trataba de riesgos para población en proceso de reincorporación, el 66% señalaba riesgos derivados del conflicto armado para mujeres defensoras y lideresas, el 18.5% sobre riesgos derivados del conflicto armado para población con orientación sexual e identidad de género diversas, y el 48.1% sobre riesgos para población afrocolombiana, negra y palenquera (Defensoría del Pueblo de Colombia, p. 58).

Por su parte, la Defensoría ecuatoriana despliega sus esfuerzos investigativos en lo que tiene que ver con el seguimiento de las recomendaciones

de los organismos derivados de tratados internacionales. En tal sentido, se destaca que durante 2021 se elaboró el informe Anual de la Situación de Derechos Humanos del Ecuador del 2020, respondió diecisiete cuestionarios y solicitudes de organismos internacionales, realizó un informe alternativo sobre el cumplimiento de la CEDAW y participó en la elaboración de informe anual de la Federación Iberoamericana de *Ombudsman* Defensoría del Pueblo de Ecuador (p. 63). Como parte de los esfuerzos desplegados para la elaboración de dichos informes, es menester llamar la atención sobre el seguimiento al otorgamiento de medidas administrativas de protección de mujeres, que se hizo en cumplimiento de la Ley Orgánica para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres. A partir de él se logró determinar que en 2021 se registraron 11,351 medidas a escala nacional, y se realizó el seguimiento a 4,642 medidas que fueron cumplidas (p. 63).

3. *Las competencias de cooperación*

La tercera categoría de competencias y atribuciones es aquella relacionada con las de cooperación internacional. En concreto, los Principios de París hablan de cooperar con las Naciones Unidas y los demás organismos del sistema de las Naciones Unidas, las instituciones regionales y las instituciones de otros países que sean competentes en las esferas de la promoción y protección de los derechos humanos.

En términos generales, el trabajo de las defensorías del pueblo en clave de cooperación internacional puede ser visto desde dos aristas. Por un lado está la participación activa que tengan estas entidades en escenarios de cooperación y diálogo internacional, como bien lo resalta la Defensoría del Pueblo argentina; que durante 2021 participó en el diálogo de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos con las instituciones nacionales de derechos humanos de la región de las Américas acerca del Covid-19, desafíos y oportunidades, y en las reuniones y asambleas de la Red de Instituciones Nacionales para la Promoción y Protección de los Derechos Humanos del Continente Americano y el Instituto Internacional de Ombudsman (Defensoría del Pueblo de Ecuador, p. 63). Y por el otro, a través de la ejecución de proyectos con financiación internacional, como lo destaca constantemente la Defensoría del Pueblo de Colombia, que durante 2020 ejecutó 1.593,882 dólares en 48 proyectos relacionados

con grupos étnicos, mujeres, niños, niñas y adolescentes, organizaciones y colectivos nacionales, defensores de derechos humanos, población civil, comunidad LGTBI, población desplazada, población migrante y víctimas del conflicto armado (Defensoría del Pueblo de Colombia, 2022, p. 120).

Por otra parte, en un contexto más local, la Defensoría del Pueblo argentina suscribió durante 2021 al menos siete convenios de cooperación con entidades públicas territoriales, asociaciones locales y fundaciones encargadas de la defensa de los derechos humanos. Es el caso de los convenios con el municipio de Escobar, la Fundación Micaela García “La Negra”, la Asociación Civil Convoz, las defensorías de las ciudades de Salta y Viedma, la Sociedad Argentina de Pediatría y el instituto de Pensamiento y Políticas Públicas (Defensoría del Pueblo de la Nación, p. 280).

Así, como parte de la ejecución de dichos convenios, la Defensoría argentina ha logrado prestar asistencia técnica a autoridades y organismos locales para la promoción y defensa de los derechos humanos en el territorio. Es el caso de lo sucedido con el convenio con el municipio de Escobar, en donde durante 2021 la Defensoría impartió sendos cursos orientados a capacitar y formar a los mediadores comunitarios del municipio en cuestión (p. 280). O tal como sucedió con el trabajo realizado con la Asociación de Defensores del Pueblo de la República Argentina, se diseñó y fue puesto en marcha el primer Protocolo para Defensorías del Pueblo en Empresas y Derechos Humanos, orientado a fortalecer la mediación de las defensorías en el acceso a la remediación de las víctimas en materia de derechos humanos por parte de empresas (p. 284).

También vale destacar los resultados del convenio celebrado con la Fundación Micaela García, a través del cual se puso en marcha un programa de capacitación en cuestiones de género y violencia contra las mujeres y nuevas feminidades, así como una propuesta para la transversalización de la perspectiva de género al interior de la Defensoría del Pueblo de la Nación (p. 270). Este ejemplo resuena especialmente con el mandato que tienen las instituciones nacionales de derechos humanos, al establecer un verdadero diálogo con la ciudadanía y los organismos de derechos humanos que propicie y produzca verdaderas transformaciones en la cultura de los derechos humanos.

En el caso ecuatoriano, la Defensoría del Pueblo, a diferencia de los casos argentino y colombiano, hace énfasis en ambas dimensiones de la cooperación internacional, señalando que las gestiones de cooperación

desplegadas pretenden tanto la asistencia técnica como financiera. Así, por ejemplo, durante 2021 se ejecutó el Proyecto de Sistema de Alerta y Respuesta Temprana en la Frontera Norte —SART—, en cooperación con varias agencias y organismos de las Naciones Unidas; capacitó, a través de cursos de cooperación internacional, a 58 servidores de la Defensoría, y ejecutó cerca de 773,787 dólares vía cooperación internacional (Defensoría del Pueblo de Ecuador, p. 82). Asimismo, participó en los mismos espacios de diálogo internacional que la Defensoría argentina, así como también en las reuniones de la Alianza Global de Instituciones Nacionales de Derechos Humanos.

4. Las competencias de promoción, prevención y protección de los derechos humanos

Por último, se encuentra la categoría más amplia de las cuatro: la de las competencias y atribuciones para la promoción de los derechos humanos. Dentro de ella se encuentran al menos dos atribuciones específicas reconocidas por los Principios de París:

f) colaborar a la elaboración de programas relativos a la enseñanza y la investigación en la esfera de los derechos humanos y participar en su aplicación en el ámbito escolar, universitario y profesional, y g) dar a conocer los derechos humanos y la lucha contra todas las formas de discriminación, en particular la discriminación racial, sensibilizando a la opinión pública, en particular mediante la información y la enseñanza, recurriendo para ello a todos los medios de comunicación.

Al respecto, la Defensoría del Pueblo en Argentina lleva a cabo distintos tipos de talleres, capacitaciones, diplomaturas, jornadas, paneles, encuentros y conferencias para la difusión de derechos y la divulgación sobre el rol de la Defensoría del Pueblo de la Nación en la tutela de los derechos humanos. Así, por ejemplo, durante 2021 realizó talleres de capacitación sobre el SIMORE interamericano y sobre la incorporación del ODS16; participó en la actualización del Protocolo de Actuación para Protección de Derechos Humanos de Personas en Contextos de Migración, y realizó un congreso internacional sobre la democracia en tiempos de desconfianza e incertidumbre global (Defensoría del Pueblo de la Nación, p. 63). Con

relación a la divulgación de los derechos humanos en Argentina, vale la pena señalar también que desde 1999 la Defensoría cuenta con el programa de radio semanal *La Gente y su Defensor*. Este programa nació como táctica comunicacional dentro del operativo denominado “Plan Federal de Difusión”, con el propósito de profundizar y dar a conocer las actividades que lleva adelante el *Ombudsman* nacional, el cual hoy ha evolucionado al *pódcast Derechos y Acción* (p. 253).

Ahora bien, dentro de las competencias relativas a la promoción de los derechos humanos se incluyen también aquellas relacionadas con la intervención en procesos judiciales y la defensa pública. De allí que valga la pena destacar que en el caso argentino, la Defensoría prestó asesoría legal y técnica durante 2021 tramitando sendos procesos judiciales, dentro de los que se destaca el proceso promovido para el colectivo de pueblos originarios de la provincia del Chaco, en donde se consiguió que la Corte Suprema de Justicia de la Nación adoptara una medida cautelar en su favor. Asimismo, se resalta la asistencia y asesoría que ofreció a las víctimas de la violencia obstétrica para que hospitales y sanatorios cumplieran con las obligaciones derivadas de la Ley 25.929 sobre Parto Respetado para la Prevención, Asistencia y Erradicación de la Violencia Obstétrica (p. 208).

Por su parte, la Defensoría colombiana desarrolló durante 2020 un total de 4,751 actividades de promoción y divulgación de los derechos humanos en el nivel regional, con las que se llegó a más de 9,000 ciudadanos. De ellos, cerca del 85% eran catalogados como sujetos de especial protección constitucional (Defensoría del Pueblo de Colombia, p. 32). Debido a las necesidades y realidades nacionales, las principales temáticas sobre las que versaron estos ejercicios fueron las de construcción de paz, los DES-CA y la relación entre empresa y derechos humanos. Así, por ejemplo, de los trece diplomados que se dictaron durante este año, siete guardaron relación con el conflicto armado y la construcción de paz, tres con mecanismos de control social, y los tres restantes con enfoques diferenciales.

Es igualmente destacable dentro de las funciones de promoción, prevención y protección que desempeña la Defensoría colombiana, su participación activa en: Grupo de Valoración Preliminar (GVP), el Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas (CERREM) y la Mesa Técnica de Seguridad y Protección para excombatientes de FARC-EP. Esto, en la medida en la que el GVP se ocupa de determinar “el nivel de riesgo y recomendar la medida de protección a implementar para las

personas evaluadas, según la información suministrada por los analistas de riesgo del Cuerpo Técnico de Recopilación y Análisis de la Información” (p. 69); el CERREM, de validar dichas recomendaciones, y a partir de ello sugerir medidas de protección, y la Mesa Técnica de identificar

...las necesidades en materia de recursos humanos, físicos y de presupuesto requeridos para la implementación del Plan Estratégico de Seguridad y Protección de excombatientes FARC-EP y su núcleo familiar, de manera que se garanticen los derechos a la vida e integridad personal, a la libertad, a la movilidad y a la seguridad de estas personas, objeto del programa de protección (p. 71).

Por último, del caso colombiano vale destacar las acciones que despliega la Defensoría en la defensa de los derechos humanos en instancias judiciales. En ese sentido, durante 2020 la Defensoría participó en un total de 41,418 procesos judiciales en diferentes tipos de acciones (acciones de cumplimiento, acciones de grupo, *habeas corpus*, acciones de inconstitucionalidad, mecanismos de búsqueda, acciones de nulidad, acciones populares y acciones de tutela). Dentro de los procesos más importantes y representativos destaca la acción de grupo del vertedero de basura Doña Juana, en donde la Defensoría durante 2020 logró apoyar la resolución de 14,000 recursos de los adherentes de la acción (p. 85).

Finalmente, la Defensoría del Pueblo ecuatoriana, en cuanto a sus funciones de promoción y divulgación de los derechos humanos, enfoca sus esfuerzos en llevar a cabo una adecuada educación en derechos humanos. Así, durante 2021 realizaron 67 procesos de enseñanza-aprendizaje a nivel nacional, integrados por un total 195 eventos, a lo que se suman 225 procesos de divulgación. Al respecto, es menester aclarar que “los procesos de divulgación se diferencian de los procesos de enseñanza aprendizaje debido a que los primeros buscan difundir información sobre ciertas temáticas, mientras que los segundos tienen el objetivo de capacitar y sensibilizar a profundidad en materia de derechos humanos y de la naturaleza” (Defensoría del Pueblo de Ecuador, p. 51). Asimismo, avanzó en la creación y calificación de la Escuela de Derechos Humanos y de la Naturaleza, a través de la cual logró ofertar nuevos procesos de educación diferentes en materia de derechos humanos para la formación de estudiantes universitarios (p. 57).

IV. REFLEXIONES EN TORNO AL FUTURO DE LA INSTITUCIÓN

Luego de la presentación descriptiva hecha hasta el momento, vale la pena dedicar algunas líneas a los retos a los que se enfrentan las defensorías bajo estudio, pues el futuro de éstas depende de las estrategias que se diseñen para hacerle frente a los retos. Pese a que muchos de estos retos están determinados por las particularidades propias del contexto en el que cada defensoría cumple sus funciones, así como a las prioridades impuestas por dicho contexto, los retos a los que éstas se enfrentan pueden agruparse en tres categorías diferentes: aquellos relacionados con la garantía de independencia de la institución, los relativos a su capacidad sancionatoria y los propios del contexto general de derechos humanos de cada país.

1. *Independencia*

La definición y el problema de la independencia institucional es común a las tres defensorías que estudiamos; en Argentina, el Defensor “actuará con plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad” (Constitución Nacional Argentina, artículo 86), en Colombia “el Defensor del Pueblo ejercerá sus funciones de manera autónoma” (Constitución Política, 1991, artículo 282) y en Ecuador “la Defensoría del Pueblo será un órgano con autonomía administrativa y financiera” (Constitución Política de Ecuador, artículo 214).

La independencia institucional de la Defensoría se refiere a la autonomía y discrecionalidad del ejercicio de sus funciones y/o sanciones, actuando de manera libre y objetiva sin injerencia de poderes o coerciones externas que favorezcan intereses individuales, por esto es una característica inalienable de una entidad de control como la Defensoría del Pueblo.

Sin embargo, el hecho de que parezcan tan obvias estas exigencias no significa que su cumplimiento sea sencillo en el contexto latinoamericano actual en el que “la Defensoría se ha convertido en un baluarte burocrático en el que los partidos políticos se la disputan puesto a puesto” (Ávila, 2016), haciendo que esta institución pierda su naturaleza autónoma y se difumine su papel en la sociedad. A ello se suma el choque de la

defensa de las garantías constitucionales con los intereses económicos y el hambre de poder se acentúa mucho más en las regiones periféricas.⁹

Así las cosas, la garantía de los derechos humanos ya no se enfrenta sólo a los problemas asociados a la ignorancia o ausencia de intervención, sino que implica la solución de problemas más complejos, como la corrupción en las entidades estatales desde el momento del nombramiento de los funcionarios hasta la concreción del ejercicio de sus funciones. Una situación que al menos en Colombia cobra especial relevancia al ver que cada día se hace más fuerte la discusión sobre si mantener o no a la Defensoría del Pueblo dentro de la estructura del Ministerio Público y, con ello, dentro de los organismos de control ajenos a las tres ramas del poder público.

2. *La capacidad sancionatoria*

No es inusual que en Argentina la Defensoría del Pueblo presente recomendaciones y sugerencias para enmendar las falencias detectadas en el marco de su gestión, y que el organismo compelido se niegue a implementar los cambios requeridos “en un contexto en el que las normas formales no son ni estables ni aplicadas de modo uniforme y hay un esquema de autoridad basado en una plataforma de legitimidad social” (Pegram, 2011, p. 246).

Así, los planes de cumplimiento trazados por la Defensoría del Pueblo se reducen a la creación de consensos y la construcción de canales de comunicación y coerción moral que requieren un pronunciamiento por parte del Poder Judicial, lo que tiene como consecuencia una restricción material para la consecución de sus fines.

En Colombia,

...cuando el Defensor conoce de una situación que afecte el ejercicio de los derechos —se comenta en un tratado sobre la materia—, tiene la facultad de denunciarla públicamente o de impulsar la actuación de los organismos competentes, pero no puede por sí solo iniciar un proceso... que culmine con la imposición de una sanción (Córdoba, 1992, p. 274).

⁹ De acuerdo con el Informe anual del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Colombia, en 2016 la situación de los defensores de derechos humanos “siguió siendo motivo de preocupación”, ya que se produjeron 59 homicidios, 44 ataques, 210 amenazas y 72 violaciones a los derechos a la privacidad y a la propiedad, para un total de 385 tipos de ataques en contra de estas personas.

En el caso de Ecuador, el Defensor del Pueblo puede presentar proyectos de ley, en representación de la iniciativa popular y pronunciarse públicamente sobre los casos sometidos a su consideración, con criterios que constituirían doctrina para la defensa de los derechos humanos (Ley Orgánica de la Defensoría del Pueblo de Ecuador, artículo 8); pero, su capacidad coercitiva se agota con la censura pública y los informes anuales que debe reportar al Congreso.

Esta interdependencia y limitación funcional ha sido una de las causas principales para la relativa baja efectividad en la gestión de defensa de los derechos humanos, por lo que dotar de un poder de control real a estas instituciones contribuiría de manera más clara a la realización material de sus objetivos.

3. Defensa de los derechos humanos

El Defensor de los Derechos Humanos debe reunir y difundir información respecto a los mecanismos y vías de protección, movilizar a la opinión pública, participar activamente en la facilitación de los medios materiales necesarios para hacer realidad los derechos humanos —construyendo viviendas, suministrando alimentos, reforzando el desarrollo, etcétera—, buscar una transformación democrática que suponga una mayor participación de la población en la adopción de las decisiones que conforman sus vidas y una mejor gestión de los asuntos públicos, contribuir a mejorar las condiciones sociales, políticas y económicas, consolidar la paz a nivel nacional y a promover la toma de conciencia con respecto a los derechos humanos.

Esa es, quizá, la función más difícil del Defensor latinoamericano, pues las dificultades en la atención y garantía de los derechos de los nacionales se relacionan directamente con la autonomía, la falta de coercibilidad de estas instituciones de protección y el error común a los países latinoamericanos en vía de “desarrollo”, que no han entendido las necesidades particulares de cada región ni previsto los efectos a largo plazo de las decisiones estatales, en las que la tutela de los derechos humanos parece ser la última de las prioridades (Semana, 2013).

La situación de los derechos humanos en Argentina sigue siendo dispar: se garantizan numerosas libertades fundamentales (se continúan logrando

avances significativos en materia de derechos de personas LGBT y en el juzgamiento de abusos cometidos por funcionarios durante el “terrorismo de Estado”), pero subsisten problemas como amenazas a la libertad de expresión, ausencia de legislación exhaustiva sobre libertad de información, abuso policial, condiciones carcelarias deficientes, obstáculos al acceso a productos y servicios de salud reproductiva, y desprotección de derechos indígenas (Human Rights Watch, s. f.).

Mientras que Colombia se encuentra dentro de los países que más presenta peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, s. f.) y el Estado ecuatoriano ha sido condenado en más de treinta ocasiones por la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1998.

Ante estos desafíos, podemos concluir que los retos a los que hace frente este organismo estatal no son distintos a aquellos que afronta el sistema jurídico de este siglo en su totalidad: transparencia institucional, agilidad en los trámites, tutela de las garantías constitucionales, efectiva reparación, y la constante búsqueda de convergencia entre los diversos intereses económicos y el respeto por los derechos fundamentales. Confiamos en que los esfuerzos académicos, políticos, jurídicos y económicos en torno a la figura del Defensor del Pueblo en Latinoamérica permitan superar estos obstáculos, pues de ello depende en gran medida la eficacia del constitucionalismo, pero, más aún, de la supervivencia digna de nuestros congéneres.

V. REFERENCIAS

- Ávila, A. (2016). La defensoría del pueblo, *Caracol Radio*. http://caracol.com.co/radio/2016/08/08/politica/1470659110_927315.html
- Carbonell, M. (2007). *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid. Trotta.
- Chuquimarca, J. L. (2013). División de poderes en la actual Constitución del Ecuador. *Resistencia*, 49-52.
- CIDH. Estadísticas. *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, s. f. http://www.oas.org/es/cidh/multimedia/estadisticas/esta_disticas.html.
- Córdoba, J. (1992). *El defensor del pueblo*. Bogotá, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez.

- Defensoría del Pueblo de Colombia (2020). *XXVIII Informe del Defensor del Pueblo al Congreso de la República. Parte II. Informe de Gestión 2020*. Bogotá. Defensoría del pueblo.
- Defensoría del Pueblo de Colombia (2022). *El defensor del pueblo presenta balance a la implementación del acuerdo de paz*. <https://www.defensoria.gov.co/-/defensor-del-pueblo-presenta-balance-a-la-implemenciaci%C3%B3n-del-acuerdo-de-paz>
- Defensoría del Pueblo de Ecuador (s. f.). *¿Qué hacemos?. Defensoría del Pueblo*. <http://www.dpe.gob.ec/que-hacemos/>.
- Defensoría del Pueblo de la Nación (2017). *Informe Anual de la Defensoría de la Nación Argentina 2016*. Buenos Aires.
- Defensoría del Pueblo de la Nación (2022). *Institución Nacional de Derechos Humanos. Informe Anual 2021*. Buenos Aires.
- Defensoría del Pueblo del Ecuador (2020). Resolución 009-DPE-CGAJ-2020.
- Defensoría del Pueblo Ecuador (2022). *Rendición de cuentas 2021*. Quito. Defensoría del Pueblo.
- Figuroa, V. (2012). *La Defensoría del Pueblo de Ecuador y sus funciones de supervigilancia del debido proceso en el nuevo marco constitucional*. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar Sede Ecuador.
- Gil, R. y Blacio, R. P. (2011). El defensor del pueblo en el Ecuador, *Ámbito Jurídico*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/el-defensor-del-pueblo-en-el-ecuador/>
- Human Rights Watch (s. f.). Argentina. *Human Rights Watch*. <https://www.hrw.org/es/americas/argentina>
- López, S. (2022). Los Principios de París y las instituciones de derechos humanos en América Latina. *Revista Derecho del Estado*, 52, 67-95. <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.03>.
- Nolte, D. (2013). Reformas constitucionales en América Latina. *Colloque international Le constitutionnalisme latino-américain aujourd'hui, entre renouveau juridique et essor démocratique*.
- Pegram, T. (2011). Weak Institutions, Rights Claims and Pathways to Compliance: The Transformative Role of the Peruvian Human Rights Ombudsman. *Oxford Development Studies*, 229-251.
- Robledo, P. (2020). El rol de las instituciones nacionales de derechos humanos como órganos interamericanos coadyuvantes. En F. J. Matía y P.

Robledo (eds.). *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Mecanismos de cumplimiento e informes nacionales*. Valencia. Tirant lo Blanch.

Semana (2013). El agua o el oro de Santurbán, *Revista Semana*. <http://www.semana.com/nacion/articulo/el-agua-oro-saturban/334294-3>

Senado (2022). *Senado aprobó creación de jurisdicción agraria y rural*. <https://www.senado.gov.co/index.php/el-senado/noticias/4257-senado-aprobo-creacion-de-jurisdiccion-agraria-y-rural#:~:text=Ponente%20del%20acto%20legislativo%2C%20senador,una%20jurisdicci%C3%B3n%20especial%20en%20tierras>

Viciano, R. y Martínez, R. (2011). El nuevo constitucionalismo latinoamericano. Fundamentos para una construcción doctrinal. *Revista General de Derecho Público Comparado*, 9.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Análisis sobre la inclusión constitucional de los pueblos afroamericanos

Analysis about the Constitutional Inclusion of Afroamerican Peoples

Recepción: 13 de julio de 2021

Aceptación: 28 de agosto de 2021

Elia AVENDAÑO VILLAFUERTE*

RESUMEN: Se presenta una reflexión sobre la forma en que fueron incluidos los pueblos afroamericanos en el artículo 2o., apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se analiza la adición constitucional a partir de los criterios del principio de igualdad, emitidos en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para inquirir sobre la eficacia de su aplicación a los sujetos de derecho.

Palabras clave: pueblos afroamericanos, igualdad, no discriminación, derechos humanos.

ABSTRACT: A reflection is presented on the way in which the Afro-Mexican black peoples were included in Article 2, Section C of the Political Constitution of the United Mexican States, the constitutional addition is analyzed based on the criteria of the principle of equality, issued in the Jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation, to inquire about the effectiveness of its application to subjects of law.

Keywords: *Afroamerican peoples, equality, no discrimination, human rights.*

* Investigadora de la Coordinación de Humanidades en el Programa Universitario de Estudios de la Diversidad Cultural y la Interculturalidad, México, UNAM, <https://orcid.org/0000-0002-8645-2395>. Correo: elia.avendano.v@comunidad.unam.mx.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Los principios de igualdad y no discriminación*. III. *La adición constitucional*. IV. *¿Por qué en un apartado C?* V. *¿Cuáles son los sujetos de derecho de la adición?* VI. *¿Cómo se identifican los sujetos de derecho?* VII. *¿Somos afromexicanos?* VIII. *¿Y los derechos?* IX. *Las garantías y la asignación presupuestal*. X. *La visibilidad*. XI. *Las distinciones*. XII. *Conclusiones*. XIII. *Referencias bibliográficas*.

I. INTRODUCCIÓN

Ahora los pueblos y comunidades afromexicanos están incluidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CPEUM. Las y los abogados no podemos ignorar este acto jurídico. También fue anotado que esos pueblos forman parte de la composición pluricultural de la nación, como reconocimiento tardío de un hecho tangible, porque ahora sabemos que 3'478,448 personas habitan en hogares afromexicanos (INEGI, 2021). Esos pueblos con identidades culturales o étnico-raciales diferentes a las reconocidas a las personas indígenas no cuentan con programas o espacios en las instancias gubernamentales que garanticen la atención de sus necesidades, en parte por la manera en que fueron contemplados en la CPEUM, sin derechos expresos, circunstancia que los coloca en desventaja para su acceso a servicios y oportunidades.

La adición constitucional que nos ocupa complementa la declaración de la pluriculturalidad de la nación mexicana, que solamente reconoció a los pueblos indígenas en 1992, sin modificar la estructura formal del sistema jurídico organizado en la CPEUM; ese sistema instaurado en 1917 incluyó el principio de igualdad formal, con la pretensión de unificar a una sociedad ampliamente diversa. El Estado mexicano implementó la política del mestizaje como el mejor camino para forjar una nación mestiza¹ resultado de la unión entre colonizadores y colonizados indígenas; en esa época se omitió la existencia de las personas afrodescendientes en el territorio mexicano.

¹ A partir de la inversión y reordenamiento de las teorías basadas en las jerarquías evolucionistas coloniales, se colocó al mestizo en el escalón más alto de la jerarquía social, como el ideal humano, social y étnico de fusión, como síntesis acabada de la herencia hispanista e indigenista, como factor de unificación social y como eje identitario de la nación (Gleizer, 2011, p. 52).

Después de la aprobación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el gobierno mexicano reformó la Constitución federal para reconocer la pluriculturalidad de la nación sustentada en los pueblos indígenas;² más tarde, en el artículo 2o. constitucional se amplió el contenido de esa declaración con derechos específicos para los pueblos indígenas. En 2019, en ese artículo 2o. fueron incluidos los pueblos afroamericanos como parte de la diversidad cultural. Esto muestra que las instituciones del Estado ignoraron la presencia de una parte de la población mexicana que asume su identidad afrodescendiente, omisión que permeó otros ámbitos, entre ellos el educativo.³ Desde las instituciones del Estado se mantienen los postulados de la política del mestizaje que acompañó la conformación del Estado-nación. La discriminación institucional de ese entonces se ha matizado en el trato, pero no en las consecuencias.

Como la pretensión de uniformidad poblacional no tuvo el éxito deseado, nos queda la creencia de que la mayoría de la población mexicana somos personas mestizas; sobre este mito se edificaron las bases del Estado monocultural, que solamente de manera enunciativa se reconoce pluricultural, pero en realidad mantiene la organización de tres poderes y tres niveles de gobierno en los ámbitos federal, estatal y municipal, sin incluir a las autoridades o instituciones de los pueblos indígenas o afroamericanos como sujetos colectivos de derecho público; les reconoce el derecho a la autonomía y a la libre determinación sin determinar los mecanismos de coordinación de competencias entre sus sistemas normativos internos, sus formas de organización y las instancias del Estado. El reconocimiento de la pluriculturalidad de la nación sólo anota las bases para la convivencia de culturas diversas.

En el transcurso de la conformación del Estado mexicano, los pueblos que la Constitución nombra indígenas o afroamericanos han mantenido sus instituciones tradicionales, adaptaron sus costumbres sin demeritar su identidad, se aferraron a sus conocimientos, y han logrado mantener sus tradiciones y prácticas culturales como una forma de resistencia.

² En el artículo 4o. constitucional, actualmente derogado, *Diario Oficial de la Federación*, 28 de enero de 1992.

³ La mayor parte de las referencias a los afrodescendientes en los libros de texto eran como personas esclavizadas, sin anotar sus aportaciones para el desarrollo nacional (Mansferrer, 2019).

Cada uno de los pueblos indígenas posee características propias que los identifican entre sí al tiempo que los distinguen de los demás. Sus diferencias se expresan en elementos subjetivos —como mitos de origen, visión del mundo, sentido del orden y de justicia—, así como elementos objetivos —como formas propias de gobierno, estructuradas a partir de sus sistemas de normas— y en formas de organización para la producción (López, 2017, p. 55).

Los derechos de los pueblos indígenas comenzaron a tener vigencia con la transformación constitucional de 2011 sobre derechos humanos, que privilegia el principio *propersona* para garantizar la más amplia protección de derechos; equipara a los tratados internacionales al nivel constitucional; utiliza el interés legítimo;⁴ proporciona herramientas de interpretación a los órganos jurisdiccionales para su aplicación y obliga a todas las autoridades a promoverlos, respetarlos, protegerlos y garantizarlos. En este contexto, se incluyó a los pueblos y comunidades afromexicanas en el artículo 2o. de la norma fundamental.

Vamos a presentar una reflexión sobre la repercusión jurídica que tiene la forma en que los pueblos negros afromexicanos fueron incluidos en el apartado C del artículo 2o., de la CPEUM a partir de la guía de una jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), que contiene criterios sobre el respeto del principio de igualdad sustantiva en el contenido normativo, para cuestionar su eficacia, según Kelsen (1976) “para que un orden jurídico sea válido, es necesario que sea eficaz, es decir, que los hechos sean en cierta medida conforme a este orden” (p. 142). En ese sentido, por la forma de esa adición, podemos plantear que tiene escasas posibilidades de aplicación, porque las y los legisladores incumplieron con la obligación de garantizar a todas las personas la igualdad en la ley, en virtud de que insertaron distinciones injustificadas en el texto constitucional, lo que provoca su discriminación.

⁴ La figura de interés legítimo contemplada en el artículo 5o. de la Ley de Amparo permite la invocación de la pertenencia a un colectivo para accionar la defensa de derechos de grupo. Cualquier persona al momento de invocar su pertenencia cultural o identificarse como integrante de una comunidad indígena puede defender los derechos de toda la comunidad.

II. LOS PRINCIPIOS DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

En la esfera jurídica, la igualdad implica regir de la misma forma a todas y a cada una de las personas a partir de la particular circunstancia en que se encuentren, para lograr que realmente reciban el mismo trato y gocen de los mismos derechos que tienen quienes están en una situación similar; esto lo ha determinado la SCJN en diversas jurisprudencias,⁵ y ha precisado lo siguiente:

La igualdad como principio jurídico permite identificar mecanismos de equidad y limita decisiones basadas en la subjetividad o los prejuicios, por ello existen ciertos parámetros legales y de interpretación jurídica que limitan la acción de las autoridades para aplicar las leyes a las personas que se encuentren en los mismos supuestos, esto es lo que se conoce como *igualdad ante la ley*; también existe la *igualdad en la ley* (en relación con su contenido), que exige tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales; y además abarca la obligación de las autoridades para intervenir activamente cuando sea necesario para realizar los equilibrios que garanticen la aplicación de la norma a quienes históricamente han sido ubicados en situaciones de mayor vulnerabilidad, esto es lo que conocemos como igualdad sustantiva (SCJN, Primera Sala, 2014a, p. 647).

El concepto de *igualdad sustantiva* está dirigido a lograr que las personas puedan alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de sus derechos humanos; para ello, la SCJN determinó que en algunos casos es necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales que han sido vulnerabilizados, gozar y ejercer tales derechos (Primera Sala, 2013, p. 42). Esa situación se origina por su pertenencia a una de las llamadas “categorías sospechosas”, tales como el origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil, o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas (Primera Sala,

⁵ SCJN (Primera Sala, 2004, p. 99; 2008, p. 175; 2016a, p. 695; 2016b, p. 357; 2017, p. 380; Segunda Sala, 2007, p. 639; 2016, p. 791; Pleno, 2016, p. 112). En todas las tesis las cursivas son nuestras.

2014c, p. 720). Cuando esto ocurre, es obligación de las autoridades realizar acciones para igualar su situación.

Las *categorías sospechosas* han sido utilizadas desde la SCJN para llamar la atención de las y los operadores jurídicos en los casos en los que se encuentren involucradas personas que han sufrido victimización porque históricamente el sistema las ha colocado en una situación de disparidad o asimetría frente al poder. A partir de ello, en la administración de justicia se debe hacer una distinción en la aplicación de la ley para revertir la posición de desigualdad en que esas personas se encuentran, o para evitar un trato discriminatorio (Primera Sala, 2014b, p. 644).

Planteamos que en la inclusión constitucional de los pueblos afroamericanos, las y los legisladores incumplieron con su obligación de garantizar a todas las personas la igualdad en la ley, en virtud de que insertaron distinciones injustificadas en el ordenamiento jurídico. Lo anterior se desprende de lo estipulado en la jurisprudencia del rubro: IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL:

La igualdad en nuestro texto constitucional constituye un principio complejo que no sólo otorga a las personas la garantía de que serán iguales ante la ley en su condición de destinatarios de las normas y de usuarios del sistema de administración de justicia, sino también en la ley (en relación con su contenido). En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada... la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos. [Para ello se requiere]:

1. Analizar si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, pues el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar para conseguir objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas.

2. Examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere al-

canzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido.

3. Cumplir con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional (Primera Sala, 2006, p. 75).⁶

Es decir, las y los legisladores deben justificar que la distinción que se realiza en una norma es objetiva, razonable y proporcional para evitar una discriminación.

El principio de no discriminación radica en que ninguna persona podrá ser excluida del goce de un derecho humano ni deberá de ser tratada de manera distinta a otra que presente similares características o condiciones jurídicamente relevantes, especialmente cuando tal diferenciación tenga como motivo su pertenencia a alguna categoría sospechosa, o “cualquier otra [diferenciación] que atente contra la dignidad humana y que tenga por objeto menoscabar los derechos y libertades de las personas” (SCJN, Primera Sala, 2013, p. 26).

A partir de esos parámetros, ubicamos una omisión legislativa de la obligación que tienen las y los legisladores de eliminar las desigualdades que enfrentan las personas, comunidades y pueblos afroamericanos; en virtud de que en el artículo 2o. constitucional, anotaron distinciones que los colocan de manera general en desventaja legal, y de manera particular, reciben un trato diferenciado en relación con los pueblos indígenas, que se encuentran en una situación similar como parte de la diversidad cultural, sin una justificación objetiva, razonable y proporcional, lo que constituye una discriminación.

Es importante aclarar que no se trata de incentivar encono o predilección respecto de pueblos afroamericanos o indígenas, en virtud de que cada uno tiene particularidades y características específicas, como sus formas de organización, los mecanismos de cohesión social, o la forma diferente de cómo enfrentaron la colonización: los indígenas en su territorio resistiendo en colectivo, mientras que quienes fueron arrancados de África para ser esclavizados implementaron estrategias de sobrevivencia distintas porque fueron obligados a borrar su memoria de pertenencia. Por ello, cada

⁶ Se deriva del Amparo Directo en Revisión 988/2004, de la Primera Sala de la SCJN, (29 de septiembre de 2004); la argumentación se amplía en el artículo: Cossío (2006, pp. 319-330). *Cursivas nuestras.*

identidad requiere de un tratamiento acorde con su situación, para garantizar su igualdad sustantiva, con respeto a sus diferencias.

III. LA ADICIÓN CONSTITUCIONAL

En las múltiples reformas que ha tenido la CPEUM, desde su promulgación en 1917, nunca habían incluido a los pueblos afromexicanos;⁷ en sus modificaciones de 1992 y 2001 para reconocer la diversidad cultural de la nación, solamente consideró a los pueblos indígenas. Cinco entidades federativas incluyen a pueblos, comunidades o personas afromexicanas o afrodescendientes en sus ordenamientos internos: Oaxaca, Guerrero, Coahuila, Ciudad de México y Veracruz, en parte esos avances se deben a la presión de diversas organizaciones sociales que han exigido desde 2007 su reconocimiento constitucional,⁸ principalmente desde la costa chica de Guerrero y Oaxaca (Acevedo, 2018, p. 30).

El 9 de agosto de 2019 se adicionó al artículo 2o. constitucional un apartado C, sobre los pueblos y comunidades afromexicanas:⁹

Artículo 2o...:

C. Esta Constitución reconoce a los pueblos y comunidades afromexicanas, cualquiera que sea su autodenominación, como parte de la composición pluricultural de la Nación. Tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores del presente artículo en los térmi-

⁷ Se presentaron ocho iniciativas en las legislaturas anteriores, que no fueron aprobadas (Acevedo, 2018, pp. 171-174).

⁸ En muchas de esas organizaciones participan activamente las mujeres negras afromexicanas, quienes inicialmente realizaban tareas de apoyo en las reuniones, y paulatinamente han alcanzado mayor visibilidad en las labores de liderazgo de sus organizaciones, ahora son las que toman decisiones y defienden sus propuestas.

⁹ En los antecedentes del proceso legislativo encontramos: en octubre de 2018, la senadora Susana Harp Iturribarría y el senador Martí Batres Guadarrama presentaron una iniciativa; el senador Omar Obed Maceda Luna propuso otra el 12 de febrero de 2019; ambas fueron integradas en el dictamen aprobado en el Senado el 30 de abril de 2019; posteriormente, en la Cámara de Diputados, ese dictamen fue sometido a discusión y votado a favor el 27 de junio del mismo año y enviado a los Congresos locales para su discusión; el 31 de julio siguiente, diecisiete Congresos locales de 32 habían avalado la reforma, por lo que fue enviada al presidente de la República para su promulgación y publicación en el *Diario Oficial de la Federación*.

nos que establezcan las leyes, a fin de garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social.

En este párrafo se incluyen distinciones sin justificación que afectan a los pueblos afromexicanos; las abordamos a través de las interrogantes siguientes.

IV. ¿POR QUÉ EN UN APARTADO C?

La decisión de colocar a los pueblos afromexicanos en la adición del apartado C al artículo 2o. constitucional puede ser considerada como un asunto de técnica legislativa¹⁰ o de organización del articulado.

Por lo general, en la exposición de motivos de una iniciativa se manifiesta la relevancia de las modificaciones legales, se anotan los fundamentos jurídicos y las razones para realizar la adición (Minor y Roldán, 2006, p. 18), y se aportan argumentos para generar que las y los demás legisladores voten a favor de la propuesta. En el dictamen de la iniciativa (Senado de la República, 2019) no hay ninguna referencia a las razones o a la técnica legislativa utilizada para incluir en el apartado C a los pueblos y comunidades afromexicanos; no se explican los motivos para ubicarlos al final del artículo cuando el contenido de la parte medular de ese artículo 2o. se repite¹¹ en el texto del apartado C.

Este acto puede parecer una decisión sin importancia, pero toma el cariz de discriminación dolosa¹² hacia un grupo de personas históricamente excluidas que son revictimizadas al mantenerlas en una posición de inferioridad.

¹⁰ Conjunto de recursos y procedimientos para elaborar un proyecto de norma jurídica, que inicia con la justificación o exposición de motivos de la norma y concluye con la redacción del contenido material de manera clara, breve, sencilla y accesible a los sujetos a los que está destinada (Minor y Roldán, 2006, p. 7).

¹¹ No debe crearse un sistema repetitivo, en virtud de que el exceso de normas hace difícil su manejo (Minor y Roldán, 2006, p. 76).

¹² Cuando una medida aparentemente inocua afecta o impacta la dignidad de las personas que han sido históricamente vulnerabilizadas o excluidas, según lo señala Sophía Moreau (2020).

V. ¿CUÁLES SON LOS SUJETOS DE DERECHO DE LA ADICIÓN?

El texto principal del artículo 2o. constitucional reitera la unidad nacional, reconoce la pluriculturalidad de la nación sustentada originalmente en los pueblos y comunidades indígenas, los nombra y los define.¹³

El apartado C de ese mismo artículo sólo nombra a los pueblos y comunidades afromexicanos, sin anotar conceptos; para su identificación se requiere hacer un ejercicio de interpretación con base en las nociones que definen a los pueblos y comunidades indígenas.

La palabra “pueblo” tiene varias acepciones. La definición sociológica se refiere a la relación de pertenencia a un determinado colectivo; en el ámbito jurídico se equipara al concepto de nación¹⁴ o es considerado sinónimo de población como uno de los elementos del Estado. Esa palabra ha sido usada por los movimientos indígenas desde una posición política para exigir espacios de participación en la toma de decisiones; pero no existen mecanismos para identificarlos como sujetos jurídicos.¹⁵

En la costa chica de Guerrero y Oaxaca existen 55 municipios cuya población se identifica principalmente como afrodescendiente (Acevedo, 2018, pp. 45-49), pero no hay una determinación oficial o reconocimiento para señalar que son comunidades afromexicanas,¹⁶ porque también hay población indígena o mestiza que habita en esa zona.

¹³ Pueblos indígenas, son aquellos que descienden de poblaciones que habitaban en el territorio actual del país al iniciarse la colonización, y que conservan sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Las comunidades integrantes de un pueblo indígena son aquellas que forman una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio, y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres.

¹⁴ Nación: el grupo de hombres, generalmente grande, unido por sentimientos de solidaridad y de fidelidad, que ayudan a crear una historia común y por datos como la raza, la lengua y el territorio, y que tiene el propósito de vivir y de continuar viviendo juntos en el futuro (Carpizo, 1995, p. 2171).

¹⁵ Hay referencias en la legislación a los indígenas como grupos o poblaciones; por ejemplo, en la Ley Agraria; sin embargo, esos términos no se equiparan a figuras jurídicas como pueblos o comunidades que pueden ser reconocidas como entes colectivos o sujetos de derecho.

¹⁶ La identidad individual de la población no implica que las comunidades sean consideradas afromexicanas, porque también viven ahí personas que se asumen indígenas, al respecto Jesús M. Serna Moreno utiliza el término afroindígena, coordina el Seminario Permanente Afroindoamérica, Red Global Antirracista y el Coloquio Internacional Afroamérica. CIALC, UNAM.

Hasta el momento, los pueblos indígenas y los pueblos afroamericanos, forman parte de la composición pluricultural de la nación, integran la diversidad cultural, pero no han sido reconocidos como sujetos de derecho, ni forman parte de la estructura del Estado.

Las personas afroamericanas no fueron nombradas en la adición constitucional federal, a diferencia de la Constitución Política de la Ciudad de México¹⁷ que se refiere a los derechos de las personas afrodescendientes, en ese caso son las personas quienes se pueden identificar como titulares de los derechos; pero en esa disposición no se reconocen entes colectivos.

El apartado C del artículo 2o. nombra a los sujetos colectivos (pueblos y comunidades), pero no están identificados como tales y todavía no existen mecanismos legales para su descripción.¹⁸ Por lo anterior, las y los afroamericanos se encuentran en una posición de desventaja normativa para ejercer derechos.

VI. ¿CÓMO SE IDENTIFICAN LOS SUJETOS DE DERECHO?

El artículo 2o. constitucional señala que la conciencia de identidad indígena es el criterio fundamental para determinar a quiénes se aplican los derechos indígenas; esa es la forma para identificar a los sujetos titulares de esos derechos; cuando las personas o colectivos reconocen su pertenencia cultural, su lengua, sus costumbres o tradiciones, asumen su identidad indígena.

La forma para identificar a las personas afroamericanas es más compleja.¹⁹ El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, 1990) determina que “la manera en que se define la condición de miembro de un determinado grupo o grupos raciales o étnicos, si nada justifica lo contrario,

¹⁷ Artículo 11, apartado N, Constitución Política de la Ciudad de México.

¹⁸ Una propuesta sería: son afroamericanos(as): los pueblos, las comunidades y las personas que descienden de quienes fueron traídas de África de manera forzada al territorio que ahora conforma el Estado mexicano durante la época colonial o por las migraciones históricas y actuales de la diáspora, que se encuentran asentadas en sus territorios, tienen sus propias formas de organización social, económica, política, jurídica y cultural, asumen su identidad, mantienen sus instituciones y/o expresiones culturales o parte de ellas, tienen aspiraciones comunes y afirman libremente su existencia como entidades jurídicas étnica y culturalmente diferenciadas.

¹⁹ La autoidentificación de las personas afroamericanas en el censo las ubica en localidades y municipios del país; pero no ha sido utilizada para delimitar a los pueblos y comunidades afroamericanos como sujetos colectivos de derecho.

se basará en la definición hecha por la persona interesada”. Para muchas personas afrodescendientes, realizar esa declaración implica la apropiación y valoración previa de su identidad; esa no es una manifestación fácil de expresar cuando existe un contexto normalizado de discriminación.

Conforme a ese criterio, el Instituto Nacional de Estadística, INEGI (2021), por primera ocasión incluyó la pregunta de afrodescendencia en la Encuesta Intercensal de 2015, y posteriormente, con algunas modificaciones, en el Censo de Población y Vivienda 2020, con los resultados siguientes:

CUADRO 1. POBLACIÓN AFRODESCENDIENTE/AFROMEXICANA (INEGI, 2015, 2021)

	<i>Población afro total</i>	<i>%</i>	<i>Hombres</i>	<i>Mujeres</i>
Encuesta 2015	1'381,853	1.2	676,924	704,929
Censo 2020	2'576,213	2	1'278,596	1'297,617

FUENTE: elaboración propia, 2021. INEGI, 2015, 2020.

Algunas personas no se asumen como afromexicanas, pero se les atribuye esa identidad; son racializadas²⁰ a partir de su fenotipo (tono oscuro de piel, sus rasgos físicos, etcétera), o son consideradas extranjeras por su apariencia. Muchas veces se trata de actos de autoridades gubernamentales o de decisiones arbitrarias de personas que se ubican en una posición de superioridad; algunos agentes de migración utilizan el perfilamiento racial.²¹ Esas formas de identificación suceden con frecuen-

²⁰ “Racialización” se define como la producción social de los grupos humanos en términos raciales. Las razas son un constructo social histórico, ontológicamente vacío, resultado de procesos complejos de identificación, distinción y diferenciación de los seres humanos de acuerdo con criterios fenotípicos, culturales, lingüísticos, regionales, ancestrales, etcétera (Campos, 2012, p. 2).

²¹ Es el trato diferente a una persona o colectivo, basado en aspectos subjetivos (prejuicios asociados al color de piel, origen étnico o nacional, religión, etcétera), llevada a cabo por agentes encargados de hacer cumplir la ley, para justificar una actuación de control, vigilancia, investigación o sanción, y no existe un motivo legítimo basado en un comportamiento individualizado (Conapred, 2018, p. 14).

cia,²² son discriminatorias, violan sus derechos humanos y pueden limitar su acceso a bienes o servicios.

El derecho a la autoadscripción de los pueblos indígenas está expresamente anotado en la Constitución federal, y en la jurisprudencia de la SCJN se ha interpretado el alcance de ese derecho;²³ en cambio, para la identidad afroamericana, que es más compleja, se utiliza el criterio de pertenencia por equiparación.

VII. ¿SOMOS AFROMEXICANOS?

En la adición constitucional, el término “afromericano” es la denominación legal. También se anota “cualquiera que sea su autodenominación”.

Las formas que utilizan las y los integrantes de los pueblos para nombrarse²⁴ son: negro/negra, moreno/morena, negros mascogos, afroamericanos, cocho, costeño, cegro-indio/indio-negro, boxio, rastafari, afroindígena, jarocho (UNAM, 2017). Las personas migrantes o sujetas de protección internacional, generalmente se apegan al término “afrodescendiente”.

La denominación es un tema ampliamente debatido dentro de algunas instituciones, como el INEGI, el INAH y el Conapred (2014); por ejemplo, en 2014 se realizaron pruebas para incorporar la pregunta de afrodescendencia en la encuesta intercensal del año siguiente;²⁵ algunos de los resultados respecto de las palabras que integran la pregunta propuesta fueron:

²² Testimonios de personas de la costa chica de Guerrero y Oaxaca (Acevedo, 2018, pp. 149-152).

²³ Para mayor profundidad en el concepto, véase *El derecho de los pueblos indígenas a la autoadscripción en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (SCJN, 2018).

²⁴ También se puede ver la discusión en el libro *De afroamericanos a pueblo negro*, de Israel Reyes Larrea, Francisco Ziga y Nemesio Rodríguez; esta obra se encuentra disponible en: <https://www.nacionmulticultural.unam.mx/afroamericanos/>.

²⁵ La pregunta que usó el INEGI para captar la información sobre afrodescendencia en la encuesta intercensal del 2015 fue: “De acuerdo con su cultura, historia y tradiciones, ¿(Nombre) se considera negra (o), es decir, afroamericana (o) o afrodescendiente?” (INEGI, 2015). Esta formulación volvió a realizarse con algunas adecuaciones en el Censo Nacional de Población y Vivienda 2020: “¿Por sus antepasados y de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, ¿(Nombre) se considera afroamericano (a), negro (a) o afrodescendiente?” (INEGI, 2020).

- El término “afromexicano” no se comprende entre la población. Los informantes se quedan sólo con la palabra “mexicano” y responden afirmativamente repitiendo “sí, soy mexicano”;
- No se conoce el significado de la palabra África y por lo tanto no se hace referencia al continente o personas originarias de él;
- “Negro”, es el término con el que más se identifican en localidades afro, y
- El término “afrodescendiente” es más general y evita la confusión con mexicano.

Aunque se trata de una discusión inacabada, las y los legisladores optaron por imponer la palabra “afromexicana(o)” para nombrar a los pueblos y comunidades.²⁶ A partir de ello se usa como término legal, por ejemplo, en la Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas y en otras instituciones gubernamentales, aunque no existe impedimento para usar cualquier otra autodenominación.

La forma de nombrar a las personas, comunidades o pueblos es importante porque refuerza su identidad colectiva; además, serviría para dar visibilidad a sus situaciones específicas de salud, educación y acceso a servicios a través de su registro en las estadísticas nacionales, y puede ser útil para la toma de decisiones de planeación y diseño de políticas públicas específicas.

VIII. ¿Y LOS DERECHOS?

En el artículo 2o. constitucional, los apartados A y B corresponden a los derechos colectivos de los pueblos indígenas, y en el apartado C no se anotaron derechos; sólo se reiteró que los pueblos afromexicanos: “tendrán en lo conducente los derechos señalados en los apartados anteriores... en los términos que establezcan las leyes”, sin definir los derechos de los pueblos y comunidades afromexicanos. Únicamente se repite la última frase del apartado B: “toda comunidad equiparable a aquellos (en referencia a los pueblos indígenas), tendrá en lo conducente los mismos derechos tal y como lo establezca la ley”. Esta previsión existía desde 2001, por lo que la adición del apartado C no desarrolla contenidos, sino sólo replica la aplicación de derechos por equiparación.

²⁶ La identidad no necesariamente se define a través de una nacionalidad.

La falta de inclusión de los derechos específicos de los pueblos afroamericanos es una grave omisión, que los coloca en una situación de desigualdad legal sin justificación. Introduce una carga adicional para quienes se asumen afroamericanos, porque es necesaria una interpretación normativa para solicitar la aplicación de los derechos indígenas a ellos. Esos derechos no se aplican de forma directa, porque no son específicos para los pueblos afroamericanos. Además, se requiere la interpretación del significado de la frase “en lo conducente”, que puede ser: “en lo que tenga relación con ellos”.

La vaga redacción de ese párrafo afecta la aplicación de sus derechos, pues en realidad, aunque las comunidades estén nombradas como afroamericanas, las siguen considerando como comunidades equiparables,²⁷ sin señalar cuáles son los derechos que les corresponden. Esa falta de regulación se convierte en un dique para la vigencia a sus derechos.

Además, se restringe su aplicación a “los términos que establezcan las leyes”, cuando la mayoría de las leyes son generales, homogéneas, y no consideran las particularidades de quienes forman parte de la diversidad étnica y cultural.

Con esa acción se afecta la evolución de sus derechos, porque ya existe el principio de progresividad, dirigido a incrementar la tutela de los derechos humanos, conforme lo determina la SCJN.²⁸ El contenido de esa jurisprudencia determina la ampliación paulatina del alcance de los derechos, por lo que no se deben restringir o limitar los derechos adquiridos.

La falta de derechos específicos para los pueblos afroamericanos dificulta que las instancias de la administración pública les apliquen los precep-

²⁷ El término equiparable se identifica con equidad, similitud, en una relación de proporcionalidad; sin embargo, no encontramos una definición jurídica que determine su alcance.

²⁸ El principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no sólo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues el Estado mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarios en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano (SCJN, Segunda Sala, 2019, p. 980).

tos que corresponden a los pueblos indígenas; esa decisión queda sujeta al arbitrio discrecional de cada institución, y en la práctica eso los coloca por debajo de los pueblos indígenas en una situación de desventaja.

Para muchas organizaciones sociales de la costa chica que exigieron su reconocimiento constitucional, con esa adición del apartado C al artículo 2o. no hay avances; tienen que esperar el desarrollo legislativo para obtener derechos diferenciados, políticas públicas y acciones afirmativas.

La falta de derechos constitucionales expresos para las y los afroamericanos conlleva la necesidad de realizar el control de convencionalidad²⁹ para reclamar la aplicación de los preceptos normativos contenidos en los tratados internacionales de derechos humanos,³⁰ y para demandar su in-

²⁹ El control difuso de convencionalidad consiste en el deber de los jueces nacionales en realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos. Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta (Ferrer, 2010, p. 176).

³⁰ Derechos como los siguientes: el artículo 5o. de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial se refiere a los derechos de las personas para garantizar su igualdad sin discriminación, entre ellos, la plena participación en los asuntos que les afecten; los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales; o el artículo 3o. de la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, que determina: todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en el derecho internacional, tanto a nivel individual como colectivo. También pueden exigir la aplicación de los derechos contenidos en los instrumentos internacionales obligatorios como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas en Países Independientes; el Convenio sobre la Diversidad Biológica; y la Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia. Existen otros documentos aspiracionales no vinculantes como la Declaración de Santiago de Chile de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (2000), donde se identifican los derechos que se deben reconocer a los afrodescendientes como el derecho a la cultura y su propia identidad; a participar libremente en igualdad de condiciones en la vida política, social, económica y cultural, al desarrollo en el marco de sus propias aspiraciones y costumbres; a tener, mantener y fomentar sus propias formas de organización, su modo de vida, cultura, tradiciones y manifestaciones religiosas; a mantener y usar sus idiomas propios; a la protección de sus conocimientos tradicionales, patrimonio cultural y artístico; a sus tierras ancestralmente habitadas; al uso, usufructo y conservación de sus recursos naturales renovables en su hábitat, y a participar de manera activa en el diseño, implementación y desarrollo de sistemas y programas educativos, incluidos aquellos de carácter específico y propios; la Declaración

interpretación conforme.³¹ Esta situación se puede convertir en una carga procesal adicional para demostrar que existió un incumplimiento por parte de las instituciones gubernamentales.

Las limitaciones procesales que se derivan de esa ausencia de derechos expresos también impiden conocer la existencia de casos judicializados en los que intervengan integrantes de los pueblos afroamericanos. Sin embargo, hay casos que involucran a pueblos, comunidades o personas indígenas sin cumplimiento de sentencias federales, como lo señaló en su visita a México la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.³²

IX. LAS GARANTÍAS Y LA ASIGNACIÓN PRESUPUESTAL

La adición del apartado C tiene la finalidad de “garantizar su libre determinación, autonomía, desarrollo e inclusión social”.

Las garantías constitucionales³³ conllevan la existencia de una institución competente para hacer efectivos los derechos; en este caso, la instancia responsable de establecer las políticas, programas y acciones que garanticen el desarrollo integral y sostenible del pueblo afroamericano (*sic*)

y el Programa de Acción de Durban aprobados en la Conferencia Mundial contra el Racismo; el Decenio Internacional para los Afrodescendientes o la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otras. No obstante, lo más idóneo sería que se determinaran sus derechos con su intervención.

³¹ La interpretación conforme significa que los jueces deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales obligatorios para México, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia (SCJN, Pleno, 2011, p. 552).

³² “Los tribunales federales han examinado varios casos sobre la consulta previa, pueblos indígenas y megaproyectos. En algunos casos, la Suprema Corte de Justicia ha ordenado la suspensión de proyectos inconsultos, aunque se ha denunciado que dichas sentencias no son acatadas por agentes estatales y del sector privado” (ONU, 2018, p. 7). Este aspecto puede ser considerado como desventaja para los pueblos afroamericanos, que enfrentan mayores complicaciones para hacer valer sus derechos, porque ya existen muchas dificultades para que se cumplan los derechos de los pueblos indígenas, que son expresos; será más difícil que se cumplan aquellos derechos para los pueblos afroamericanos, porque se derivan de su interpretación como comunidades equiparables.

³³ Son los mecanismos que establece la Constitución para prevenir, cesar o enmendar la violación de un derecho que está reconocido en la misma Constitución. Sin la garantía, los derechos serían meros enunciados líricos que no tendrían eficacia jurídica alguna en la realidad (Ávila, 2010, p. 78).

es el Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.³⁴ Pero no se anotaron mecanismos para garantizar ese mandato, como sí está contemplado para las comunidades indígenas:

Artículo 2o., apartado B:

...la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, las legislaturas de las entidades federativas y los ayuntamientos en el ámbito de sus respectivas competencias establecerán las partidas específicas destinadas al cumplimiento de estas obligaciones en los presupuestos de egresos que aprueben, así como las formas y procedimientos para que las comunidades participen en el ejercicio y vigilancia de las mismas.

En esa determinación también se hizo una distinción entre comunidades indígenas y afromexicanas. Las y los legisladores federales no establecieron un mandato expreso a los congresos de las entidades federativas para legislar sobre los mecanismos que hagan efectivo el ejercicio de los derechos de las y los afromexicanos; esto es relevante, porque hay personas afromexicanas en todos los estados que integran la Federación, según el resultado del Censo 2020 (INEGI, 2021).

La omisión de contemplar expresamente la obligación y el establecimiento de partidas presupuestales específicas para pueblos y comunidades afromexicanas les afecta. En cada Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal de 2020 y 2021, solamente se consideran erogaciones para el desarrollo integral de los pueblos y comunidades indígenas.

X. LA VISIBILIDAD

La finalidad de la adición del apartado C, al artículo 2o. constitucional fue dar visibilidad a la presencia de pueblos y comunidades afromexicanas en el territorio nacional: “La propuesta normativa propone sacar a las personas, pueblos y comunidades afrodescendientes de la invisibilidad en la que se encuentran, brindándoles el reconocimiento explícito de su existencia y sentar las bases jurídicas para el ejercicio de sus derechos, a título individual o colectivo” (Senado de la República, 2019, p. 6).

³⁴ Artículo 4o., fracción XII, Ley del Instituto Nacional de los Pueblos Indígenas.

Si bien la adición constitucional es escueta, el párrafo constituye un referente constitucional, anota que esos pueblos y comunidades forman parte de la nación, y eso les incluye en el sistema jurídico, es el anclaje normativo para fundamentar el desarrollo legislativo, el diseño de políticas públicas y la implementación de acciones afirmativas.

XI. LAS DISTINCIONES

De lo señalado en los apartados previos, podemos resumir las distinciones que se realizaron entre pueblos indígenas y pueblos afroamericanos³⁵ en el artículo 2o. constitucional:

- 1) La adición sobre los pueblos afroamericanos se ubicó en un apartado C del artículo 2o.;
- 2) Se menciona a pueblos y comunidades afroamericanos sin definir sus conceptos;
- 3) No se precisa el mecanismo para identificar a las y los afroamericanos;
- 4) Se anota el término “afroamericano(a)” como principal denominación legal;
- 5) No se reconocieron derechos específicos a pueblos y comunidades afroamericanos;
- 6) No se estableció un mandato para determinar partidas específicas, en los presupuestos de egresos federales o locales, para garantizar su aplicación.

En la revisión del expediente electrónico que contiene los documentos del decreto por el que se adiciona un apartado C al artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos³⁶ no se encontraron justificaciones para realizar las distinciones.

³⁵ La comparación es hipotética, porque en la aplicación de esos preceptos solamente existen evidencias de casos concretos que involucren a personas, comunidades o pueblos indígenas, y no se ubicaron evidencias de casos presentados a tribunales que involucren a personas, comunidades o pueblos afroamericanos.

³⁶ Decreto por el que se adiciona un apartado C al artículo 2o. de la CPEUM se encuentra disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/64/239_DOF_09ago19.pdf.

Esas distinciones sin justificación en conjunto pueden obstaculizar, limitar o anular la vigencia de los derechos fundamentales de los pueblos y comunidades afromexicanos, conforme a lo que señala la jurisprudencia de la SCJN, que guía este artículo; las distinciones en el contenido de la ley que no tengan una base objetiva y razonable,³⁷ afectan el principio de igualdad y generan discriminación (SCJN, 2004, p. V).

La discriminación está prohibida en el artículo 1o. constitucional³⁸ y en varios instrumentos internacionales de derechos humanos que forman parte del bloque de constitucionalidad;³⁹ en ellos se amplía y se precisa el alcance de la discriminación:

- Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial;
- Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes;
- Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer;
- Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia;

³⁷ El cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado, y d) estar justificada en razones constitucionales (Sánchez, 2009).

³⁸ Artículo 1o. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas". *DOF*, 9 de agosto de 2001; 10 de junio de 2011. Entre los motivos no se incluye la palabra "raza", esa omisión puede tener como origen la Declaración de la UNESCO sobre raza: "Los graves errores ocasionados por el empleo de la palabra «raza», en el lenguaje hacen desear que se renuncie por completo a emplear ese término cuando haya que aplicarlo a la especie humana y que se adopte la expresión «grupos étnicos»" (UNESCO, 1969, p. 32).

³⁹ La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas (principios y reglas) y valores que, pese a no estar expresamente establecidos en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la CPEUM (por remisión expresa o tácita de ésta), principalmente encontramos los estándares internacionales sobre derechos humanos (Rodríguez, Arjona y Fajardo, 2013, p. 18).

— Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Esta normatividad señala que la discriminación atenta contra la dignidad humana, y tiene por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas, puede ser racial,⁴⁰ indirecta, múltiple o agravada. Se define como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades”.⁴¹ Incluso puede configurar discriminación dolosa.⁴²

La adición constitucional viola el principio de igualdad porque:

...el Estado está obligado a adoptar ciertas medidas positivas encaminadas a obtener [la] igualdad de hecho entre los diferentes grupos sociales y sus integrantes en relación con el resto de la población. La violación a este principio surge cuando existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o de sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación. Esta violación se puede reflejar a su vez en *omisiones*, en una desproporcionada aplicación de la ley o *en un efecto adverso y desproporcional de cierto contenido normativo en contra de un grupo social relevante o de sus integrantes* (SCJN, Primera Sala, 2013, p. 42).

⁴⁰ “La discriminación racial denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública”, artículo 1o. Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

⁴¹ “También se entenderá como discriminación la homofobia, misoginia, cualquier manifestación de xenofobia, segregación racial, antisemitismo, así como la discriminación racial y otras formas conexas de intolerancia”; artículo 1o., fracción III, Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *DOF*, 11 de junio de 2003; adicionado al *DOF*, 20 de marzo de 2014.

⁴² Se refiere a los actos objetables moralmente, que contribuyen a la subordinación social, limitan la libertad de elección, o agravan la injusticia (Moreau, 2021, septiembre 30).

Los pueblos y comunidades afroamericanos⁴³ resienten la discriminación estructural que afecta a los grupos en situación de vulnerabilidad; para identificar su situación, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió jurisprudencia con los siguientes estándares:

- a) Existencia de un mismo grupo afectado con características comunes, pudiendo ser minoría;
- b) Que el grupo sea vulnerable, marginalizado, excluido o se encuentre en una desventaja irrazonable;
- c) Que la discriminación tenga como causa un contexto histórico, socioeconómico y cultural;
- d) Que existan patrones sistemáticos, masivos o colectivos de discriminación en una zona geográfica determinada o en el Estado o en la región; o
- e) Que la política, medida o norma *de jure* o *de facto* sea discriminatoria o cree una situación de desventaja irrazonable al grupo, sin importar el elemento intencional (Pelletier, 2014, p. 215).

Varios de esos estándares aplican a los pueblos, comunidades y personas afroamericanos e indígenas, que enfrentan obstáculos y dificultades por su particular situación de desventaja, por el menor acceso a servicios de educación, salud y ocupación, conforme a los resultados de la Encuesta Nacional de Discriminación 2017, que presenta datos sobre la discriminación estructural de las personas que tienen los tonos de piel más oscuros (INEGI, 2017).

En la adición constitucional del artículo 2o., apartado C, se omitió además la obligación institucional de realizar acciones para revertir las situaciones de desventaja histórica, económica, política y social que afecta a los pueblos y comunidades afroamericanas.

Las afectaciones abarcan por lo menos tres aspectos:

- a) Limitan el ejercicio de sus derechos fundamentales;
- b) Como forman parte de una categoría sospechosa, requieren la aplicación de medidas positivas para remover los obstáculos que

⁴³ Los pueblos indígenas y afrodescendientes han estado históricamente en una posición subordinada respecto de los “mestizos” por la forma en que la estructura jurídica emanada de la Colonia se impuso a otros sistemas jurídicos originarios que fueron considerados inferiores o menos civilizados.

impiden el ejercicio de sus derechos humanos y limitan su acceso a oportunidades de movilidad social;

- c) La discriminación estructural los mantiene en situación de vulnerabilidad.

Estas omisiones nos llevan a abordar lo que implica una relación jurídica justa. Al respecto, John Rawls (2010), en la *Teoría de la justicia*, considera que

Las instituciones son justas cuando no se hacen distinciones arbitrarias entre las personas al asignarles derechos y deberes básicos y cuando las reglas determinan un equilibrio debido entre pretensiones competitivas a las ventajas de la vida social. Las grandes instituciones definen los derechos y deberes del hombre e influyen en sus perspectivas de vida. La justicia de un esquema social depende esencialmente de cómo se asignan los derechos y deberes fundamentales, y de las oportunidades económicas y las condiciones sociales en los diversos sectores de la sociedad (pp. 19-21).

Los parámetros de lo justo o injusto de una determinada situación pueden ser difíciles de identificar, porque dependen de las situaciones particulares de cada persona;⁴⁴ Amartya Sen (2010) comparte con Rawls la visión del papel que corresponde al Estado para lograr un mínimo de justicia social, su planteamiento ofrece el fundamento intelectual para pasar de un sentimiento general de injusticia a diagnósticos particulares razonados de injusticia; señala el contraste entre una visión de justicia basada en esquemas y una visión de justicia basada en realizaciones (niti y nyaya); como ejemplo, refiere que las personas pueden evitar la injusticia manifiesta aunque no estén de acuerdo en esquemas sociales perfectamente justos:

Cuando la gente se movilizó en favor de la abolición de la esclavitud en los siglos XVIII y XIX no tenía la ilusión de que dicha reforma hiciera un mundo perfectamente justo. Su reivindicación era más bien la de que una sociedad con esclavitud resultaba totalmente injusta. Fue el diagnóstico de la esclavitud como una injusticia intolerable lo que hizo de su abolición una prioridad

⁴⁴ Por ejemplo, una pieza de pan no significa lo mismo para una persona que come regularmente tres veces al día, que para alguien que tiene varios días sin comer. Las distinciones son relevantes para las personas que han vivido marginación sistemática.

arrolladora, y esto no exigía la búsqueda de un consenso sobre cómo debería ser una sociedad perfectamente justa (pp. 37, 51 y 53).

En este caso podemos estar de acuerdo en que es injusto no reconocer derechos fundamentales a grupos en situación de vulnerabilidad, o en hacerlo de una forma que obstaculiza su ejercicio, y por lo tanto su eficacia.

Reconocer derechos en una nación pluricultural tiene retos complejos, porque no se trata solamente de abordar la diversidad, sino también de combatir la desigualdad; por ello, es necesario realizar una revisión de las condiciones específicas de cada grupo social pues se derivan de una discriminación sistémica y estructural (SCJN, Primera Sala, 2013, p. 42).

Un aspecto de la desigualdad⁴⁵ es la pobreza, ya que el 41.9% de la población mexicana se encuentra en situación de pobreza,⁴⁶ lo que representa 51.9 millones de personas;⁴⁷ los hablantes de lenguas indígenas alcanzan el 76.8% (Coneval, 2021, pp. 13 y 56). No hay información sobre la población afromexicana, porque esa categoría no está contemplada en la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) que realiza el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, cuyos resultados sirven como insumos para realizar las estimaciones de pobreza multidimensional que mide el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social.

Otro aspecto en el que se podrá en el futuro profundizar es la vinculación que existe entre la discriminación y el racismo.⁴⁸ Un acto racista no es necesariamente un acto jurídico, pero sus repercusiones pueden afectar la

⁴⁵ La desigualdad no sólo se expresa en la distribución del ingreso, sino también en la de riqueza y en el acceso a otros bienes y servicios, como la educación, la salud y la vivienda, así como en el ejercicio efectivo de los derechos civiles, políticos y sociales (Solís, Güemes y Lorenzo, 2019, p. 7).

⁴⁶ Se refleja en carencias en educación, salud, seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda, alimentación nutritiva y de calidad (Coneval, 2021).

⁴⁷ De entre ellas, el 34.9% está en pobreza moderada, y el 7% en pobreza extrema; entre los hablantes de lengua indígena el 41% (2.8 millones) está en pobreza moderada, y 35.7% (2.5 millones) en pobreza extrema.

⁴⁸ Por ejemplo, la definición de discriminación racial se emitió en 1969 en la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y el racismo fue incluido apenas en 2013 en la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, que México suscribió en 2020.

esfera jurídica de las personas o producir discriminación. La Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia señala:

Artículo 1o.

...

4. El racismo consiste en cualquier teoría, doctrina, ideología o conjunto de ideas que enuncian un vínculo causal entre las características fenotípicas o genotípicas de individuos o grupos y sus rasgos intelectuales, culturales y de personalidad, incluido el falso concepto de la superioridad racial.

El racismo da lugar a desigualdades raciales, así como a la noción de que las relaciones discriminatorias entre grupos están moral y científicamente justificadas.

La desigualdad de trato hacia determinadas personas, con base en una idea subjetiva de su inferioridad —a partir del uso de parámetros hegemónicos de desarrollo, civilización, religión, idioma, cultura, origen nacional, étnico, o racial, etcétera— se encamina a perpetuar los privilegios de quienes se ubican en una posición de superioridad para justificar la continuidad de la estratificación social.

Esa desigualdad de trato puede explicar el hecho de que los pueblos negros, afroamericanos o afrodescendientes no fueron incluidos en la Constitución federal hasta 2019. Las causas pueden ser múltiples: si nos remontamos a la colonia, la imposición de formas de relación de los colonizadores con los pueblos indígenas y la esclavización de los afrodescendientes marcaron diferencias profundas. Existen estudios históricos de la presencia de afrodescendientes en el territorio nacional desde la época de la conquista (Aguirre, 1946). Comparten con los pueblos indígenas su preexistencia a la formación del Estado mexicano, aunque por razones distintas. Durante la Independencia, esas diferencias fueron ignoradas en pos de la unificación del país, que posteriormente formalizó la igualdad por decreto sin considerar la diversidad cultural de sus habitantes. Esas acciones se consolidaron a través de las políticas educativas o de asimilación social, como el mestizaje,⁴⁹ que enalteció la mezcla biológica y cultural de sus habitantes para fortalecer de la unidad nacional.

⁴⁹ El primer gran ideólogo de la mestizofilia fue Andrés Molina Enríquez, quien publicó en 1909, *Los grandes problemas nacionales*. Otros pensadores, como Manuel

El mestizaje ocultó las diferencias, pero mantuvo la estratificación social, en donde las personas indígenas y las personas negras ocuparon el lugar inferior. Emiko Saldívar (2012, p. 68) considera: “En México se ha escrito mucho sobre el supuesto carácter homogeneizante del mestizaje, pero poco se ha reconocido que este proyecto, por necesidad, define, administra y reproduce las diferencias”.

Después, surgieron políticas de etnodesarrollo enfocadas a la integración de los habitantes indígenas como mexicanos, y no fue hasta 1992 cuando se reconoció la pluriculturalidad de la nación en la CPEUM, reforzada en 2001; pero en esas reformas fueron borrados los pueblos negros afroamericanos.

Los resabios del mestizaje influyen en la manera en que se relaciona la sociedad mexicana. Para Mónica Moreno (2012),

...las actitudes de desdén o desprecio hacia las personas indígenas o afrodescendientes son parte de un proceso de normalización racial y racista que permite que el pueblo mexicano se exprese y esté convencido por la idea comúnmente aceptada de que en México no hay racismo porque todos somos mestizos, porque todos estamos “mezclados” (p. 18).

Podemos señalar que se trata de

Un “racismo de costumbre”, automático o “acostumbrado”, irreflexivo, naturalizado, culturalmente establecido, que no llega a ser reconocido como atribución explícita de valor diferenciado a personas de grupos raciales y étnicos. Es el más frecuente de los tipos de racismo en nuestro continente y, curiosamente, a pesar de presentarse como la forma más inocente y bienintencionada de racismo, está lejos de ser la más inocua. Muy por el contrario, esta modalidad de racismo es la que más víctimas hace en la convivencia diaria. Es también aquella de la que es más difícil defenderse, pues opera sin nombrar. La acción silenciosa de la discriminación automática hace del racismo una práctica establecida, acostumbrada y por eso mismo más difícilmente notificable (Segato, 2017, p. 48).

Gamio, Luis Cabrera y José Vasconcelos, colaboraron desde diferentes ángulos a la reelaboración, ampliación y fortalecimiento de la noción de mestizaje, coincidiendo en el diagnóstico de que la falta de integración social e identidad nacional eran fuertes obstáculos a vencer. Según Gamio, el mestizaje se resumía en “fusión de razas, convergencia y fusión de manifestaciones culturales, unificación lingüística y equilibrio económico de los elementos sociales” (Gleizer, 2011, p. 52).

Juliana Acevedo abordó el racismo dentro del proceso legislativo sobre los pueblos afroamericanos en la reunión⁵⁰ *El criterio racial en el censo 2020* ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵¹ (CIDH, 2019) donde planteó que

El proceso de reforma constitucional que se está dando actualmente, es simple y sencillamente nominativo y desde el punto de vista de la racialización (de la cual he sido objeto durante toda mi vida), es racista el ponernos en un Apartado C y en los términos que se puso, sobre todo porque se está viendo desde el privilegio.

Es un avance, pero no un gran avance, en comparación con todos esos 500 años de injusticia hacia las comunidades negras. Fue un acto racista el haber desperdiciado un momento histórico de un reconocimiento pleno con derechos bien definidos. Desde mi perspectiva como mujer que ha sido racializada y que ha sufrido racismo y discriminación ¡Siempre!

Yo lo veo más como un acto de simulación y no como haber cumplido con el Reconocimiento, Justicia y Desarrollo que se plantea desde el *Decenio Internacional para los Afrodescendientes*; es nada más un punto para poder salir del bache. Viéndolo con lupa y de manera real y efectiva el reconocimiento es sólo nominativo y el que se tenga que esperar a más adelante para poder decir qué derechos se tienen que poner para la población, es racista cuando se pudo haber incluido desde el principio, en el segundo párrafo del artículo 2o. y no sólo en un apartado, que como que lo pone hasta allá, sin mayor implicación y fuerza, en comparación con la que tiene la parte de arriba. Yo no sé mucho de cuestión legislativa, pero la importancia se ve desde ahí, hacia un pueblo que debió habersele resarcido en sus derechos y sobre todo que se le debió haber pagado esa deuda histórica que se dice que se asume y que al final de cuentas, yo lo veo así,

⁵⁰ Asistieron también Beatriz Amaro y Teresa Mojica, en representación y gracias al apoyo de las organizaciones Asociación de Mujeres de la Costa de Oaxaca AMCO, A. C.; Colectivo para Eliminar el Racismo, Copera; Enlace de Pueblos y Organizaciones Costeñas Autónomas, A. C. Época, A. C.; Fundación Afroamericana Petra Morgia, A. C.; La Ventana, A. C.; Mano Amiga de la Costa Chica, A. C.; México Negro, A. C.; Organización para el Fomento de la Equidad de Género y el Respeto de los Derechos Humanos de los Pueblos Negros Afroamericanos; Presente y Cambio, Ciudadanía Activa MX; Proyecto Afrodescendencia México.

⁵¹ Fue la segunda vez que se trató el tema del racismo. En la primera audiencia se abordó el racismo ambiental en el tema *Derechos humanos de personas afroamericanas*, en el 169 periodo de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 4 de octubre de 2018.

es sólo una buena intención que no surte los efectos que se necesitan, que yo necesito como mujer negra para, sobre todo, poder sentirme un poco más tranquila de la herencia que le dejo a mi hija. Yo constantemente soy objeto de discriminación y racismo por mis características fenotípicas, si dice usted: “no existen las razas”, es cierto, pero la racialización es tremenda.

En este sentido, México ha suscrito compromisos internacionales, como la Declaración y el Programa de Acción de Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia de Durban (2001); o el Decenio Internacional para los Afrodescendientes, Reconocimiento, Justicia y Desarrollo (2015-2024), en donde asume la obligación de aplicar medidas que reviertan el racismo y la discriminación.

El acceso a la justicia con igualdad sustantiva para los pueblos étnica o culturalmente diversos es un tema complejo, que involucra derechos humanos fundamentales, identidades, valores, cosmovisiones, etcétera; algunos de esos aspectos tienen que ver con la forma en que se gestionan las relaciones jurídicas en sociedades plurales, temas que han sido estudiados de diferente forma por John Rawls, Will Kymlicka o Geovanni Sartori, y también han sido explicados desde las relaciones de poder atravesadas por la raza, según: Aníbal Quijano, María Lugones, Frantz Fanon o Achille Mbembe, entre otros.⁵²

La importancia de contar con normas que gestionen conflictos es abordada por Boaventura de Sousa Santos cuando plantea que existe una línea abismal entre las personas, por arriba de esa línea existen mecanismos de regulación no violentos, donde la violencia es excepcional, mientras que, por debajo de ella, los métodos para administrar conflictos son gestionados por la violencia perpetua, y sólo en momentos excepcionales se usan los métodos de regulación, normas de derecho y civilidad (Grosfoguel, 2012, pp. 95 y 96).

⁵² Algunos textos son: *La justicia como equidad: una reformulación* (Rawls, 1999); *Ciudadanía Multicultural* (Kymlicka, 1996); *La sociedad multiétnica* (Sartori, 2001). *¡Qué tal, raza!* (Quijano, 2017); *La colonialidad del género* (Lugones, 2014); *El concepto de “racismo” en Michel Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no-ser* (Grosfoguel, 2012); *Los condenados de la tierra* (Fanon, 1973); *Necropolítica* (Mbembe, 2011).

La forma en que los pueblos y comunidades afroamericanos fueron incluidos en la adición constitucional pueden limitar el ejercicio de sus derechos, por lo que es necesario profundizar en el estudio de los mecanismos para garantizar la igualdad sustantiva de los pueblos étnica o culturalmente diversos.

XII. CONCLUSIONES

Conforme a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, del rubro IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL, en la adición constitucional del artículo 2o., apartado C, no se respetó el principio de igualdad en la ley, desde una perspectiva de derechos humanos, porque se incluyeron distinciones injustificadas en el reconocimiento a los pueblos y comunidades afroamericanos, su contenido viola el principio de igualdad sustantiva y configura una discriminación en la ley, que puede obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar y anular el reconocimiento, goce y ejercicio de sus derechos humanos y resultar ineficaz.

Las repercusiones de esa acción institucional afectan derechos fundamentales de un grupo en situación de vulnerabilidad y perpetúan la discriminación estructural.

En virtud de la preeminencia constitucional, la adición del apartado C al artículo 2o. sobre los pueblos afroamericanos es importante porque los incluye en el sistema jurídico nacional y sirve de apoyo para invocar el control de convencionalidad y la interpretación conforme, pero no es suficiente.

La falta de precisión de la adición constitucional requiere de interpretaciones legales para identificar a los sujetos destinatarios de la norma (los pueblos, comunidades y personas afroamericanas) y para aplicarles, en lo conducente, los derechos indígenas.

Es necesario profundizar en la complejidad derivada del reconocimiento de la diversidad cultural desde los derechos humanos y en las manifestaciones jurídicas de los actos institucionales que provocan discriminación.

El reto sigue siendo fortalecer los mecanismos para lograr la igualdad sustantiva en sociedades diversas y desiguales como la mexicana.

XIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acevedo, J. (2018). *Los pueblos negros de México: su lucha por la sobrevivencia cultural y el reconocimiento jurídico: costa chica de Oaxaca y Guerrero*. México. SCJN.
- Ávila, R. (2010). Las garantías constitucionales. Perspectiva andina. *REVISTA IUS*, 4 (25).
- Cámara de Diputados (2019). *Decreto por el que se adiciona un apartado C al artículo 2o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/64/239_DO_09ago19.pdf (fecha de consulta: 14 de enero de 2020).
- Campos, A. (2012). Racialización, racialismo y racismo: un discernimiento necesario, *Universidad de la Habana* (273).
- Carpizo, J. (1995). Nación. *Diccionario Jurídico Mexicano*. México. Porrúa-UNAM.
- CERD (1990). Recomendación general VIII. Relativa a la Interpretación y la Aplicación de los párrafos 1 y 4 del artículo 1o. de la Convención, 38o. período de sesiones. https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CERD/00_3_obs_grales_CERD.html#GEN8 (fecha de consulta: 5 de octubre de 2019).
- CIDH (2019). *172 Período de Sesiones Kingston* [video] YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=IwjpsnimVOg&list=PL5QlapyOGhXvvyKD3Y0-GblPrDQ1xE_Ht&index=4&t=0s (fecha de consulta: 16 de agosto de 2019).
- Conapred (2018). *Guía para la acción pública. Prevención de prácticas de perfilamiento racial*. México.
- Coneval (2021). *Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Medición multidimensional de la pobreza en México 2018-2020*. https://www.coneval.org.mx/Medicion/MP/Documents/MMP_2018_2020/Pobreza_multidimensional_2018_2020_CONEVAL.pdf (fecha de consulta: 11 de agosto de 2021).
- Cossío, J. R. (2006). La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa. *Cuestiones constitucionales* (15), 319-330. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-

- 91932006000200319&lng=es&tlng=es (fecha de consulta: 12 de octubre de 2020).
- Ferrer, E. (2010). El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional. En H. Fix-Zamudio y D. Valadés (Coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Biblioteca Jurídica Virtual. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2873/9.pdf> (fecha de consulta: 14 de enero de 2020).
- Gleizer, D. (2011). *El exilio incómodo. México y los refugiados judíos, 1933-1945*. México. El Colegio de México. Universidad Autónoma Metropolitana.
- Grosfoguel, R. (2012). El concepto de “racismo” en Michael Foucault y Frantz Fanon: ¿teorizar desde la zona del ser o desde la zona del no-ser? *Tabula Rasa*. Bogotá, 16.
- INEGI (2015). *Resultados de la encuesta intercensal 2015*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/intercensal/2015/doc/eic_2015_presentacion.pdf (fecha de consulta: 11 de agosto de 2021).
- INEGI (2017). *Encuesta Nacional de Discriminación, 2017, Principales resultados*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2017/doc/enadis2017_resultados.pdf (fecha de consulta: 18 de enero de 2020).
- INEGI (2021). *Principales resultados. Censo 2020*. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/ccpv/2020/doc/Censo2020_Principales_resultados_ejecutiva_EUM.pdf (fecha de consulta: 10 de febrero de 2021).
- INEGI, INAH, CONAPRED (2014). Minuta de la segunda mesa de trabajo sobre la incorporación de la pregunta afrodescendiente en la Encuesta Intercensal 2015.
- Kelsen, H. (1976). *Teoría pura del derecho*. 14a. ed., Buenos Aires. Editorial Universitaria de Buenos Aires.
- López, F. (2017). *¡La tierra no se vende! Las tierras y los territorios de los pueblos indígenas en México*, México. Clacso, Educa, A. C., ProDESC, COAPI, Centro Interdisciplinar para la Investigación de la Recreación, A. C. <https://educaoaxaca.org/images/2018/Libro-LA-TIERRA-NO-SE-VENDE.pdf> (fecha de consulta: 10 de octubre de 2021).

- Mansferrer, C. (2019). Racismo y afrodescendencia en la educación básica de México. Libros de texto nacionales y prácticas docentes locales. En M. E. Velázquez (coord.), *Estudiar el racismo: afrodescendientes en México*. México. INAH, 373-424. <https://www.academica.org/cristina.masferrer/21> (fecha de consulta: 7 de febrero de 2021).
- Minor, J. R. y Roldán, J. (2006). *Manual de técnica legislativa*. México. Cámara de Diputados. Miguel Ángel Porrúa.
- Moreau, S. (2020). *Faces of Inequality: A Theory of Wrongful Discrimination*. Reino Unido. Oxford University Press.
- Moreau, S. (2021). *VII Congreso Internacional de Derecho Constitucional. Igualdad y no discriminación. Sesión Fundamentos Filosóficos del Derecho Antidiscriminatorio*. México. SCJN. <https://www.youtube.com/watch?v=Kw9rQWoRg0U&t=12s> (fecha de consulta: 30 de septiembre de 2021).
- Moreno, M. (2012). Yo nunca he tenido la necesidad de nombrarme: reconociendo el racismo y el mestizaje en México, en A. Castellanos y G. Landázuri (coords.). *Racismo y otras formas de intolerancia de norte a sur en América Latina*. México. Universidad Autónoma Metropolitana, Juan Pablos Ed.
- ONU (2018). *Informe de la Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas sobre su visita a México, A/HRC/39/17/Add.2*. <https://undocs.org/es/A/HRC/39/17/ADD.2> (fecha de consulta: 18 de septiembre de 2019).
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (1969). *Cuatro declaraciones sobre la cuestión racial*. París. UNESCO. https://poblacionafroperuana.cultura.pe/sites/default/files/cuatro_declaraciones_sobre_la_cuestion_racial.pdf (fecha de consulta: 10 de septiembre de 2021).
- Pelletier, P. (2014). La “discriminación estructural” en la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 60, 205-215. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r34025.pdf> (fecha de consulta: 13 de septiembre de 2019).
- Rawls, J. (2010). *Teoría de la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica.

- Rodríguez, G., Arjona, J. C., y Fajardo, Z. (2013). *Bloque de constitucionalidad en México*. México. CDHDF, SCJN, OACNUDH. <https://cdhcm.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/2-Bloque-constitucionalidad.pdf> (fecha de consulta: 14 de octubre de 2021).
- Saldívar, E. (2012). Racismo en México: apuntes críticos sobre etnicidad y diferencias culturales. En A. Castellanos y G. Lizaur (eds.). *Racismos y otras formas de intolerancia de norte a sur en AL*. México, UAM-I.
- Sánchez, R. (2009). Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(21). <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5893/7830> (fecha de consulta: 12 de octubre de 2021).
- SCJN (2018). *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Autoadscripción en las Resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México.
- Segato, R. (2017). Racismo, discriminación y acciones afirmativas: herramientas conceptuales. En R. Campoalegre y K. Bidaseca (coords.) *Más allá del decenio de los pueblos afrodescendientes*. Buenos Aires. CLACSO.
- Sen, A. (2010). *La idea de justicia*. México. Taurus.
- Senado de la República (19 de abril de 2019). LXIV Legislatura. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; y de Estudios Legislativos, en relación a las iniciativas con proyecto de decreto que adiciona un apartado C al artículo 2 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para reconocer a las personas afrodescendientes como integrantes de la composición pluricultural de la nación. http://comisiones.senado.gob.mx/puntos_constitucionales/docs/convo-catorias/proyecto3_240419c.pdf (fecha de consulta: 16 de noviembre de 2019).
- Solís, P., Güemes Graniel, B., y Lorenzo Holm, V. (2019). *Por mi Raza hablará la desigualdad. Efectos de las características étnico-raciales en la desigualdad de oportunidades en México*. México. Oxfam. https://www.oxfamMexico.org/sites/default/files/Por%20mi%20raza%20hablara%20la%20desigualdad_0.pdf (fecha de consulta: 19 de enero de 2020).
- SCJN. Primera Sala. (2004, septiembre 29). Sentencia del amparo directo en revisión, 988/2004.

- SCJN. Primera Sala. (2013, noviembre 13), Sentencia del amparo directo en revisión, 1464/2013.
- SCJN. (2018). *El derecho de los pueblos indígenas a la autoadscripción en las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México. SCJN.
- SCJN. Pleno. (2011). Tesis P. LXIX/2011, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. I, p. 552.
- SCJN. Pleno. (2016). Tesis P./J.9/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 112.
- SCJN. Primera Sala. (2004). Tesis 1a./J 81/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XX, p. 99.
- SCJN. Primera Sala. (2006). Tesis 1a./J. 55/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXIV, p. 75.
- SCJN. Primera Sala. (2008). Tesis 1a./J. 37/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXVII, p. 175;
- SCJN. Primera Sala. (2014a). Tesis 1a. XLI/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 647.
- SCJN. Primera Sala. (2014b). Tesis 1a. XLIII/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 644.
- SCJN. Primera Sala. (2014c). Tesis 1a. CCCLXXXIV/2014, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 720.
- SCJN. Primera Sala. (2016a). Tesis 1a. CLXXI/2016, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 695.
- SCJN. Primera Sala. (2016b). Tesis 1a./J. 46/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 357.
- SCJN. Primera Sala. (2017). Tesis 1a. VII/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 380.
- SCJN. Segunda Sala. (2007). Tesis 2a. CXVI/2007, *Semanario Judicial y su Gaceta*, t. XXVI, p. 639.
- SCJN. Segunda Sala. (2016). Tesis 2a./J.64/2016, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, p. 791.
- SCJN. Segunda Sala. (2019). Tesis 2a./J. 35/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, p. 980.
- UNAM (20 de abril de 2017). *Coloquio Nacional ¿Cómo queremos llamarnos? Horizonte Censo INEGI 2020*. México. PUIC-UNAM.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La reelección local. Análisis jurisprudencial del caso Coahuila*

Local Reelection. Jurisprudential Analysis of the Coahuila Case

Recepción: 20 de julio de 2021

Aceptación: 13 de enero de 2022

Yessica ESQUIVEL ALONSO**

Fernando HERNÁNDEZ LEAL***

RESUMEN: En el presente trabajo se analizará la figura de la reelección en el ámbito municipal en el estado de Coahuila de Zaragoza a partir de una breve revisión histórica, del marco normativo, así como de las sentencias en la materia que ha emitido el Tribunal Electoral local en el marco de los procesos electorales de 2017-2018 y 2020-2021.

ABSTRACT: *In this paper, the figure of re-election in the municipal sphere in the state of Coahuila de Zaragoza will be analyzed based on a brief historical review, the regulatory framework, as well as the judgments on the matter of the local Electoral Tribunal within the framework of the electoral processes of 2017-2018 and 2020-2021.*

Palabras clave: reelección, Tribunal Electoral, reforma político-electoral, diputación, ayuntamiento.

Keywords: *Re-election, Electoral Tribunal, Electoral Political Reform, Deputation, City Council.*

* Este artículo forma parte del proyecto “Justicia abierta: análisis jurisprudencial de la actividad jurisdiccional electoral local”, que salió beneficiado en la convocatoria del Proyecto Semilla UAdeC 2020, DIP-UADEC-C01-2020-10, convocado por la Universidad Autónoma de Coahuila.

** Doctora en derecho por la Universidad Complutense de Madrid (España). Directora del Centro de Derechos Civiles y Políticos de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. México. ORCID: 0000-0002-5005-2058. Correo electrónico: *esquively@ua-dec.edu.mx*.

*** Magíster en derechos humanos y democratización por la Universidad Nacional de San Martín (Argentina). Auxiliar de investigación del Centro de Derechos Políticos de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. México. ORCID: 0000-0001-9398-2696. Correo electrónico: *fernandohleal@icloud.com*.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Aproximaciones al concepto de reelección*. III. *Antecedentes históricos de la reelección en México*. IV. *Sentencias del Tribunal Electoral del Estado de Coahuila (TECZ)*. V. *Comentarios finales*. VI. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Muchos países de América Latina, en sus procesos de democratización, adoptaron en sus Constituciones algunas medidas para restringir la reelección (Barboza, 2014, pp. 127 y ss.). Para Zelaya (2010), esto pudo deberse a que la figura era empleada para ejercer el poder en regímenes autocráticos y personalistas (p. 8), por lo que eliminarla se convirtió en el fundamento de la política democrática de la región tras los regímenes dictatoriales de finales de 1800 y mediados de 1900.¹

En la actualidad, algunos países² permiten la reelección inmediata en el Poder Ejecutivo por un solo periodo adicional, como Argentina;³ otros Estados no establecen ningún tipo de restricción, como Italia;⁴ algunos permiten la reelección siempre que no sea inmediata como República Dominicana;⁵ finalmente algunos más contemplan la prohibición absoluta, como en el caso mexicano.⁶

¹ López (2021), donde se realiza un interesante repaso por las dictaduras latinoamericanas, como la de Rafael Leónidas Trujillo de República Dominicana; “Papa” y “Baby Doc” en Haití; la dinastía Somoza de Nicaragua; la dictadura de Juan Velasco Alvarado de Perú; la dictadura de Humberto de Castelo Branco de Brasil; las de Jorge Ubico a Efraín Ríos Montt en Guatemala; las de Onganía, Rafael Videla, Roberto Viola, Leopoldo Galtiere y Cristino Nicolais de Argentina; entre otras (pp. 231-286).

² Para mayor abundamiento sobre la reelección presidencial, véase Mejía Rivera (2018).

³ El artículo 90 de la Constitución argentina señala: “El Presidente y vicepresidente duran en sus funciones el término de cuatro años y podrán ser reelegidos o sucederse recíprocamente por un sólo periodo consecutivo. Si han sido reelectos, o se han sucedido recíprocamente, no pueden ser elegidos para ninguno de ambos cargos, sino con el intervalo de un periodo”.

⁴ La Constitución Italiana no hace referencia alguna a la reelección presidencial, por lo que no existe regulación en la materia. A pesar de ello, el único caso en que un presidente hizo uso del mecanismo de reelección fue en 2013, cuando Giorgio Napolitano asumió un segundo periodo consecutivo en el cargo.

⁵ El artículo 124 de la Constitución de República Dominicana señala: “Elección presidencial. El Poder Ejecutivo se ejerce por el o la Presidente de la República, quien será

En México, con la máxima “sufragio efectivo, no reelección”, Francisco I. Madero compitió contra Porfirio Díaz Mori en las elecciones de 1910.⁷ La consigna de la *no reelección*, impregnada con tintes de la Revolución mexicana se convertiría en el imaginario colectivo en una práctica nociva propia de regímenes autoritarios e incluso dictatoriales (Cortés y Sánchez, 2018, p. 188). Es quizá por ello que durante mucho tiempo la población mexicana se manifestó en contra de la reelección en alcaldías, diputaciones y gubernaturas.⁸

No fue hasta 2014 cuando se reincorporó a la legislación la figura de la reelección para la integración del Poder Legislativo federal y locales, así como para presidencias municipales,⁹ ochenta años después de que fue prohibida en la Constitución en 1933 para el cargo del Ejecutivo de la República, y para integrantes de la Cámara de Diputados y de Senadores (Flores *et al.*, 2012, pp. 473 y 474).

En el ámbito local, Coahuila no legisló en materia de reelección hasta el 1o. de agosto de 2016, al publicar su nuevo código electoral, en el que se incorporaba la figura para diputaciones, presidencias municipales y regidurías a través de partidos políticos o por medio de candidaturas independientes.

Con ello, la regulación, implementación y control de la reelección en estos ámbitos se convierten en nuevos retos del sistema político-electoral mexicano, especialmente si nos detenemos en el desarrollo que ha tenido esta figura en el ámbito local. Es por ello que en este trabajo se realizará un análisis de las sentencias en materia de reelección del Tribunal Electoral del Estado de Coahuila (TECZ) entre 2017 y 2020, con el objetivo de identificar sus criterios y aportes más relevantes a la justicia electoral local.

elegido cada cuatro años por voto directo y no podrá ser electo para el periodo constitucional siguiente”.

⁶ Constitución mexicana: artículo 83. “El Presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de octubre y durará en él seis años. El ciudadano que haya desempeñado el cargo de presidente de la República, electo popularmente, o con el carácter de interino o sustituto, o asuma provisionalmente la titularidad del Ejecutivo Federal, en ningún caso y por ningún motivo podrá volver a desempeñar ese puesto”.

⁷ Para mayor abundamiento, véase Ríos y Dávila (2021, pp. 3-39).

⁸ La Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas, realizada por la Secretaría de Gobernación (2012), reveló que el 70% de la población estaba en contra de la reelección en cualquier cargo de elección popular.

⁹ Ello, a través de una reforma a la Constitución mexicana publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014. Disponible en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

II. APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE REELECCIÓN

Para introducirnos al tema, es menester definir a qué nos referimos cuando hablamos de reelección, aunque parezca evidente. Pérez de los Reyes y Reyes Guevara (2016) señalan que la reelección se entiende como un principio electoral que permite ejercer nuevamente un mismo cargo de elección popular en forma mediata o inmediata, a través de la misma o distinta plataforma política (p. 7).

Por su parte, Cardarello (2012) señala que existen tres modalidades que puede asumir la reelección: la inmediata, la mediata y la prohibición. La primera se refiere a la posibilidad que tiene el titular del cargo a presentarse a elecciones, con el objetivo de mantenerse en el puesto. La segunda significa que no puede presentarse de forma inmediata; pero después de uno o más periodos podría retomar el cargo. Además, la reelección inmediata y la reelección mediata pueden ser definidas o indefinidas, dependiendo de si establece el número de ocasiones que el titular puede desempeñar nuevamente el cargo o no. Finalmente, la tercera, implica que el titular no puede desempeñar nuevamente el cargo (p. 154).

Desde esta óptica, vale la pena cuestionarnos si estamos ante el derecho humano de reelección o sólo ante una posibilidad de extender la permanencia del cargo. Para Nohlen (2007), la reelección es “el derecho de un ciudadano (y no de un partido) que ha sido elegido y ha ejercido una función pública con renovación periódica de postular y de ser elegido una segunda vez o indefinido por el mismo cargo o mandato” (p. 287). Esta afirmación nos acerca a entender la reelección como un derecho de la ciudadanía.

En términos similares, Sánchez Morales (2018) señala que la figura no implica un derecho automático a postularse como candidato a ocupar el cargo que venía desempeñando el funcionario que pretende reelegirse para otro periodo, sino que debe cumplir todos y cada uno de los requisitos que establece la ley para acceder a la candidatura por reelección. Dicho autor señala que estamos entonces ante un “derecho condicionado”, y que, además, la candidatura “no constituye una exigencia para el partido político de postularlo nuevamente, ni que el candidato independiente obtenga su registro sin el apoyo ciudadano respectivo que, en su caso, establezca el legislador” (pp. 57 y 58).

En el ámbito interamericano, la figura de la reelección no ha sido pacífica. Con motivo de la Opinión Consultiva 28/2021 presentada por la República de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la figura de la reelección, se determinó que la reelección presidencial legislativa es una prerrogativa legal, pero no constituye un derecho autónomo protegido por la Convención Americana sobre Derechos Humanos ni por el *corpus iuris* del derecho internacional de los derechos humanos. Coincidieron con ello la mayor parte de las organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas y asociaciones civiles que se pronunciaron a través *amicus curiae*.¹⁰

Por su parte, en México las autoridades electorales, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), han sostenido que la reelección es una modalidad del derecho a ser votado (TEPJF, SUP-JDC-888/2017, SUP-JDC-889/2017 y SUP-JDC-891/2017, 13 de febrero de 2019), lo que convierte a la figura en una vertiente de este derecho fundamental (TEPFJ, SUP-JDC-35/2018 y acumulados, 22 de marzo de 2018).

Sin embargo, la reelección está condicionada a la armonización con el derecho de autoorganización de los partidos políticos; específicamente se ha afirmado que se deben observar las disposiciones estatutarias, los procedimientos de selección interna¹¹ y los requisitos de la ley electoral general.¹² Además, se ha reiterado que la figura de la reelección es susceptible de ser limitada a partir de la ponderación con otros derechos o valores constitucionales contenidos en los tratados internacionales o en la normativa electoral.

Tras la revisión de la doctrina expuesta, podemos sostener que la reelección no es un derecho humano, sino que nos encontramos frente a una extensión del derecho al sufragio (pasivo y activo),¹³ que además exige el

¹⁰ Véase, entre otros, el *amicus curiae* de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (2020), presentado como solicitud de opinión consultiva por la República de Colombia ante la Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el 21 de octubre de 2019, sobre la “figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”. También se sugiere revisar el repositorio de la solicitud de opinión consultiva en Corte IDH (2020).

¹¹ TEPJF, Jurisprudencia 13/2019, 7 de agosto de 2019.

¹² TEPJF, SUP-JDC-1172/2017, 24 de enero de 2018; TEPFJ, SUP-JDC-35/2018, 22 de marzo de 2018 y SUP-REC-59/2019, de 27 de marzo de 2019; SUP-JRC-4/2018; SUP-JDC-5/2018 y acumulados, 14 de febrero de 2018.

¹³ Corte IDH, *Caso Yatama vs. Nicaragua*, 23 de junio de 2005, párr. 197; TEPFJ, Jurisprudencia 27/2002, 20 de mayo de 2002.

establecimiento de ciertos requisitos para su acceso y ejercicio. La reciente reincorporación de la figura a la Constitución federal mexicana ha revivido el debate sobre los beneficios y desventajas que puede traer consigo la reelección.

Para el ámbito municipal y el legislativo, Ugalde y Rivera (2014) señalan que podemos esperar un número importante de ventajas de la presencia de esta figura, entre los que destacan la profesionalización de las carreras políticas, es decir, que la reelección podría permitir a integrantes de las legislaturas y de los ayuntamientos a darle continuidad al trabajo emprendido con mayor eficacia y disciplina. También se aprecia como una cuestión positiva la estabilidad política y legislativa que pueda generar: afianzamiento de la relación Ejecutivo-Legislativo; fortalecimiento del carácter representativo de la democracia al permitir a la ciudadanía “premiar” o “castigar” a sus representantes; incentiva la elaboración de proyectos a largo plazo, e incrementa la eficacia, transparencia y rendición de cuentas.

En contraste, De Andrea Sánchez (2002) subraya que existen desventajas de la presencia de esta figura en el ámbito legislativo, como el enquistamiento nocivo de elites en el poder; el aumento de corrupción derivado de las tentaciones y abusos de poder político y económico, y la creación de alianzas y vínculos clientelares entre representantes políticos y grupos de interés. Además, el autor señala que el argumento de la profesionalización es un mito, dado que en algunos países lo único que se ha profesionalizado es el abuso de poder y la formación de cotos personales de influencia (pp. 300-304).

A pesar de las voces a favor y en contra de la reelección, lo cierto es que la mayoría de los argumentos exponen riesgos que ya están presentes en el sistema político mexicano. Por lo anterior, la reelección legislativa federal y local, así como en ayuntamientos, podría contribuir a la rendición de cuentas, la transparencia, y a reforzar los vínculos entre representantes y representados.

III. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA REELECCIÓN EN MÉXICO

En la Constitución de Apatzingán de 1814 la reelección presidencial no estaba prohibida.¹⁴ Posteriormente, en la Constitución de 1824 fue limitada

¹⁴ Constitución de 1814. http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const-apat.pdf.

por primera ocasión, al establecerse que sólo podría ejercerse la reelección después de transcurrir cuatro años de haber cesado sus funciones.¹⁵ Más tarde, en la Constitución de 1857¹⁶ volvería a eliminarse la restricción del texto constitucional (González, 2016, pp. 523-539).

Durante el último periodo presidencial de Benito Juárez García, en 1871, Porfirio Díaz lanzó el “Plan de La Noria” en el estado de Oaxaca, documento en el que externaba su postura contra la reelección indefinida, con el objetivo primordial de evitar que Juárez ejerciera la titularidad del gobierno una vez más, aunque fracasó. Tiempo después, en 1875 proclamó el “Plan de Tuxtepec”, mediante el cual se opuso con éxito a la reelección presidencial de Sebastián Lerdo de Tejada (Serrano, 2012, pp. 7 y 8).

Sin embargo, a pesar de su credo antirreeleccionista, al llegar al poder se mantuvo en él durante más de treinta años tras reformar la Constitución, permitiendo la permanencia legal en la titularidad del Ejecutivo federal y local (Ferrer, 1999, pp. 167 y 168).

Por lo anterior, Francisco I. Madero inició una campaña bajo el lema “Sufragio efectivo. No reelección”, con el que abanderó las elecciones de 1910 (Delgado, 2019, p. 164). Tras la renuncia de Porfirio Díaz en 1911, Francisco León de la Barra asumió la presidencia de forma interina y convocó a nuevas elecciones. El presidente electo resultó ser Francisco I. Madero, quien promulgó la ley electoral publicada el 7 de noviembre de 1911 en el *Diario Oficial de la Federación*, que representó avances sustanciales en la materia, tales como el reconocimiento a los partidos políticos¹⁷ y el establecimiento del voto libre y secreto.¹⁸

¹⁵ La Constitución de 1824 establecía en el artículo 77 (título IV, sección primera), que “El presidente no podrá ser reelecto para este encargo, sino al cuarto año de haber cesado en sus funciones”. http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1824.pdf.

¹⁶ Constitución de 1857. http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_1857.pdf.

¹⁷ En el artículo 112 de dicha ley, se estipuló sobre los partidos políticos: “Los partidos políticos tendrán en las operaciones electorales que señala esta ley, siempre que reúnan los siguientes requisitos: I. Que hayan sido facultados por una asamblea constitutiva de cien personas por lo menos; II. Que la asamblea haya elegido una junta que dirija los trabajos del partido y que tenga la representación política de éste; III. Que la misma asamblea haya aprobado un programa político y de gobierno”.

¹⁸ El artículo 29 de la ley establecía: “Abierta la casilla electoral, el instalador irá entregando a los ciudadanos votantes que se presenten, un ejemplar de cada una de las cédulas de candidatos a que se refiere el art. 25, y, además, una cédula en blanco para que pueda llenarse libremente por el votante”; el artículo 30, disponía: “El votante se

Posteriormente, Carranza refrendaría la no reelección, que sería recogida por la Constitución de 1917, donde se prohibiría.¹⁹ Más tarde, volvería a surgir por un periodo corto en 1926,²⁰ durante la presidencia de Plutarco Elías Calles, con el objetivo de que Álvaro Obregón ocupara nuevamente la presidencia (ya había sido presidente entre 1920 y 1924). Posteriormente, la figura de la reelección inmediata fue abolida en 1933²¹ para el ámbito ejecutivo (incluyendo a los ayuntamientos) y se restringió en el ámbito legislativo (Rendón y Romo, 2016: 264 y 265).

En lo concerniente al ámbito municipal, la redacción original (hasta la prohibición de 1933) de la Constitución federal de 1917 no establecía ningún tipo de disposiciones en materia de reelección. Tampoco lo hacían las Constituciones de 1824 ni la de 1857. Incluso, ninguna de estas Constituciones señalaba la duración del mandato de ediles, lo que otorgaba la facultad a los congresos estatales, de determinar este tipo de precisiones, acorde a las particularidades de cada entidad federativa (Dworak, 2009: 121).

apartará del lugar en que esté la mesa electoral, a fin de escoger la cédula que le convenga sin ser visto por las personas que integren aquélla, ni por los representantes que asistan a la elección”; el artículo 40 establecía “Ningún ciudadano podrá ser compelido para que vote”. Véase también Arreola Ayala (2012, pp. 49 y 50).

¹⁹ El texto original de la Constitución de 1917 establecía: “El presidente entrará a ejercer su encargo el 1o. de diciembre, durará en él cuatro años, y nunca podrá ser reelecto. El ciudadano que sustituyere al presidente constitucional, en caso de falta absoluta de éste, no podrá ser electo presidente en el periodo inmediato. Tampoco podrá ser reelecto presidente para el periodo inmediato el ciudadano que fuere nombrado presidente interino en las faltas temporales de presidente constitucional”. http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf.

²⁰ A partir de una reforma realizada el 15 de enero de 1927, el artículo 83 de la Constitución nacional señalaba: “El Presidente entrará a ejercer su encargo el primero de diciembre del año en que se celebre la elección; durará en él cuatro años, aunque durante este periodo hubiere obtenido licencia en los casos que permita la Constitución. No podrá ser electo para el periodo inmediato. Pasado éste, podrá desempeñar nuevamente el cargo de Presidente, sólo por un periodo más. Terminado el segundo periodo de ejercicio, quedará definitivamente incapacitado para ser electo y desempeñar el cargo de Presidente en cualquier tiempo. El ciudadano que substituyere al Presidente Constitucional, en caso de falta absoluta de éste, no podrá ser electo Presidente para el periodo inmediato” (DOF, 1927). http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/doc/CPEUM_ref_003_22ene27.doc.

²¹ *Diario Oficial de la Federación* (1933). Decreto que reforma varios artículos de la Constitución General de la República (elección de poderes federales). vol. 77, 44 vols. México. Secretaría de Gobernación.

La ausencia de disposición uniforme sobre la duración del mandato municipal permitió que entidades como Coahuila y Veracruz establecieran duraciones distintas a la habitual de tres años. En el caso coahuilense, el 13 de octubre de 2001 se reformó el artículo 158 de la Constitución local para ampliar el periodo de los ediles de tres a cuatro años;²² lo mismo se dispuso en el caso veracruzano, mediante el Decreto 542, del 5 de enero de 2012, que reformaba al artículo 70 de su Constitución.²³

Posteriormente, el 10 de febrero de 2014 fue publicada la reforma electoral más relevante de los últimos años en materia electoral.²⁴ Una de las modificaciones más destacadas se dio en los artículos 59 y 116 constitucionales, que permitió desde los comicios de 2018, la elección consecutiva de las diputaciones federales y locales por hasta cuatro periodos inmediatos, y de las senadurías por hasta dos periodos contiguos. Además, el artículo 115 de la carta magna dispuso que también las personas integrantes de ayuntamiento podrían reelegirse por un periodo adicional al ejercido. De hecho, Coahuila y Nayarit fueron las dos entidades federativas que habilitaron la reelección inmediata tras el proceso electoral de 2017, y nuevamente en 2020 se permitió por segunda ocasión.

En el ámbito local, las reformas en materia de reelección empezaron a darse con mayor ahínco a partir de 2018. La libertad configurativa de la que gozan las entidades federativas en la materia permitió generar criterios divergentes sobre aspectos comunes. Por ejemplo, sobre cuántos periodos se pueden reelegir,²⁵ pueden reelegirse por un distrito distinto al de ingreso,²⁶ si pueden reelegirse por la vía de representación proporcional

²² Véase el artículo sexto del quincuagésimo transitorio de la Constitución Política de Coahuila vigente. https://congresocoahuila.gob.mx/transparencia/03/Leyes_Coahuila/coa01.pdf.

²³ Disponible en: <http://dns.veracruz-programa.gob.mx/opg/Guia2/paginas/Archivos/CONSTITUCION/58Reforma.pdf>.

²⁴ Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

²⁵ Los periodos posibles de reelección oscilan entre dos y cuatro. Por ejemplo, Aguascalientes, Chihuahua, Colima, Hidalgo, Oaxaca, Quintana Roo, Tamaulipas y Zacatecas contemplan la posibilidad de reelegirse por hasta dos periodos; por su parte, Morelos señala que pueden hacerlo por hasta tres periodos, y el resto de las entidades federativas señala que puede ser por hasta cuatro periodos.

²⁶ Las entidades que señalan que no pueden postularse por un distrito distinto al de origen son: Baja California, Guerrero, Hidalgo, Michoacán, Morelos, Puebla, Sinaloa,

si ingresaron por mayoría relativa,²⁷ y viceversa,²⁸ si se debe o no separar del actual cargo la persona que desea reelegirse,²⁹ y si se privilegia o no la paridad de género frente a la reelección.³⁰ Como se puede observar, existe una pluralidad de modelos de acceso a la elección consecutiva, lo que paralelamente permite generar una diversidad de criterios judiciales sobre temas comunes.

En suma, la reelección en México ha atravesado distintas etapas: en las más remotas, no existía ningún tipo de restricción en la ley; posteriormente, empezó a regularse o a limitarse intermitentemente hasta que en 1933 se prohibió en el ámbito presidencial, y en algunas modalidades en el ámbito legislativo y municipal. La experiencia nacional dificulta pensar en reinstaurar la reelección presidencial, por los riesgos que representa, principalmente los relacionados con la perpetuación de una sola persona en el poder; sin embargo, en 2014 fue posible la reincorporación de la reelección legislativa y municipal por las ventajas que la doctrina encuentra a esta figura, especialmente en estos espacios de toma de decisión.

IV. SENTENCIAS DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL ESTADO DE COAHUILA (TECZ)

Una vez revisado el marco conceptual, así como los antecedentes históricos más relevantes de la reelección en México, en el presente capítulo

Tabasco, Tlaxcala, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. El resto de las entidades sí lo permite, con excepción de la Ciudad de México.

²⁷ Las entidades que no permiten reelegirse por representación proporcional si ingresaron por mayoría relativa son: Chiapas, Durango, Nuevo León, San Luis Potosí, Sonora y Tamaulipas. El resto de las entidades sí lo permiten, con excepción de la Ciudad de México.

²⁸ Las entidades que no permiten la reelección por mayoría relativa si ingresaron por representación proporcional son: Campeche, Chiapas y San Luis Potosí. El resto de las entidades sí lo permiten, con excepción de la Ciudad de México.

²⁹ Las entidades que señalan que no deben separarse del cargo son: Aguascalientes, Baja California, Campeche, Chihuahua, Ciudad de México, Coahuila, Colima, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Jalisco, Morelos, Nuevo León, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, Tabasco, Tamaulipas y Yucatán. El resto de las entidades contempla periodos específicos para la separación del cargo.

³⁰ Sólo en Baja California prevalece la reelección sobre la paridad de género, y en Chihuahua ambos principios están a la par; en el resto de las entidades la paridad de género tiene prevalencia sobre la reelección.

se hará un breve recorrido por algunos temas destacados de la reelección municipal en México. Para ello nos apoyaremos en las resoluciones de la justicia electoral local, donde se ha resuelto un importante número de asuntos relacionados con esta enigmática figura. El objetivo de este apartado es conocer cuáles fueron los criterios relevantes emitidos por el Tribunal Electoral local de Coahuila en materia de reelección para identificar la doctrina que se ha construido y desarrollado en el ámbito estatal.

En primer lugar, es necesario mencionar que la reforma constitucional electoral del 10 de febrero de 2014 introdujo la figura de la elección consecutiva o reelección de integración de los ayuntamientos en el artículo 115 constitucional.³¹ En cumplimiento a este mandato, en el Decreto 126, del 22 de septiembre de 2015, el Congreso coahuilense modificó los artículos 30 y 158-k de la Constitución estatal para hacer posible la reelección.³²

Previo a la reforma constitucional, la renovación de los integrantes de los ayuntamientos era de cuatro años; sin embargo, la modificación constitucional subrayó que la reelección tendría lugar “por un periodo

³¹ Artículo 115 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), “Los estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, democrático, laico y popular, teniendo como base de su división territorial y de su organización política y administrativa, el municipio libre, conforme a las bases siguientes: I. ...Las Constituciones de los estados deberán establecer la elección consecutiva para el mismo cargo de presidentes municipales, regidores y síndicos, por un periodo adicional, siempre y cuando el periodo del mandato de los ayuntamientos no sea superior a tres años. La postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que lo hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato”.

³² Artículo 30 “...Los presidentes municipales, regidores y síndicos de los ayuntamientos, electos popularmente por elección directa, así como las personas que por elección indirecta, por nombramiento o designación de alguna autoridad desempeñen las funciones propias de esos cargos, cualquiera que sea la denominación que se les dé o las que integren un Concejo Municipal, podrán ser electas para el periodo inmediato” (Reformado, *P. O.*, 22 de septiembre de 2015).

Artículo 158-K. Cada municipio será gobernado por un ayuntamiento integrado por un presidente municipal y el número de regidores y síndicos que establezca la ley de la materia... II. La elección consecutiva será permitida en los términos del artículo 30 de esta Constitución por un periodo adicional. (Reformada, *P. O.*, 22 de septiembre de 2015). III. Se renovará en su totalidad cada tres años (Reformada, *P. O.*, 22 de septiembre de 2015).

adicional, siempre y cuando el periodo del mandato de los ayuntamientos no *fuera* superior a tres años”, por lo que para acceder a la reelección Coahuila tuvo que ajustar el periodo de gobierno municipal a tres años.³³

Más tarde, en el Código Electoral de 2016, se contemplaron los requisitos para la participación por la vía de la reelección;³⁴ estas modificaciones fueron controvertidas en sede constitucional a través de diversas acciones de inconstitucionalidad. En términos generales, el alto tribunal señaló que la figura de la reelección busca lograr una relación más estrecha entre el electorado y los funcionarios electos mediante sufragio, para proporcionar una participación más activa y una mayor rendición de cuentas ante los ciudadanos y funcionarios (SCJN, AI 76/2016, y acumuladas, 27 de octubre de 2016).

Son diversas las problemáticas que envuelven a la reelección en las entidades federativas,³⁵ pero para efectos de este artículo nos enfocaremos

³³ Sobre el desarrollo de la jurisprudencia electoral en materia de reelección en Coahuila véase el análisis de Rivera Treviño (2021, pp. 170-195).

³⁴ Artículo 14, “...4. Las y los integrantes de los ayuntamientos podrán ser electos hasta por dos periodos consecutivos en los términos que señala la Constitución y observando lo siguiente: a) la postulación y solicitud de registro sólo podrá ser realizada por el mismo partido que los haya postulado previamente o bien por cualquiera de los partidos coaligados, salvo que la interesada o el interesado haya renunciado o perdido su militancia antes de cumplir la mitad de su periodo de mandato; b) tratándose de quienes hayan sido electos como candidatas y candidatos independientes sólo podrán postularse para la reelección con la misma calidad con la que fueron electos; c) las ciudadanas y ciudadanos que ocupen los cargos de presidencias municipales, sindicaturas y regidurías, que pretendan la reelección deberán ser registradas y registrados para el mismo municipio en que fueron electos previamente; d) quienes hayan ocupado los cargos de sindicatura o regiduría podrán ser postuladas o postulados en el periodo inmediato siguiente como candidatas y candidatos a la presidencia municipal, sin que ello suponga reelección, pero quienes hayan ocupado el cargo de la presidencia municipal no podrán postularse como candidatas o candidatos a sindicaturas o regidurías en el periodo inmediato siguiente”.

³⁵ No desconocemos que existen otras problemáticas que rodean a la reelección, entre las que destacan: licencia o separación en el cargo (TEPJF, SM-JDC-091/2018, 22 de marzo de 2018; ST-JDC-108/2018, 28 de marzo de 2018); separación del partido en el caso de los no militantes que buscan la reelección (TEPJF, SUP-REC-322/2021 y acumulados, 12 de mayo de 2021 —no aplicable en el caso de ayuntamientos—; SUP-JDC-498/2021, 27 de abril de 2021; SUP-REC-319/2021, 5 de mayo de 2021, y SUP-REC-327/2021, 12 de mayo de 2021 —sí aplicable en el caso de los legisladores—); principio de paridad de género versus reelección (TEPJF, SUP-JDC-1172/2017, 24 de enero de 2018, SUP-JRC-4/2018 y acumulado, 14 de febrero de 2018; SUP-JDC-5/2018 y acumulados, 14 de febrero de 2018); reelección en el mismo distrito en el que se obtuvo

a analizar resoluciones destacadas relacionadas con tres temáticas: 1) el alcance de la figura de la reelección en el ámbito municipal; 2) la figura de la reelección por mayoría relativa y por el principio de representación proporcional, y 3) la elección consecutiva de cargos con una temporalidad atípica. En los tres casos, haremos referencia a la reelección en el ámbito municipal en Coahuila.

1. Alcance de la figura de la reelección en el ámbito municipal

Determinar qué constituye reelección y qué no, parecería un aspecto irrefutable, sin embargo, la polémica ha suscitado más de un juicio en sede judicial. Aquí se ha intentado definir qué cargos y desde qué momento tienen acceso a la reelección, ello tomando en cuenta la fecha en que se incorporaron las reformas constitucionales que contemplaron la posibilidad de la elección consecutiva.

El artículo 12.3, del Código Electoral local de Coahuila establece:

...d) Quienes hayan ocupado los cargos de sindicatura o regiduría podrán ser postuladas o postulados en el periodo inmediato siguiente como candidatas y candidatos a la presidencia municipal, sin que ello suponga reelección, pero quienes hayan ocupado el cargo de la presidencia municipal no podrán postularse como candidatas o candidatos a sindicaturas o regidurías en el periodo inmediato siguiente.

A pesar de la claridad de la norma electoral local, el TECZ ha conocido de casos en los que se impugnan candidaturas que ostentaban el cargo de sindicaturas o regidurías y que posteriormente aspiraron al cargo de presidente o presidenta municipal, tal como se presentó en los juicios electorales JE-32/2017 y JE- 33/2017 ambos del 20 de abril de 2017, promovidos por el Partido Acción Nacional (PAN) con el objetivo de revocar los acuerdos de los comités municipales del Instituto Electoral de Coahuila (IEC) mediante los que se aprobaban solicitudes de registro de planillas para integrar los ayuntamientos de Torreón y Monclova de personas que ya formaban parte de esos ayuntamientos.

el triunfo electoral (TEPJF, SUP-REC-59/2017, 27 de marzo de 2019); reelección en ayuntamientos y representación indígena (TEPJF, SUP-JDC.102/2018, 22 de marzo de 2018; SX-JDC-23/2020, 6 de marzo de 2020), entre otros temas.

Los argumentos del partido político inconforme consistían en que las postulaciones eran contrarias a la ley; específicamente se cuestionaba el incumplimiento de la prohibición de reelección a la presidencia municipal, porque quienes pretendían postularse por las alcaldías habían ocupado regidurías durante el periodo 2014-2017.³⁶ En otras palabras, las personas que pretendían reelegirse habían ocupado las regidurías antes de que entrara en vigor la reforma electoral que permitió la reelección, por lo que se solicitó al órgano jurisdiccional inaplicar la disposición legal.

Al respecto, el órgano jurisdiccional local rechazó inaplicar la porción normativa contenida en artículo 14.4, del Código Electoral local, que establece que “quienes hayan ocupado los cargos de síndico o regidor podrán ser postulados en el periodo inmediato siguiente como candidato a presidente municipal, sin que ello suponga reelección”.

Adicionalmente, señaló que se encontraba imposibilitado para decretar la inaplicación del precepto cuestionado, porque la norma ya había sido declarada válida por la SCJN, donde se señaló que quienes hubieran ocupado los cargos de síndico o regidor podían postularse como candidatos a presidente municipal sin que ello implicará reelección (SCJN, AI 76/2016, y acumuladas, 27 de octubre de 2016).

Tanto en el caso de Torreón como en el de Monclova, el Tribunal local reconoció la factibilidad y legitimidad de postularse a la candidatura de la presidencia municipal tras ejercer el cargo de síndico o regidor, porque dicha acción no se subsumía en la figura de la reelección, toda vez que no se trata del mismo cargo.

Inconforme con la decisión, el PAN acudió a la Sala Regional Monterrey, cuya controversia fue resuelta a través del SM-JRC-7/2017. Aquí, la Sala Monterrey determinó confirmar la resolución emitida por el TECZ; señaló que el artículo 14 del Código electoral local brinda el derecho a las y los regidores de contender al cargo de la presidencia municipal sin que se considere reelección; además, con ello no se afecta el contenido constitucional (TEPJF, SM-JRC-7/2017, 1o. de mayo de 2017).

El caso llegó a la Sala Superior del TEPJF, donde se confirmó la resolución emitida por la Sala Regional en el SUP-REC-1172/2017, del 10 de mayo de 2017, bajo el argumento de que solamente puede considerar-

³⁶ Decimocuarto transitorio de la reforma político-electoral de 2014. Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de febrero de 2014. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

se como reelección el desempeño de manera consecutiva a un mismo cargo por más de un periodo, por lo que no es posible considerar como reelección la postulación para un diverso cargo aun cuando forme parte del mismo órgano, ya que funcionalmente no se estarán ejerciendo las mismas atribuciones (TEPJF, SUP-REC 1172/2017, 10 de mayo de 2017).

La interpretación constitucional que sigue el alto tribunal electoral, de entre las diversas interpretaciones posibles y válidas, es, a nuestro juicio, la más cercana a la perspectiva de derechos humanos. Específicamente, analiza el supuesto controvertido a la luz del principio *pro persona*, pues le permite concluir que “sólo puede considerarse como reelección al desempeño, de manera consecutiva de un mismo cargo por más de un periodo” (SUP-REC-1172/2017: 9). Esta medida es la más protectora y la menos restrictiva para las personas que aspiran postularse a la presidencia municipal.

En términos generales, se puede afirmar que cuando se trate de una candidatura a la presidencia municipal de una persona que ocupe una sindicatura o regiduría no se configura la reelección. Esto porque además de así contemplarse expresamente en la ley electoral del estado de Coahuila, dicha postulación no se realiza para el mismo cargo, lo que significa la realización de diferentes atribuciones, facultades, funciones y responsabilidades, imposibilitando con ello dar continuidad a un mismo cargo, como lo prevé la figura de la reelección.

Como se puede advertir, la decisión del Tribunal local es consistente con lo establecido por la SCJN en una de las primeras sentencias que abordó el tema de la reelección desde la reincorporación de la figura a la Constitución federal. Nos referimos a la AI 126/2015 y su acumulada 127/2015,³⁷ en la que el alto tribunal estableció que las personas que hayan sido elegidas para un cargo dentro del ayuntamiento y se postulen para un cargo distinto en el proceso electoral siguiente no se encuentran en el supuesto de la reelección, sino de una nueva elección (SCJN, AI 126/2015 y su acumulada 127/2015, 22 de abril de 2016).

La determinación del Tribunal local sigue la jurisprudencia de la Suprema Corte, y se ubica como la postura más protectora posible de los derechos político-electorales en juego, en particular del derecho al sufragio

³⁷ Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en la AI 126/2015 y su acumulada 127/2015, promovida por Morena y Partido Acción Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de abril de 2016. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5434260&fecha=22/04/2016.

en su vertiente pasiva, al no restringir el derecho ante la inexistencia de justificación objetiva y razonable para ello.

2. Figura de la reelección de cargos por mayoría relativa y representación proporcional

En términos generales, los partidos políticos pueden hacer postulaciones de candidaturas a través de dos vías: una es mediante el principio de mayoría relativa, y otra, por el principio de representación proporcional. El primero se refiere a la posibilidad de contender por el cargo a través de la obtención del mayor número de votos emitidos, mientras que el segundo se obtiene a través de porcentajes de votos acumulados por los partidos en determinadas regiones geográficas. Estos principios son aplicados en las elecciones de ayuntamiento y en los procesos de reelección, tal como se verá a continuación.

En la sentencia JDC-90/2017, del 31 de agosto de 2017, el Tribunal Electoral de Coahuila analizó el caso de un candidato del Partido Revolucionario Institucional (PRI) a la presidencia municipal de Torreón, que al no obtener el triunfo electoral por el principio de mayoría, recibió por parte del Comité Municipal Electoral la asignación de una regiduría por el principio de representación proporcional, a pesar de haber fungido como primer regidor durante el periodo inmediato anterior.³⁸

Al percatarse el regidor electo de que incumplía con el mandato legal porque nuevamente quedó en el cargo que había desempeñado durante el periodo anterior (2014-2017), presentó una solicitud ante el Comité Municipal Electoral de Torreón con el objetivo de que le fuera revocada la constancia como regidor de representación proporcional, por considerar que era inelegible. Sin embargo, la Secretaría Ejecutiva y la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas del IEC determinaron que la solicitud de revocación era improcedente por no existir causas de inelegibilidad.

En este contexto, el regidor electo acudió al órgano jurisdiccional electoral local con el objetivo de controvertir dicho acuerdo mediante un juicio

³⁸ Las regidurías de representación proporcional fueron asignadas entre aquellas candidaturas propietarias en que el PRI postuló en sus planillas siguiendo el orden de prelación establecido por el partido en la lista presentada al instituto. En este sentido, el candidato a presidente municipal, al no obtener el triunfo, le fue asignada una regiduría de representación proporcional.

para la protección de los derechos político-electorales de los ciudadanos, argumentando que tras la reforma político-electoral de 2014 la reelección no era aplicable para aquellos integrantes del ayuntamiento que se encontraban en funciones a la entrada en vigor del decreto.

El Tribunal local determinó el sobreseimiento del medio de impugnación al advertir que el recurso había quedado sin materia, toda vez que le fue aplicado un precedente de la Sala Regional Monterrey (TECZ, JDC-90/2017, 31 de agosto de 2017). En el precedente se señaló que una candidata que había sido regidora no podía acceder nuevamente a ese puesto, por ser inelegible de acuerdo con la ley, por lo que la regiduría debía ser asignada a una diversa persona contemplada en la lista del partido político (TEPJF, SM-JDC-360/2017, 10 de agosto de 2017).

En síntesis, lo resuelto por la Sala Regional del Monterrey sólo reitera lo establecido en el propio decreto de reforma de 2014 sobre reelección en ayuntamientos; es decir, que aquellas personas que hubieren ejercido el cargo antes de que entrara en vigor la reforma no podían acceder a la reelección, aun cuando el cargo original por el que se postulaban no era una regiduría, sino la presidencia municipal, tal como ocurrió en el caso de Torreón, Coahuila.

Además, independientemente de la vía mediante la cual sea electo un funcionario o funcionaria pública (mayoría relativa o representación proporcional), mientras se aspire al mismo cargo, nos encontramos ante la actualización de la figura de la reelección. Lo anterior, incluso, cuando estemos en el escenario en que una candidatura se postule a un cargo diverso, pero que por la aplicación de las reglas de representación proporcional termine en el cargo ejercido el periodo previo.

3. Elección consecutiva de cargos con una temporalidad atípica

Los titulares de los cargos públicos tienen derecho de acceso y permanencia, derechos que se pueden ver beneficiados con la prórroga en el mandato, es decir, con la reelección. Esta posibilidad se abre cuando se cumple con los requisitos de ley, tales como ser postulados por el mismo partido o coalición, deberán presentarse por el mismo cargo que fueron electos previamente y por un periodo inmediato siguiente (Constitución Política del Estado de Coahuila de Zaragoza, artículos 30 y 158-K, 19 de febrero de 1918).

Adicionalmente, la reforma constitucional del 10 de febrero de 2014³⁹ incorporó un inciso al artículo 116 de la carta magna, en el que se estableció la concurrencia de las elecciones. Específicamente, se señaló que “n) Se verifique, al menos, una elección local en la misma fecha en que tenga lugar alguna de las elecciones federales”; es decir, dicha disposición ordenó empatar las elecciones locales con las federales, lo que obligaba a las entidades federativas a hacer los ajustes legales correspondientes.

En cumplimiento a lo dispuesto en la reforma, la Constitución de Coahuila de Zaragoza⁴⁰ incluyó un transitorio, en el que se señaló que los ayuntamientos elegidos el primer domingo de junio de 2017 durarían un año en su encargo, de tal suerte que el periodo siguiente se lograría empatar con las elecciones federales de 2017-2018.⁴¹ Dichos ajustes dieron origen a la distinción de dos tipos de mandatos: uno ordinario de tres años y otro atípico o excepcional de un año, que permitirían dar cabal cumplimiento a lo ordenado en la reforma constitucional.

En este contexto, surge la sentencia TECZ-JE-131/2020 y acumulados, donde el presidente municipal de San Juan de Sabinas, quien obtuvo el triunfo en los procesos electorales de 2016-2017 (un año) y de 2017-2018 (tres años) ejerciendo el cargo durante cuatro años,⁴² aspiraba a prolongar su mandato a través de la figura de la reelección en el proceso electoral de

³⁹ Disponible en el *DOF*. http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014.

⁴⁰ La SCJN resolvió que las legislaturas estatales pueden fijar periodos de duración excepcional para los cargos de elección popular de carácter estatal, y dicha situación no es inconstitucional en sí misma porque se trata de un desajuste temporal y transitorio para igualar los periodos de elección local y federal, siempre y cuando dichos ajustes cumplan con los principios democráticos establecidos en el artículo 14 constitucional, respecto a la renovación periódica del poder a través de las elecciones libres y auténticas, en las que la ciudadanía ejerza su derecho al voto bajo las reglas y mandatos establecidos en la propia Constitución (SCJN, AI 112/2019 y sus acumulados, 11 de mayo de 2020).

⁴¹ Disponible en el *Periódico Oficial del Estado de Coahuila*. <http://periodico.sfpcocahuila.gob.mx/ArchivosPO/76-SS-22-SEP-2015.PDF>.

⁴² La problemática de los cuatro años fue resuelta en las acciones de inconstitucionalidad 76/2016 y sus acumuladas, 79/2016, 80/2016 y 81/2016, en donde se analiza la redacción del inciso d) del artículo 14 del Código Electoral de Coahuila. Aquí, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que la reelección supone que quien pretenda contender para el periodo inmediato haya ostentado el mismo cargo para el que desea ser alcalde, y no deberá considerarse reelección, sino una elección consecutiva, por lo que, en todo caso, no podría considerarse que ha repetido otro periodo en su encargo (SCJN, AI 76/2016 y acumuladas 79/2016, 80/2016 y 81/2016, 27 de octubre de 2016).

2020-2021 (tres años). Con estos antecedentes, decidió consultar al IEC para preguntar si podía registrarse como candidato a la misma alcaldía y competir a través de la figura de la reelección.

Mediante Acuerdo IEC/CG/140/2020⁴³ del 25 de octubre de 2020, el IEC dio respuesta a la consulta del ciudadano, en donde se resolvió declarar impedido al presidente municipal de San Juan de Sabinas y a todos aquellos que se encontraran en la misma situación,⁴⁴ para buscar la reelección por segunda ocasión, toda vez que ello se traducía en intentar ejercer el cargo por un tercer periodo.⁴⁵ Desde el punto de vista de la autoridad electoral local, el derecho a ser electo consecutivamente se permite únicamente por un periodo adicional, aunque el primer periodo haya tenido una duración de un año.⁴⁶

Tras la determinación del Órgano Público Local Electoral (OPLE), diversas personas que se encontraban en la misma situación que el presidente municipal de San Juan de Sabinas presentaron medios de impugnación, que fueron resueltos en el TECZ-JE-131/2020 y acumulados, del 15 de diciembre de 2020. Aquí, el Tribunal local determinó revocar el Acuerdo del OPLE, al considerar que el Consejo General había interpretado de manera *incorrecta* los preceptos normativos que rigen la figura de la elección

⁴³ Disponible en: <http://www.iec.org.mx/v1/archivos//acuerdos/2020/IEC.CG.140.2020.%20Acuerdo%20mediante%20el%20cual%20se%20da%20contestaci%20a%20consulta%20del%20Alcalde%20de%20San%20Juan%20de%20Sabinas,%20en%20atencion%20a%20sentencia%20del%20TECZ.pdf>.

⁴⁴ El presidente municipal de Monclova, el quinto regidor del municipio de Monclova, el presidente municipal de Sabinas y la regidora por el principio de mayoría relativa del municipio de Saltillo.

⁴⁵ Con fundamento en lo contemplado en la Constitución federal, que señala que las Constituciones locales deberán establecer la elección consecutiva por un periodo adicional siempre que el mandato de los ayuntamientos no sea mayor a tres años (artículo 115, numeral 1), y en el Código Electoral local, que dispone que los integrantes de los ayuntamientos podrán ser electos hasta por dos periodos consecutivos en los términos que establece la Constitución (artículo 14, numeral 4).

⁴⁶ En el mismo sentido, SUP-JDC-101/2017 y sus acumulados SUP-JRC-63/2017, en donde se determinó que los integrantes de los ayuntamientos del estado de Nayarit electos en 2014, cuyo periodo era de cuatro años, podían por única ocasión buscar la reelección; ello en atención a que se trató de un periodo excepcional, conforme al artículo décimo cuarto transitorio constitucional, para empatar las elecciones locales federal; pero ello, en el criterio contenido en la sentencia mencionada, no contempla que puedan ser electos más allá de un periodo adicional (TEPFJ, SUP-JDC-101/2017 y sus acumulados SUP-JRC-63/2017, 5 de abril de 2017).

consecutiva, y que, *por única ocasión*, debía permitirse al presidente de San Juan de Sabinas, y aquellos que estuvieran en la misma situación, participar en el proceso electoral como candidato al mismo cargo.

Los argumentos del Tribunal enfatizaron en que la interpretación de la normativa que regula la reelección debía realizarse de forma armónica y conforme a los principios de *progresividad* y *propersona* previstos en la norma constitucional, evitando deducciones inexas.

Recordó que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas (1996) ha señalado la importancia de no imponer restricciones excesivas en situaciones en que se haya establecido una modalidad de participación directa de la ciudadanía, y que la Sala Superior ha considerado que los derechos fundamentales de carácter político-electoral consagrados constitucionalmente tienen como fundamento principal promover la democracia representativa, por lo que toda interpretación y aplicación debe ampliar su alcance jurídico para potenciar su ejercicio.⁴⁷

El Tribunal aplicó el test de proporcionalidad para determinar si la medida adoptada por el IEC resultaba apegada a derecho. Por ello, siguió las cuatro etapas pertinentes, esto es, fin legítimo;⁴⁸ idoneidad de la medida cuestionada;⁴⁹ examen de necesidad,⁵⁰ y examen de proporcionalidad en sentido estricto.⁵¹

El TECZ consideró que la determinación del IEC persigue la finalidad de evitar la permanencia en el poder de los ciudadanos por un periodo mayor al permitido por el artículo 115 constitucional, por lo que se trata de una medida con fin legítimo y constitucionalmente válido. Por lo que hace a la idoneidad de la medida, el Tribunal determinó que el acuerdo contribuye a privilegiar el principio constitucional que establece la renovación del poder con una periodicidad determinada, y concluyó que se trata de una medida adecuada que tiende a alcanzar el fin perseguido.

Ahora, al analizar la necesidad, el órgano jurisdiccional local consideró que la decisión del IEC representa la opción que restringe en mayor medida el ejercicio al derecho fundamental a ser votado, en tanto que existen medidas que afectan menos, como la permisión de postularse por única ocasión por un periodo adicional a los ejercidos, opción que permi-

⁴⁷ SCJN, Jurisprudencia 29/2002, 20 de mayo de 2002.

⁴⁸ Tesis 1a. CCLXV/2016 (10a.). SCJN. 25 de noviembre de 2016.

⁴⁹ Tesis 1a. CCLXVIII/2016 (10a.). SCJN. 25 de noviembre de 2016.

⁵⁰ Tesis 1a. CCLXX/2016 (10a.). SCJN. 25 de noviembre de 2016.

⁵¹ Tesis 1a. CCLXXII/2016 (10a.). SCJN. 25 de noviembre de 2016.

tiría a la propia ciudadanía determinar el destino de las candidaturas presentadas. Por lo anterior, el Tribunal afirmó que la disposición no superó el examen de necesidad.

Adicionalmente, respecto a la proporcionalidad en sentido estricto de la medida, el Tribunal aseveró que el principio de renovación periódica del cargo no es mayor al nivel de intervención en el derecho a ser votado en la modalidad de reelección, por lo que reafirmó que la medida es desproporcionada, y con ello inconstitucional.

Desde esta óptica, el Tribunal concluyó que la posibilidad de participar por tercera vez en los comicios para un mismo cargo, como se presentó en el caso concreto, resultaba adecuada, necesaria y proporcional, por lo que se debía permitir a las personas involucradas participar en este nuevo proceso electoral. Por el contrario, hay que reconocer que el año que estuvieron en el cargo se contabiliza como un mandato ordinario para la reelección, es una interpretación que resulta restrictiva e impide de forma desproporcionada el derecho a ser votado en su vertiente de reelección (TECZ, JE-131/2020, 15 de diciembre de 2020).

Esta resolución fue revisada por la Sala Regional Monterrey del TEPJF, que determinó revocar la decisión del Tribunal local. Al respecto, la Sala Regional razonó que resultaba improcedente realizar una interpretación maximizadora de derechos ante una prohibición expresa de la Constitución (“por un periodo adicional”).

La Sala Monterrey señaló que el Tribunal local no observó la limitación prevista por el segundo párrafo de la fracción I del artículo 115 de la Constitución federal,⁵² que señala que la elección consecutiva para el caso de los ayuntamientos sólo puede efectuarse en una ocasión. Es decir, se trata de una restricción constitucional expresa del constituyente mexicano que impide la posibilidad de ser interpretada *a contrario sensu*, incluso a partir de las previsiones de instrumentos internacionales (TEPJF, SM-JRC-13/2020, 30 de diciembre de 2020).⁵³

⁵² La Constitución federal señala: “Las Constituciones de los estados deberán establecer la elección consecutiva para el mismo cargo de presidentes municipales, regidores y síndicos, por un periodo adicional, siempre y cuando el periodo del mandato de los ayuntamientos no sea superior a tres años. La postulación sólo podrá ser realizada por el mismo partido o por cualquiera de los partidos integrantes de la coalición que lo hubieren postulado, salvo que hayan renunciado o perdido su militancia antes de la mitad de su mandato” (artículo 115, numeral 1).

⁵³ Para sustentar la decisión, la Sala Regional recordó que la SCJN ha establecido que las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos (en el caso concreto,

Posteriormente, la resolución de la Sala Regional fue revisada por la Sala Superior, que determinó confirmar la sentencia de la Sala Regional. El alto tribunal electoral reiteró que el periodo de los funcionarios que ocuparon el cargo por un año se traduce en un primer periodo de mandado con independencia de su duración, toda vez que no existe base constitucional o legal que señale que el mandato de ayuntamientos deba necesariamente ser de tres años; por el contrario, las entidades federativas tienen libertad de configuración para determinar el periodo de duración en el cargo, especialmente cuando se trata de una medida excepcional para empatar las elecciones locales con las federales (TEPFJ, SUP-REC-4/2021 y acumulados, 20 de enero de 2021).

Llaman poderosamente la atención las particularidades de la sentencia de la Sala Superior, porque da la impresión de que fue resuelta sin ahondar en la problemática de fondo y de manera precipitada.⁵⁴ Especialmente porque en la propia demanda se da cuenta de la existencia de un caso similar el SUP-JDC-101/2017 y SUP-JRC-63/2017 y acumulados, del 5 de abril de 2017, y sobre el que casi nada se dice. En otras palabras, la Sala Superior conoció de la posibilidad de acudir a la reelección en las elecciones municipales del estado de Nayarit pese a que los funcionarios habían ejercido el cargo en un periodo de siete años divididos en dos mandatos uno de cuatro (excepcional) y otro de tres años (ordinario).

En el caso de Nayarit, para cumplir con la obligación constitucional de empatar las federales con las locales, se obvió lo dispuesto en el artículo 115 constitucional, que señala “siempre y cuando el periodo del mandato no sea superior a tres años”. Pese a la similitud de la problemática entre ambas entidades federativas, aquí la interpretación de la Sala Superior fue distinta a la emitida en el caso Coahuila, porque el alto tribunal electoral reconoció que, desde una perspectiva *pro persona*, se debía entender que el periodo de cuatro años era un mandato excepcional (atípico) que no podía limitar la posibilidad de la elección consecutiva de tres años por el mismo cargo.

los de votar y ser votado) y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior (SCJN, Contradicción de tesis 293/2011, 3 de septiembre de 2013).

⁵⁴ Esta deducción se advierte con la nula deliberación sobre el asunto y la atípica votación que lo acompaña. Véase versión pública disponible en: <https://www.te.gob.mx/front3/publicSessions/detail/1523/0>.

La diferencia sustancial entre el caso de Nayarit y el de Coahuila radica en que en Coahuila los presidentes municipales pretendían presentarse a las elecciones por tercera ocasión, mientras que en Nayarit se trató de dos periodos. Sin embargo, en ambos casos la suma de los periodos ejercidos quedaba en siete años, por lo que resulta particularmente llamativa la diferencia de criterios emitidos por la Sala Superior en casos semejantes.

Como se puede advertir, aunque la propuesta del Tribunal local de Coahuila es destacada porque intenta ampliar los derechos de participación política y seguir la doctrina de los precedentes que marca la propia Sala Superior del TEPJF, como ocurrió en el caso Nayarit, no pasan inadvertidas las diversas interpretaciones que se apoyan en las restricciones constitucionales contempladas. Queda de manifiesto la pluralidad de posicionamientos en las diferentes sedes judiciales, no sólo sobre el alcance del periodo constitucional en el cargo, incluso sobre el propio concepto de reelección; aspectos que, a nuestro juicio, no han sido discutidos con suficiencia, y que suscita más de un cuestionamiento de cara a los propios precedentes judiciales.

V. COMENTARIOS FINALES

La figura de la reelección presidencial en México, por su contexto histórico, se ha mantenido con una percepción no necesariamente positiva en el imaginario colectivo nacional. Particularmente por la lucha contra la permanencia ilimitada en el poder de regímenes autoritarios y antidemocráticos que se instalaron en el Poder Ejecutivo, y que más tarde aglutinarían ideales revolucionarios.

La discusión en México sobre la figura de la reelección se retoma en los últimos años a partir de su reincorporación a la legislación en el ámbito legislativo y municipal. Un sector doctrinal mayoritariamente positivo señala que la reelección en el contexto mexicano puede traer beneficios en términos de transparencia, rendición de cuentas y desempeño de la labor pública. Esto, desde la perspectiva de otorgar mayor poder a la ciudadanía, que les permite “premiar” o “castigar” a sus representantes, y, si así lo deciden, extender su permanencia en los espacios de toma de decisión. De tal suerte que la reelección se convierta en un factor de empoderamiento social frente al desempeño del funcionariado público y otorga la posibilidad de tener un mayor escrutinio sobre la actuación de las autoridades electas.

Pero más allá del debate doctrinal, la evolución de la figura de la reelección se puede apreciar en la cotidianidad. Específicamente se manifestó a través de la prórroga del mandato en los cargos de ayuntamientos y poderes legislativos locales. De ahí la importancia de analizar la problemática que envuelve esta polémica figura en el ámbito local, y como muestra tenemos lo que aconteció en el estado de Coahuila.

El Tribunal electoral local ha tenido la oportunidad de emitir sentencias destacadas que abonan al desarrollo jurisprudencial de la figura de la reelección a partir de una interpretación que se construye desde la óptica de los derechos humanos, tal como se desveló en los argumentos vertidos por el Tribunal local al resolver los casos de algunas personas regidoras que pretendían postularse a la presidencia municipal. En estos asuntos, el TECZ tuvo la oportunidad de distinguir entre qué sí es reelección y qué no lo es.

De igual forma, destacamos el caso de un regidor, quien después de contender para ser presidente de una alcaldía y perder la elección, se le asignó nuevamente el mismo cargo que venía desempeñando por la vía de representación proporcional. En el citado asunto, el TECZ decidió sobreseer el juicio, porque se actualizaba la prohibición expresa de no permitir a un regidor o síndico contender por el mismo cargo. El asunto, que aunque en la práctica se desarrolló por un sendero diverso, en realidad lleva al mismo resultado que prohíbe la ley, y esto permitió que el razonamiento de otros precedentes emitidos por la Sala Monterrey reforzaran este posicionamiento.

Por otra parte, también se analizó la problemática que envuelve ¿qué se entiende por mandato o periodo computable para actualizar el supuesto de la reelección? En otras palabras, si los años de los mandatos trascienden para hacer posible la reelección o basta con contabilizar los procesos electorales en los que participaron las candidaturas para actualizar o no las causas de inelegibilidad de la elección consecutiva.

En el caso anterior, el Tribunal local realizó una interpretación maximizadora del derecho a la reelección para permitir que un ciudadano pudiera contender en el proceso electoral por un tercer periodo, toda vez que entendía que el primero, que fue de un año, era atípico y no contabilizaba para la reelección. Sin embargo, la decisión fue revocada tanto por la Sala Regional como por la Sala Superior, toda vez que, a juicio de los magistrados electorales, se obvió la restricción constitucional expresa (contenida

en el artículo 115), relativa a que la reelección en el ámbito municipal sólo podría realizarse en una ocasión.

En términos generales, al revisar las sentencias del TECZ relacionadas con la reelección, se observa una tendencia a ampliar los derechos humanos; en particular los derechos político-electorales de la ciudadanía (aunque en ocasiones esa ampliación y protección no ha sido compartida por otros jueces electorales), lo que resulta de suma relevancia en el marco de los derechos políticos, por su íntima relación con la consolidación del sistema democrático.

El desarrollo y evolución que ha tenido la figura de la reelección permite establecer un piso mínimo sobre su alcance, especialmente en problemáticas cotidianas como las que se presentan en los ayuntamientos. Es así como los tribunales electorales han logrado al menos subrayar que la elección consecutiva es una modalidad del derecho fundamental al voto y que, por ende, debe guardar una especial protección, aunque esta protección no lo exime del establecimiento de límites objetivos y razonables para su efectivo cumplimiento.

VI. REFERENCIAS

- Arreola Ayala, A. (2012). *La Ley Electoral de 1911: un instrumento revolucionario* (estudio introductorio). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Barboza Lizano, O. (2014). Las Constituciones latinoamericanas del siglo XXI. La reelección como un derecho humano en América Latina, en K. Derwich y M. K. Kania (eds.), *Los derechos humanos en América Latina: teoría y práctica*. Wydawnictwo Uniwersytetu, 127-142.
- Béjar Algazi, L. (2003). La reelección parlamentaria inmediata: un reto en la agenda política de México. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* (187), 203-227.
- Cardarello, A. (2012). El irresistible anhelo de inmortalidad. Los gobernadores y la reelección inmediata en Argentina (1983-2007). *Revista SAAP* (1), 153-194.
- Cortés Padilla, R. y Sánchez Ramos, M. (2018). Reelection en México: reforma política de 2014. *Apuntes Electorales*, año XVII, (59), 183-213.

- Crespo, J. (2007). La decreciente representatividad partidista. En J. Calva, (coord.), *Democracia y gobernabilidad*. 15. Miguel Ángel Porrúa, 83-95.
- De Andrea Sánchez, F. (2002). Reección legislativa consecutiva: una iniciativa de reforma riesgosa. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, XXXV (103), enero-abril, 295-305.
- Delgado Chávez, O. (2019). Reección en México, breviarío histórico. *Revista Derecho Electoral* (27), 163-175.
- Dworak, F. (2009). Un acercamiento a la reelección inmediata de las autoridades municipales. En P. Pérez Noriega y L. Ramírez León (coords.), *La reforma política vista desde la investigación legislativa*. Senado de la República, 121-152.
- Ferrer Muñoz, M. (1999). Panorama histórico de la reelección en México. *Revista de la facultad de derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México*, 161-180.
- Flores, J., Alejandre, O., García, M., y Osorio Castro, E. (2012). Reección y democracia: cambios en los valores de la población. *Revista Mexicana de Derecho Electoral* (2), 467-490.
- González Oropeza, M. (2016). Comentario al artículo 83. *Derechos del pueblo mexicano: México a través de sus Constituciones*, 9a. ed., Miguel Ángel Porrúa, 521-539.
- López, N. (2021). La fiebre de la reelección en Latinoamérica: desmoronamiento del Estado de derecho y sus consecuencias para los derechos humanos. *American University International Law Review*, (36), 231-286.
- Mejía Rivera, J. (coord.) (2018). *La reelección presidencial en Centroamérica: ¿un derecho absoluto?* Compañía de Jesús, Diakonia y la Unión Europea, Honduras.
- Nohlen, D. (2007). La reelección. En D. Nohlen, D. Zovatto, J. Orozco, y J. Thompson, (comps.), *Tratado de derecho electoral comparado de América Latina*. Heidelberg. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Universidad de Heidelberg, 287-293.
- Pérez de los Reyes, M. y Reyes Guevara, A. (2016). *La reelección. Retroceso o madurez del sistema democrático mexicano*. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Rendón Huerta, T. y Gómez Romo, G. (2016). Sobre la ampliación del periodo de los ayuntamientos, reelección municipal en México. *Revista de Derecho Electoral*, (21), 259-278.

- Ríos Vega, L. y Dávila Aguilar, C. (2021). “México: de la no reelección presidencial como garantía de estabilidad política, al debate contemporáneo”. L. En Ríos Vega e I. Spigno (dirs.), y A. Esquivel y C. (Dávila Aguilar coords.). *La reelección en América Latina en el Siglo XXI*. Academia Interamericana de Derechos Humanos/Tirant lo Blanch, 3-39.
- Rivera Treviño, E. (2021). Reección. En L. Ríos Vega e I. Spigno (dirs.), y A. Esquivel y C. Dávila Aguilar (coords.). *Compendio de líneas jurisprudenciales. Derechos políticos en México*. Academia Interamericana de Derechos Humanos/Tirant lo Blanch, 170-195.
- Sánchez Morales, J. (2018). La reelección en el derecho electoral mexicano. *Revista Justicia Electoral*, 21(1), 55-85.
- Serrano Álvarez, P. (2012). *Porfirio Díaz y el porfiriato. Cronología (1830-1915)*. México. Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México.
- Ugalde, L. y Rivera Loret de Mola, G. (2014). La reelección en México: antecedentes y retos de la reforma electoral de 2013. *Revista Mexicana de Derecho Electoral* (6), 189-210.
- Zelaya, R. (2010). *Estudio de legislación comparada. La reelección presidencial: un estudio comparativo de casos en América Latina*. Hagamos Democracia.

Sitios web

- Academia Interamericana de Derechos Humanos (18 de mayo de 2020). *Escrito de observaciones sobre la solicitud de Opinión Consultiva del Estado de Colombia ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la figura de la reelección presidencial indefinida en el contexto del sistema interamericano de derechos humanos*. <https://www.academiaidh.org.mx/amicusaidhoc-relecci%C3%B3n>
- Comité de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (1996). *Observación General No. 25, La participación en los asuntos públicos y el derecho al voto. 57o. periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7*. <http://www1.umn.edu/humanrts/hrcommittee/Sgencom25.html>
- Corte IDH (2020). *Observaciones a la solicitud de Opinión Consultiva*. https://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/observaciones_oc.cfm?nId_oc=2171

Secretaría de Gobernación (2012). *Encuesta Nacional sobre Cultura Política y Prácticas Ciudadanas*. <http://www.encup.gob.mx/work/models/Encup/Resource/69/1/images/Resultados-Quinta-ENCUP-2012.pdf>

Sentencias

Caso Yatama vs. Nicaragua (2005). Corte IDH. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de junio.

Pleno (11 de mayo de 2020), AI 112/2019 y sus acumulados.

Pleno (20 de mayo de 2002), Jurisprudencia 29/2002.

Pleno (22 de abril de 2016), AI 126/2015 y su acumulada 127/2015.

Pleno (27 de octubre de 2016), AI 76/2016 y acumuladas 79/2016, 80/2016 y 81/2016.

Primera Sala (3 de septiembre de 2013), Contradicción de tesis 293/2011. SCJN. (Primera Sala). Tesis Aislada 1a. CCLXV/2016 (10a.). 25 de noviembre de 2016.

SCJN. (Primera Sala). Tesis Aislada 1a. CCLXVIII/2016 (10a.). 25 de noviembre de 2016.

SCJN. (Primera Sala). Tesis Aislada 1a. CCLXX/2016 (10a.). 25 de noviembre de 2016.

SCJN. (Primera Sala). Tesis Aislada 1a. CCLXXII/2016 (10a.). 25 de noviembre de 2016.

TECZ, Pleno (15 de diciembre de 2020), JE-131/2020.

TECZ, Pleno (20 de abril de 2017), JE-32/2017.

TECZ, Pleno (20 de abril de 2017), JE-33/2017.

TECZ, Pleno (31 de agosto de 2017), JDC-90/2017.

TEPJF, (2018). SUP-JDC-1172/2017.

TEPJF, Sala Regional Monterrey (22 de marzo de 2018), SM-JDC-091/2018.

TEPJF, Sala Regional Monterrey (1o. de mayo de 2017), SM-JRC-7/2017.

TEPJF, Sala Regional Monterrey (2017), SM-JDC-360/2017.

TEPJF, Sala Regional Monterrey, (2020), SM-JRC-13/2020, Sala Superior (2019), SUP-JDC-888/2017, SUP-JDC-889/2017 y SUP-JDC-891/2017.

TEPJF, Sala Regional Toluca (28 de marzo de 2018), ST-JDC-108/2018.
TEPJF, Sala Regional Xalapa (6 de marzo de 2020), SX-JDC-23/2020.
TEPJF, Sala Superior (2002), Jurisprudencia 27/2002.
TEPJF, Sala Superior (2017), SUP-JDC-101/2017 y sus acumulados SUP-JRC-63/2017.
TEPJF, Sala Superior (2017), SUP-REC 1172/2017.
TEPJF, Sala Superior (2018), SUP-JDC-102/2018.
TEPJF, Sala Superior (2018), SUP-JDC-1172/2017.
TEPJF, Sala Superior (2018), SUP-JDC-35/2018 y acumulados.
TEPJF, Sala Superior (2018), SUP-JDC-5/2018 y acumulados.
TEPJF, Sala Superior (2018), SUP-JRC-4/2018.
TEPJF, Sala Superior (2018), SUP-JRC-4/2018; SUP-JDC-5/2018 y acumulados.
TEPJF, Sala Superior (2019), SUP-REC-59/2017.
TEPJF, Sala Superior (2019), SUP-REC-59/2019.
TEPJF, Sala Superior (2021), SUP-JDC-498/2021.
TEPJF, Sala Superior (2021), SUP-REC-319/2021.
TEPJF, Sala Superior (2021), SUP-REC-322/2021 y acumulados.
TEPJF, Sala Superior (2021), SUP-REC-327/2021.
TEPJF, Sala Superior (2021), SUP-REC-4/2021 y acumulados.
TEPJF, Sala Superior (7 de agosto de 2019), Jurisprudencia 13/2019.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La Constitución como acceso a la justicia terapéutica en la justicia penal para adolescentes. El caso del Estado de México*

The Constitution as Access to Therapeutic Justice in Criminal Justice for Adolescents. The Case of the State of Mexico

Recepción: 31 de agosto de 2021

Aceptación: 3 de mayo de 2022

Alejandra Marlene GÓMEZ BARRERA**

Raúl Juan CONTRERAS BUSTAMANTE***

RESUMEN: La normativa internacional en materia de sistemas de justicia juvenil establece la aplicación de formas no judiciales de justicia, y como finalidad, la reintegración familiar y social de las personas adolescentes; éstos forman parte del sistema de justicia penal para adolescentes mexicano. Considerando la relación entre delincuencia y consumo de drogas, la Fiscalía General de Justicia del Estado de México implementó como parte de la aplicación de soluciones

ABSTRACT: *International regulations on juvenile justice systems establish the application of non-judicial forms of justice and as a goal the family and social reintegration of adolescents. Considering the relationship between delinquency and drug use, the Attorney General of the State of Mexico implemented, as part of the application of alternative solutions, the program "«Mexiquense» ¡date un chance!", which consists of including adolescents in*

* El presente trabajo se desarrolló como parte de las actividades de la beca otorgada por la Dirección General del Asuntos del Personal Académico para una estancia posdoctoral en la Facultad de Derecho de la UNAM, realizada bajo la asesoría del doctor Raúl Juan Contreras Bustamante. En virtud de lo anterior, aprovecho la oportunidad de agradecer el apoyo de la Dirección General de Asuntos Académicos de la Universidad Nacional Autónoma de México.

** Licenciada en derecho por la Facultad de Derecho, UNAM; doctora en gestión y resolución de conflictos. Menores, familia y justicia terapéutica por la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Vigo, y becaria de posdoctorado en la Facultad de Derecho, UNAM. Contacto: alejandra.gomez.unam@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2951-4588>.

*** Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho, UNAM; doctor en derecho por la Universidad de Salamanca; profesor titular C de tiempo completo de la Facultad de Derecho; investigador nacional, nivel I; director de la Facultad de Derecho de la UNAM. Contacto: director@derecho.unam.mx. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9786-2517>.

alternas, el programa “«Mexiquense» ¡date un chance!”, que consiste en incluir a la persona adolescente en una serie de actividades encaminadas a adquirir y fortalecer sus habilidades sociales, autocambio-cognitivo y solución de problemas, las cuales se llevan en un Centro de Integración Juvenil, A. C.

Palabras clave: adolescente, justicia alternativa, justicia terapéutica, justicia juvenil, comunicación virtual.

A series of activities aimed at acquiring and strengthening their social skill, cognitive self-change and problem solving, which are carried out in a Centro de Integración Juvenil, A. C.

Keywords: adolescent, alternative justice, therapeutic justice, juvenile justice, virtual communication.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Corpus iuris de la justicia penal para adolescentes*. III. *Principios sustantivos de la justicia juvenil*. IV. *El Sistema Nacional de Justicia Penal para Adolescentes*. V. *La justicia terapéutica (therapeutic jurisprudence)*. VI. *Programa “Mexiquense” ¡date un chance!, en modalidad virtual*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Derivado de la reforma constitucional a los párrafos 1, 2 y 3 del artículo 1o., en materia de derechos humanos, del 10 de junio de 2011, el Estado mexicano integró a su normatividad interna las disposiciones contenidas en los tratados internacionales o convenios multilaterales en materia de derechos humanos firmados en términos del artículo 133 constitucional; ello, atendiendo a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, que rigen los derechos humanos, obligándose a promover, respetar y garantizar estos derechos. Por lo que son estos derechos humanos el eje rector de toda la actividad estatal.

Esta obligación debe ser cumplida desde luego en la justicia penal para adolescentes. Es por ello que a la luz de los artículos 1o., 4o., 18 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) se establece un sistema de justicia penal para adolescentes que observa los principios y normas básicos establecidos por los instrumentos internacionales y erige un sistema protector de los derechos de las personas adolescentes que son investigadas, procesadas y sentenciadas por la comisión de una conducta tipificada como delito, pero que al mismo tiempo busca respon-

sabilizarlos de su conducta a *fin de lograr la reinserción y la reintegración social y familiar del adolescente, así como el pleno desarrollo de su persona y capacidades* (artículo 18, CPEUM).

De esta manera, la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes (LNSIJA) esgrime un sistema integral de protección y responsabilidad aplicable a las personas adolescentes investigadas, procesadas o sentenciadas por la comisión de una conducta delictiva. Este sistema prevé un proceso *ordinario*, en el que se agotan las etapas procesales, y concluye con una sentencia, y otro *alternativo*, en el que a través de formas alternativas de justicia se pueden cumplir los fines de este sistema especializado.

II. *CORPUS IURIS* DE LA JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

La protección de los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes (NNA) comenzó con la Carta de Derechos del Niño en 1923, que si bien no fue un documento convencional, sirvió de base para poner de relieve la necesidad de protección de NNA. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (Declaración Universal), que en su artículo establece “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”; la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de 1948 (Declaración Americana), que en su artículo VII señala que “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”; la Convención Americana sobre los Derechos Humanos de 1969 (Convención Americana), que en su artículo 19 prevé que “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Estos instrumentos eran ambiguos respecto de lo que debía entenderse por protección de las NNA, y tampoco señalaban nada con relación a los casos en que NNA eran investigados, procesados y sentenciados por la comisión de conductas tipificadas como delitos, ya que se obviaba la protección de los derechos del debido proceso.

Aunque las legislaciones internas (incluida la mexicana) preveían sistemas *especializados*, éstos violaban los derechos humanos de las NNA,

privándolos de las garantías del debido proceso (argumentando su protección). Sin observar principios generales del derecho penal: legalidad y certeza jurídica (Mack, 1975; García, 2004).

Por lo anterior, y con la idea de que tratándose de NNA no se debe obviar nada, la comunidad internacional comenzó con un movimiento para la creación de instrumentos en los que se establecieran las reglas mínimas que deben observarse para la promoción, protección y garantía de sus derechos humanos. A continuación, se enlistan los instrumentos base para la creación de un sistema de justicia para adolescentes en México:

- Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas el 28 de noviembre de 1985 mediante Resolución 40/33;
- Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada el 20 de noviembre de 1989 (CDN);
- Reglas Mínimas de Naciones Unidas sobre Medidas no Privativas de Libertad (Reglas de Tokio), aprobadas el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/110;
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), emitidas el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/112;
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de La Habana), aprobadas el 14 de diciembre de 1990 mediante Resolución 45/113.

A estos instrumentos especializados se suman las observaciones generales del Comité de los Derechos del Niño, en concreto la 20 y la 24 (aunque en temas específicos como PME migrantes o con discapacidad se pueden aplicar otras), así como las opiniones consultivas, e incluso la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

De los instrumentos referidos se desprenden una serie de principios sustantivos y generales que deben regir los sistemas estatales de justicia aplicables a NNA relacionados con la comisión de una conducta tipificada como delito.

III. PRINCIPIOS SUSTANTIVOS DE LA JUSTICIA JUVENIL

Tanto de los instrumentos referidos como de la doctrina se desprenden una serie de principios hermenéuticos que deben ser utilizados para interpretación y test, a efecto de garantizar la protección de los derechos de NNA en los sistemas de justicia: interés superior de la NNA, protección integral, especialización, mínima intervención, flexibilidad:

1. *El interés superior de la persona menor de edad*

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 3.1 establece el principio de *interés superior del niño*, el cual constituye el principio rector de todas las decisiones estatales (legislativas, judiciales y ejecutivas). Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que este principio permite a NNA lograr el máximo desarrollo de sus potencialidades a través de la satisfacción de todos y cada uno de sus derechos humanos (Corte IDH, 2005); ello, para lograr el desarrollo armonioso de su personalidad y ser una persona autónoma en su vida adulta.

Este principio fue incorporado al derecho mexicano en la reforma constitucional al artículo 4o.; en él se establece la obligación de observarlo en todas y cada una de las decisiones del Estado mexicano tanto en los ámbitos legislativo, judicial y ejecutivo, como en los tres ámbitos de gobierno: municipal, estatal y federal (Cillero, 2000).

Por su parte, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2009, p. 28) ha señalado que “Las normas aplicables a los adolescentes deberán dirigirse a procurar primordialmente los cuidados y asistencia que requieran para lograr su crecimiento y desarrollo pleno dentro de un ambiente de bienestar familiar y social”. La Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes establece este principio en su artículo 12.

2. *Protección integral*

La protección integral implica que durante el proceso penal que se lleve a un adolescente se deben proteger todos y cada uno de sus derechos humanos, tanto aquellos que le corresponden por ser persona como los específicos que derivan de su calidad de persona en desarrollo, maximizando de

esta manera su esfera jurídica, pues además de gozar de derechos, como el de tener un defensor, también deberán serle garantizados aquellos como informar a sus padres o tutores sobre su situación jurídica (González, 2014).

Esta protección se lleva a cabo tanto por el órgano jurisdiccional como por el Ministerio Público, su defensor, el equipo técnico que se encargue de la ejecución y vigilancia de las medidas que en su caso le sean impuestas. Los artículos 11 y 13 de la LNSIIPA establecen este principio.

3. *Especialización*

La especialización consiste en que todas las autoridades jurisdiccionales que intervengan, los abogados defensores y el Ministerio Público, así como el personal técnico y de seguridad, deben contar con la preparación especializada en justicia penal para adolescentes. A fin de cumplir igualmente con el derecho internacional, es preciso que todas y cada una de las personas que intervengan en la justicia de adolescentes cuenten con la cualificación especializada para tratar no sólo con adolescentes, sino con adolescentes en conflicto con la ley, desde el policía, el juez, hasta los técnicos especializados que intervengan en la ejecución o vigilancia de medidas cautelares o de sanción.

La Primera Sala de la SCJN refiere en la sentencia dictada en el Amparo en revisión 140/2015 del 17 de junio de 2015 (*Semanario Judicial de la Federación*, 2015), los siguientes rubros: a) órgano especializado, b) perfil idóneo, c) acreditar la capacidad, d) funcionarios especializados, e) especialización obligada (Ramírez, 2016).

4. *Mínima intervención*

El principio de mínima intervención tiene como finalidad disminuir los efectos nocivos que la investigación, el proceso y la eventual ejecución de una sentencia pueda tener en la vida de la persona menor de edad, tanto en el ámbito personal (físico y psicológico) como en el familiar, e incluso social (escuela o comunidad). De acuerdo con el derecho internacional de menores, en consecuencia, el Estado mexicano se ha obligado a establecer alternativas no judiciales como respuesta a la comisión de conductas delictivas por parte de PME.

En este sentido, Ramírez Salazar establece que en el tema de las consecuencias que derivan del proceso penal de adolescentes debe operar el principio de racionalidad y proporcionalidad, de manera que antes de acudir a la vía punitiva deberá agotarse cualquier otro, como pueden ser los criterios de oportunidad, procedimientos alternativos de juzgamiento, la conciliación y la suspensión del proceso a prueba, y reservar el orden punitivo a los delitos considerados como graves (Ramírez, 2016).

La mínima intervención también se materializa en la brevedad de los plazos, tanto en el procedimiento como en la duración de las medidas, que es menor en el derecho penal de adolescentes con relación al de adultos (Hidalgo, 2017). Este principio tiene las siguientes vertientes (Hidalgo, 2016):

- I. *Despenalización*: reducción de los tipos penales por los que puede ser investigada, procesada y sentenciada una PME;
- II. *Alternatividad*: aplicar mecanismos no judiciales (desjudicialización);
- III. Internación como medida más grave y por el menor tiempo que procesa (*ultima ratio*).

5. Flexibilidad

El principio de flexibilidad permite que el procedimiento se aplique tomando en consideración la situación específica del adolescente, así como del desarrollo del proceso, por lo que se pueden implementar acciones con base en las necesidades de la persona adolescente, pues se observa claramente en la aplicación de la medida, ya que deben ser consideradas además de la conducta cometida, las características del menor, por lo que el principio de proporcionalidad que rige el derecho penal de adultos se ve modulado.

Si bien la flexibilidad no está contemplada en la LNSIIPA, el artículo 3o., fracción II de dicho ordenamiento prevé los “ajustes razonables” como

...las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas en la infraestructura y los servicios, que al realizarlas no impongan una carga desproporcionada o afecten derechos de terceros, que se aplican cuando se requieran en un caso particular, para garantizar que las personas gocen o ejerzan sus derechos en igualdad de condiciones con las demás.

De estos principios cobra especial relevancia para el presente trabajo el de *intervención mínima*, pues su observancia y aplicación se materializa en la aplicación de formas alternas de justicia: justicia alternativa, justicia restaurativa y justicia terapéutica.

IV. EL SISTEMA NACIONAL DE JUSTICIA PENAL PARA ADOLESCENTES

Con base en los instrumentos internacionales referidos y en los artículos 18 y 75 de la CPEUM, el 16 de junio de 2016 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, en la cual se regula un sistema de justicia penal aplicable a personas que al momento de ocurrir el hecho delictivo tienen entre doce y diecisiete años, a quienes genéricamente se denomina “adolescentes”, en toda la República. Además, se reconoce la necesidad de que la intervención estatal en este ámbito sea integral; es decir, que atienda tanto a las circunstancias del hecho delictivo como a las características y condiciones de la persona adolescente que lo cometió (González, 2015).

El artículo 3o. de la LNSIIPA establece tres grupos etarios, 12-13, 14-15 y 16-17 años de edad. Esta división se hace con base al reconocimiento de la autonomía progresiva (Flores, 2002), que tiene repercusiones en el tipo de medida que se podrá imponer, como en la duración de la misma, e incluso en el lugar donde habrá de cumplirse (Mir, 2004).

1. *El proceso de justicia penal para adolescentes*

De acuerdo con el artículo 118 de la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, las etapas del proceso penal para adolescentes serán las que prevé el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) en su artículo 211:

A. *Etapas de investigación*

El proceso se inicia con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente, y concluye cuando el imputado queda a disposición

del juez de control para que se le formule imputación, tanto si se encuentra detenido como si está en libertad (artículo 211, fracción I, inciso a), CNPP).

En caso de que la persona adolescente se encuentre detenida, el Ministerio Público (MP) cuenta únicamente con 36 horas para realizar la diligencia para allegarse de datos de prueba que le permitan presumir la existencia de un delito y la responsabilidad de la persona adolescente respecto de su comisión; una vez concluido el plazo, el MP debe presentarse ante el juez de control especializado, quien determinará la legalidad del mandato del MP y su cumplimiento al realizar el control de la detención en la audiencia de control de detención (González, 2011).

Tanto si la persona se encuentra detenida como si está en libertad, una vez concluida esta primera etapa, el agente del MP podrá tomar las siguientes determinaciones: abstenerse de investigar; archivo temporal; no ejercicio de la acción penal, y formulación de imputación.

De esta forma, el proceso penal inicia concretamente con la audiencia inicial, en la que el MP formula la imputación en contra del adolescente, y culmina con la sentencia firme. El MP ejercita la acción penal en contra del adolescente, poniéndolo a disposición del JC, para formular imputación en su contra, haciendo de su conocimiento los hechos que se le imputan, en la audiencia inicial (artículo 211, CNPP).

Una vez que el Ministerio Público determina que los datos de prueba recabados son suficientes para presumir la comisión de un delito y la probable responsabilidad del adolescente, solicita audiencia inicial, en la que se llevarán a cabo las siguientes actividades procesales:

- a) Control de legalidad de la detención (artículo 308, CNPP).
- b) Formulación de imputación (artículos 309 y 310, CNPP).
- c) Solicitud de vinculación a proceso del imputado.
- d) Fijación del plazo para el cierre de la investigación (artículos 131 y 132, LNSIJPA).
- e) Solicitud de imposición de medidas cautelares al imputado (artículo 119, LNSIJPA).

De acuerdo con el artículo 133 de la LNSIJPA, una vez transcurrido el plazo concedido para la investigación complementaria, el MP, dentro de los cinco días naturales podrá:

- Solicitar el sobreseimiento parcial o total;
- Solicitar la suspensión del proceso;
- Formular acusación, con lo que inicia la etapa intermedia.

B. Etapa intermedia

Esta etapa tiene por objeto el ofrecimiento y admisión de los medios de prueba, así como la depuración de los hechos controvertidos que serán materia del juicio (Martínez, 2013); se compondrá de dos fases, una escrita y otra oral.

1. La fase escrita inicia con el escrito de acusación que formule el MP, y comprenderá todos los actos previos a la celebración de la audiencia intermedia.
2. La segunda fase dará inicio con la celebración de la audiencia intermedia y culminará con el dictado del auto de apertura a juicio.

C. Etapa de juicio oral

Durante la audiencia de juicio se realizará el desahogo de las pruebas que fueron admitidas, así como los alegatos de inicio y clausura de las partes (artículos 391, 394, 395 y 396, CNPP). Inmediatamente después de concluido el debate, el juez oral o el tribunal de enjuiciamiento ordenará un receso para deliberar en forma privada, continua y aislada, hasta emitir el fallo correspondiente. Sólo si se trata de un caso cuyas circunstancias o complejidad lo ameriten, el juez declarará el aplazamiento por hasta veinticuatro horas (artículo 144, LNSIIPA).

D. Sentencia

Una vez concluida la deliberación, el juez oral o el tribunal de enjuiciamiento se constituirá nuevamente en la sala de audiencias, después de ser convocadas oralmente o por cualquier medio todas las partes, con el propósito de que el juez relator comunique el fallo respectivo (artículo 401, CNPP); el fallo deberá señalar:

- La decisión de absolución o de condena;
- Si la decisión se tomó por unanimidad o por mayoría de miembros del tribunal, y
- La relación sucinta de los fundamentos y motivos que lo sustentan.

Cuando el fallo sea absolutorio, el tribunal podrá aplazar la redacción de la sentencia por un plazo de hasta tres días (artículo 152, primer párrafo, LNSIJPA). Cuando sea una sentencia condenatoria, al comunicar el fallo se señalará audiencia de individualización de las sanciones y reparación del daño, misma que se celebrará dentro de los tres días siguientes al pronunciamiento del fallo condenatorio (artículo 150, primer párrafo, LNSIJPA), y en un plazo no mayor a tres días se citará a la celebración de una audiencia para la notificación de la sentencia (artículo 152, primer párrafo, LNSIJPA).

2. Las medidas sancionadoras derivadas del proceso penal para adolescentes

La naturaleza jurídica de las medidas es sui géneris, pues se guían por el interés preferente del menor, tienen una clara finalidad educativa y se benefician de una gran flexibilidad al priorizar la evolución en la intervención con el menor (Cervelló, 2002, p. 49). Esta naturaleza sancionadora-educativa de las medidas debe atender a la necesidad de educar al menor, orientadas siempre a su reinserción familiar y social (artículos 40.1 CDN, 18, CPEUM y 154, LNSIJPA).

La LNSIJPA no establece una relación exacta entre la medida que se ha de imponer como consecuencia jurídica a la comisión de un ilícito, debido a que las características propias del adolescente deben ser consideradas, pues de este modo se responde a sus necesidades específicas.

La LNSIJPA contempla un amplio abanico de medidas sancionadoras, entre las cuales el juez podrá elegir la más adecuada para el caso concreto. A continuación, se enlistan: amonestación (artículo 157, LNSIJPA); apercibimiento (artículo 158, LNSIJPA); prestación de servicios a favor de la comunidad (artículo 159, LNSIJPA); sesiones de asesoramiento colectivo y actividades análogas (artículo 160, LNSIJPA); supervisión familiar (artículo 155, LNSIJPA); prohibición de asistir a determinados lugares, conducir vehículos y de utilizar instrumentos, objetos o productos

que se hayan utilizado en el hecho delictivo (artículo 155, LNSIJPA); no poseer armas (artículo 155, LNSIJPA); abstenerse de viajar al extranjero (artículo 155, LNSIJPA); integrarse a programas especializados en teoría de género, en casos de hechos tipificados como delitos sexuales (artículo 155, LNSIJPA); restauración del daño (artículo 161, LNSIJPA); libertad asistida (artículo 162, LNSIJPA); estancia domiciliaria (artículo 163, LNSIJPA); internamiento (artículo 164, LNSIJPA); semiinternamiento o internamiento en tiempo libre (artículo 167, LNSIJPA).

3. *Individualización de la medida sancionadora*

La edad del adolescente es el primer criterio a considerar al momento de determinar la medida que se ha de imponer. El artículo 5o. de la LNSIJPA establece grupos etarios I 12-13, II 14-15 y III 16-17 años; de esta forma, cuando el adolescente se encuentre en el grupo etario I, únicamente se podrán imponer medidas en libertad por un máximo de un año; cuando el adolescente se encuentre en el grupo II, la duración máxima que podrán tener las medidas que se le impongan será de tres años, y de cinco años cuando el adolescente se encuentre en el grupo III (artículo 145, LNSIJPA).

El artículo 148 de la LNSIJPA señala los criterios para la imposición e individualización de la medida de sanción; prevé, en primer lugar, los fines establecidos en la propia ley; esto es, la reintegración social y familiar del adolescente a través de medidas socioeducativas (artículos 28, 29 y 106, LNSIJPA); asimismo, establece la edad y las circunstancias personales, familiares, económicas y sociales; la comprobación de la conducta y el grado de la participación de la persona adolescente; las características del caso concreto, las circunstancias y la gravedad del hecho; las circunstancias en que el hecho se hubiera cometido (atenuantes y agravantes); la posibilidad de que la medida de sanción impuesta sea posible de ser cumplida por la persona adolescente; el daño causado por la persona adolescente y sus esfuerzos por repararlo, y cualquier otro supuesto que establezca la legislación penal.

4. *Soluciones alternas*

Atendiendo a los instrumentos internacionales, al principio de mínima intervención y al contenido del artículo 18 constitucional, la LNSIJPA pre-

vé la aplicación de dos soluciones alternas (al proceso): el acuerdo reparatorio y la suspensión condicional del proceso.

A. Acuerdo reparatorio

Los acuerdos reparatorios son aquellos que se celebran entre la persona adolescente y la víctima (incluso la comunidad), a través de un mecanismo alternativo de solución de controversias (MASC); proceden desde el primer informe de que ha ocurrido un delito hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral; en los casos en que no sea posible la aplicación de una medida de internamiento, su aplicación no implica ni requiere que la PA admita haber cometido el hecho que se le atribuye (artículo 95, LNSIIPA). No procede en los casos de violencia familiar o su equivalente (artículo 96, LNSIIPA).

Una vez que las partes acepten participar en un MASC, el caso se turnará al órgano especializado, ordenándose la suspensión del proceso (judicial) por hasta treinta días (artículo 188, CNPP). Una vez que se haya llevado a cabo el mecanismo, si se llega a un acuerdo, éste deberá ser validado por el MP o por el juez, dependiendo de la etapa procesal (artículo 97, LNSIIPA). Cuando el acuerdo tenga obligaciones económicas, se debe procurar que el cumplimiento provenga del trabajo y del esfuerzo de la persona adolescente (artículo 98, LNSIIPA).

Si el acuerdo se cumple, se ordenará el no ejercicio de la acción, o bien el sobreseimiento (dependiendo de la etapa procesal en que se encuentra el asunto). Si la persona adolescente incumple el acuerdo, el procedimiento continuará en la etapa que se haya suspendido (artículo 99, LNSIIPA).

Los MASC previstos en la LNSIIPA son: la mediación y los procesos restaurativos. La mediación penal es “un mecanismo voluntario mediante el cual la persona adolescente, su representante y la víctima u ofendido, buscan, construyen y proponen opciones de solución a la controversia” (artículo 85, LNSIIPA). Mientras que los procesos restaurativos buscan restaurar el tejido social (artículo 27, LNMASC en materia penal); son procesos en los que la víctima u ofendido, el imputado, la comunidad y los operadores del sistema, la Ley contempla tres tipos de proceso restaurativo: encuentros víctima/adolescente, procesos restaurativos y círculos —restaurativos— (artículos 90-92, LNSIIP).

B. Suspensión condicional del proceso

De acuerdo con el artículo 100 de la LNSIJPA, la suspensión condicional del proceso procede una vez que se ha dictado el auto de vinculación y hasta antes de que se dicte el auto de apertura a juicio oral, siempre y cuando no sea posible la imposición de la medida de internamiento (artículo 101, LNSIJPA). Su aplicación inicia con el planteamiento formulado por la persona adolescente o MP (aceptación de la persona adolescente), en esta formulación se expone el plan de pago de la reparación del daño (cuyo plazo no podrá exceder de tres años) y la o las condiciones que la PA cumplirá durante la suspensión del proceso, cabe precisar que la víctima únicamente podrá oponerse en caso de no estar de acuerdo con la propuesta respecto de la reparación del daño (artículo 101, LNSIJPA).

Las condiciones a las que puede someterse el adolescente se encuentran señaladas en el artículo 102 de la Ley de la materia, y su duración no podrá ser menor a tres meses, ni mayor a un año. Previo a resolver la procedencia o no de la suspensión condicional, se realizará una evaluación de la vida de la persona adolescente a fin de determinar si cuenta con las condiciones necesarias para cumplir la condición (artículo 71, B, LNSIJAP). Si la condición y el plan de reparación se cumplen, se sobreseerá la causa penal, en tanto que si hay incumplimiento se seguirá el proceso en la etapa procesal en que se suspendió el proceso.

V. LA JUSTICIA TERAPÉUTICA (*THERAPEUTIC JURISPRUDENCE*)

Como se ha señalado, el párrafo sexto del artículo 18 de la CPEUM indica que la aplicación de las formas alternativas de justicia es preferente en la justicia penal para adolescentes, lo cual nos lleva a la necesidad de aclarar qué son las formas alternativas de justicia. Considerando tanto la Convención de los Derechos del Niño como las reglas de Beijín y la Observación General 24 del Comité de Derechos del Niño, debemos entender éstas como aquellas respuestas no judiciales que los Estados pueden brindar a los casos en que una persona adolescente es investigada, procesada y sentenciada por la comisión de un hecho tipificado como delito.

Cabe precisar que “alternativo” no necesariamente debe entenderse como excluyente de la judicial, pues incluso la aplicación de estas for-

mas alternativas de justicia se puede aplicar en la etapa de ejecución de sentencia, es decir, de forma concurrente; tal como lo señala el artículo 21 de la LNSIIPA, todo el sistema de justicia penal para adolescentes en México debe ser restaurativo (no sólo las salidas alternas).

Entre las formas más conocidas de justicia no judicial están la justicia restaurativa y la justicia terapéutica, que, aunque no son excluyentes, pueden aplicarse por separado, de forma alterna o simultánea al proceso judicial.

Debido a los límites de este trabajo, únicamente nos referiremos a la justicia terapéutica (TJ, por sus siglas en inglés). Esta es la propuesta de David Wexler (1996, p. 1), en la que se estudia el rol terapéutico de la ley, entendida no sólo como una normativa jurídica, sino como un sistema integrado tanto por las normas jurídicas como por las personas que operan el sistema y los procesos que se aplican. La propuesta surge en virtud de que se identifica el efecto antiterapéutico que los sistemas de justicia tienen en las personas que pasan por ellos: activo y pasivo del delito (Wexler, 1996). La TJ se centra en el impacto que tiene el sistema los ámbitos emocional y psicológico de las personas.

Con la ayuda de Bruce Winick, Wexler profundizó en el concepto, cuya aplicación extiende a ámbitos ajenos a la salud mental, como puede ser el derecho de la familia o el derecho penal (Wexler, 1996). La TJ propone una respuesta interdisciplinaria para las personas que han cometido un delito, incluso sin que haya sentencia (Ocampo, 2019). Se aplica en casos en los que se presentan factores de riesgos vinculados a padecimientos patológicos, mentales, o bien al consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o estupefacientes, y la ocurrencia de alteraciones conductuales por distorsiones cognitivas o deficiencias emocionales (Ocampo, 2019). Su campo se centra, como se ha mencionado en aquellos casos penales que implican sujetos con problemas de toxicomanía, alcoholismo, salud mental, o que implementan contextos violentos en el orden intrafamiliar (Lara, 2016).

La TJ se caracteriza por (Lara, 2016):

- 1) Concederle a la ley un rol como agente terapéutico.
- 2) Pone en consideración el impacto de la ley en el ámbito emocional y el bienestar psicológico de las personas.
- 3) Humaniza la justicia, preocupándose por el lado psicológico y emocional dentro de un proceso legal.

- 4) Considera a la ley como una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias.
- 5) Respeta los derechos humanos y el debido proceso.

Una de las premisas más destacables es que retoma el término “adherencia” al tratamiento, de acuerdo con el cual cuando una persona está conforme en cumplir un tratamiento, realmente se lo cumple; así, cuando en el proceso penal una autoridad señala que concede la suspensión de la causa si se cumple una determinada condición, y la persona investigada, procesada o sentenciada (recordemos que existe la suspensión condicional de la sentencia, aunque en México no se prevé) acepta dicha propuesta, el cumplimiento de la condición será altamente probable, pues ha sido una decisión libre y voluntaria (Wexler, 1996, p. 4).

Asimismo, la aplicación de la TJ requiere de personal con habilidades específicas para su aplicación (Fundación Paz Ciudadana), como son:

- 1) Comunicación efectiva entre la autoridad y el imputado.
- 2) Manejo y uso de lenguaje interdisciplinario y sencillo.
- 3) Evitar el paternalismo y respetar la autonomía.
- 4) Promover la participación del imputado en el proceso terapéutico.

Ahora bien, la TJ se ha aplicado principalmente con los casos de consumo de sustancias psicoactivas (drogas lícitas e ilícitas); esto debido a que la relación entre el uso de estas sustancias y la comisión de delitos es alta (Guzmán, 2018). En el caso de las personas adolescentes, el consumo de drogas es un tema de suma importancia, ya que debido a que en esa etapa el desarrollo físico y psicológico de la persona se puede ver afectado por el consumo de ciertas sustancias, e incluso el desarrollo social se ve afectado, ya que puede resultar estigmatizante (Guzmán, 2018).

En México, la TJ se ha integrado dentro de las salidas alternas en los casos en los que la persona sujeta al sistema presenta consumo de drogas (Ocampo, 2019, p. 113). El SIJPA tiene un claro tinte de JT en el artículo 102, fracción V, de la LNSIJPA, relativos a las condiciones de la suspensión del proceso, ya que señala:

Artículo 102. Condiciones

El Juez fijará el plazo de suspensión condicional del proceso, que no podrá ser inferior a tres meses ni superior a un año, y determinará una

o varias de las condiciones que deberá cumplir la persona adolescente. Además de las condiciones que establece el Código Nacional se podrán imponer las siguientes:

- ...
- V. Abstenerse de consumir drogas, estupefacientes y bebidas alcohólicas;
- ...

Como se observa, la aplicación de la TJ es compatible con los fines del SJPA: reintegración social y familiar de la persona adolescente y desarrollo de la personalidad, el respeto de su dignidad humana, de los derechos humanos de las víctimas. Lo anterior materializa además los principios de excepcionalidad, mínima intervención e interés superior de la persona adolescente.

VI. PROGRAMA “«MEXIQUENSE» ¡DATE UN CHANCE!”, EN MODALIDAD VIRTUAL

Al considerar el índice delictivo en el estado de México y su relación con el consumo de drogas, la Fiscalía General de Justicia del Estado de México, con base en los parámetros internacionales y nacionales, ha desarrollado un modelo que materializa los principios de la justicia juvenil (interés superior, mínima intervención, justicia restaurativa), pues a través de la Unidad de Atención Inmediata y Justicia Restaurativa atiende los casos que le son derivados por la fiscalía especializada en justicia para adolescentes, en donde se realizan las investigaciones respecto de las conductas que les son atribuidas a una persona adolescente; ello, a efecto de que se apliquen al caso una de las soluciones alternas.

Sin embargo, su actuación va más allá, pues durante la preparación para la aplicación de los mecanismos alternativos realiza un diagnóstico psicosocial (elaborado por especialistas en psicología y trabajo social) de la persona adolescente, con la finalidad de saber si existe algún factor de riesgo o si se encuentra en alguna situación de vulnerabilidad: violencia familiar o social, situación socioeconómica, abandono escolar, consumo de drogas, vinculación con personas que cometen delitos, desintegración familiar, etcétera (Barraza, 2016, p. 54).

Así, en caso de que en el resultado del diagnóstico se identifiquen factores de riesgo o situaciones de vulnerabilidad (en específico respecto del

consumo de drogas legales o ilegales),¹ se aplicarán los MASC de la forma en que lo establece la ley. Celebración de sesiones previas con las personas intervinientes, a efecto de hacerles conocer en qué consisten los MASC y cuáles son sus alcances; en caso de que acepten participar en estos procesos se celebra la sesión (o sesiones) conjuntas para la construcción de una solución, que generalmente implica el pago de reparación del daño y la condición a cumplir (cuando se trate de un proceso de suspensión condicional) en caso de que se llegue a un arreglo, se firmará un acuerdo reparatorio o plan de reparación del daño (en suspensión condicional del proceso), y se dará el seguimiento al cumplimiento del acuerdo celebrado.

Por otro lado, cuando se encuentra uno o más factores de riesgo o situaciones de vulnerabilidad, se pone en marcha el programa “«Mexiquense» ¡date un chance!”, el cual consiste en incluir como parte del acuerdo reparatorio o plan de reparación del daño, se propone a la persona adolescente y a su persona responsable, la canalización a la institución llamada Centros de Integración Juvenil, A. C., en donde realizará una serie de actividades encaminadas tanto a adquirir como a fortalecer sus habilidades sociales, autocambio-cognitivo y solución de problemas; ello, a través de la aplicación de un programa cognitivo conductual, que consta de treinta y cinco sesiones. El consentimiento tanto de la persona adolescente como de su representante legal es necesario para la aplicación de este programa.

A lo largo de las treinta y cinco sesiones se trabajan los siguientes temas: introducción al programa; escucha activa; la importancia de hacer preguntas; cómo dar retroalimentación; conocimiento de las emociones propias; el pensamiento controla nuestro comportamiento; prestar atención a nuestro pensamiento; reconocer el riesgo, usar nuevas formas de pensar; ejercicio de reflexión; entender las emociones de otros; presentar una queja; ofrecer una disculpa; responder al enojo; negociación; introducción a la oscilación de problemas; detente y piensa; establecer el problema; plantear una meta y recopilar información; practicar habilidades para la solución de problemas (1, 2 y 3); pensar en las alternativas y las consecuencias; haz un plan; ejecutar y evaluar; solución de problemas: practica; siguientes pasos; habilidades de control: enojo; habilidades de control emocional:

¹ Debemos recordar que de conformidad con la Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes en su artículo 251, fracción II, establece como parte de la prevención secundaria la atención a la relación entre el consumo de drogas y la comisión de una conducta tipificada como delito.

enojo (continuación); habilidades de control emocional: ansiedad/miedo; autocontrol: habilidades de control de estrés; autocontrol: relajación y meditación; autocontrol: relajación y meditación (continuación); habilidades de planificación. Conclusión, resumen y justificación; entrenamiento en asertividad; derechos asertivos y técnicas de asertividad y motivación al cambio.

Al mismo tiempo se le brinda el apoyo para la reincorporación a actividades educativas, laborales, además de la participación de actividades culturales, deportivas y artísticas. Todo ello con la anuencia de la persona adolescente y su persona responsable.

Desde su implementación en 2016 hasta mayo de 2021 han trabajado con 290 personas adolescentes para efectuar no sólo un cambio en su situación jurídica, sino también en sus vidas. Durante la contingencia sanitaria, la aplicación de este programa ha continuado, a través de la plataforma zoom, en donde gracias al trabajo de las y los adolescentes y del personal de centros de integración juvenil en el Estado de México se ha conseguido el egreso de la cuarta generación de este programa, de la que se graduaron 75 personas menores de edad sujetas al sistema de justicia para adolescentes.

VII. CONCLUSIONES

Con la armonización del sistema mexicano a los parámetros y directrices establecidos en diversos instrumentos internacionales, se está construyendo un sistema integral, que responde a las necesidades de las personas adolescentes que son investigadas, procesadas y sentenciadas por la comisión de un hecho que la ley señala como delito.

Así, a través de la observación del principio de mínima intervención, se aplican medidas tendientes a la desjudicialización, como es el caso del establecimiento de mecanismos alternativos de solución de controversias: mediación y procesos restaurativos, que además de ser una respuesta no judicial a la comisión de un delito, brindan un protagonismo por muchos años negado a víctimas y ofendidos. Con dichos mecanismos se promueve la reintegración social y familiar de la persona adolescente, objetivo de los sistemas de justicia juvenil.

El programa “«Mexiquense» ¡Date un chance!”, representa la materialización de esos principios, pues brinda una salida no judicial como res-

puesta a un hecho que la ley señala como delito, en un marco de respeto de los derechos humanos tanto de la persona adolescente como de aquella que ha resultado afectada por el hecho delictivo.

Pues el reconocimiento de las necesidades biopsicosociales de la PME brinda una experiencia de legalidad, en la que se da respuesta a la conducta delictiva que ha cometido, pero también se atienden las circunstancias de vulnerabilidad en las que se encuentra, y en específico brindando un tratamiento cognitivo conductual, que le brinda las herramientas emocionales y sociales; ello, con la finalidad de prevenir la comisión de futuras conductas delictivas (reincidencia); pero además, conseguir su reintegración familiar y social.

De esta forma, el programa referido proporciona una forma de justicia alternativa, que es más humana para con los intervinientes, que respeta sus derechos humanos, que les brinda la oportunidad de ser protagonistas en el proceso; pero, además, tiene una parte terapéutica más allá del mismo proceso que se lleva en la institución de procuración de justicia, sino específicamente con la asistencia de las personas adolescentes al centro de integración juvenil (Estado de México), en donde se brinda un tratamiento terapéutico, que atiende tanto el consumo de drogas como las herramientas sociales y emocionales de la persona adolescente.

Ahora bien, en atención a los principios de flexibilidad e interés superior de la persona adolescente, la contingencia sanitaria derivada del COVID-19 no fue obstáculo para que las actividades de este programa se detuvieran, pues las sesiones continuaron llevándose a través de la plataforma zoom, gracias a lo cual en marzo de 2021, 75 adolescentes concluyeron su tratamiento, y con ello dieron por terminado su proceso penal.

El modelo implementado por la Fiscalía General de Justicia del Estado de México es una materialización de la justicia alternativa (pues busca la desjudicialización de los procesos seguidos a personas adolescentes), la justicia restaurativa (se atienden los factores y situaciones de vulnerabilidad en que se encuentra la persona adolescente y que convergieron en la comisión de la conducta tipificada como delito) y la justicia terapéutica (ya que aplica los principios de la terapia cognitivo-conductual); todo ello con la finalidad de lograr la reintegración familiar y social de la persona adolescente.

Sin embargo, debido a que este programa procede en casos incluso de violencia de género y delitos sexuales, es necesario que en el proceso te-

rapéutico se incluya el tema de educación en perspectiva de género en términos de la fracción IV del artículo 102 de la LNSIJPA.

Asimismo, considerando que el Estado de México es una de las entidades federativas con mayor población indígena, es necesario que en la aplicación de estos procesos (y en todo el SIJPA) se incorpore una perspectiva intercultural que tome en consideración tanto los retos lingüísticos de no hablar español como aquellos relativos a tener una cultura diversa a la predominante.

Finalmente, con relación a la capacitación de las personas que aplican el programa cognitivo-conductual, es necesario garantizar que éstas cuenten con las habilidades y conocimientos especializados para trabajar con personas adolescentes que se encuentran en el sistema de justicia penal para adolescentes como activos del delito.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Barraza Pérez, R. (2016). *Delincuencia juvenil y pandillerismo*. México. Porrúa.
- Caso Cantoral Benavidez vs. Perú* (2000). Corte IDH. Recuperado el 20 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_69_esp.pdf
- Caso de las Niñas Yean y Cosío vs. República Dominicana* (2005). Corte IDH. Recuperado el 20 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf
- Caso Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay* (2004). Corte IDH. Recuperado el 20 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf
- Caso Lori Berenson Mejía vs. Perú*. (2004). Corte IDH. Recuperado el 20 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf
- Caso Menores detenidos vs. Honduras* (1999). Corte IDH. Recuperado el 20 de agosto de 2021. <https://www.cidh.oas.org/annualrep/98span/fondo/honduras11.491.htm>
- Caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala* (1999). Corte IDH. Recuperado el 20 de agosto de 2021. https://www.corteidh.or.cr/corteidh/docs/casos/articulos/seriec_63_esp.pdf

- Cervelló Donderis, V. y Colas Turégano, A. (2002). *La responsabilidad penal del menor de edad*. Madrid. Tecnos.
- Cillero Bruñol, M. (2000). Adolescentes y sistema penal. Propositiones sobre la Convención sobre los Derechos del Niño. *Revista de UNICEF, Justicia y Derechos del Niño, II*, 101-138.
- Comité de los Derechos del Niño (2019). Observación General 24. *Derechos de los niños en los sistemas de justicia juvenil*. ONU.
- De Armas Fonticoba, T. (2009). La cuestión criminológica y jurídica de los niños en conflicto con la ley penal. El esquema legal cubano. *Ámbito Jurídico*. <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/la-cuestion-criminologica-y-juridica-de-los-ninos-en-conflicto-con-la-ley-penal-el-esquema-legal-cubano/> (fecha de consulta: 7 de julio de 2021).
- Flores Vidales, A. (2002). La justicia para adolescentes, un contraste con la realidad en los centros de reclusión, en *Adolescentes en conflicto con la ley ¿Lo residual del sistema?* México. INDESOL.
- García Méndez, E. (2004). *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Argentina. Editores del Puerto.
- González Contró, M. (2014). *La Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes: génesis del Estado de derecho para la infancia y adolescencia en México*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Contró, M. (2015). *Derechos de los niños y las niñas*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- González Obregón, D. C. (2011). *Manual práctico del juicio oral*. México. Ubijus.
- Gutiérrez Ortiz, J. A. (2014). *El proceso penal acusatorio para adolescentes*. México. Flores.
- Guzmán, R. (2018). Justicia Terapéutica en Adolescentes, *Nova Iustitia*, 24, año VI, 46-69. <https://revistas-olaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/nova-iustitia/article/download/36559/33481> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2021).
- Hidalgo Murillo, J. D. (2016). *Hacia una teoría procesal en justicia para adolescentes*. México. Flores.
- Hidalgo Murillo, J. D. (2017). *Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, comentada y concordada*. México. Flores.

- Lara Sáenz, L. (2016). La justicia terapéutica como alternativa en el sistema penal mexicano. En C. F. Natarén Nandayapa; P. González Rodríguez, y J. Witker Velásquez. *Las víctimas en el sistema penal acusatorio*, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 135-146.
- Mack, J. W. (1975). The Juvenile Court. *Harvard Law Review*, 23(104), 104-122. DOI: <https://doi.org/10.2307/1325042> (fecha de consulta: 20 de agosto de 2021).
- Martínez Garnelo, J. (2013). *Derecho procesal penal en el sistema acusatorio y su fase procesal oral. Mitos, falacias y realidades*. México. Porrúa.
- Mir Puig, S. (2004). *Derecho Penal. Parte general*. Barcelona. Reppertor.
- Ocampo, M. G. (2019), Acercamiento a una justicia terapéutica intercultural en Chiapas. *Intersticios Sociales*, 18. EL Colegio de Jalisco, 105-126. <http://www.scielo.org.mx/pdf/ins/n18/2007-4964-ins-18-105.pdf>
- Opinión Consultiva OC-17/02. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Corte IDH. 28 de agosto de 2002.
- Ramírez Salazar, J. C. (2016). *Introducción a la justicia penal para adolescentes*. México. Flores.
- Relatoría sobre los Derechos de la Niñez (2011). *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas*. Luxemburgo. Organización de los Estados Americanos-Save the children-Comisión Interamericana de los Derechos Humanos.
- Tesis: 1a.CCCXXIX/2015 (10a.) (noviembre de 2015). En *Semanario Judicial de la Federación*. Registro: 2010349. Instancia: Primera Sala. Tipo de tesis: aislada. Libro 24. Tomo I, Materia(s): Constitucional.
- Wexler, D. (1996) *Justicia terapéutica: una visión general*, http://cejfegencat.cat/web/.content/home/publicacions/activitats_formatives/prospectiva_criminal_prevenio_delinquencia05062012/justicia_terapeutica_resum.pdf

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El derecho humano a la doble instancia en el procedimiento laboral

The Human Right to Dual Instance in Labor Proceedings

Recepción: 6 de julio de 2021

Aceptación: 17 de enero de 2022

Juan Manuel GÓMEZ RODRÍGUEZ*

Rosa Ivonne TRUJILLO GARCÍA**

RESUMEN: La presente investigación tiene como objetivo demostrar que el derecho humano a la doble instancia, establecido en el artículo 8o., fracción 2, inciso h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que en esencia implica el derecho a recurrir un fallo ante un tribunal o juez superior, debe ser instituido dentro del procedimiento laboral mexicano. No obstante, la existencia del juicio de amparo directo como último medio de impugnación del juicio laboral no es el recurso a que hace referencia la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos, por lo que, ante las recientes reformas laborales constitucionales y legales que no contemplan medio de impugnación en el procedimiento del trabajo, es dable proponer la implementación de un doble grado de jurisdicción, a efecto de respetar los dere-

ABSTRACT: *This documentary research aims to demonstrate that the human right to double instance, established in article 8, section 2, paragraph h); of the American Convention on Human Rights, which essentially implies the right to appeal a ruling before a higher court or judge, must be instituted within the Mexican labor procedure. However, the existence of the Direct Amparo Trial as the last means of challenging the labor trial, this isn't the resource referred to in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, therefore, given the recent constitutional and legal labor reforms that they do not contemplate a means of challenge in the labor procedure, it is possible to propose the implementation of a double degree of jurisdiction in order to respect procedural human rights and make the administration of justice more efficient.*

* Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos, SNI I, Conacyt, México, ORCID: 0000-0002-1612-2542, correo electrónico: manuelgomez@uaem.mx.

** Estudiante del doctorado en derecho y globalización en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales en la Universidad Autónoma del Estado de Morelos-Conacyt, México, ORCID: orcid.org/0000-0002-1259-9327, correo electrónico: licenciararosaiivonne@gmail.com.

chos humanos procesales y eficientar la administración de justicia.

Palabras clave: debido proceso, procedimiento laboral, juicio de amparo directo.

Keywords: *due process, labor procedure, direct amparo trial.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La reforma constitucional en materia de derechos humanos y su influencia en la reforma a la justicia laboral en México.* III. *La doble instancia como garantía de seguridad jurídica.* IV. *El juicio de amparo directo laboral como instrumento de tutela.* V. *La restricción y la vulneración de derechos procesales.* VI. *La doble instancia en el procedimiento del trabajo.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El derecho a recurrir un fallo ante un tribunal o juez superior o doble instancia es un derecho humano de carácter instrumental, establecido en los tratados internacionales, que debe ser instituido dentro de los procedimientos en donde se diriman derechos.

La doble instancia permite que un tribunal superior revise lo emitido en una primera resolución, a efecto de modificar, revocar o confirmar la resolución impugnada; empero, en México los juicios establecidos para resolver los conflictos a cargo de las juntas de conciliación y arbitraje y tribunales laborales sigue siendo de instancia única, sin superior jerárquico y carente de medios de impugnación para recurrir una resolución dictada dentro del procedimiento y al final de éste.

No obstante, la existencia del juicio de amparo directo como último medio de impugnación del juicio laboral, éste no es un recurso ni tampoco el derecho al doble grado de jurisdicción a que hace referencia la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Con las reformas constitucionales del 24 de febrero de 2017 y del 1o. de mayo de 2019 a la Ley Federal del Trabajo, que en esencia judicializaron el procedimiento laboral, surge la necesidad de garantizar un medio de impugnación, como ocurre en los procedimientos civiles, mercantiles o penales, a efecto de respetar los derechos humanos procesales de trabaja-

dores como de patrones, garantizar una verdadera tutela judicial y hacer más célere la administración de justicia.

II. LA REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS Y SU INFLUENCIA EN LA REFORMA A LA JUSTICIA LABORAL EN MÉXICO

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos el 10 de junio de 2011, se les reconoció a éstos un papel preponderante dentro del sistema jurídico, realizando un cambio de paradigma en la aplicación del derecho, otorgándoles un valor de supremacía sobre las demás normas jurídicas. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace un reconocimiento de los contenidos en su texto, así como de los incluidos en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano es parte.

Los derechos humanos o derechos fundamentales no solamente son derechos sustantivos, sino también son “derechos humanos de carácter procesal que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales” (Natarén, 2006, p. 10), y que protegen el proceso por sí mismo ya que es el medio para hacer efectivos otros derechos.

Acceder de manera efectiva a la administración de justicia con todas las garantías es un derecho que “tiene por objeto asegurar la protección efectiva de todos los demás derechos contemporáneos” (De Sousa, 2020, p. 12), es la protección a la vía para reclamar el cumplimiento de diversos derechos ante los tribunales.

El acceso efectivo a la administración de justicia es un derecho de carácter procesal concebido originalmente como una garantía en los procesos penales; hoy es uno de los derechos integrativos del orden público internacional, y “fue a partir del cambio de paradigma en la concepción del derecho, que se contempló como un derecho humano fundamental” (Árese, 2015, p. 237).

Su importancia reside en su capacidad de constituirse en el medio para acceder al sistema judicial, e implica la posibilidad de ocurrir ante un órgano jurisdiccional de cualquier índole mediante un procedimiento que asegure todas las garantías de un debido proceso, pues lo importante no es sólo que un derecho se encuentre establecido en una ley, sino en la protección que de ellos se haga, como señalan Islas y Camargo, citando

a Fix-Zamudio: “que la verdadera garantía de los derechos consiste precisamente en su protección procesal” (2016, p. 10) pues de nada valdría si éste no pudiera ser exigible por medio de un proceso.

Bajo la expresión de “derecho de acceso a la justicia”, señala Ischaunti, encontramos: “...un conjunto de derechos, reconocidos a los ciudadanos en el ámbito de lo procesal o jurisdiccional; todos ellos, sumados, contribuyen al mantenimiento de la dignidad inherente a la persona en sus relaciones con la jurisdicción” (2020, p. 58).

El procedimiento para acceder a los órganos jurisdiccionales es parte fundamental de una verdadera tutela judicial, lo que conlleva a establecer una serie de requisitos para considerar su existencia legal, dando lugar al llamado *debido proceso*.

El debido proceso, según Ramírez: “...es un derecho fundamental de carácter procesal que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento” (2018, p. 12).

Dentro del debido proceso se establecen los requisitos que debe cumplir la autoridad para considerar que la afectación a un particular se realizó de forma legal, e implica, como señala Pelayes, “la posibilidad que se respeten dentro del proceso de cualquier tipo, ciertos derechos mínimos o los propios principios del proceso” (2018, p. 334).

La importancia que tiene el debido proceso para la protección y tutela de los derechos fundamentales y del ordenamiento jurídico en su conjunto hace que lo consideremos como un principio general del derecho, una garantía constitucional y un derecho fundamental (Bustamante, 2001, p. 183). Dentro de los derechos que tutela el debido proceso destaca de manera específica el derecho humano a la doble instancia, que consiste en la posibilidad de recurrir una resolución ante un juez o tribunal superior, a efecto de que modifique, revoque o confirme una resolución impugnada.

El doble grado de jurisdicción es un derecho de carácter convencional que no ha sido instituido dentro del nuevo procedimiento laboral, no obstante las reformas constitucionales y legales, lo que implica un cambio en el sistema de administración de justicia.

Las juntas de conciliación y arbitraje y los tribunales laborales de reciente creación adscritos al Poder Judicial federal y local siguen siendo organismos de instancia única, sin superior jerárquico ante el cual se pue-

da recurrir una resolución, ya que los procedimientos para resolver los conflictos carecen de medios de impugnación en contra de las resoluciones que se dicten durante el juicio o al final de éste.

La forma en que se estructuró el juicio laboral en México de instancia única, carente de un órgano jerárquico especializado de control y supervisión de las resoluciones laborales, hace que adolezca de las garantías mínimas necesarias para tener un verdadero acceso a la justicia laboral, lo cual “no es admisible en un sistema legal que pretenda garantizar el acceso a la justicia de toda persona de recibir una respuesta estatal o alternativa a sus conflictos” (Fuentes y Neri, 2021).

El procedimiento es el medio para hacer asequibles los derechos laborales, y debe constituirse como el instrumento para salvaguardar también los derechos fundamentales y fungir como garantía de seguridad jurídica, ya que la ausencia de un doble grado de jurisdicción redundaría en perjuicio de los justiciables, así como de una eficiente impartición de justicia.

III. LA DOBLE INSTANCIA COMO GARANTÍA DE SEGURIDAD JURÍDICA

Conceptualmente, la instancia es la denominación que se da a cada una de las etapas o grados que integran un proceso, y es un principio característico del procedimiento civil; como señala Tuesta, “precisa la posibilidad de que una resolución se pronuncie ante más de un juez evitando que de ser agravante a los intereses de la parte, devenga inmediata e irremediablemente firme” (2012, p. 56).

El doble grado de jurisdicción se constituye como un medio de control especializado en la materia, que regula y supervisa de manera directa las resoluciones emitidas por un órgano inferior en una primera resolución; dentro de la doctrina está considerada como uno de los principios rectores del procedimiento, y precisa un medio de impugnación para hacerlo efectivo, que generalmente es el recurso de apelación.

La doble instancia contiene el derecho a recurrir, y según Zambrano “está fundamentada en la propia naturaleza humana de falibilidad y de imperfección de la autoridad judicial al emitir una sentencia” (2017, p. 228), ya que siempre existirá la posibilidad de que contenga errores y que éstos resulten trascendentes para los justiciables; es por ello por lo que se precisa una segunda revisión.

La doble instancia ha sido integrada al catálogo internacional de derechos humanos en materia penal, por medio del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que en el artículo 14, fracción 5, señala que “Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”.

En la Unión Europea, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales lo establece como el derecho a un recurso efectivo y a un proceso equitativo (respectivamente los artículos 13 y 6.1 (Burgorgue, 2016, p. 125).

Asimismo, el Protocolo 7 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales establece el derecho de impugnación en el artículo 2, que señala: “Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un tribunal tendrá derecho a hacer que la declaración de culpabilidad o la condena sea examinada por un órgano jurisdiccional superior”.

En el sistema regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo instituye bajo el rubro de garantías judiciales y de protección judicial en el artículo 8o., fracción 2, inciso h), así como en la jurisprudencia que emite la CIDH; en este contexto, la doble instancia es el derecho a recurrir el fallo ante un juez o tribunal superior, y es una de las garantías integrantes del debido proceso, si bien es cierto que se han denominado garantías judiciales y de protección judicial, éstos son derechos humanos fundamentales, al encontrarse contenidos en un tratado internacional de derechos humanos y en la jurisprudencia que emite el tribunal interamericano.

Respecto a este tópico, la doctrina señala que existe una confusión respecto a los derechos humanos y a las garantías individuales, insertas tanto en los textos legales como en la jurisprudencia, lo que ha dado lugar a concepciones erróneas de las mismas, porque garantía y derecho humano son términos diferentes, toda vez que el primero alude asegurar y proteger, y los segundos son aquellos que la garantía protege y asegura (Carbonell, 2011, 2:21m); sin embargo, la doble instancia no es sólo un medio para acceder a otros derechos, sino un derecho por sí mismo.

La doble instancia ha sido reconocida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en la Tesis: PC. XVIII. J/2, en donde argumentó que “es un derecho Humano, y no tan solo una garantía integrante del debido

proceso, y es el recurso de apelación el medio idóneo para hacerlo valer”; si bien es cierto que el pronunciamiento lo realizó en materia penal, pone de manifiesto la adhesión que realiza a las consideraciones emitidas por la CIDH, no solamente como un medio para hacer asequible un derecho, sino como un derecho autónomo y protegido por sí, debiendo ser interpuesto por medio de un recurso ordinario.

La CIDH ha realizado una amplia interpretación del tema; en el caso *Claude Reyes y otros vs. Chile*, sentencia del 19 de septiembre de 2006, fondo, reparaciones y costas, destacó “la necesidad de regular esos derechos dentro de los juicios o procesos ya que el Estado también otorga a las autoridades administrativas, colegiadas o unipersonales, la función de adoptar decisiones que determinan derechos” (párr. 118).

Si bien es cierto que en un primer momento se consideró que esos derechos solamente se aplicaban a los procesos penales, hoy son extensivos a todo tipo de procesos, tanto civiles, laborales, mercantiles y judiciales; así lo estipuló en el caso *Bahena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia del 2 de febrero de 2001, fondo, reparaciones y costas, en la cual señaló que

...su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto; sino [al] conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efecto de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado, en cualquier materia (párrs. 46, 124 y 125).

Las garantías judiciales y del debido proceso deben ser respetadas por los órganos jurisdiccionales y por todos aquellos que aun cuando no tengan naturaleza jurisdiccional la ejerzan; por lo tanto, es aplicable a órganos administrativos, judiciales, entre otros.

En el caso *Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*, sentencia del 3 de mayo de 2016, se destacó también el carácter del tribunal emisor; esto es, que no importa su conformación, ya sea unipersonal o colegiado, de carácter administrativo o jurisdiccional, pues basta simple y sencillamente que determinen derechos para que sea procedente la instauración de éstos (párrs. 71, 72 y 74).

De acuerdo con los estándares de la CIDH, la aplicación de la doble instancia comprende una administración de justicia jerarquizada, al ser un superior de aquel que emitió la resolución el que se pronuncie sobre la misma, efectuada en sede ordinaria y no ante un tribunal ajeno el que conozca

del juicio, y cuyo objetivo sea efectuar un análisis del material probatorio y decidir plenamente lo que proceda en derecho, ya que precisa que tenga facultades amplias de jurisdicción para poder reevaluar la prueba.

El superior jerárquico ante el cual se recurra el fallo debe reunir las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto, atendiendo a las exigencias de competencia, imparcialidad e independencia, para poder decidir; así lo estableció en el caso *Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 30 de mayo de 1999 (párr. 161).

La finalidad de este derecho es proteger el derecho de defensa durante el proceso, para evitar que quede firme una decisión que fue adoptada con vicios y que contiene errores que ocasionarán un perjuicio indebido a los intereses de una persona. El doble grado de jurisdicción implica la realización de una nueva valoración de la materia entera del juicio, con la posibilidad de evaluarla de una manera distinta que tenga el alcance a incidir en el resultado final del proceso; sin embargo, este derecho no se encuentra establecido dentro de la jurisdicción laboral en México, que recurre a otras formas de impugnación como el juicio de amparo directo laboral.

IV. EL JUICIO DE AMPARO DIRECTO LABORAL COMO INSTRUMENTO DE TUTELA

En México, los organismos encargados de la impartición de justicia laboral son las juntas de conciliación y arbitraje federales y locales, de carácter tripartita, integrados por un representante del gobierno, uno de los trabajadores y uno de los patrones y los tribunales laborales de reciente creación y puesta en marcha, adscritos al Poder Judicial, integrados por un juez, quien emite una sentencia; el procedimiento en ambos casos es oral, realizado en una sola instancia.

La nueva legislación laboral publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1o. de mayo de 2019, cuya vigencia inició a partir de la entrada en funcionamiento de los nuevos tribunales laborales, desapareció los medios de impugnación establecidos en el procedimiento como el recurso de revisión y el recurso de reclamación contenidos en los artículos 849 al 856 de la legislación anterior, ya que en el nuevo juicio únicamente procede el recurso de reconsideración contra los actos del secretario instructor contemplado en el artículo 873-k.

Hasta antes de la reforma a la Ley de Amparo del 2 de abril de 2013, se utilizaba como medio de impugnación de las resoluciones laborales (acuerdos y sentencias interlocutorias) el juicio de amparo indirecto, tramitado ante los juzgados de distrito; sin embargo, dejó de ser procedente a partir de la misma, y hoy solamente puede impugnarse hasta que se promueva el juicio de amparo directo contra la resolución final.

El juicio de amparo directo, según lo establece el artículo 172 de la Ley de Amparo vigente en concordancia con el artículo 107, fracción V, inciso d, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, modificado el 24 de febrero de 2017, es procedente en contra de sentencias definitivas, laudos o resoluciones que pongan fin al juicio y se promueve ante el tribunal colegiado de circuito.

Este juicio funciona como la última instancia de las resoluciones emitidas por autoridades del orden civil, penal, laboral y de cualquier materia; su función es verificar si hubo violaciones dentro del procedimiento del cual emana el acto, revisando la legalidad o ilegalidad de una resolución judicial e históricamente nace, señalan Martínez y Caballero, a partir de la Constitución de 1917, y competía exclusivamente a la SCJN funcionando en Pleno, a partir de la reforma de 1928, su conocimiento fue asignado a las salas de ésta, y desde 1951 y 1968 concierne también a los tribunales colegiados de circuito (2009, p. 4).

Fix-Zamudio señala que no fue hasta la segunda Ley de Amparo cuando se estableció su procedencia en única instancia ante la SCJN contra laudos dictados por las juntas de conciliación y arbitraje, dando lugar al llamado “amparo social en materia del trabajo” (2017, p. 164), suprimiéndose la segunda instancia, que era realizada ante los jueces de distrito, y después ante la SCJN.

La modificación a la fracción V del artículo 107 de la Constitución, el 10 de agosto de 1987, “marcó el rumbo definitivo de la competencia de los tribunales colegiados de circuito para el conocimiento del juicio de amparo directo” (Fix-Zamudio, 2017, p. 157), procedimiento constitucional que tiene características especiales, que, sin embargo, pese a su envergadura y múltiples beneficios, no es el derecho humano a la doble instancia a que hemos hecho referencia.

El juicio de amparo directo es un juicio autónomo y externo del realizado ante los organismos laborales, y no un recurso, el cual es tramitado ante los tribunales colegiados de circuito, que no son parte de la estructura orgánica de las autoridades laborales, y que por disposición del artículo 123 de

la Constitución Política Mexicana, fracción XXXI, y 523, de la Ley Federal del Trabajo, no son autoridades laborales, y no les compete la aplicación de las normas del trabajo.

Es un juicio de carácter extraordinario, cuya estructura jerárquica depende del Poder Judicial federal, que no tiene jerarquía sobre los tribunales laborales, y tiene sus propias formas y principios, ajenos y diferentes a los que dan vida al derecho procesal social, además de ser “un medio de impugnación interpuesto fuera del procedimiento ordinario” (Ojeda, y Ojeda, 2007, p. 50), ya que se realiza cuando el juicio natural ha concluido.

Este juicio tiene principios rectores y características propios, diversos al derecho procesal laboral, como la intermediación, que impone la exigencia de contacto entre el juzgador, los litigantes y el desahogo de los medios probatorios; tampoco es permitido ofrecer pruebas, ya que el acto se aprecia tal como quedó comprobado ante la autoridad responsable, mucho menos es una instancia que se añade a todos los juicios, es una petición sobre ciertas particularidades del juicio natural.

Los tribunales colegiados no tienen plenitud de jurisdicción respecto de los procedimientos naturales, ya que no pueden sustituir a las juntas y tribunales laborales, y, por ende, tampoco debe sobreponer su criterio en la valoración de los elementos probatorios; este juicio está encaminado a la enmienda de los derechos fundamentales, y no a la declaración del derecho sustantivo de los particulares, y su objetivo es determinar si el laudo viola derechos humanos en perjuicio del quejoso, y no realizar una revisión del material probatorio desahogado en el procedimiento laboral, característica propia de la doble instancia.

No obsta decir que los elementos del juicio laboral son diferentes a las partes que contienen en el juicio constitucional; en el primero, existe un conflicto entre uno o varios trabajadores o sindicatos, y uno o varios patrones u organismos de la administración pública federal o local, mientras que en el juicio constitucional, la autoridad que emitió el acto ya es parte de este nuevo juicio como parte demandada; por otro lado, en el juicio laboral se discute un derecho basado en las leyes ordinarias; en el segundo, las formalidades de éste, a la luz de la Ley de Amparo y la Constitución.

Para considerar que un tribunal ejerce un doble grado de jurisdicción, debe guardar y respetar los mismos principios y características; esto es, ser y funcionar única y exclusivamente como la segunda instancia del

juicio laboral. Cabe señalar que los tribunales colegiados generalmente carecen de especialización en la materia. Gudiño señala que es un requisito *sine qua non* para la adecuada aplicación del derecho, es decir, un requisito indispensable para que el juez pueda decidir el derecho (2003, p. 23), ya que de los 253 juzgadores existentes solamente 42 son especializados en materia del trabajo, 23 tienen competencia mixta en materia del trabajo y penal o del trabajo y administrativa o del trabajo y civil, lo que conlleva a suponer que no se cumplan con los requisitos de especialización que se requiere.

Ferrer y Sánchez apuntan que “el juicio de amparo directo debería ser un juicio que se utilizara con el carácter de excepcional y no de forma ordinaria, además de que la ausencia del derecho de apelación, en una determinada materia no queda compensada por haber sido juzgado por el más alto tribunal de un país” (2013, p. 40), sobre todo porque sus características y funciones son diferentes y no pueden sustituir a un medio de defensa ordinario llamado “segunda instancia”.

V. LA RESTRICCIÓN Y LA VULNERACIÓN DE DERECHOS PROCESALES

No obstante las recientes reformas procesales laborales constitucionales y legales, y de que se busca un cambio de paradigma en la aplicación del derecho, nuevamente el juicio constitucional de amparo directo es utilizado como el medio para recurrir la última resolución que se dicte en el juicio laboral.

Pero ese recurso no es el derecho humano a la doble instancia; así lo ha establecido la SCJN, mediante la Tesis: PC.XVIII.J/2 P (10a.), al determinar que no es *recurso* que prevé la CIDH, en el artículo 8o., fracción 2, inciso h), y el argumento principal es que es un juicio sobre el juicio, y no sobre los hechos, al no existir la revaloración o reexamen de las pruebas ofrecidas.

En el juicio de amparo directo en revisión 5489/2014, el Poder Judicial federal ha concluido que los tribunales de amparo no satisfacen los requisitos de un juez natural por las características propias del juicio constitucional, y que es una obligación que se otorgue una segunda instancia en todos los procesos en los que se apliquen sanciones, independientemente del nombre que se le otorgue a la instancia, pues lo importante es su efectividad.

Cabe señalar que mediante la Tesis: 1a./J.71/2015 (10a.) se señaló el carácter del juicio de amparo directo, el cual no tiene el alcance de renovar en forma integral el juicio laboral ni reasumir nuevamente las pruebas, precisamente porque en él no existe etapa probatoria, característica propia del derecho humano a la doble instancia.

En ese sentido, también se han establecido los límites de los tribunales de amparo, ya que el juicio de garantías no debe invadir el arbitrio que les corresponde a los juzgadores ordinarios, pues su tarea no es la de sustituirse en la esfera de competencia que a ellas atribuye, sino vigilar que se ajusten a sus mandamientos, y en todo caso respetar tal actuación.

El juicio constitucional es un nuevo juicio, que no tiene el carácter de doble instancia ni de tribunal de apelación laboral; por lo tanto, este supuesto órgano revisor no satisface los requerimientos del juez natural, y no puede establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. Ahora bien, el juicio de amparo directo laboral es “un procedimiento tardado y complejo”, señala Quintero (2019, p. 14), y se debe en parte a que los tribunales colegiados no tienen *plenitud de jurisdicción* sobre la materia laboral, por lo tanto, no pueden corregir por sí mismos una resolución; lo anterior es así porque cuando otorgan el amparo, *reenvían* la resolución a los organismos laborales a efecto de que corrijan vicios u omisiones, confiriendo plenitud de jurisdicción en materias que ellos no pueden decidir.

Al contrario de los tribunales de apelación, que “cumplen los requisitos de la «doble instancia jurisdiccional” (Cobrerros, 2020, p. 32), y que se rigen bajo el principio *de no reenvío*, que es una figura jurídico-procesal en la cual “el tribunal de segunda instancia debe dictar la nueva resolución y solventar las omisiones u errores en que incurrió el juez de primer grado, atendiendo a la plenitud de jurisdicción con la que cuentan” (Pérez, 2019, p. 1).

Este principio es el que otorga celeridad al procedimiento, ya que no existen múltiples y sucesivos reenvíos, como sucede en el juicio de amparo directo, que se puede llevar años en su tramitación al otorgar libertad de jurisdicción a las autoridades laborales, emitiéndose diversos laudos, ya que los tribunales federales no pueden invadir su jurisdicción y dictar una resolución por sí mismos, al contrario de un tribunal de apelación que decide y emite la nueva resolución.

Cabe hacer notar que cuando los tribunales colegiados entran al análisis del juicio realizan primero y por cuestión de técnica un análisis de las violaciones procesales, y si las encuentran fundadas ordenan *reponer el*

procedimiento laboral, dejándose sin efectos la resolución o laudo, ordenando que el procedimiento laboral *se retrotraiga* a partir de la violación procesal, lo que ocasiona el retardo en la administración de justicia.

Los tribunales colegiados, al ser órganos de control, señala García, “siguen analizando primero los requisitos procesales cuando deberían de privilegiar la resolución del fondo de los conflictos” (2021, p. 67) le otorgan más importancia a la forma que al fondo; sin embargo, es parte de su propia naturaleza.

VI. LA DOBLE INSTANCIA EN EL PROCEDIMIENTO DEL TRABAJO

La propuesta de regular la segunda instancia dentro del derecho procesal del trabajo surge por la necesidad de ajustar la realidad social al derecho procesal laboral, que necesita actualizarse, renovarse, ser acorde al nuevo Estado de derecho, en donde el control de convencionalidad y los tratados internacionales de derechos humanos tienen influencia determinante para el desarrollo de los juicios en general.

El establecimiento de la segunda instancia implica un verdadero acceso a la justicia y al debido proceso; otorgando certeza y seguridad jurídica a las partes y aumentando el grado de credibilidad de la autoridad, al existir la confianza de que toda resolución es revisada por un superior que se presume tiene mayor grado de conocimientos; su implementación encuentra soporte real en la posibilidad de evitar el error y la arbitrariedad examinando la indebida o la falta de aplicación del derecho, “garantizando el derecho de defensa y contradicción que debe revestir todo juicio o proceso” (Cruz, 2015, p. 3).

Toda vez que “si un mismo juicio se formula ante dos personas distintas, la probabilidad de su injusticia disminuye, en razón directa del número de quienes lo han pronunciado” (Ambriz, 2003, p. 2). La doble instancia, a la par de elevar la calidad de la administración de justicia y el respeto al debido proceso, disciplinaría el procedimiento del trabajo haciéndolo más célere y efectivo, estableciendo un medio de control especializado en la materia, que regule y supervise de manera directa las resoluciones emitidas por los tribunales laborales.

La especialización encuentra su fundamento en el artículo 36 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales o Declaración de los

Derechos Sociales del Trabajador de 1947, que señala: “En cada Estado debe existir una jurisdicción especial de trabajo y un procedimiento adecuado para la rápida solución de los conflictos”, así como en las recomendaciones realizadas por la Organización Internacional del Trabajo en la Cuarta Conferencia Regional del Trabajo llevada a cabo en 1949, artículo 7o., que señala que deberían establecerse tribunales superiores del trabajo para conocer de los recursos presentados en primera instancia creados con este fin.

El exmagistrado de circuito José de Jesús Gudiño Pelayo señala que “un tribunal especializado, es más eficiente y capaz, existe una mayor agilidad a la hora de resolver, se utilizan menos recursos económicos, más celeridad, por la práctica y el conocimiento de la materia” (2006, p. 23). El nuevo procedimiento laboral, precisa de un recurso legal, ya que a partir de la implementación de los nuevos tribunales laborales es únicamente un juez quien tomará toda la carga de dictar una resolución, lo que conlleva a sostener que es más urgente la necesidad de implementar un órgano superior, que supervise lo emitido por el inferior dada la fallibilidad humana.

No obstante que se afirma que la doble instancia afectaría la celeridad procesal del juicio, debemos decir primeramente que la lentitud de los juicios llamada “mora judicial” no es materia exclusiva del derecho procesal del trabajo, menos aún de nuestro país; la lentitud en los juicios es el común denominador de los sistemas procesales, “en América Latina la duración promedio de un juicio es entre 8 meses y 3 años” (Reynaud, 2011, p. 85), mientras que en la Unión Europea es de aproximadamente novecientos días en la resolución de un procedimiento (Comisión Europea, 2018, p. 3).

Los problemas de la excesiva dilación de los procesos jurisdiccionales no son consecuencia del sistema de recursos, pues no existe una relación de causalidad directa entre la indebida dilación procesal y la doble instancia; Tuesta, quien ha estudiado a fondo la segunda instancia, señala: “los procesos de instancia única no han demostrado ser más rápidos que los de doble instancia, la deficiente organización tribunalicia hace que aparezcan defectos” (2012, p. 28).

La mora judicial responde sobre todo a problemas estructurales que presenta el propio sistema de administración de justicia, insuficiencia de recursos, y por lo tanto no puede ser imputable directa e inmediatamente a la doble instancia, que debidamente implementada haría la justicia más

pronta y expedita, al ser un superior especializado en la materia, y que de acuerdo con las características del recurso de apelación tiene facultades para resolver y emitir la resolución final, estableciendo con rigor los plazos, y no debe, dadas las características del litigio laboral, existir un amplio panorama para poder apelar.

La ausencia del derecho humano a la doble instancia y la limitación a recurrir a la establecida en el artículo 848 de la nueva Ley Federal del Trabajo, que señala que las resoluciones de las juntas y tribunales no admiten recurso alguno y que la autoridad laboral no puede revocar sus resoluciones, es violatoria por sí misma de los derechos fundamentales del debido proceso.

Si bien es cierto que los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo, argumento emitido por la CIDH en el caso *Vélez Loor vs. Panamá*, excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de noviembre de 2010 (párr. 179).

En un Estado de derecho como el nuestro no es dable concebir procesos judiciales sin las garantías mínimas requeridas para considerar que existe un verdadero acceso a la justicia. De acuerdo con teorías garantistas de los derechos humanos, un procedimiento para la determinación de derechos necesariamente debe tener algún medio de impugnación; un procedimiento judicial sin recursos contra las decisiones de los jueces es un procedimiento trunco o, mejor aún, inicuo (Tuesta, 2012, p. 1).

El derecho a apelar una resolución no puede estar limitado por principios como la celeridad, o bien por leyes secundarias, porque es un derecho fundamental que debe ser garantizado por el Estado mexicano, ya que los derechos son los reconocidos en el Pacto, y el Estado no puede eximirse de ello; como decía Canelutti “hay que dar seguridad y garantías al proceso para que éste no sea el sepulcro de la justicia”.

VII. CONCLUSIONES

El acceso a la justicia implica el respeto al debido proceso; el derecho humano a la doble instancia es un derecho fundamental integrante del mismo, incluido en los tratados internacionales de derechos humanos, de manera específica en la Convención Americana de Derechos Humanos y en la jurisprudencia que emite la CIDH.

La doble instancia es un derecho que debe ser implementado en todo tipo de procedimientos en donde se diriman derechos, independientemente de la conformación que tenga el tribunal y sea unipersonal, colegiado, o bien de carácter administrativo o jurisdiccional.

La doble instancia prevé la existencia de una justicia jerarquizada, al ser un superior de aquel que emitió la resolución el que se pronuncie sobre la misma, efectuada en sede ordinaria y no ante un tribunal ajeno el que conozca del juicio, y cuyo objetivo sea efectuar un análisis del material probatorio y decidir plenamente lo que proceda en derecho, precisa que el superior tenga facultades amplias de jurisdicción, para poder reevaluar las pruebas.

Este derecho fundamental no se encuentra contemplado dentro del procedimiento del trabajo, que sigue siendo de instancia única, carente de superior jerárquico ante el cual se puedan recurrir las resoluciones dictadas dentro del juicio como en la resolución final. Si bien es cierto que se prevé la existencia del juicio de amparo directo como medio de impugnación de laudos y sentencias de carácter laboral, éste no es el derecho humano al doble grado de jurisdicción.

El procedimiento laboral mexicano vulnera derechos humanos procesales, porque si bien es cierto que los Estados tienen cierta discrecionalidad para regular el ejercicio de ese recurso, no pueden establecer restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del *derecho a recurrir del fallo*.

Es deber del Estado mexicano, de acuerdo con el artículo 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

La incorporación de los derechos fundamentales a los procedimientos de cualquier índole es una de las características de un Estado constitucional de derecho; cabe reafirmar que los derechos humanos fueron establecidos en pactos y convenciones para la protección y el respeto de los derechos del hombre en general, no de alguno en particular, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

VIII. REFERENCIAS

- Ambriz Landa, A. (2003). Excepciones al principio de no reenvío, en el recurso de apelación civil en materia federal. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal* (14), 21-43. <https://revistascolaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/judicatura/article/download/32028/29020> (fecha de consulta: 1o. de diciembre de 2018).
- Árese, C. (2015). El acceso a tutela judicial efectiva laboral. *Revista Latinoamericana de Derecho Social* (21). julio-diciembre, 237-256. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24487899e.2015.21.977> (fecha de consulta: 15 de octubre de 2018).
- Burgorgue-larsen, L. (2014). La Corte Interamericana de Derechos Humanos como tribunal constitucional. En A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, y E. Ferrer MacGregor (coords.). *Ius constitutionale commune en América Latina*, 421-459. México. Instituto de Estudios Constitucionales de Querétaro. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r36072.pdf> (fecha de consulta: 25 de julio de 2017).
- Carbonell, M. (septiembre de 2011). *La denominación derechos humanos y su diferencia con las garantías* [video]. YouTube. https://youtu.be/Dg__7BZi4bk
- Caso Bahena Ricardo vs. Panamá*. Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 2 de febrero de 2001. Núm. 46, párrs. 124 y 125.
- Caso Castillo Petruzzi y Otros vs. Perú*. Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de mayo de 1999, párr. 161.
- Caso Claude Reyes y otros vs. Chile*. Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 19 de septiembre de 2006, párr. 118.
- Caso Maldonado Ordóñez vs. Guatemala*. Corte IDH. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 3 de mayo de 2016, párrs. 71, 72 y 74.
- Caso Vélez Loor vs. Panamá*. Corte IDH. Excepciones, preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2010, párr. 179.
- Ciudad Reynaud, A. (2011). *La justicia laboral en América Central, Panamá y República Dominicana*. Costa Rica. Organización internacional del Trabajo. www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro.../

wcms_179370.pdf (fecha de consulta: 22 de julio de 2017).

- Cobrerros Mendazona, E. (2020). El doble grado de jurisdicción para las sanciones administrativas graves, una imperiosa exigencia convencional y constitucional. *Revista Vasca de Administración Pública, Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, 118, 17-48. DOI: <https://doi.org/10.47623/ivap-rvap.118.2020.01> (fecha de consulta: 2 de julio de 2021).
- Comisión Europea (2018). Eficacia de los sistemas judiciales (fichas temáticas del semestre europeo). https://ec.europa.eu/.../europeansemester_thematic-factsheet_effective-justice-systems (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2018).
- Consejo de la Judicatura Federal (2021). Estadística judicial. <https://www.dgepj.cjf.gob.mx/Indicadores/IndicadoresPorOrgano/organos/genTabular.asp> (fecha de consulta: 28 de julio de 2021).
- Cruz Barney, O. (2015). Defensa a la defensa y abogacía en México. *Cuestiones Constitucionales* (34), 243-245. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932016000100243&lng=es&tlng=es (fecha de consulta: 22 de julio de 2021).
- De Sousa Alves de Brito, P. J. (2020). El derecho de acceso a la justicia, la mediación y el arbitraje en la Convención Europea de Derechos Humanos. *Cadernos de Dereito Actual* (14), 9-45. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7689737> (fecha de consulta: 24 de julio de 2021).
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez, Gil R. (2013). El nuevo juicio de amparo y el sistema procesal penal acusatorio. *Serie Juicios Orales*. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12504> (fecha de consulta: 16 de mayo de 2017).
- Fix-Zamudio, H. (2017). Origen y repercusiones de la primera Ley Federal del Trabajo. En G. Esquivel, F. Ibarra Palafox y P. Salazar Ugarte (Coords.). *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* (71-101), tomo I. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídica. <http://bibliodigita.libd.senado.gob.mx/handle/123456789/3354> (fecha de consulta: 27 de junio de 2017).
- Fuentes-Reyes, G. y Neri-Hernández, M. (2021). El derecho de acceso a la justicia en personas adultas mayores privadas de libertad. *Forum*.

- Revista Departamento de Ciencia Política* (19), 140-166. <https://doi.org/10.15446/frdcp.n19.86910> (fecha de consulta: 9 de julio de 2021).
- García Méndez, C. (2021). Privilegiar el fondo sobre la forma como elemento sustancial para favorecer la tutela judicial efectiva. En C. A. Vázquez Azuara, J. M. de Alba y Á. Rosa Solano (Coords.). *El juicio de amparo, en la tutela judicial efectiva en el juicio de amparo*, 53-71. México. Universidad de Xalapa. <https://ux.edu.mx/wp-content/uploads/La-Tutela-Judicial-Efectiva-en-el-Juicio-de-Amparo.pdf> (fecha de consulta: 14 de julio de 2021).
- Gómez Lara, C. (2006). El debido proceso como derecho humano. En Nuria González Marín (Coord.). *Estudios jurídicos en homenaje a Martha Morineau*, tomo II, 341-357. México. UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10883> (fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017).
- Gudiño Pelayo, J. de J. (2006). *Laberintos de la justicia*, México, Editorial Laguna.
- Ischaunti Gazcon, F. (2020). *Derecho procesal civil materiales para estudio*. Madrid. Universidad Complutense de Madrid. Recuperado el de <https://eprints.ucm.es/56973/1/Derecho%20Procesal%20Civil%20-%20Fernando%20Gascon%20Inchausti%20-%202019.pdf> (fecha de consulta: 24 de julio de 2021).
- Islas Rodríguez, A. y Camargo Pacheco, M. de J. (2018). La complejidad del debido proceso como derecho fundamental y como garantía procesal. *Revista de Investigación Académica sin Frontera. División de Ciencias Económicas y Sociales*, (24). <https://doi.org/10.46589/rdiasf.v0i24.131> (fecha de consulta: 25 de julio de 2021).
- Martínez Ramírez, F. y Caballero González, E. (2009). El recurso de casación. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional* (12). 147-161. www.Corteidh.or.cr/tablas/r25585.pdf (fecha de consulta: 12 de diciembre de 2017).
- Natarén Nandayapa, C. (2006). *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal en torno a la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000*. México. UNAM. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11207> (fecha de consulta: 13 de julio de 2021).
- Ojeda Velázquez, J. y Ojeda Montero, F. (2007). Los tribunales colegiados de circuito —identidad perdida—. *Revista del Instituto de la Judica-*

- tura Federal* (24), 143-157. https://escuelajudicial.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/24/r24_5.pdf (fecha de consulta: 17 de julio de 2017).
- Organización Internacional del Trabajo (1949). *Resoluciones adoptadas por la Cuarta Conferencia de los Estados de América, Miembros de la Organización Internacional del Trabajo*. Montevideo. abril-mayo. <https://www.ilo.org/global/statistics-and...adopted-by...conferences.../index.htm> (fecha de consulta: 4 de noviembre de 2019).
- Pelayes, L. (2018). El impacto sobre el debido proceso con el nuevo código civil y comercial de Argentina. En D. Cuarezma Zapata y S. H. Bravo González (Coords.). *El debido proceso como un derecho humano*, 325-337. <https://www.inej.net/publicaciones/el-debido-proceso.pdf> (fecha de consulta: 22 de julio de 2021).
- Pérez Ragone, A. J. (2019). Hacia una apelación óptima: acceso y gerenciamiento de la segunda instancia. *Revista Direito GV*, 15(3), 1-29. São Paulo. <https://doi.org/10.1590/2317-6172201927> (fecha de consulta: 20 de julio de 2021).
- Quintero Cornejo, J. C. (2019). *Las externalidades del juicio de amparo, en la justicia cotidiana*. Tesis de maestría. Instituto tecnológico y de estudios superiores de occidente. <https://rei.iteso.mx/bitstream/handle/11117/5897/Trabajo%20de%20Obtenci%C3%B3n%20de%20Grado%20IDI%20IV%20-%20Juan%20Carlos%20Quintero%20Cornejo%20V.2.pdf?sequence=2&isAllowed=y> (fecha de consulta: 22 de julio de 2021).
- Ramírez Roa, L. A. (2018). Debido proceso, derecho fundamental. En D. Cuarezma Zapata y S. H. Bravo González (Coords.). *El debido proceso como un derecho humano*, 11-43. Nicaragua. Instituto de Estudio e Investigación Jurídica. <https://www.inej.net/publicaciones/el-debido-proceso.pdf> (fecha de consulta: 25 de julio de 2021).
- Tesis: 1a./ J. 71/2015 (10a.). (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Tomo I. libro 24. Noviembre, p. 844.
- Tesis: PC. XVIII. J/2. (2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. Libro 8. Tomo I. Julio, p. 545.
- Tesis: VIII. 4o. J/1. (2003). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Tomo XVII. Mayo.
- Tuesta Silva, W. (2012). *La racionalidad funcional de la garantía de la doble instancia*. Tesis de grado. Pontificia Universidad Católica del

Perú. tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/1291 (fecha de consulta: 29 de diciembre de 2017).

Zambrano Yépez, R. A. (2018). Falta de aplicación del principio de doble conforme en la jurisdicción contencioso-administrativa. *USFQ Law Review*, 4(1), 13. 221-223. <https://doi.org/10.18272/lr.v4i1.991>





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Comparando la protección de la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México

Comparing the Protection of Gender Identity of Trans Women Deprived of Liberty in Colombia and Mexico

“En la prisión el cuerpo humano entra en un mecanismo de poder que lo explora, lo desarticula y lo recompone”.

Michel FOUCAULT

Recepción: 21 de enero de 2022

Aceptación: 5 de septiembre de 2022

Iran GUERRERO ANDRADE*

Linda Alexandra RUIZ URREA**

RESUMEN: El artículo compara cómo se ha protegido jurídicamente la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México. El argumento que guía el desarrollo es que, a pesar de existir múltiples instrumentos internacionales y nacionales que protegen los derechos humanos de las personas trans privadas de la libertad, éstos no encuentran vigencia mínima en la realidad de ambos países. Por el contrario, tanto en Colombia como en México existe una profunda inobservancia

ABSTRACT: *The article compares how the gender identity of trans women deprived of liberty in Colombia and Mexico has been legally protected. The argument that guides the development is that, despite the existence of multiple international and national instruments that protect the human rights of the trans population deprived of liberty, they do not find minimum validity in the reality of both countries. On the contrary, both in Colombia and in Mexico there is a profound non-observance of the minimum*

* Doctor en ciencias sociales por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (Flacso México). Profesor investigador de tiempo completo en el área académica de Derecho y Jurisprudencia del Instituto de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Investigador nacional, nivel candidato. Correo electrónico: iran_guerrero@uaeh.edu.mx; ORCID: 0000-0002-4915-0216.

** Abogada por la Universidad Santo Tomás de Colombia. Maestra en Defensa de los derechos humanos por la Universidad Autónoma de Chiapas. Actualmente colaboradora en I(dh)eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos. Correo electrónico: alexa.ruizu@gmail.com; ORCID 0000-0002-5666-5082.

de los criterios mínimos de derechos humanos al momento de determinar la asignación carcelaria de las mujeres trans.

human rights criteria when determining the prison assignment of trans women.

Palabras clave: mujeres trans, LGBTI, derechos humanos, prisión.

Keywords: trans women, LGBTI, human rights, prison.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Discusión conceptual*. III. *Contexto de las mujeres trans privadas de la libertad en centros penitenciarios de Colombia y México*. IV. *Marco del derecho internacional de los derechos humanos de las personas trans privadas de la libertad aplicable en Colombia y México*. V. *Marco jurídico de protección de los derechos de las personas trans privadas de la libertad en Colombia*. VI. *Marco jurídico de protección de los derechos de las personas trans privadas de la libertad en México*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

En *Vigilar y castigar*, Michel Foucault analizó las prisiones modernas como espacios donde el cuerpo humano entra en un “mecanismo de poder que lo explora, lo desarticula y lo recompone” (Foucault, 2002, p. 135), donde los castigos se sustituyen por nuevas tecnologías de poder para “corregir las almas” y hacer a los ciudadanos “dóciles y útiles”. En sintonía, Goffman, al referirse a las instituciones totales, incluida la prisión, señaló que cuando una persona ingresa a ellas sufre una serie de “depresiones, degradaciones, humillaciones y profanaciones del yo” (2001, p. 27); iniciadas con la asignación de números, desvestir al nuevo interno, bañarlo, desinfectarlo, cortarle el pelo, etcétera, que en conjunto pueden denominarse como procedimientos de programación o de preparación para iniciar su proceso de moldeamiento y clasificación como objeto.

Si las personas “normales” sufren las implicaciones del proyecto disciplinario de la prisión, de la degradación del yo y su situación permanece al margen de la vida social, la invisibilidad, la humillación y las técnicas de disciplinamiento se acentúan cuando se trata de personas disidentes del canon de la normalidad heteronormativa. Particularmente, cuando se trata de personas que además de ser transgresoras del discurso bio-

lógico binario dominante de ser hombre o mujer, presentan una mayor propensión a sufrir múltiples violencias por las interseccionalidades que les atraviesan.

En el artículo, por medio de una metodología comparativa del marco de protección de la identidad de género para las personas trans privadas de la libertad que sufren esas tecnologías de poder, nos encargamos de realizar un análisis del marco jurídico de Colombia y México a partir de preguntarnos cómo se protege la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México; cuál es la situación carcelaria de las mujeres trans en esos países; específicamente, si hay observancia de la voluntad y se respeta el consentimiento de las mujeres trans al momento de decidir sobre el alojamiento en los establecimientos carcelarios, bien sea en la estructura de hombres o de mujeres.

Responder a los anteriores interrogantes se vuelve relevante si se toma en cuenta que en Latinoamérica los estudios sobre la situación de personas trans en contextos carcelarios apenas comienza a discutirse y visibilizarse (Parra y Bello, 2016; Constan, 2022; Segato, 2007), debido al énfasis de las investigaciones sobre las cárceles como espacios donde se coloca a los grupos “desechables” del capitalismo y se castiga a las poblaciones estigmatizadas (Wacquant, 2000) de acuerdo con la raza, la clase, la etnia y el sexo (Ariza y Zambrano, 2012; Bello, 2015; Pérez, 2018; Segato, 2007).

Por eso, si bien entendemos a las prisiones como sitios de estructura sexo binaria, donde se disciplina, moldea, hacina, deja morir a los cuerpos prescindibles (Parra y Bello, 2016) y no se cumple la reinserción social (Constan, 2022), nuestra finalidad es realizar un estudio descriptivo y analítico (Arzaluz, 2005; Carazo, 2006; Lahitte *et al.*, 2010) de las fuentes normativas, manuales, jurisprudencia, operaciones de Estado, organismos no gubernamentales y procesos estructurales de Colombia y México.

De igual manera, con el trabajo pretendemos dar cuenta de algunos avances formales logrados en el campo del derecho para la protección de las personas trans privadas de la libertad en Colombia y México. Esta población, que hasta 2021 —según los registros oficiales de la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC)¹ y del

¹ Información recuperada del censo realizado por la Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario al interior de los Establecimientos de Reclusión del

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI)—,² se compone de 202 personas trans en el caso de Colombia y 457 personas en el de México.

La hipótesis que guía el hilo conductor de la contribución es que a pesar de existir múltiples instrumentos internacionales de derechos humanos que amparan a las personas trans privadas de la libertad, éstos no encuentran vigencia mínima en las realidades de Colombia y México. Por el contrario, en ambos países latinoamericanos existe una profunda inobservancia de los criterios mínimos del derecho internacional de los derechos humanos al momento de la determinación del alojamiento de las personas trans privadas de su libertad, particularmente en el caso de las mujeres.

Para el análisis, partimos de la premisa de que uno de los principios orientadores de clasificación “para la distribución en los establecimientos penitenciarios de los individuos condenados tiene como base el sexo, la personalidad...” (Foucault, 2002, p. 266); de ahí que las cárceles sean espacios en los que se reproducen las dinámicas sociales en torno a la construcción del sexo, donde imperan significantes respecto al discurso biológico de lo que representa ser hombre o mujer, y donde se resguarda el género y la sexualidad, por lo que aquellos cuerpos e identidades disidentes —etiquetados como “anormales” en la sociedad— expresan desafíos para las autoridades penitenciarias y para los Estados.

La estructura del artículo la dividimos de la siguiente manera: en el segundo apartado (II) realizamos una breve discusión conceptual en torno a la prisión. En el tercero (III), nos encargamos del análisis del contexto que atraviesa a las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México. En el cuarto apartado (IV) desarrollamos el marco del derecho internacional de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad aplicable para ambos países. En el quinto y sexto apartados (V-VI) abordamos, respectivamente, los marcos nacionales de protección de la identidad de género de ambos países, sus principales alcances y su tutela en algunos casos jurisprudenciales. Finalmente, cerramos con algunas conclusiones sobre la necesidad de transformar las prácticas carcelarias,

Orden Nacional (ERON) en 2021. En él, 1,949 personas se autoidentificaron como población LGBTI.

² Información recuperada de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) que aplicó en 2021 el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en 203 centros de penitenciarios en el ámbito federal y estatal. El informe arrojó una población total de 220,500 personas internas, de las cuales el 5% se autoidentificaron como trans (66% mujeres trans y 34% hombres trans).

con el propósito de que se reconozca y respete la identidad de género de las mujeres trans en prisión (VII).

II. DISCUSIÓN CONCEPTUAL

El surgimiento de la prisión entre los siglos XVIII y XIX, como una nueva racionalidad de la pena introducida en el derecho, fue presentada como la humanización del castigo y el avance de las ciencias humanas (Becaria, 2015; Lardizábal, 2005; Marat, 2000). Los reformadores europeos señalaron que los suplicios, las penas crueles y los espectáculos punitivos del medievo —como la picota, la rueda, el látigo y la horca— demostraban la ausencia de la razón. Por eso, los espectáculos punitivos fueron desapareciendo de los códigos penales en Europa, y la prisión se estableció sin mayores cuestionamientos como la principal forma de castigar en la modernidad.

Un siglo después, Foucault (2002) cuestionó esta racionalidad penal humanista y todas sus posteriores reordenaciones emprendidas desde la psicología, la criminología, la psiquiatría, etcétera. Para él, al contrario de ser un avance en el desarrollo de la humanidad, la prisión significó el surgimiento de una nueva economía política en el castigo dirigida a castigar el alma; aplicada sobre los cuerpos para disciplinarlos, volverlos dóciles, modificar sus conductas y trastocar su interior por medio de rutinas, patrones de vigilancia, tácticas y técnicas de poder (Foucault, 2002).

Siguiendo estas aproximaciones, De Dardel (2015) señala que las medidas administrativas introducidas en países de Latinoamérica en torno a las cárceles son políticas criminales diseñadas en función de tecnologías de control que eliminan las subjetividades de las personas, sus vínculos sociales, y donde se somete a una dominación total. Por su parte, Parra y Bello (2016), al utilizar el concepto de “necropolítica” de Mbembe (2011), apuntan que la prisión es un espacio de poder que reduce los cuerpos a la destrucción —mundo de muerte—, por las condiciones asignadas para su existencia, y donde las políticas de los gobiernos autoritarios se vuelven espacios representativos de las formas en que operan los mecanismos repressores sobre los grupos más vulnerables (Parra y Bello, 2016).

Suscribimos las anteriores propuestas para el estudio y caracterización de las prisiones en general. Sin embargo, consideramos importante apuntar que, así como Rita Segato (2007) llama la atención sobre la selectividad

de la justicia y el componente colonial de las cárceles en América Latina —por medio de su correlato del orden racial—, es necesario advertir que el efecto colonial se magnifica aún más sobre los cuerpos y las sexualidades disidentes, debido a que la regulación de las prisiones, en tanto se configura de acuerdo con los valores heteropatriarcales (y falocéntricos) y castiga, por medio de la asignación carcelaria, a los cuerpos e identidades disidentes de la normalidad sexual de múltiples formas.

III. CONTEXTO DE LAS MUJERES TRANS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN CENTROS PENITENCIARIOS DE COLOMBIA Y MÉXICO

El elemento que distingue la práctica penitenciaria de los criterios de ubicación de las personas trans detenidas en Colombia y México gira en torno a dos extremos. Por un lado, existe una tendencia en no considerar la identidad de género, mucho menos la orientación sexual de las personas, al momento de su clasificación dentro de la estructura carcelaria. Por el otro, existe la creación de pabellones especiales para las personas gays o trans que les segrega del resto de la población o les limita en el acceso a los programas educativos y laborales que disponen las prisiones (Asociación para la Prevención de la Tortura, 2019).

Para el caso de Colombia, el Código Penitenciario y Carcelario señala que las personas privadas de la libertad en los centros de reclusión son separadas por categorías según su sexo, edad, naturaleza del hecho punible, personalidad, antecedentes y condiciones de salud física y mental (Ley 65, artículo 63). Su clasificación es competencia de la junta de distribución de patios y asignación de celdas de cada establecimiento de reclusión (Resolución 006349, artículo 36). Según el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC), la institución tiene destinados establecimientos de reclusión diferentes para hombres y para mujeres, o bien estructuras separadas dentro de un mismo establecimiento.³

Respecto a las personas lesbianas, gays, bisexuales y trans, el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional expresa que la clasificación de las personas privadas de libertad se basa en lo dispuesto en la aplicación del principio de enfoque diferencial (Reso-

³ Información obtenida por los autores por medio de una solicitud de derecho de la información.

lución 006349, artículo 36). El artículo 36 de este Reglamento dispone que la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género de una persona no pueden ser criterios para su clasificación al interior de los establecimientos de reclusión. El mismo instrumento, con el objetivo de proteger la vida e integridad personal de las personas LGBTI dentro de los centros de reclusión, contempla que la administración y las personas privadas de libertad deben acordar espacios especiales o exclusivos para su protección sin generar la exclusión de las mismas.

No obstante, el anterior artículo no expresa que se deba tomar en cuenta el consentimiento o voluntad de las mujeres trans en la decisión que adopte cada Junta de Distribución de Patios y Asignación de Celdas sobre la ubicación de éstas dentro de los establecimientos de reclusión. Por esa razón, indagamos —mediante una solicitud de derecho de la información ante la Dirección General del INPEC— los criterios que aplica la Junta para determinar a qué estructura (masculina-femenina) son remitidas las personas trans (mujer trans-hombre trans) que ingresan a prisión. La respuesta proporcionada por la Dirección fue la siguiente:

Respecto de la población trans, es preciso mencionar que no se tiene ERON (*sic*) especial, sino que ellos y ellas son privados de la libertad en establecimientos de reclusión de acuerdo con su sexo, pero aplicando el principio rector de enfoque diferencial, consagrado en la Ley 1709 de 2014, que a su vez fue integrado dentro del Reglamento General —Resolución 006349 del 19 de diciembre de 2016— que actualmente nos rige. En ese sentido el Instituto adopta medidas diferenciales en el tratamiento a las personas OS/IGD, con la finalidad de visibilizar, proteger y garantizar sus derechos.

No obstante, es preciso indicar, que aun, no habiendo norma que regule puntualmente este asunto, si tenemos algunos casos de mujeres trans que han sido ubicadas en Reclusiones de Mujeres y esto debido a que, en la orden de privación de la libertad emitida por las autoridades judiciales, así se ha ordenado específicamente.⁴

Lo señalado por las autoridades del INPEC permite inferir que no se tiene en cuenta la voluntad o el consentimiento informado de las mujeres trans en la decisión que adopta cada Junta de Distribución de Patios y

⁴ Respuesta del INPEC luego de una petición de derecho de la información presentada por los autores.

Asignación de Celdas sobre su ubicación al interior de los establecimientos de reclusión colombianos.

Para el caso mexicano, la situación carcelaria de las mujeres trans no es distinta a la que se experimenta en Colombia. Incluso, hay algunos elementos que apuntan a enmarcar el contexto mexicano como de menor observancia de los estándares internacionales de derechos humanos para las personas trans privadas de la libertad. Por ejemplo, si bien existen algunas aproximaciones sobre el número de personas privadas de la libertad que forman parte de esta población, lo cierto es que no existe un registro oficial donde de manera clara se puedan consultar.

Los datos disponibles están contruidos a partir de la dicotomía hombre/mujer, y señalan que hasta junio de 2021, 220,393 personas se encontraban en situación carcelaria. De ese total, 207,996 eran hombres, y 12,397 mujeres (Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional, Prevención y Readaptación Social, 2021). La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) dentro del Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria de 2019, registró a nivel nacional la peor calificación (6.54) (donde 10 es la mayor), precisamente dentro del rubro en cuanto al tratamiento a grupos de personas con requerimientos específicos, donde además asignó la calificación 3.91 en lo relacionado con la ubicación por seguridad de las personas LGBTI.

Un aspecto alarmante registrado con la forma de operar de los centros penitenciarios en México es la clara ausencia de un protocolo que atienda las singularidades y requerimientos de la población LGBTI, particularmente de las mujeres trans (CNDH, 2018). La propia CNDH ha destacado en sus informes la falta de un registro focalizado que permita determinar su ubicación y sus necesidades específicas, así como la nula toma de parecer de la voluntad de la población reclusa para evitar sufrir maltratos y discriminaciones al momento de su asignación carcelaria.

Respecto a los criterios de ubicación y asignación del tipo de prisión, la Ley Nacional de Ejecución Penal en México únicamente sigue criterios de separación de acuerdo con el sexo, la situación procesal (sentenciados/procesados) y la pena. A esto se debe agregar que la Comisión Nacional para Prevenir la Discriminación en México ha apuntado que las personas de la población LGBTI enfrentan obstáculos sustantivos en el ejercicio de sus derechos para acceder a empleos, desarrollarse libremente y ejercer su sexualidad e identidades. Restricciones que no son de extrañar si toma-

mos en cuenta los arraigados prejuicios imperantes en el país que arrojan, en el mejor de los casos, la estigmatización de la diversidad; en el peor, el asesinato de personas de este grupo.⁵

Como se observa, los casos de Colombia y México coinciden con la tendencia encontrada por la Asociación para la Prevención de la Tortura (2019), que, en su guía de monitoreo para la protección de las personas LGBTI privadas de libertad, señaló que las prisiones eran administradas bajo el principio de separación conforme al sexo (bajo el binarismo hombre/mujer),⁶ lo que implicaba una asignación carcelaria de las mujeres trans tanto en establecimientos para hombres como para mujeres.

A la luz de los dos casos, es necesario apuntar que aunque en ambos países se adopta el mismo patrón regulatorio, las decisiones sobre el alojamiento de las personas LGBTI en los centros penitenciarios continúa como un tema sujeto a debate. No obstante, el informe “Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros”,⁷ advierte que la política adoptada en la mayoría de los países de Latinoamérica de no contemplar a las mujeres trans en las decisiones genera su peligrosa asignación en cárceles de hombres y se acentúa el riesgo de que sean víctimas de violencia sexual (Alfonsi *et al.*, 2020, p. 13); como también pueden verse en una situación de sometimiento a la servidumbre forzada y a los servicios sexuales en prisión, situación documentada desde 2009 por la Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNDOC, 2009).

Este panorama alarmante y criminal del contexto carcelario para las mujeres trans de ambos países contrasta dramáticamente con el robusto avance que se ha tenido en las resoluciones del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en torno a las temáticas que involucra a la población LGBTI (Ruiz y Guerrero, 2022).

⁵ Tan sólo entre 2013 y 2017 se registraron oficialmente 381 asesinatos de personas LGBTI. Véase la ficha técnica de la Conapred, disponible en: http://www.conapred.org.mx/userfiles/files/FichaTematica_LGBTI.pdf (fecha de consulta: 15 de octubre de 2021).

⁶ Disponible en: <https://www.apr.ch/es/resources/publications/por-una-proteccion-efectiva-de-las-personas-lgbti-privadas-de-libertad-una> (fecha de consulta: 4 de julio de 2021).

⁷ Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37938.pdf> (fecha de consulta: 5 de septiembre de 2021).

IV. MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS PERSONAS TRANS PRIVADAS DE LA LIBERTAD APLICABLE EN COLOMBIA Y MÉXICO

1. *Sistema universal*

El marco de protección de los derechos humanos de las mujeres trans privadas de la libertad en los centros penitenciarios de Colombia y México está compuesto por un conjunto de disposiciones generales de carácter internacional que ampara los derechos humanos de las personas privadas de la libertad. El primer instrumento donde se estipulan algunos de los elementos centrales para su protección es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que expresa enfáticamente que todos los seres humanos son iguales en dignidad y derechos, y que nadie debe ser sometido a actos de tortura, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes (Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1o. y 5o.).

Junto a la Declaración, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (y su Protocolo Facultativo),⁸ el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,⁹ la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes;¹⁰ la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer¹¹ y la Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas,¹² son tratados y convenciones donde

⁸ Aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1966 y adoptado por Colombia el 29 de octubre de 1969 mediante la Ley 74 de 1968. Promulgado por el Congreso de la República el 12 de octubre de 1988 mediante el Decreto 2110 de 1988, según el *Diario Oficial*. Entró en vigor el 23 de marzo de 1976.

⁹ Aprobado por la ONU en diciembre de 1966 y adoptado por Colombia el 29 de octubre de 1969 mediante la Ley 74 de 1968. Promulgado por el Congreso de la República el 12 de octubre de 1988 mediante el Decreto 2110 de 1988, según el *Diario Oficial*. Entró en vigor el 3 de marzo de 1976.

¹⁰ Aprobada por la ONU el 10 de diciembre de 1984, adoptada por Colombia el 8 de diciembre de 1987 mediante la Ley 70 de 1986. Promulgada por el Congreso de la República el 26 de abril de 1988 mediante el Decreto 768 de 1988, según el *Diario Oficial*. Entró en vigor el 7 de enero de 1988.

¹¹ Aprobada por la ONU el 18 de diciembre de 1979, adoptada por Colombia el 2 de junio de 1991 mediante la Ley 51 de 1981, según el *Diario Oficial* 35794. Entró en vigor el 18 de febrero de 1982.

¹² Aprobada por la ONU el 20 de diciembre de 2006, adoptada por Colombia el 1o. de diciembre de 2010 mediante la Ley 1418 de 2010. Entró en vigor el 11 de julio de 2012.

se contemplan múltiples derechos para su protección, que son vinculantes para los Estados firmantes.

A la par de los anteriores instrumentos, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos¹³ y los Principios Básicos para el Tratamiento de los Reclusos¹⁴ son compendios especializados y de observancia en el tema de las personas privadas de la libertad. Las primeras son conocidas como Reglas Nelson Mandela, y buscan garantizar la dignidad de las personas en tal situación, alcanzar un trato en función de su condición de seres humanos, al igual que obligar a las autoridades penitenciarias para que los expedientes contengan información precisa para determinar la identidad personal de quien está privada de la libertad, siempre a la luz de respetar la identidad de género (Reglas Nelson Mandela, Regla 7a). Los segundos enmarcan la protección de las personas en sus derechos y libertades en sintonía con la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

En el mismo sentido se encuentran los Principios para la Protección de todas las Personas Sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión,¹⁵ donde se estableció la obligación de los Estados de supervisar regularmente, vía personas calificadas y experimentadas, los lugares de detención, con el fin de velar por la observancia de las leyes y detectar vulneraciones a los derechos humanos (principio 29). Por su parte, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no Privativas de la Libertad, también conocidas como las Reglas de Tokio,¹⁶ fomentan la aplicación de medidas no privativas de la libertad, por lo que la prisión se contempla como la última medida.

Otro instrumento internacional son las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas No Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes, igualmente llamadas Reglas de Bang-

¹³ Adoptadas por la ONU en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Ginebra en 1955, y aprobadas por el Consejo Económico y Social en sus resoluciones 663C (XXIV) de 31 de junio de 1957 y 2076 (LXII) de 13 de mayo de 1977.

¹⁴ Adoptados por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 45/111 del 14 de diciembre de 1990.

¹⁵ Adoptados por la Asamblea General de la ONU mediante la Resolución 43/173 del 9 de diciembre de 1988.

¹⁶ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 45/110 del 14 de diciembre de 1990.

kok,¹⁷ cuyo propósito fue complementar las reglas mínimas de tratamiento de las personas sujetas a detención y abordar de forma diferencial las necesidades de las mujeres privadas de la libertad. De estas reglas se desprenden obligaciones medulares en cuanto a la protección diferenciada para grupos minoritarios y pueblos indígenas que enfrentan múltiples formas de discriminación, así como la obligación de los centros de reclusión, de suministrar programas y servicios amplios que atiendan las necesidades de dichos grupos (previa consulta) (Reglas de Bangkok, regla 54).

De igual manera, los Principios Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes¹⁸ se desarrollaron con el objetivo de conceder seguridad a las personas que denuncien torturas o malos tratos al interior de los centros penitenciarios y garantizar las herramientas necesarias que permitan tanto el esclarecimiento de las responsabilidades como la imparcialidad de las investigaciones (Resolución 55/89).

Otro instrumento fundamental para la protección de la orientación sexual y la identidad de género son los Principios de Yogyakarta. Éstos se adoptaron en 2006 por la Comisión Internacional de Juristas y el Servicio Internacional para los Derechos Humanos (UNODC, 2009), con la finalidad de ser parámetros integrales para la protección eficaz de la identidad de género y la orientación sexual, particularmente el principio 9, donde se enmarca tanto el derecho que tiene toda persona privada de libertad de ser tratada humanamente como el considerar su orientación sexual e identidad género como elementos esenciales de la dignidad humana (Principios de Yogyakarta, principio 9).

Finalmente, la Declaración de Montreal sobre los Derechos Humanos de Lesbianas, Gays, Bisexuales y Transexuales, adoptada en 2006 por la Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBTI, contempla una serie de peticiones para la protección de las libertades fundamentales de las personas, y concretamente en el caso de las personas trans, expresa la necesidad de amparar la igualdad y dignidad (Declaración de Montreal, 2006).

¹⁷ Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 65/229 del 16 de marzo de 2011.

¹⁸ Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 55/89 del 4 de diciembre del 2000.

2. Sistema interamericano

En el contexto interamericano hay, para los Estados parte, obligaciones de respeto y garantía de las personas privadas de la libertad, según lo expresado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos —Pacto de San José de Costa Rica— (Pacto de San José, artículo 1.1). Los artículos que especialmente amparan los derechos de las personas trans privadas de la libertad son el artículo tercero, que tutela el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; el quinto, que expresa el derecho a la integridad personal; el undécimo, que protege la honra y la dignidad, y el vigésimo cuarto, que reconoce el derecho de igualdad ante la ley.

Ahora, con independencia de que todas las personas son titulares de los derechos recogidos en la Convención Americana, existen instrumentos adicionales que son orientadores para la protección de la identidad de género de las mujeres trans privadas de libertad: la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura,¹⁹ y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer —Convención Belém do Pará—. ²⁰

Un instrumento indispensable para la interpretación de los tratados en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos es el Conjunto de Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas, los cuales fueron adoptados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en marzo de 2008, dentro del marco de su 131o. periodo ordinario de sesiones. De estos Principios es importante destacar el IX, que hace alusión al ingreso, registro y examen médico de la persona que llega por primera vez a prisión; el principio XIX, que determina la separación por categorías de las personas privadas de libertad, ya que éstas deben ser alojadas en distintas secciones del centro penitenciario, según el sexo, la edad, la necesidad de protección de su vida e integridad personal y las necesidades especiales de atención, y el principio XXI, donde se refiere que los registros corpora-

¹⁹ Aprobada por la OEA en diciembre de 1985, adoptada por Colombia el 28 de octubre de 1997 mediante la Ley 409 de 1997, promulgada por el Congreso de la República el 15 de octubre de 1999 mediante el Decreto 2056 de 1999, según el *Diario Oficial*. Entró en vigor el 18 de febrero de 1999.

²⁰ Adoptada por la OEA en junio de 1994 y por Colombia el 29 de diciembre de 1995 mediante la Ley 295 de 1995, Convención a la cual la Corte Constitucional le realizó control constitucional a través de la Sentencia C-408 de 1996.

les de las personas privadas de libertad y de los visitantes deben ser practicados en condiciones de higiene por un persona calificada del mismo sexo, siempre en respeto de la dignidad humana.

Los anteriores principios y reglas han sido utilizados como pautas de interpretación de contenido y alcance de las disposiciones de los diversos tratados que hacen alusión a las personas privadas de libertad. De acuerdo con la Corte Constitucional de Colombia, estos instrumentos forman parte del derecho progresivo, también llamado *soft law*, por lo que no son criterios estrictamente vinculantes para los Estados, pero sí relevantes para la interpretación del derecho constitucional de los derechos humanos (Sentencia C-659), e imprescindibles al momento de adoptar decisiones razonables y justificadas a la luz del sistema de fuentes del derecho internacional (Sentencia T-235).

3. *Informes relevantes de organismos internacionales*

En atención a los anteriores instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos que enfáticamente señalan la protección de los derechos de la población LGBTI privada de la libertad y ante su inobservancia en el plano práctico al momento de su asignación carcelaria, distintos organismos internacionales han llamado la atención a los Estados sobre la necesidad de garantizar la participación de las personas trans, especialmente de las mujeres trans, en la decisión sobre su alojamiento al interior de los centros de reclusión. Así quedó expresado en el principio 9, literal c, de los Principios de Yogyakarta.

La Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito ha destacado que en la mayoría de los Estados no existen políticas orientadas a las autoridades penitenciarias para guiar su labor respecto a las necesidades especiales de las personas homosexuales, bisexuales y transexuales privadas de libertad. Esta organización ha puesto énfasis en que las instituciones de reclusión deben partir del principio esencial de distribución y alojamiento; es decir, las personas trans deben ser ubicadas en espacios donde se preserve su seguridad, y deben ser incluidas en la decisión sobre su ubicación (UNODC, 2009, pp. 105-116). De lo contrario, como lo ha estipulado la mencionada organización, las autoridades penitenciarias de forma unilateral continuarán vulnerando el principio de dignidad humana y el reconocimiento de la identidad de género de las personas trans,

al asignar su distribución bajo criterios biorregulatorios, como lo son el sexo de nacimiento y las cirugías de reasignación de sexo.

Las organizaciones Reforma Penal Internacional y Asociación para la Prevención de la Tortura (2013) han expresado que las decisiones de colocación y protección de las mujeres trans que se encuentran en detención deben ser tomadas a partir de su consentimiento informado. Ambas organizaciones acentuaron como buena práctica la forma en que la prisión del condado de Cook (estado de Illinois en Estados Unidos) introdujo una política para las personas transgénero detenidas, la cual consistió en la creación de un comité de identidad de género que periódicamente se reúne para revisar los planes respecto a cada persona trans privada de libertad, además de analizar su ubicación en la estructura de hombres y de mujeres (Reforma Penal Internacional y Asociación para la Prevención de la Tortura, 2013). Esta política demuestra que, por un lado, se requiere voluntad por parte de las autoridades penitenciarias y de los mismos Estados para buscar transformar las dinámicas al interior de las prisiones, y por el otro, que es posible mejorar las condiciones penitenciarias de las mujeres trans mediante el respeto de estándares internacionales.

En igual sintonía, el Relator Especial de la ONU sobre la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes ha recomendado que no sólo se debe tener en cuenta la elección y la identidad de género de las personas antes de su encarcelamiento, sino que se les deben facilitar oportunidades para que puedan apelar y/o controvertir las decisiones de las autoridades penitenciarias sobre su ubicación (Informe del Relator Especial, 2009). Por su parte, la Relatora Especial de la ONU sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, al referirse a la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias, señaló que las autoridades penitenciarias en el momento de la asignación de una persona transgénero a la estructura de hombres o de mujeres deben consultar con la persona en cuestión y considerar las condiciones particulares del caso, siempre priorizando su seguridad y los deseos particulares de la persona (ONU, 2017).

Por último, junto a los instrumentos convencionales de carácter universal y regional antes revisados, existe un conjunto nutrido de resoluciones y jurisprudencia del Comité de Naciones Unidas y de la Corte Interamericana (Ruiz y Guerrero, 2022), que igualmente son necesarias tener presente porque son de observancia obligatoria para los Estados. De hecho, la CIDH ha exhortado a los Estados parte a desarrollar políticas y directri-

ces integrales diferenciadas para el trato adecuado de las personas LGBTI privadas de libertad (CIDH, 2015). Su interés y llamamiento deriva de la situación de vulnerabilidad de las personas trans en los establecimientos de reclusión; de la necesidad de adoptar medidas para asegurar la participación de las personas trans en las decisiones relativas a la asignación de su alojamiento en los contextos de encierro; de insistir que el método de la privación de la libertad no debe exceder el nivel de sufrimiento inherente a la reclusión y de la urgencia de respetar en todo momento la dignidad humana.

V. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN COLOMBIA

En el sistema colombiano, el marco jurídico que protege a las personas privadas de la libertad parte de la Constitución Política de Colombia de 1991, donde se ampara el derecho a la libertad, a no ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, y se expresan las garantías en favor de las personas detenidas y juzgadas. Para el caso de las personas trans privadas de libertad en los establecimientos carcelarios colombianos, el respeto a sus derechos deviene del reconocimiento de su personalidad jurídica y de la seguridad para el libre desarrollo de su personalidad, como también del respeto a su honra; derechos que son tutelados tanto en la Constitución como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el ámbito de la legislación nacional, se encuentra la Ley 65 de 1993, que comprende el Código Penitenciario y Carcelario. En esta disposición legal, que se modificó mediante la Ley 1709 de 2014, fue incorporado un principio fundamental para la protección de los derechos de las personas trans privadas de la libertad. Se trata del principio de enfoque diferencial, que reconoce la existencia de poblaciones con características particulares en razón a su identidad de género y orientación sexual. A raíz de este principio, todas las medidas penitenciarias deben partir del desarrollo de un enfoque diferencial (Ley 65, artículo 3o.).

Por otro lado, la Resolución 006349 de 2016 (actual Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional —ERON— a cargo del INPEC) modificó el Acuerdo 011 de 1995, que funcionaba como antiguo reglamento general. La actualización se debió al cumplimiento

de la obligación del Estado colombiano por la aprobación del Informe 3/14 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo (Defensoría del Pueblo, 2020), donde la Comisión llegó a la conclusión de que las autoridades penitenciarias colombianas vulneraron el derecho a la igualdad ante la ley consagrado en el artículo 24 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 y 2 de la misma, al habersele negado el derecho a la visita íntima a Marta Lucía Álvarez Giraldo respecto de su compañera sentimental. Negativa que según la CIDH “fue fundada en estereotipos negativos sociales asociados al ejercicio de la sexualidad por parte de las mujeres” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe 122/18, párr. 173).

Una medida administrativa medular que articuló distintos pronunciamientos jurisprudenciales en torno a la orientación sexual y a la identidad de género de las personas privadas de libertad fue la expedición de la Dirección General del INPEC de la Directiva Permanente 0010 de 2011 respecto a las personas LGBTI en los establecimientos de reclusión del orden nacional. De acuerdo con la Defensoría del Pueblo (2020), la directiva reguló aspectos como el derecho a la visita íntima en condiciones de igualdad para las personas de la población LGBTI, el derecho que tenían las personas de ingresar los elementos que fueran necesarios para la reafirmación de su identidad, y señaló la prohibición de cualquier forma de discriminación basada en la orientación sexual o identidad de género de la población privada de libertad. Asimismo, el 12 de julio de 2011 el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario emitió la Directiva Permanente 000112, con objeto de crear una política institucional de respeto, promoción y protección de los derechos humanos al interior de los establecimientos y de la institución (Defensoría del Pueblo, 2020).

Donde se puede observar de forma más amplia que la protección de los derechos de las personas trans privadas de libertad y de la población con orientación sexual e identidad de género diversa es a nivel jurisprudencial (Ruiz y Guerrero, 2022). La razón es que la Corte Constitucional de Colombia expresó en la Sentencia T-062 que la protección de la identidad y la opción sexual son consecuencia del principio de dignidad humana. Además, esta Sentencia es vital porque en ella se señaló que los derechos a la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad y la igualdad no eran objeto de suspensión por el hecho de la privación de la libertad. Por el contrario, a raíz de la relación de especial sujeción que surge entre las personas privadas de libertad y el Estado, éste tiene la obligación

de garantizar a las personas con orientación sexual e identidad de género diversa, la seguridad de poder ejercer derechos y manifestar libremente su identidad, sin que las sanciones impuestas conlleven la pérdida en el ejercicio de sus derechos.

La misma situación ocurrió en la Sentencia T-388 de 2013. Decisión donde la Corte declaró por segunda vez el estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario, e hizo hincapié en la existencia de poblaciones que requerían mayor amparo que otras (personas LGBTI, mujeres, niñas y niños, personas en condición de discapacidad, afrodescendientes, indígenas, adultos mayores y los extranjeros), en función de ser grupos de especial protección constitucional. En la misma sentencia se estableció la necesidad de producir una reforma del sistema penitenciario y carcelario que incluyera un enfoque diferencial para proteger a las personas sujetas a especial protección constitucional (Sentencia T-388).

Posteriormente, en la Sentencia T-099 de 2015, la Corte Constitucional realizó una declaración importante para la protección de los derechos de las personas trans, al considerar que

La clasificación clásica y binaria entre hombre y mujer responde a una construcción cultural que debe ser revaluada a partir de, entre otros, los conceptos de identidad de género y orientación sexual. Esto, con el fin de abandonar estereotipos arraigados en la sociedad que tienen el potencial de generar una discriminación sistemática (Sentencia T-099, párr. 39).

En el fallo, además, se expresó que la identidad de género y la orientación sexual eran consideradas manifestaciones legítimas del ser humano, de ahí que las autoridades tuvieran la obligación de protegerlas, evitando realizar acciones invasivas, como revisiones físicas y, sin excepción, partir del respeto al autorreconocimiento de las personas.

De manera sistemática, y en sintonía con los criterios previos, la Sentencia T-762 de 2015 reafirmó la declaración del estado de cosas inconstitucional del sistema penitenciario y carcelario que había sido determinado en 2013. No obstante, algo singular de la sentencia fue ordenar a la Defensoría del Pueblo y al Ministerio de Justicia y del Derecho para que conformara un comité interdisciplinario que estructurara normas técnicas sobre la privación de la libertad, con base en la aplicación de un enfoque diferencial frente a las necesidades de la población LGBTI privada de la libertad (Sentencia T-762, párr. 109).

En relación con la protección del nombre como un elemento fundamental para afianzar la identidad de las personas, la Corte dispuso en la Sentencia T-363 de 2016, que para quienes sostenían procesos de reafirmación de su identidad de género, las decisiones sobre el nombre estaban dirigidas a fijar su individualidad y expresar su autodeterminación. Así, las decisiones de las personas trans frente a su nombre debían ser respetadas tanto por las autoridades como por la sociedad en general, por lo que las exigencias sociales, legales, administrativas o judiciales dirigidas a las personas trans para modificar sus nombres eran inadmisibles (Sentencia T-363, párr. 27). La sentencia es de vital importancia, porque señaló que el respeto al reconocimiento de la identidad de género no depende de la modificación administrativa de los documentos de las personas, debido a que el proceso de reafirmación identitaria implica la libertad para no realizar dichos procedimientos, sin que ello coarte el respeto a su identidad individual (Sentencia T-363, párr. 28).

Por último, en la Sentencia T-720 de 2017, la Corte Constitucional subrayó que las personas privadas de libertad son titulares de algunos derechos con el carácter de intocables, ya que los mismos se deducen de la dignidad del ser, de modo que su restricción desdibujaría la naturaleza humanista de la Constitución de 1991. Entre los derechos que tienen esta índole se encuentran la vida, la integridad personal física y moral, la libertad de culto, la libertad para escoger profesión u oficio, el derecho al debido proceso judicial y administrativo, el derecho de petición, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad y el reconocimiento de la personalidad jurídica (Sentencia T-720, párr. 2). Por lo anterior, la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad debe ser protegida por las autoridades penitenciarias, quienes están en la obligación de respetar el autorreconocimiento que cada persona realice de su género.

VI. MARCO JURÍDICO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS TRANS PRIVADAS DE LA LIBERTAD EN MÉXICO

En México hay ciertas similitudes con Colombia en lo que respecta al marco jurídico nacional que ampara los derechos de las mujeres trans privadas de la libertad, y no sólo porque ambos países reconocieron y firmaron la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, y por lo tanto tienen

la obligación de armonizar sus legislaciones nacionales en función de los estándares de derechos humanos y observar su jurisprudencia, sino porque comparten algunos rasgos en el diseño institucional que han decantado en la protección de derechos humanos en el plano formal.

El marco nacional de México también parte de su Constitución Política, que prescribe toda discriminación motivada por cualquier tipo de origen étnico o nacional, de género, edad, discapacidad, condicional social, preferencia sexual, estado civil o cualquiera que atente contra la dignidad humana, sus derechos o libertades (CPEUM, artículo 1o.). En el mismo ordenamiento se encuentran importantes directrices que protegen a las mujeres trans privadas de su libertad, y es que en el numeral 18, que hace referencia al sistema penitenciario, se determina su organización sobre la base del respeto a los derechos humanos, del trabajo, la capacitación para el mismo, la educación, la salud y el deporte, como medios para lograr la reinserción del sentenciado a la sociedad.

Como se puede advertir, no es necesaria la creación de nuevas leyes para garantizar la vigencia mínima de los derechos de las personas LGBTI en prisión; sólo depende de la correcta aplicación de los derechos ya reconocidos para que su situación se transforme de manera adecuada. La Ley Nacional de Ejecución Penal, en sintonía con la Constitución Política, señala que las personas privadas de la libertad deben recibir:

Un trato digno del personal penitenciario sin diferencias fundadas en prejuicios por razón de género, origen étnico o nacional, sexo, edad, discapacidades, condición social, posición económica, condiciones de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales o identidad de género, estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana (artículo 9o.).

En armonía y como complemento de los anteriores ordenamientos, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación establece que por discriminación se entiende

...toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella... tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en... el sexo, el género... las preferencias sexuales (artículo 1o.).

Un último ordenamiento en México que recorre esta preocupación de eliminar las formas de discriminación es la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, que además obliga en conjunto a la Federación, a los estados y a los municipios del país que coordinen esfuerzos para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres sin discriminación alguna, considerando sus preferencias sexuales.

Junto a los ordenamientos existe un par de protocolos que apuntan a la protección de los derechos humanos de las mujeres trans. De ellos se destaca el Protocolo de Actuación para el Personal de las Instancias de Procuración de Justicia del País, en Casos que Involucren la Orientación Sexual o la Identidad de Género. Este Protocolo es un esfuerzo en términos de ofrecer orientaciones claras sobre el tratamiento que deben dar las autoridades de procuración e impartición de justicia cuando están involucradas en los procesos de investigación, denuncia o cualquier actividad personas con orientación e identidad de género diversa.

Por último, en el plano jurisprudencial encontramos una diferencia importante con Colombia. Esto se debe a que en los tribunales mexicanos no se cuenta con un desarrollo o criterios de la magnitud de ese país. Ahora bien, esto es entendible porque, como se sabe, la reforma en materia de derechos humanos se instituyó desde 1991 en Colombia, y tras ella, su Corte Constitucional se convirtió en un referente en la región en materia de protección a los derechos humanos, mientras que en México la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos a la Constitución apenas cumplió diez años en junio de 2021.

Con independencia de esta situación, un caso que resolvió la Suprema Corte de Justicia en México donde se garantizó la identidad de género fue el Amparo en Revisión 1317/2017, el cual versó sobre la negativa del Registro Civil del estado de Veracruz de realizar una adecuación al acta de nacimiento de una persona en función de la identidad de género autopercebida, porque la legislación estipulaba que el trámite debía realizarse por la vía judicial. En esa ocasión, la Corte modificó la sentencia recurrida y concedió el amparo a la parte quejosa porque “la identidad de género es un elemento constitutivo y constituyente de la identidad de las personas, por lo que su reconocimiento por parte del Estado resulta de vital importancia para garantizar el pleno goce de los derechos humanos de las personas trans” (Amparo en Revisión 1317/2017).

VII. CONCLUSIONES

En el plano formal, Colombia y México están obligados a aplicar el marco internacional de los derechos humanos que protege los derechos de las mujeres trans privadas de la libertad. No obstante, luego del análisis de la situación carcelaria en ambas realidades nacionales, se puede confirmar que esta obligación presenta una profunda inobservancia en ambos países. Y es que tanto en Colombia como en México el principal criterio de asignación carcelaria que se pone en práctica es el sexo; criterio que no considera los estándares de derechos humanos en lo que corresponde a la población LGBTI ni los alcances de la identidad de género como factores determinantes a observarse cuando se va a ingresar a prisión a cualquier persona trans, lo cual genera una inacabada reproducción de las dinámicas sociales en torno a la construcción del género y la sexualidad, que están acentuadas en la sociedad.

Lo anterior no significa que en Colombia y México se carezca de leyes nacionales para garantizar los derechos humanos de las mujeres trans; por el contrario, en ambos casos, según lo hemos mostrado a lo largo del trabajo, las hay. Sólo que en ambas realidades la diferencia entre el derecho escrito y el derecho en la práctica para este grupo social es abismal. Tal vez, una salida en el acceso a la justicia pueda surgir del mismo activismo trans que en otras experiencias han demostrado alcances importantes impulsado iniciativas (Maldonado y Guerrero, 2022).

Por otro lado, del estudio se advierte la urgencia para que las autoridades penitenciarias de Colombia y México adopten protocolos específicos que protejan a las personas trans, así como la creación de instrumentos diferenciados que garanticen la dignidad humana de mujeres lesbianas, trans, bisexuales, hombres gays, trans y bisexuales en prisión. Al respecto, la ONU desde hace más de una década ha denunciado los altos riesgos que supone la asignación automática de mujeres trans en cárceles de hombres; por eso la Red Internacional para el Trabajo de Personas Privadas de Libertad LGBTI “Corpora en Libertad”, ha recomendado que la decisión acerca del alojamiento de las personas trans siga criterios de identidad, seguridad, riesgos y preferencia de la misma población trans (Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América, 2018).

Se observa, además, la necesidad de que los Estados adopten y hagan realidad el enfoque diferencial para la protección de la identidad de género de las personas privadas de la libertad, enfoque que debe ser puesto en práctica desde el ingreso y durante todo el tratamiento penitenciario. De ahí que la capacitación en género de las autoridades penitenciarias se convierta en una necesidad urgente para definir el espacio de alojamiento de las mujeres trans con base en estándares internacionales. Sobre todo en el nivel del consentimiento y consulta previa requeridos de las personas LGBTI, con mayor énfasis en el caso de las mujeres trans detenidas, a quienes se les debe tomar parecer en la decisión sobre la ubicación dentro de los establecimientos carcelarios (Asociación para la Prevención de la Tortura, 2019).

Otra conclusión importante que se desprende del trabajo es que si las prisiones causan sufrimiento a las personas privadas de su libertad, el castigo es mayor para quienes su identidad de género no se ajusta a la construcción social aceptada como “normal”. Por esa razón, es apremiante que la identidad de género como categoría esencial del desarrollo de las personas trans se observe a cabalidad en todos los centros penitenciarios que atraviesan la geografía colombiana y mexicana. Su correcta observancia permitirá que las mujeres trans privadas de la libertad habiten en su estancia en prisión en espacios donde se garantice su seguridad personal, sin imposiciones que atenten contra sus proyectos de vida privada, autonomía, personalidad jurídica y de su amplio significado de ser.

Un aprendizaje final que deja la evaluación de la situación de las mujeres trans privadas de su libertad en Colombia y México es que tanto el reconocimiento como el derecho de ejercer la identidad de género no deben ser limitados en ningún contexto, incluida la cárcel, y por eso en ninguno de los dos países es necesaria la creación de nuevas leyes para proteger o garantizarla. Se requiere que las autoridades penitenciarias y las personas funcionarias públicas se capaciten y apliquen criterios en materia de derechos humanos, para que al momento de ejercer sus funciones materialicen los estándares internacionales que enmarcan las obligaciones de los Estados hacia las personas privadas de la libertad, lo que permitiría, al menos idealmente, que las cárceles no sigan siendo lugares donde se reproduzcan las desigualdades, se reafirmen los estereotipos de género y se restrinjan las expresiones del ser.

VIII. FUENTES CONSULTADAS

- Alfonsín, J. *et al.* (2020). *Mujeres trans privadas de libertad: la invisibilidad tras los muros*. WOLA. Dejusticia. Casa de las Muñecas Tiresias, A. C. EQUIS, Corpora en Libertad. Almas Cautivas, A. C. Casa Hogar Paola Buenrostro. Procuraduría Penitenciaria de la Nación. IDPC. https://www.wola.org/wp-content/uploads/2020/04/Mujeres-trans-privadas-de-libertad.-La-invisibilidad-tras-los-muros_Final-8.pdf
- Ariza, J. y Zambrano, R. (2012). Cárcel kapuria: las rutas del encarcelamiento de indígenas en Colombia. *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, (1), año 13, 161-186.
- Arzaluz, S. (2005). *La utilización de caso en el análisis local. Región y sociedad*, 17(32), 107-144.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (5 de enero de 2016). Informe del relator especial sobre la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. A/HRC/31/57. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10361.pdf>
- Asamblea General de las Naciones Unidas (6 de junio de 2017). Informe de la relatora especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias acerca de la adopción de un enfoque de género respecto de las ejecuciones arbitrarias, A/HRC/35/23. <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/HRC/35/23>
- Asociación para la Prevención de la Tortura (2013). *Personas LGBTI privadas de libertad: un marco de trabajo para el monitoreo preventivo*. <https://www.ap.t.ch/es/resources/publications/personas-lgbti-privadas-de-libertad-un-marco-de-trabajo-para-el-monitoreo>
- Asociación para la Prevención de la Tortura (2019). *Hacia la efectiva protección de las personas LGBTI privadas de libertad: guía de monitoreo*. <https://www.ap.t.ch/es/resources/publications/por-una-proteccion-efectiva-de-las-personas-lgbti-privadas-de-libertad-una>
- Beccaria, C. (2015). *Tratado de los delitos y de las penas*. Madrid. Editorial Universidad Carlos III de Madrid.
- Bello, J. (2015). *Género, cuerpo, racismo y complejo industrial de prisiones: experiencias de personas negras en una cárcel de Bogotá. La manzana de la discordia*, 10(2). julio-diciembre, 7-25.

- Carazo, M. (2006). El método de estudio de caso. Estrategia metodológica de la investigación científica. *Pensamiento y Gestión* (20), 165-193.
- CIDH (2015). Violencia contra personas lesbianas, gay, bisexuales, trans e intersex en América. OEA/Ser.L/V/II. Rev.2.Doc. 36. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/violenciapersonaslgbti.pdf>
- Comisión Internacional de Juristas (2007). Principios de Yogyakarta. Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género. <https://www.refworld.org/es/docid/48244e9f2.html>
- Comisión Internacional de los Derechos Humanos. Informe 122/18. Caso 11.656. Fondo (publicación). Marta Lucía Álvarez Giraldo. Colombia. 5 de octubre de 2018. https://derechoshumanos.mininterior.gov.co/sites/default/files/noticias/cidh_-_informe_de_fondo_no.12218_caso_no_11.656.pdf
- Comisión Nacional de Seguridad (2016). Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional. Prevención y Readaptación Social de México. http://cns.gob.mx/portalWebApp/appmanager/portal/desk?_nfpb=true&_pageLabel=portals_portal_page_m2p1p2&content_id=810211&folderNode=810277&folderNode1=810281
- Comisión Nacional de Seguridad (2021). Cuaderno Mensual de Información Estadística Penitenciaria Nacional. Prevención y Readaptación Social. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/660084/CE_2021_06.pdf
- Conferencia Internacional sobre los Derechos Humanos LGBT (2006). Declaración de Montreal. <https://www.declarationofmontreal.org/DeclaraciondeMontrealES.pdf>
- Congreso de Colombia (19 de agosto de 1993). Código Penitenciario y Carcelario [Ley 65]. DO:40999. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?ruta=Leyes/1617070>
- Congreso de Colombia (20 de enero de 2014). Artículo 32. Ley que modifica el Código Penitenciario y Carcelario, y otras disposiciones [Ley 1709]. DO:49.039. <http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1686959>
- Constan, C. (2022). *Mujeres trans*, violencia y cárcel*. México. Flacso. <https://www.flacso.edu.mx/libro/mujeres-trans-violencia-y-carcel/>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM]. 2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

- Convención Americana sobre Derechos Humanos. (1969). San José de Costa Rica. Serie sobre Tratados. OEA. Núm. 36. 22 de noviembre. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (1984). Nueva York, Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1465, Núm. 24841, 10 de diciembre. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-9&chapter=4&clang=_en
- Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (1985). Cartagena de Indias. Colombia, Serie sobre Tratados, OEA, núm. 67, 9 de diciembre. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-51.html>
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994). Belém do Pará. Brasil. Serie sobre Tratados. OEA. A-61. 9 de junio. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (2006). Nueva York. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 2716, Núm. 48088, https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV16&chapter=4&clang=_en
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979). Nueva York. Serie de Tratados de las Naciones Unidas, vol. 1249, Núm. 20378, 18 de diciembre. https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-8&chapter=4&clang=_en
- Corpora en Libertad (2018). Informe sobre la “Situación de los Derechos Humanos de las Personas LGBT+ Privadas de la Libertad en América” relativo a la audiencia temática dentro del 168o. periodo ordinario de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r37938.pdf>
- Dardel, J. de (2015). Resistiendo la “nuda vida”: los prisioneros como agentes en la era de la nueva cultura penitenciaria en Colombia. *Revista Crítica Penal y Poder*, 8, 47-65.
- Defensoría del Pueblo (2020). Diversidades en prisión. Situación de derechos humanos de las personas con orientación sexual e identidad de

género diversas privadas de la libertad en establecimientos carcelarios y penitenciarios. Colombia.

Expediente Amparo en Revisión 1317/2017 (2017). SCJN. <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-01/AR%201317-2017%20PDF%20p%C3%BAblica.pdf>

Expediente D-11364. Corte Constitucional. Sala Plena [MP Aquiles Arrieta Gómez]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/C-659-16.htm>

Expediente T-2.618.764. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-235-11.htm>

Expediente T-2.821.851. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión [MP Luis Ernesto Vargas Silva]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/t-062-11.htm>

Expediente T-4.521.096. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/T-099-15.htm#:~:text=T%2D099%2D15%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20identidad%20de%20g%C3%A9nero%20y,se%20apropia%20de%20su%20sexualidad>

Expediente T-5.442.396. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/T-363-16.htm>

Expediente T-6.316.864. Corte Constitucional, Sala Novena de Revisión [MP Diana Fajardo Rivera]. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/T-720-17.htm>

Expedientes T-3526653, T-3535828, T-3554145, T-3645480, T-3647294, T-3755661, T-3759881, T-3759882, T-3805761. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión [MP María Victoria Calle Correa]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/t-388-13.htm>

Expedientes T-3927909, T-3977802, T-3987203, T-3989523, T-3989814, T-4009989, T-4013558, T-4034058, T-4043750, T-4046443, T-4051730, T-4063994, T-4074694, T-4075719, T-4076529, T-4076646, T-4076801, T-4694329. Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión [MP Gloria Stella Ortiz Delgado]. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/t-762-15.htm>

- Foucault, M. (2002). *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*. Argentina. Siglo Veintiuno Editores.
- Goffman, E. (2001). *Internados. Ensayos sobre la situación de los enfermos mentales*. Argentina. Amorrortu Editores.
- Instituto de Estudios Jurídicos de Ejecución Penal (2021). Solicitud de Opinión Consultiva OC-5-19 presentada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, enfoques diferenciados en materia de personas privadas de libertad. Universidad de Palermo. https://www.corteidh.or.cr/sitios/observaciones/OC-29/74_Uni_Palermo.pdf
- Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (2020). Población intramural nacional. http://200.91.226.18:8080/jasperserver-pro/flow.html?_flowId=dashboardRuntimeFlow&dashboardResource=/public/DEV/dashboards/Dash__Poblacion_Intramural&j_username=inpec_user&j_password=inpec
- Instituto Rosarista de Acción Social, SERES, Universidad del Rosario (2011). Desarrollo del sistema penitenciario y carcelario colombiano entre 1995 y 2010, en el marco de las políticas de Estado a partir de las sentencias de la Corte Constitucional. Bogotá. Universidad del Rosario. <https://editorial.urosario.edu.co/pageflip/acceso-abierto/desarrollo-del-sistema-penitenciario.pdf>
- Lahitte, H., Vázquez, M. y Tujague, M. (2010). El análisis descriptivo como recurso necesario en ciencias sociales y humanas. *Fundamentos en Humanidades*. XI(22), 103-116.
- Lardizábal, M. (2005). *Discurso de las penas (1782)*. México. Porrúa.
- López, J. y Guerrero, I. (en prensa). Negociando la laicidad ¿Cómo avanzan los derechos LGBT frente a las resistencias conservadoras a nivel subnacional en México? En V. Romero y M. Molina (coords.), *El principio de laicidad como base de las discusiones sobre género y sexualidad*. México. UNAM-UNICACH.
- Maldonado, S. y Guerrero, I. (2022). Sociolegal Activism in Contexts of Criminal and Institutional Violence: Challenging Forced Disappearances, Gender Violence, and Assaults on LGBTI+ People and Sex Workers. En T. Stack. *Citizens against Crime and Violence. Societal Responses in Mexico*. Nueva Jersey-Londres. Rutgers University Press.
- Marat, J. (2000). *Plan de legislación criminal*. A. E. L. trad. Buenos Aires. Editorial Hammurabi.
- Mbembe, A. (2011). *Necropolítica*. España. Melusina.

- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2009). Manual sobre reclusos con necesidades especiales. Serie de Manuales de Justicia Penal. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/MANUAL_RECLUSOS_CON_NECESIDADES_ESPECIALES_1.pdf
- Parra, G. y Bello, J. (2016). Cárceles de la muerte: necropolítica y sistema carcelario en Colombia. *Universitas Humanística*, 82 (82). DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.uh82.cmns>
- Pérez, P. (2018). Mujer, cárcel y desigualdad: el caso chileno. *Trayectorias Humanas Transcontinentales*, (3). <https://www.unilim.fr/trahs/788>
- Resolución 006349 (2016). Por la cual se expide el Reglamento General de los Establecimientos de Reclusión del Orden Nacional-ERON a cargo del INPEC. Dirección General del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario. http://inpec.gov.co/institucion/normativa/resoluciones/document_library/10uBJhM7dhK7/view_file/319747
- Resolución 217A(III) (1948). ONU. Asamblea General. Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>
- Resolución 2200 A (XXI) (1996). Asamblea General. Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>
- Resolución 2200 A (XXI) (1996). Asamblea General. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/cescr_SP.pdf
- Resolución 43/173 (1988). ONU. Asamblea General. Conjunto de Principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/DetentionOrImprisonment.aspx>
- Resolución 45/110 (1990). ONU. Asamblea General. Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio). <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/TokyoRules.aspx>
- Resolución 55/89 (2000). ONU. Asamblea General. Principios relativos a la investigación y documentación eficaces de la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/EffectiveInvestigationAndDocumentationOfTorture.aspx>

- Resolución A/C.3/65/L.5 (2010). ONU. Asamblea General. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Nota de la Secretaría. <https://www.refworld.org/es/docid/4dcbb0e92.html>
- Resolución A/RES/70/175 (2016). ONU. Asamblea General. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos (Reglas Nelson Mandela). <https://www.refworld.org/es/docid/5698a3c64.html>
- Ruiz, L. y Guerrero, I. (2021). Los alcances de la orientación sexual y la identidad de género en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (162), año LIV, <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/17070>
- Sánchez, L. (2014). Derechos puestos en agenda judicial. La identidad de género en contextos de encierro. *Revista de la Facultad*, V (1) Nueva Serie II, 125-134. <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/refade/article/view/11531/11965>
- Segato, R. (2007). El color de la cárcel en América Latina. *Nueva Sociedad*, 208, 142-161.
- Unión Europea (1990). *Principios básicos para el tratamiento de los reclusos*. A/RES/45/111. <https://www.refworld.org/es/docid/5d7fc59ea.html>
- Wacquant, L. (2000). *Las cárceles de la miseria*. Buenos Aires. Ediciones Manantial.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Religious Fundamentalism: A Theoretical-Constitutional Analysis

Fundamentalismo religioso: uma análise teórico-constitucional

Recepción: 12 de marzo de 2022

Aceptación: 3 de agosto de 2022

Rodrigo Lobato OLIVEIRA DE SOUZA*

ABSTRACT: This Article analysis the phenomenon of religious fundamentalism from a theoretical-constitutional perspective. The two basic questions are: what religious fundamentalism is? And what are its boundaries? At one side, religious fundamentalism is seen as a fundamental right (religious freedom) exercise, thus appointing proper constitutional boundaries in order to harmonize it with other rights, values, goods and interests. That is the question for applying balancing. From another side, religious fundamentalism is seen as a political control strategy, a platform for achieving political aims through a religiously based fundamentalist discourse. The Article demonstrates that not only the fundamentalist phenomenon crosses the constitutional boundaries of fundamental rights exercise, rather it denies central pieces of modern liberal constitutionalism.

RESUMO: O presente Artigo analisa o fenômeno do fundamentalismo religioso por uma perspectiva teórico-constitucional. Dois são os questionamentos principais: O que é fundamentalismo religioso? E quais são os seus limites? De um lado, o fundamentalismo religioso constitui uma forma de exercício de direito fundamental (liberdade religiosa), portanto encontrando limites constitucionais próprios com vista a ser harmonizado para os demais direitos, valores, bens e interesses constitucionais. Esse é o lugar da ponderação. Outrossim, o fundamentalismo religioso é visto como uma estratégia de controle político, uma plataforma para atingir objetivos políticos através de um discurso religioso fundamentalista. Este Artigo demonstra que não somente o fundamentalismo religioso excede os limites constitucionais que lhe são impostos como direito fundamental, mas como nega elementos centrais do constitucionalismo liberal moderno.

* Doctoral Student of Law at Autonomous University of Lisbon (Portugal); Master of Law (Autonomous University of Lisbon – UAL – Portugal), Collaborating Researcher at Ratio Legis Research Center (Autonomous University of Lisbon); Legal Consultant; ORCID: 0000-0001-8720-1996. Email: rodrigolbt.advogado@gmail.com.

Keywords: *religious fundamentalism, liberal constitutionalism, balancing, human dignity, Sharia, democracy.*

Palavras-chave: *fundamentalismo religioso, constitucionalismo liberal, ponderação, dignidade humana, Sharia, democracia.*

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Religious fundamentalism within a general constitutional structure.* III. *Religious fundamentalism as political engineering: confronting values of liberal constitutionalism.* IV. *Conclusion.* V. *References.*

I. INTRODUCTION

What does fundamentalism mean? And what about religious fundamentalism? Are they the same thing? Is there an automatic linkage between religious fundamentalism and political extremist trends that urge for the practice of violence and the systematic disruption towards both fundamental and human rights? Or is it possible for one to practice religious fundamentalism without harming or violating any fundamental or human right? Can religious fundamentalism survive within democracies?

First of all, it is necessary to understand the general idea behind the term “fundamentalism”. Itself, “fundamentalism”, from a pure semantic perspective, as the root of the word denotes, entails the idea of expressing something that is “fundamental”, as the manifestation of the source, but not a random source, rather the deep rooted source of something. In this sense, “fundamentalism” is an abstract form, a formal symbol used to qualify some substantive idea. As such, there can be religious fundamentalism, political fundamentalism, cultural fundamentalism, ethical-moral fundamentalism, even economic fundamentalism.¹ In essence, the idea is to demonstrate that something is deeply rooted in its own ontological source, with such a high level of attachment that strongly turns against any evolutionary attempt. Despite its semantic essentials, the idea of “fundamentalism” has been commonly attached to the spectrum of religious expressions, and also to some political expressions that embrace a conservative trend (almost bordering extremism).

In the present Article, our object of interest is the fundamentalism practiced in the realm of religious manifestations. That is, religious fundamen-

¹ For instance, within the economic field, the fundamentalist analysis is one of the most used analytical techniques for trading operations in the stock market.

talism. Though having a religious background, religious fundamentalism cannot be simply equated to the general idea of a conservative return to the “fundamentals” of faith, as it embraces different background reasons, motives and aims. For instance, religious fundamentalism can have sociological, cultural, political, moral and economic reasons and objectives. In this sense, a religious segment may want to embrace a fundamentalist doctrine for cultural reasons (tradition, for example), in order to maintain and propagate ethical-moral values in a certain pattern; or for political reasons, as a means to retain power in the hands of a religious oligarchy; or for economic reasons, to control the flow of economy.

Religious fundamentalism is a multifaceted phenomenon, which can be described by multiple ways and expressed in different degrees. Its origin dates back to the beginning of the twentieth century, namely at the *Fundamentals*, a series of booklets published to serve as a general call for believers to return back to the textual and doctrinal fundamentals of Christianity. Although originally linked to the Protestant movement,² religious fundamentalism is not something exclusive of Christian belief, rather being a phenomenon that can manifest itself within any religious segment, be it Christian, Jewish, Buddhist or Islamic (Marczewska-Rytko, 2007, p. 216). On its core, religious fundamentalism represents the attachment to an originalist, holistic and hermetic interpretation of religious texts, doctrines and dogmas, regarded as the only and “holy” truth, therefore rejecting any evolutionary approach (Paine, 1997, pp. 289-290).³ In this sense, to be a “fundamentalist” means to be strictly bonded to the original core of a religious foundation, whose truth is comprehended as the eternal guide of life, rules by which one need to live and respect.

At this conceptual stage, it is very important to state that the before mentioned fact of being attached to an originalist, holistic and hermetic interpretation on the dogmatic connections between religion and life, religious fundamentalism does not equate to violence neither to any posture of physical combativeness (Gedicks, 2010, p. 908).⁴ Nonetheless,

² See Hamilton (2010, p. 883), affirming that religious fundamentalism, originated at the core of Protestant denominations, emerged as a “conservative response to the rise of theological liberalism”.

³ Also, regarding the core characteristics of religious fundamentalism, Conkle (1994, p. 14), contends that it is absolute, plain and unchangeable.

⁴ In this line, Paine (1997, pp. 293-294), notes that the relation between religious fundamentalist groups and acts of violence varies according to the type of state and gov-

since the occurrence of massive violent attacks at the beginning of the twenty-first century, which were hypothetically perpetrated in the name of certain religious dogmas, religious fundamentalism has been currently (and wrongly) associated to acts of terrorism, especially within the realm of Islamic fundamentalism (Conkle, 1995, pp. 337 and 340). Within this unidimensional approach, where religious fundamentalism is equated to violence and terrorism, it can only represent a socio-political issue to be tackled with criminal measures, in order to regulate the social environment of instability, insecurity and dangerousness. Besides that, it also creates the problem of generating a scenario of social stigmatization and isolation, whereby intolerance is increased, namely against Muslims. But this complex phenomenon cannot be fully understood in this sense, as fundamentalism, violence and terrorism are three different things. And although religious fundamentalism can sometimes border into acts of violence, also implicating acts of terrorism, it does not confuse with them. Actually, as will be seen, these borderline cases are situations that represent outlawing manifestations of the phenomenon, thus not deserving any kind of legitimate normative protection.

Conversely, from a more desirable analytic perspective, religious fundamentalism should not be simply equated to violence and terrorism. For a more comprehensive and realistic understanding of the phenomenon, and also for a relevant analysis from a legal-constitutional perspective, it should be distinguished in at least two significant ways, each with its own consequences and levels of expression. Here, the endeavour is to analyze, for their normative-constitutional interest, two core perspectives: religious fundamentalism as a form of exercising religious freedom (so, as a religious expression), and religious fundamentalism as a means to achieve political objectives (so, as a strategy of political control).

First, religious fundamentalism is a form of exercising religious freedom. As logically presupposed, religious fundamentalism can only be manifested where the exercise of religious freedom is minimally recognized and guaranteed, especially within a proper constitutional struc-

ernment they inhabit. As Paine argues, acts of violence driven by religious fundamentalist groups are more plausible to happen where they are supported by a dominant or majority religion in a sectarian state, like Egypt, Iran and Sri Lanka. Conversely, if they inhabit a secular state or at least one without an official state religion, like Israel, where they will not have the support of the dominant or majoritarian religion, acts of violence perpetrated by religious fundamentalists groups are less plausible.

ture. For religious fundamentalism to happen, it is necessary that it appears within a constitutional structure that recognizes religious freedom as a (constitutional) fundamental right. As such, representing a form or a mode of exercising religious freedom, religious fundamentalism encounters proper constitutional boundaries in order to equilibrate it with other constitutional rights, values, goods and interests. From this perspective, religious fundamentalism is an issue that concerns the exercise of religious freedom and its relationship with other fundamental rights. This is to say that religious fundamentalism is a problem of fundamental rights' theory and praxis. At this point, an important question is: which problems can religious fundamentalism raise within the spectrum of fundamental rights protection?

In short, considering its conceptual core, the attachment to the fundamentals of faith activates a process of absolutization which enables the propagation of intolerant discourses, thus opening the possibility for a whole spectrum of fundamental rights violations. For instance, some fundamentalist speeches may want to propagate a (conservative) discriminative agenda on the basis of gender, sex, nationality or an abstract sense of religious morality. On themselves, strong critical arguments are not outside constitutional protection, but in order to be considered constitutionally legitimate, all the subjects must comply with their constitutional duty to respect the right of others on behalf of the constitutional recognition of human dignity as an equal human quality and fundamental right. In this sense, religious fundamentalist speeches cannot violate other rights, interests, goods and values equally protected under the constitutional frame, therefore needing a balancing process in order to harmonize conflicting claims. From this legal-constitutional perspective, some relevant questions can be raised. Within a theoretical-constitutional frame, what is the relation between religious fundamentalism and religious freedom? Should religious fundamentalism at any extent be restricted? If so, which would be the reasons for restricting it?

Second, religious fundamentalism can be comprehended as a form of political engineering.⁵ The understanding offered through this perspective

⁵ Conkle (1995, p. 350), argues that the core feature of religious fundamentalism – the absolutization of religious discourse of faith – is troublesome to politics and law because it tends to exclude arguments and dialogues that relies on reason by claiming one holy truth that precludes any possibility to an open-minded and open ideologically-oriented decision-making process in the context of liberal democracy.

strongly diverges from religious fundamentalism viewed as form of exercising religious freedom. Characterized as a form of political engineering, religious fundamentalism acts as a path for political control, as a strategy of regime establishment, most of the time a theocratic one (Mayer, 1994, pp. 305 and 357). Therefore, religious fundamentalism serves a political aim, to establish a political order built upon a theocratic regime developed to control theological, political, cultural and moral standards as a form to achieve and hold social unity. As an instrument of political engineering, religious fundamentalism conflicts with the idea of exercising religious freedom as a proper constitutional fundamental right, leaving this constitutional legitimate area and entering the realm of political ideologies to operate as a tool of militant moral-theological claims aimed on taking control over every social, political, cultural and economic aspect of society. Here, the problem is not only that the fundamentalist approach makes religion and religious freedom to deviate from their legitimate purpose, but also that it normally entails acts of violence, as it generally turns into a call to war against the enemies of those in control of the political-theological regime.

Looking through this political-ideological lens, other questions can be raised. To what extent can religious fundamentalism be used as a political tool for regime establishment? Which consequences religious fundamentalism, serving a political agenda, engenders to human freedom? Is there any conflict between religious fundamentalism political discourse and the discourse of (liberal) constitutionalism?

From these two distinct perspectives, this Article endeavors to develop a theoretical-constitutional analysis, dealing with the theoretical-dogmatic possibilities of this legal-political phenomenon. As a methodological observation, it is relevant to note that this Article does not intend to proceed a constitutional comparative analysis, neither to analyze eventual conflicts between religious fundamentalism and any specific constitutional order on a concrete basis. Conversely, this Article assumes a more general-theoretical purpose. First, to properly locate religious fundamentalism within the spectrum of fundamental rights protection. And second, to confront the political endeavors of religious fundamentalism (as a control strategy) against core elements (*topoi*) of liberal constitutionalism, as democracy, rule of law, and political accountability.

Regarding its structure, this article has two main parts. After this brief Introduction (Part I), Part II will deal with religious freedom from the

perspective of fundamental rights' theory, analyzing it as a form of exercising religious freedom as a fundamental constitutional right. In this sense, religious fundamentalism will be assessed through the lens of religious freedom and its theoretical-constitutional features, as the ambit of protection and its constitutional boundaries; Part III will analyze religious fundamentalism as a platform of political engineering, pointing out its main characteristics and searching for its most problematic consequences in the realm of Constitutional Law; and at Part IV, some concluding arguments will be given.

II. RELIGIOUS FUNDAMENTALISM WITHIN A GENERAL CONSTITUTIONAL STRUCTURE

1. *Religious freedom and religious fundamentalism: a theoretical perspective*

Observing religious freedom's general theoretical-constitutional framework, from where it raises as a fundamental right,⁶ embraces a broad ambit of protection,⁷ and is generally guaranteed without written (constitutional) reservations,⁸ it can be assumed that religious fundamentalism, understood as a strong form of religiously driven behavior and as an interpretational dogmatical posture, integrates religious freedom as a legitimate form of ex-

⁶ Religious freedom is being comprehended here within a broad theoretical context, thus not being attached to any concrete constitutional order. As a theoretical-constitutional entity, religious freedom emerges as a cluster-right bonded to two central dimensions of liberty, one negative and other positive, whereby a free religious marketplace is aimed to be achieved in the context of liberal, democratic and pluralistic societies.

⁷ The breadth of religious freedom's ambit of protection indicates, at least within democratic-pluralistic societies, that all substantive possibilities (actions, inactions, faculties, forms and modes of exercise, and practices) related to the protected constitutional good (religion) are assumed as *a priori* guaranteed.

⁸ The lack of written constitutional clauses of reservation that supposedly would limit the exercise of religious freedom directly from its origin does not mean that this constitutional right is protected in an absolute manner, as it would allow the practice of every religiously driven action or practiced in the name of religion. Conversely, though generally guaranteed without written reservations, the exercise of religious freedom is submitted to other ways of constitutional restriction, notably for its necessity to be balanced with the exercise of other fundamental rights, from which restrictive measures can be raised.

ercise. In this sense, at least through theoretical lens, acts that are practiced under the expression of religious fundamentalism cannot be promptly regarded as unprotected acts in the eyes of Constitutional Law. Rather, all acts must be broadly embraced as *a priori* legitimate forms of exercising religious freedom. Only after an accurate analysis and by undertaking a rational process, one can conclude that a type of action/practice is constitutionally illegitimate.⁹

Within fundamental rights' theory,¹⁰ there are basically two ways of comprehending the reach of fundamental rights: one restricted and the other broad. According to the first, every fundamental right has a limited reach of protection that clearly embraces specific (allowed) types of action/practice. On the other hand, according to the broad conception, every fundamental right embraces, at least at a first (*a priori*) stage of analysis, an unlimited possibility of actions and practices. These two theoretical postures imply two different manners of comprehending the idea of limits and restrictions. First, the "internal theory" (*Innentheorie*), following the idea of a restricted ambit of protection, asserts that all the limits of a fundamental right are acknowledgeable from its very inception, thus allowing only a dualistic posture: either an action/practice is fully protected, or it is fully prohibited (Borowski, 2018, pp. 68-69). Conversely, the "external theory" (*Außen-theorie*), by not acknowledging the idea of original limits attached to each fundamental right, recognizes that any action/practice is capable of being protected, as long as it enters an optimized relationship toward other fundamental right through a balancing process.

According to Martin Borowski, to adopt the theoretical premises of the "external theory" (*Außen-theorie*) implies that all fundamental rights assume an ambit of protection broad enough that must be spun off into two different zones: one, that can be defined as an *a priori* spectrum of protection (*prima facie Recht*), embraces any type of action or form of exercise that

⁹ As will be later mentioned, this rational process implicates a layered reasoning process that requires analyzing conflicting fundamental rights, their respective ambit of protection, balancing different claims, searching for any reason to restrict, and applying proportionality test.

¹⁰ It is noteworthy saying that when mentioning fundamental rights' theory, there isn't any specific theory related to a concrete catalogue of fundamental rights under consideration. Rather, what is being highlighted is the general theoretical structure of fundamental rights, notably through the framework developed mostly in the context of German constitutional law.

is directly related to the constitutional good under protection, regardless of its dynamic relation toward other rights, values, goods and interests that are equally guaranteed by the constitutional order (Borowski, 2018, p. 66); the other, defined as the zone of definitive protection (*die effektive Garantiebereich des Rechts*), represents the space integrated only by those acts and types of exercise that in fact are protected, a stage achieved only after operating a balancing process (constitutional balancing) with other rights, values, goods and interests equally protected by the constitutional order.¹¹ Under this “external” theoretical perspective, what Borowski contends is that the area of definitive protection granted to a fundamental right can be acknowledged only after passing a two-fold test: first, it is necessary to know if an action, faculty of action or a form of exercise integrates the *a priori* spectrum of protection, thus asking if it constitutes a potential content of the right in question; and second, it must be concretely verified if that kind of action, faculty of action or form of exercise confronts any other constitutional right, value, good or interest at the extent that a legitimate restrictive measure is needed to balance the conflict in question (Borowski, 2018, pp. 67-68).¹²

As expected (and desired) within the context of an open-inclusive constitutional order – thus, in most democratic-pluralistic societies –, fundamental constitutional rights are granted as optimizing variables,¹³ where, at least in a first glance, every action/practice and form of exercise are protected as *a priori* legitimate, an open posture that tends to reject any kind of *a priori* restriction, notably those handled as a way to completely avoid or hinder the exercise of a fundamental right. Under this reasoning, religious freedom must be comprehended as a fundamental right that embraces, at least within its *a priori* area of protection, all forms and ways of

¹¹ In this sense, Borowski (2018, pp. 66-67) affirms that the faculties integrating the sphere of definitive protection are those ones that passed through all levels of constitutional balancing.

¹² Also, Novais (2003, p. 298) contends that the core characteristic of this theoretical approach is the necessity on distinguishing between two different areas of protection, an abstract one, where actions under the exercise of a fundamental right receive a broad and merely potential protection, and a concrete one, in which only certain actions receive full-definitive protection.

¹³ This presupposes assuming fundamental rights as constitutional norms developed under the structure of principles, thus submitted to a (natural) duty of optimization. Generally, see Mathews and Sweet (2008, p. 94), referring to Robert Alexy’s understanding of fundamental rights as “optimization requirements”.

religious expressions, independently of its theoretical and doctrinal framework, including religious fundamentalism in a general manner.

Obviously, this open theoretical posture does not implicate that all acts committed under the label of religion are promptly protected as legitimate forms of exercising religious freedom. Rather, it only implies that religious liberty, as an open optimizing constitutional variable, offers a potential/possible (*a priori*) spectrum of protection to all kinds of religious manifestations, practices and expressions, but that the full-definitive protection is granted only for those that are properly exercised in a balanced relation with other rights, values, goods and interests equally embraced by the constitutional order (Möller, 2007, pp. 453 and 463).¹⁴

Emphasizing the need for constitutional balancing, Jorge Reis Novais contends that all fundamental rights, despite granted under *a priori* protection (a feature of the “external theory”), are submitted to an “immanent general clause of balancing” (*reserva geral imanente de ponderação*), through which that *a priori* protection turns into a full-definitive one (Novais, 2003, p. 573). This constitutional method – balancing – indicates the adequate form for achieving an optimal and non-conflictual relation between all fundamental rights.¹⁵

This “immanent general clause of balancing” constitutes, in fact, an original constitutional authorization for applying restrictive measures, under certain justified circumstances, over fundamental rights as constitutional reasons to restrict. According to Bernhard Schlink, this immanent constitutional authorization derives from the natural assumption that all fundamental rights exist in a constant flow of rights, values, goods and interests, where an optimal relation can only be achieved through a balancing process (Schlink, 1976, pp. 128-129). From this authorization clause,

¹⁴ This is to say that, everything can be a way to manifest religious freedom, but only for those that maintain a balanced dynamic with other fundamental rights can be in fact granted full protection.

¹⁵ Conversely, under the “internal theory” (*Innentheorie*), fundamental rights are submitted to implicit constitutional limitations, whereby the spectrum of full-definitive protection is already known, because the ambit of protection is originally integrated by the right and its implicit limitations. See Borowski (2018, p. 69), arguing that, under the internal theory, the process used to acknowledge the reach of a fundamental right is achieved by just one step, that is because the right’s content exists within its internal limits, rejecting the possibility of any external restrictive measure. As Borowski explains, the “internal theory” understands that what is outside the internal boundaries of the right does not represent a legitimate form of its exercise.

Jorge Reis Novais recognizes the necessity that all fundamental rights must be balanced in a harmonic process of reciprocity according to the underpinning factual and legal circumstances (2003, p. 570). Thus, by recognizing the equal value of all fundamental rights within the constitutional order, and also considering the impossibility of granting an absolute protection to any of them, the “immanent general clause of balancing” leads a harmonization process directed to optimize the flow of rights, values, goods and interests.

After this brief theoretical overview regarding the structure of fundamental rights and the possibility of restrictions, it is time to get back to the discussion on religious fundamentalism. Applying these theoretical assumptions, it is not difficult to acknowledge that religious fundamentalism integrates religious freedom as an *a priori* protected form of exercise. In this sense, religious fundamentalism emerges as a spectrum of “possible actions” on exercising religious freedom. On the other hand, acts of religious fundamentalism will receive definitive protection as long as they enter a balanced relation toward other rights, values, goods and interests. In order to operate this balancing process, some restrictive measures can be addressed by the Public Power, which must also pass proportionality test. Notwithstanding, and independently of which restrictive measures can be stemmed from the balancing process, the simple fact of integrating the *a priori* zone of protection suffices to conclude that religious fundamentalism appears as a “possible” form of legitimate exercise of a constitutional right.

2. *Religious Fundamentalism, human dignity and conflicting normative perspectives*

Once religious freedom’s theoretical-constitutional framework has been properly set up, it is time to investigate, in light of the full-definitive spectrum of protection, which normative reasons can be raised in order to balance the exercise and practices of religious fundamentalism with other rights, values, goods and interests at the constitutional level. From the outset, an indispensable variable to work with on balancing fundamental rights is human dignity. Human dignity, at least within the large spectrum of modern liberal-constitutional democracies, and also from a theoretical-constitutional standpoint, is generally embraced as a constitutional value,

serving as a core principle of liberal constitutionalism. In this sense, every balancing operation between two or more fundamental rights must first assess the axiological effects of human dignity over the normative elements at stake. This is the proper stage to ask questions as: What does human dignity mean on the foundation, construction and development of fundamental right “x”?, What are the normative effects of human dignity over fundamental right “x”? What legitimate reasons can human dignity offer as to restrict the reach of fundamental right “x”? So, at this first stage, human dignity serves as a normative parameter.

Following this reasoning, and in order to assess human dignity’s impact over religious fundamentalism and its practices, it is necessary to evaluate the normative connections between religious freedom and human dignity. On its relation toward religious freedom, human dignity can play two basic roles: on the one hand, it can be viewed as a value for supporting religious practices, notably as a reason for developing one’s religious self-determination (including religious fundamentalist practices); on the other hand, it can also be raised as a legitimate reason for restricting religious freedom’s forms of exercise (including religious fundamentalist practices).

Undoubtedly, religion plays a special role at the private and social spheres of life. It emerges as a path on transcending the material aspects of life, supporting individual self-development through theological reasons (dogmas) as a means to give the material existence a set of metaphysical justifications. To search and find a proper meaning for human existence, renders religion a special factor on improving human dignity by making life meaningful beyond its limited material aspects. Therefore, religion can positively contribute on the development of human dignity. On the other hand, when religious beliefs and practices cross constitutional boundaries, instead of promoting human dignity, they are capable of affecting life in unimaginable and intrusive ways. For instance, in some conflicting situations, human dignity can be compromised at an extent of provoking serious physical and psychological damage on individuals and groups. In the end, religion can stand both as a positive and as a negative factor. And as the exercise of religious beliefs and its practices (including religious fundamentalism) depend on the level of protection granted to religious freedom as a constitutional right, it is of the most importance to assess the points of conflict toward human dignity.

At a positive dimension, religious fundamentalism, as long as its practices are developed within constitutional boundaries (properly balanced with other rights, values, goods and interests), promotes human dignity by assuring believers the possibility to conduct and to conform their lives in light of the strongest fundamentals of faith, thus turning their theological dogmas into their own individual law. Conversely, at a negative dimension, acts practiced under the pale of religious fundamentalism can raise serious conflicts with human dignity, needing a balancing process that will require applying reasonable restrictive measures. To better understand these pressure points, the idea and concept¹⁶ of “human dignity” must first be adequately assessed.

In short, human dignity can be comprehended through two complementary perspectives. First, dignity implies autonomy, the natural human capacity of individuals to govern their own lives, according to their own made rules, whereby no person must be subjugated to the will of others; and second, human dignity means self-determination, the natural individual right to configure her or his own life according to freely chosen moral, political, ethical and ideological vectors (McCrudden, 2008, p. 658). Acknowledging human dignity as a value is tantamount to recognizing every person as inherently endowed with the broad capacity to live freely, independently of others’ will, a right to be treated as a person, not as an object (Chibundu, 2015, pp. 196-197). In this sense, Kant contends that human dignity is a value upon which no price can be given, thus representing an end in itself (Kant, 2017, pp. 412-413). Both above referred perspectives are built upon a theological reasoning, generally construed upon the Christian-Jewish heritage, where the value of human dignity stems from the idea of *imago Dei*, as if humans reflected God’s perfect image. Therefore, human dignity is construed as a value in itself, an *autopoiesis* value. As Christopher McCrudden contends, “being made in the image of God meant that Man was endowed with gifts which distinguished Man from animals” (McCrudden, 2008, p. 659).

Leaving the theological reasoning aside and approaching human dignity through constitutional lens, it is placed as a core objective value within modern liberal constitutionalism, not only as a fundamental constitution-

¹⁶ In this sense, Dan-Cohen (2011, p. 9), argues that a single concept of human dignity is doubtful to achieve. Also, Chibundu (2015, p. 195) notes that one of the most relevant features of human dignity is its “amorphousness”.

ally recognized right, but as one of the highest fundamental principles of the whole modern constitutional structure.¹⁷ In the context of liberal-democratic constitutionalism, human dignity assumes a normative meaning, being not only a core objective value, but beyond that, a value to be protected, promoted and developed as a constitutional duty and as an aim to be achieved by the State.¹⁸ It worth mentioning that human dignity's constitutional recognition as modern liberal constitutionalism's core value emerged as a form of "responsive constitutionalism", representing an oppositional movement toward several past historical atrocities¹⁹, namely at the end of World War II, where a global discourse on the centrality of human dignity started to form (Moyn, 2014, p. 43). Although not every Constitution textually embrace human dignity as a fundamental principle, its ontological-axiological relevance suffices to acknowledge the normative influence that naturally wields over the whole constitutional-political order.

Despite human dignity general acknowledgment in the postwar liberal-democratic constitutionalism, it should be noted that, although construed upon a universal-transnational discourse, human dignity cannot be understood under a unified process of comprehension, as if it was endowed with a shared unidimensional substantive content. This is to say that, despite its broad constitutional recognition and prominence over time, human dignity's concept is circumscribed by a palette of meanings constantly influenced by different cultural, ethnical and theological *topoi* through which assumes multiple shapes. The common perception on human dignity is generally connected to western liberal-democratic constitutionalism, especially after the adoption of the United Nations Charter (1945) and the Universal Declaration of Human Rights (1948) as universal legal-international vectors. Though the general comprehension on human dignity has gained a reasonable direction after the enactment of those legal-interna-

¹⁷ Barroso (2012, pp. 354-355) states that "As a fundamental value and a constitutional principle human dignity serves both as a moral justification for and a normative foundation of fundamental rights".

¹⁸ For instance, see the Constitution of the Federal Republic of Brazil, art. 1o., no. 3, where human dignity has been made a fundamental principle of the constitutional order.

¹⁹ Generally, see Davis (2009, p. 1373), offering as examples the historical past of Germany at the Nazi-period and the dictatorial past of South Africa, namely at the time of apartheid.

tional instruments, it had already appeared, for example, in the early Arabic constitutionalism.²⁰

In a first stage of development, the idea of human dignity (*karama*) in the Arabic constitutionalism was not attached to a conception of individual protection neither used as a form of limitation against state activities or against state restrictive measures on individuals. Rather, it was only connected to an idea of granting the state, the nation or religious groups a status of respected entities. Besides the western expansion of the concept, human dignity was mostly improved in the Arabic world after the Arab Spring, whereby several constitutional documents, as in Jordan, Libya, Mauritania, Morocco, Oman, Somalia, Syria, Egypt and Tunisia, adopted it as a core structural legal-political element, although assuming different ways and levels of significance (Pin, 2017, pp. 38-39).

These parallel constitutional processes, that equally recognized human dignity within their constitutional orders, although giving human dignity some centrality, have not implied on granting an absolute immunity against gross fundamental rights' violations, thus raising some concrete paradoxes within the political reality. For instance, Andrea Pin contends that the Saudi Arabia 1992 Basic Law, although expressively mentioning human dignity (art. 39), tends to manage it only as a rhetoric expedient for justifying limitations on the freedom of expression within the context of *Sharia* (Pin, 2017, p. 50). Also, it should be noted that it is because of that mere rhetorical recognition, that women's ostensible segregations under *Sharia* still occurs without further problems (Mayer, 1994, p. 360). Another example can be found in the field of criminal justice. Mayer contends that, according to the Cairo Declaration of Human Rights (art. 19, d), some fundamental principles, as the principle of legality, are directly oriented by *Sharia* prescriptions and interpretations, whereby gross violations toward human dignity still exist, as types of punishment allowed under the *Qur'an*, like amputation, stoning to death and crucifixion, appointing an evident internal paradox (Mayer, 1994, p. 340).²¹

²⁰ In this vein, Pin (2017, pp. 6 and 18-27) mentions that the word "dignity", that has a correspondent word in Arabic (*karama*), first appeared in the Lebanese Constitution from 1926 and in the Syrian Constitution from 1930.

²¹ Also, Mayer (1994, p. 341) notes that it is difficult to harmonize the language of human rights protection used in different passages of the Cairo Declaration. As an example, Mayer appoints that, at the same time that under Article 20 of the Declaration all kinds of humiliating punishments are expressively prohibited, the provision of the Article

All these paradoxes are even more evident within religious practices, especially within the Islamic world, like the veiling obligation for women, the lack of equality between men and women in several spheres of social and private life, and even in the realm of criminal responsiveness. Actually, it should be asked if these religious practices are in some point culturally perceived as practices that promote human dignity development or violate it in an objective manner, an answer that depends upon which substantive perspective human dignity is comprehended. Despite its multi-layered possibilities of meaning (moral, cultural, theological and ethnical), the most important comprehension on human dignity is the constitutional-normative one, where it assumes a normative value, protected as a constitutional good and as a core principle of the social-political order, serving not only as a foundational principle, but, above all, as the proper essence of all fundamental rights (Barroso, 2012, pp. 354-355).

Therefore, which theoretical-dogmatic consequences stem from human dignity constitutional-normative meaning? Which elements integrate human dignity normative content?

A starting point, as already argued, is to assume human dignity as the foundational piece of the objective order of values encrusted in the complex of fundamental rights, that is to say that human dignity justifies the existence, recognition and protection of all fundamental rights as a whole. Throughout a developing process that flows from inside towards outside, human dignity appears as the bonding element between all fundamental rights, constituting their essential content (Drews, 2005, p. 241). In this line of reasoning, the development, promotion and protection of all fundamental rights depends on respecting human dignity as the highest constitutional value. From a more concrete perspective, a relevant issue to address is if the lack of protection – or even the violation – of fundamental rights affects human dignity in some level, as in the case of human rights infringement by some religious practices within Islamic sta-

19, d, leaves to *Sharia* the establishment of criminal penalties, allowing, in an ostensible contradictory way, punishments that severely violates human dignity. Moreover, Mayer (1994, pp. 327-328) appoints that the Cairo Declaration's core feature is that it has been engendered as a form of response to the Western human rights conception, submitting it to specific restrictions under the Islamic law, especially under *Sharia*. Besides all of these observations, it should be noted and remembered that the Cairo Declaration on Human Rights, in an evident paradox, recognizes human dignity in art. 1, (a), as a foundational element to human rights.

tes.²² Related to that, another problem is whether respecting and improving human dignity is something exclusively addressed by the vector of western human rights law framework, or it is, indeed, a universal challenge within a global network of constitutional orders (Mayer, 1994, pp. 316-317). As Christopher McCrudden argues, human dignity, at least within its development within the context of human rights discourse at the final first half of twentieth century, served as a blank linguistic device to utter the convergence of multiple human rights theories into a unified legal complex (McCrudden, 2008, p. 678). Nevertheless, it does not rule out the need for a common constitutional-normative ground.

Searching for a common constitutional-normative ground, Christopher McCrudden (2008) argues that human dignity constitutional recognition implies a three layered standard of protection: *first*, the basic comprehension that all human beings are naturally endowed with an intangible self-value; *second*, that this inherent self-value demands respecting all individuals; and *third*, this immanent self-value is the constitutional vector that hinders any attempt on turning individuals into mere objects (Drews, 2005, pp. 242-244). From that, McCrudden (2008, pp. 686-694) appoints at least four expressive normative consequences: *first*, the prohibition of inhuman treatment, acts of humiliation and degradation; *second*, a right and duty to respect and secure the right of free self-determination and autonomy of all individuals; *third*, the prohibition of all kinds and levels of discrimination, granting everyone an equal status; and *fourth*, human dignity implies the recognition of an existential minimum to all individuals. These constitutive elements serve to better assess the normative content of human dignity. But from a more rights-based reasoning, they all bring the necessity to respect core fundamental rights,²³ as the right to physical,

²² In this sense, Mayer (1994, p. 364) notes that, while some view that this comprehension is due to a certain kind of Western nations “cultural insensitivity” over Islamic states, others comprehend it with skepticism, arguing that some Islamic states indeed violate human rights law.

²³ It worth mentioning that all fundamental rights, at least in a certain way, can be linked to the idea and concept of human dignity. Nonetheless, some fundamental rights have a narrower substantial relation with it, for its proximity to the essence of human dignity. Also, there is a practical problem that should be noted. If all and any constitutional right, even indirectly, could be regarded as related to human dignity and its protection, it could be entailed that every constitutional claim naturally involves a claim of human dignity violation, a practical problem that can cause the exhaustion of the constitutional jurisdiction apparatus. See, for example, McCrudden (2008, p. 681) noting that while

psychological and moral inviolability (the prohibition of degrading treatments), the right to an equal treatment, and also the right to privacy and intimacy (McCrudden, 2008, p. 683).

Once human dignity normative significance had been properly assessed, it is time to ask which connections does it have with religious fundamentalism?

Assuming those appointed fundamental rights as the human dignity normative standard, it is important to assess which practices under religious fundamentalism can conflict with those rights and also under which circumstances should (or must) they be constitutionally restricted. As considered earlier, religious fundamentalism is a specific way of interpreting and practicing doctrinal-theological principles, calling the return to the dogmatical fundamentals of faith. The problem begins when some acts committed under this “theological-dogmatical” calling conflict with human dignity normative expressions. Its closure to evolutionary aspects of theological discourse and also to other kinds of comprehensive world-views tend to engender potentially dangerous behaviors, generally driven with intolerance and social stigmatization,²⁴ some leading to concrete acts of physical and psychological violence.²⁵ For instance, Ruud Koopmans affirms that Christian fundamentalism appears commonly as a religious reflection of right-wing authoritarianism capable of directing intolerance as a means for practicing acts of physical and psychological harm (Koopmans, 2015, p. 38). To better understand the spectrum of clashing consequences between human dignity normative meanings and some practices related to religious fundamentalism, each possible conflicting situation must be assessed separately.

in some constitutional orders human dignity is a fundamental principle of the order, in others it operates as a concrete fundamental right enforceable before Courts, especially before Constitutional Courts.

²⁴ In this sense, Claudio (2010, p. 15) affirms that religious fundamentalism is bonded to “various forms of intolerance, including racism, sexism, homophobia and elitism”.

²⁵ Young, et. al. (2013, p. 111) argues that religious fundamentalism normally entails a negative comprehension and intolerance towards homosexuality, and that it also hermetically defends a traditional distinguishing based on gender role differentiation. Also, Koopmans (2015, pp. 34 and 38) notes the existence of empirical data that appoints the strong connection between Christian fundamentalism and out-group hostility, practiced namely towards homosexuals, Jews, members of other religious groups and other ethnic and racial minorities.

A. Right to psychological and physical inviolability

Both kinds of inviolability stem from the recognition of human dignity as the uppermost value within modern democracies whole general constitutional structure. On recognizing psychological inviolability, the internal spectrum of human capacities, encompassing mind, thought and conscience, is put under absolute protection. A free mind, free thought capacity, and free conscience are all elements indispensable for human autonomy and self-development. Any external attempt to control human psychological capacities would equate to a process of objectification. In this sense, the right to psychological inviolability not only protects human most internal psychological faculties, but, beyond that, psychological health (mental health) as a whole. Regarding the right to physical inviolability (bodily integrity), the whole physical body is a “temple” under protection. Without physical health, life is incapable of development. Thus, any attempt of physical harm or any committed physical damage are unlawful acts. But what is the relation between these two types of inviolability and religious fundamentalism?

Some research points out that religious fundamentalism is capable of provoking and increasing psychological harms, as depression, anxiety and other psychological disorders, because the pressure exerted upon believers to stay within their religious dogmatical boundaries curtails the individual sense of self-development and autonomy (Savage, 2011, p. 135). Although not all acts driven through religious fundamentalism imply concrete acts of violence, the non-violent dimension of fundamentalism, as argued by Muzaffer Ercan Yilmaz, carries a common “process of dehumanization”, through which the fundamentalist believer, by a sense of nullified personality, assumes a posture of lacking empathy toward out-group members.²⁶ Moreover, considering evidences that relates fundamentalist tendencies with believers’ poor socio-economic and cultural backgrounds, “brain-washing” practices within groups that deploy intense religiosity, clearly inflict and increase psychological harms by the use of drugs, sleep deprivation and other measures directed to induct a blind compliance with the propagated religious dogmas (Young, 2012, p. 2).

²⁶ In this sense, Yilmaz (2006, p. 3) affirms that “It systematically destroys the individual’s tendency to identify himself or herself with other human beings”.

Besides that, there is also a violent dimension of religious fundamentalism, involving acts of physical harm against individuals, even capable of provoking death (Yilmaz, 2006, p. 4). Considering that religious fundamentalism, among several causes of its emergence, comes associated with a reactive intent towards a perceived threat supposedly driven by modernity, violence may be used as a means to achieve compliance to the “fundamentals” of faith, as a way to ensure that believers and non-believers will invariably be bonded to and commanded by the professed religious dogmas.²⁷ This strictly conducted religious imposition has been a major platform for practicing violence, especially against women, as a manner of controlling their “religious-based honor” through the enactment of sexual norms, even justifying sexual violence against them (Claudio, 2010, pp. 18-20). Against this violent dimension of religious fundamentalism, raises the physical inviolability of individuals as a fundamental right that yields pressure for the restriction of those practices (Neff, 1991, pp. 337-338). To affect the integrity of human body is certainly to violate human dignity (Borgmann, 2014, pp. 1065 and 1067).

Therefore, given these two dimensions – psychological and physical – of inviolability, especially their direct connection to the protection of human dignity as a constitutional good, the clash between religious fundamentalist practices with them produces a substantive constitutional justification for stopping excessive acts committed under the exercise of religious (fundamentalist) beliefs. Hence, the use of religion to produce psychological or physical harms under the pale of religious fundamentalism is not (and must not be) immune to constitutional restriction.

B. Right to equal treatment

This not only a philosophical axiom,²⁸ rather a normative and logical one: the dignity that inhabits one is the same that inhabits others, as we are all equal. Recognizing human dignity as an irreducible constitutional axiological quantum is tantamount to equality as a normative assumption. Therefore,

²⁷ Gregg (2016, p. 347) offers, as an example, the anti-abortion movement that began in 1980s in the United States, where, among others, the movement “Army of God” perpetrated several acts of violence, carrying out massive assassinations.

²⁸ In this line, Richards (1981, pp. 342-343) remembers that equality has its philosophical roots in Kantian deontological moral theory.

from human dignity as a constitutional principle stems the fundamental right to equal treatment, forbidding any kind of discriminative posture, be it based on gender, race, sex, culture, nationality, religious affiliation, or any other reason. In sum, this is the rule of non-discrimination (Lurie, 2020, p. 178).

Gender discrimination is one of the uppermost factual and normative challenges of equality,²⁹ and also one of the most problematic issues in the realm of religious fundamentalist practices. In several religious fundamentalist practices, gender-based discrimination is a common fact, one that stems from theological-dogmatical postures. For instance, Korinna Zamfir (2018, p. 6) argues that, despite the metaphorical language, fundamentalist postures on interpreting some historical passages of the Bible tend to stigmatize the image of women, observing them as immoral and promiscuous, thus raising the possibility to provoke or increase violent treatment against them. This is to say that, although metaphoric designed, a strictly religious fundamentalist-based interpretation represents a concrete channel for imposing gender inequality and even legitimating physical violence. Also, it should be noted that the influence of religious fundamentalism in matters of gender inequality has also negative consequences on women's political participation, as some Catholic fundamentalist practices within the historical experience of Philippine demonstrates (Aguiling-Pangalangan, 2010, pp. 90-93). Within the doctrinal framework of Islamic fundamentalism, notably on the basis of a sexist interpretation of some Qur'an passages, and also supported by the jurisprudence of some religious scholars, restrictions are normally impinged upon the political capacity of women, stigmatizing their role in society (Machrusah, 2010, pp. 68-71). Another deep contested issue relates to women's veiling practices, which are, at least indirectly, an issue based on stigmatized assumptions driven from gender-based discrimination.³⁰

²⁹ From a constitutional-normative perspective, the right to equal treatment, as basic principle, forbids any discriminative normative posture based on sex and gender. For that, see Brown, et. al. (1971), p. 889.

³⁰ It is known that practices of veiling can have different backgrounds. Notwithstanding, it is undisputable that a large part of women reports they are indeed obligated to veil themselves under the pressure inflicted by their families, notably by their husbands within a marital-abusive relation. Despite this pressure can be related to several causes, it is undeniable that most of cases have a religious fundamentalist-based discourse as background, especially on assumptions of gender inequality. For that, see generally Dunlap (2017, pp. 975-978), arguing that veiling practices can be related to a religious mandatory obligation, to a religious commitment under the faith, be regarded as a cultural bond and

As seen, a large part of religious fundamentalist-based discourse on gender differentiation (that is, discrimination and stigmatization), based on a supposed natural distinguished role of men and women in society, not only avoids women to have a full length exercise of their political and social rights, but also is capable of transforming them into mere objects (Zamfir, 2018, p. 10). When a sexist and discriminative religious fundamentalist discourse promotes a general unequal treatment, it violates basic fundamental rights, requiring a prompt reaction by the constitutional order through an adequate balancing process. This process of objectification is an undeniable challenge on the protection of human dignity, and of course a plausible reason to restrict these types of religious fundamentalist practices.

C. Right to privacy and intimacy

Directly connected to the value of autonomy, privacy, as some voices remember, can be comprehended as “the right to be let alone”, resembling what Warren and Brandeis have argued as “the more general right of the individual to be let alone” (Warren and Brandeis, 1890, p. 205). In what concerns its basic content, Jana Nestlerode affirms that the Supreme Court has already recognized that it embraces the right to be free from any external pressure to disclosure personal information, and also the right to take personal decisions without any outside interference (Nestlerode, 1993, p. 61).³¹ Considering the right to intimacy, it encompasses the most internal and personal choices made under the exercise of the right to privacy, reason why intimacy can be comprehended as representing the core dimension of privacy,³² involving, for instance, sexual³³ and family choices as matters insusceptible of violation or restriction.

expression, as a political expression, and also as a symbol of anti-imperialism. Also, see Nanwani (2011, p. 1437), affirming that veiling practices come often as a religious obligation under Salafism, where women are pressured to cover themselves at the public sphere.

³¹ Also, Cain (2004, pp. 111-114) contends that, under the American Federal Constitutional Law, the right to privacy involves, essentially, questions over individual choices, referring to *Griswold v. Connecticut* as the leading Supreme Court case on the matter, through which the use of contraceptives was comprehended as an act protected under that right.

³² In this sense, Cain (2004, p. 118), affirms that, regarding the existing substantial relation between privacy and intimacy, the core of the former “is connected with the creation of personhood, the process by which each of us creates an authentic self”.

And what about religious fundamentalism? What does it implicate on the rights to privacy and intimacy? In a nutshell, the dogmatical stiffness of religious fundamentalist doctrines, at some point, ends up invading privacy and intimacy matters when concerning personal sexual choices, family development and family planning (Austria, 2004, pp. 97 and 101). For instance, in the United States, the Christian Right, strictly bonded to its dogmatical view on marriage and family, succeeded on hardening gay marriage laws;³⁴ Christian fundamentalists engage on the attempt to fiercely restrict the access to abortion (Castle, 2011, p. 1); in the Muslim world, some Islamic fundamentalist strands, as in Saudi Arabia, punish homosexuality with death sentence or other inhuman penalties, being women the most affected (Rehman, 2013, p. 31).

Naturally, an opposite contention would be to affirm that individuals submit themselves to a certain fundamentalist doctrine as a matter of free choice, and also that doctrinal self-determination of religious groups/communities as a protected good under the exercise of religious freedom must also be considered at verifying any violation on the matter. Nonetheless, it is indisputable, at least in its greatest part, that religious fundamentalist practices come accompanied with a level of group-based coercion, be it physical or psychological, reason why the majority of believers that shares fundamentalist views are at some point pressured to comply with imposed religious tenets, thus acting in a non-free manner, and having their own rights to privacy and intimacy constantly violated.³⁵

³³ See Rosenbury (2010, p. 810), contending that the Supreme Court jurisprudence on the matter submits the constitutional protection of sex to the protection of “emotional intimacy”, thus assuming intimacy as a constitutional good under which sexual choices must be constitutionally protected. Also, see Cain (2004, p. 119), stating that, in *Stanley v. Georgia*, the right to intimacy was treated under two perspectives, as a right to protect the “intimacy of place” and to protect “sexual expression”.

³⁴ In this vein, Cox (2005, p. 47) argues that “In perpetrating the view that Christianity has only one view of homosexuality – condemnation – the Christian Right dismisses the reality that a significant number of gays and lesbians are members of faith communities”.

³⁵ This is also true in the case of veiling practices within Islamic fundamentalism, where the veil no more appears as a mere religious symbol or as an element of cultural bond, rather as an instrument of oppression. For that, see Hochel (2013, pp. 41-43), arguing that, within Islamic fundamentalism, as in Iran, the veil was transformed into a symbol of women subordination and inferiority, through which women’s freedom of choice is constantly violated.

3. *Human dignity and religious fundamentalism: balancing the equation*

As previously argued in this Article, religious fundamentalism integrates religious freedom's *a priori* dimension of protection, but to reach the acts (actions and omissions) that indeed compose the definitive dimension of protection it is indispensable to analyze which restrictive measures derive from the balancing process between that fundamental right (religious freedom) and other constitutional rights, values, goods and interests. Accordingly, on submitting religious freedom (and so religious fundamentalism) to the "immanent clause of balancing", those three basic rights' perspectives (right to psychological and physical inviolability, right to equal treatment, and right to privacy and intimacy), all emanating from human dignity, emerge as legitimate reasons to restrict acts practiced under the label of religious fundamentalism. These fundamental rights operate as relevant normative data at the balancing process, justifying the rejection of unreasonable (excessive) acts that, once committed under the pale of religious fundamentalism, appear as burdensome constrictions over those rights. It is also relevant to argue that, though only three rights' perspectives were appointed, those same normative data generally raise other normative dimensions as reasons to restrict. The right to physical and psychological inviolability, the right to equal treatment, and the right to privacy and intimacy, all also involve the protection of other fundamental rights, for instance, the right to free movement, freedom of expression, right to choose a professional occupation, and the general right and duty to protect children.

In parallel, it is important to recognize that religious freedom can also, itself, rise as a constitutional reason to block acts of religious fundamentalism. Besides its positive dimension, religious freedom has also a negative one that emerges as a protected personal sphere under which one can resist and reject any practice of excessive acts of religious fundamentalism. For instance, no one must be obligated, passively and indisputably, to bear an act of proselytism discharged through a religiously fundamentalist discourse (Stahnke, 1999, pp. 287-288).³⁶ Of course, those above referred

³⁶ In this sense, the negative dimension of religious freedom manifests itself as the one's freedom to maintain a religion, where an individual is not obligated, for instance, to be a target of a proselytist discourse.

normative data and the balancing processes that can be taken cannot be described in an abstract manner, as the underpinning factual and legal data must be also considered, here being sufficient to say that acts of religious fundamentalism, although initially protected, have, at least in a theoretical-dogmatic approach, reasons for being constitutionally blocked.

III. RELIGIOUS FUNDAMENTALISM AS POLITICAL ENGINEERING: CONFRONTING VALUES OF LIBERAL CONSTITUTIONALISM

At this Part, religious fundamentalism will be assessed through a different angle, observing it as a vehicle for achieving political claims. This is religious fundamentalism as a political engineering platform, where a religious group (or groups), strategically oriented towards a political aim, uses a “theological discourse of truth” as the political, moral, cultural and economic agenda of society³⁷, pursuing, in the end, the establishment of a political regime theologically driven, that is, a theocracy (Cliteur, 2012, pp. 135-137).

That a state can freely choose a fundamentalist theological approach to address its public matters is not itself a problem, because this is a choice taken under the broad concept of state sovereignty and political self-determination, an issue to be addressed under the interconnections between Politics, Law and Religion. Nonetheless, a manifest problem arises when the political decision on assuming a theological-fundamentalist approach comes up with extremist tendencies, notably by committing acts of violence and totalitarianism (An-Na'im, 1987, p. 328). In this sense, it is relevant to state that, as a form of political engineering, religious fundamentalism not only exceeds the boundaries of religious freedom's constitutional framework, but also conflicts with liberal constitutionalism on an institutional basis. Recently, even the most religiously driven fundamentalist states have been adopting (or trying to adopt), at least in a tempered manner, a (liberal) constitutional structure, as occurred, for instance, in

³⁷ In this vein, see Halliday (1995, p. 400) states that “What defines contemporary fundamentalism is not on its own the call for a return to the literal reading of a holy text, but the combination of this appeal with an intervention in the political system, a mobilization of population and the building of an organization for the taking, and retention, of political power”.

Iran by the time of the so-called Islamic Revolution. But the adoption of (liberal) constitutionalism calls to abide to its most core elements (*topoi*), as democracy, human rights/fundamental rights, separation of powers, and political accountability.³⁸ If any of these elements are violated, the whole structure suffers a deep fracture. This why it is necessary to assess this “model” of religious fundamentalism from the standpoint of liberal constitutionalism values, a task to be accomplished in the present part of the Article.

First, the basics. The two core political ideals that form the fulcrum of liberal constitutionalist thinking, popular sovereignty and public reason, would promptly reject any pretension on justifying state power, state activities, and public policies by a theologically guided reasoning.³⁹ Of course, if religious arguments are used at the public space as an expression of public reason, in a way that can contribute to the communicational process, it is undisputable that they acquire argumentative force, thus being allowed to have influence at the decision-making process. On the other hand, using religious fundamentalism as a political agenda, trespassing Religion’s social function (and also religious freedom’s constitutional boundaries), exceeds a state’s option on recognizing any religion or religious denomination as the majoritarian one, and also on assuming an official religion (Blois, 2010, p. 99).⁴⁰ In this sense, entrenching Religion through a fundamentalist-political discourse directed on making an established religious denomination the only true moral agent and vector of the entire society contradicts with the proper idea of liberal constitutionalism (March 2015, p. 114).⁴¹

³⁸ Fombad (2011, p. 1014) contends that the modern concept of constitutionalism is bonded to core elements like “the recognition and protection of fundamental rights and freedoms; the separation of powers; an independent judiciary; the review of the constitutionality of laws; the control of the amendment of the constitution; and institutions that support democracy”.

³⁹ In short, popular sovereignty and public reason demand that public policies be implemented through a broad process of popular participation where only arguments deduced in a reasonable and general understandable way are considered capable of influencing the political communicational process.

⁴⁰ In this vein, looking to the English experience, the public recognition of the Anglican Church as an established one does not conflict with the exercise of religious freedom, nor does it imply the establishment of a theocratic regime.

⁴¹ In fact, this is a “two way street”, because not only it does conflict with core values of liberal constitutionalism, but also the moral-political basis of liberal constitutionalism

1. *Religious fundamentalism, Politics and Islamic fundamentalism: a control strategy*

As a starting point, it is noteworthy to mention that using religious fundamentalism as a platform of political engineering does not presuppose the relation between Religion and Politics as automatically leading to extremism and radicalism. Religion, as a social factor *per se*, can and should influence multiple spheres of society (politics, economy, culture, literature, among others) with its doctrines, tenets and values serving as moral-political vectors, as long as they be expressed and justified on a rational basis (a matter of public reason).⁴² For instance, religious groups, as the Christians in the United States of America (Hoover and Dulk, 2004, pp. 10-12), pursue to directly influence public policies according to their moral-theological vectors, a practice that certainly is not in disagreement with secularism⁴³ as the proper “theological” vector of liberal constitutionalism (Gedicks, 1990, p. 421). In this vein, Samuel W. Calhoun (2018, p. 486) argues that since Religion and Politics are originally interconnected, it is perfectly acceptable religious groups to rely on faith-based arguments to influence decision on public matters. Nonetheless, on the duality Re-

do not encounter philosophical-moral correspondence in religious fundamentalist political tendencies.

⁴² In this line, Gedicks (1992, p. 765) argues that “value choices must be rationally defended in public life, for unlike private actions, public actions cannot be justified by mere appeal to an individual’s tastes or preferences”. Also, Greenawalt (1990, p. 1022) contends that human behavior should not be prohibited only because one defends it as sinful or wrong in theological terms, rather only if it engenders any harm to a good comprehended through a secular language, that is, in the context of a reasonable and rational discourse. Moreover, Greenawalt (1990, p. 1033) argues that the only possible and reasonable hypothesis of direct influence of religious convictions over political choices is when they serve as a mere form of instrumental reasoning, functioning as elements of a rhetorical discourse.

⁴³ Regarding the possible relations between Church and State, see Cliteur (2012, pp. 130-131), arguing that a religiously neutral state is the most proper way to conduct public policies in clear harmony with the democratic regime, whereby “political secularism” is normally understood as “the separation of church and state”. Nonetheless, this idea of secularism does not imply the dislocation of religion to the private realm. The proper constitutional comprehension of secularism must be a positive one, a constitutional posture that enables a balanced subsistence of Religion within state and society. See also Smolin (2018, p. 533), offering some European examples of positive relations between State and Religion, like the Church of England as an established religious institution.

ligion-Politics, David M. Smolin (2018, pp. 531-538) draws attention to some situations that consider potentially dangerous: first, when there is no religion at all, contending that its absence, as history has already shown under the example of communism and fascism, does not assure a political environment free of totalitarian visions; second, when politics substitutes religion becoming the moral-parameter of individuals; and third, when religion becomes substantially reinforced by an ethnic or nationalistic identity.

Summing up, Religion and Politics can, at least within proper constitutional boundaries (protection of fundamental rights, public reason, secularism, and state religious neutrality to name a few) influence each other on a rational and balanced basis. Though said that, it is very important to not forget that any excess on their intertwinement can push dangerous possibilities forward. Both Religion and Politics are natural instruments of social influence. While Religion has the capability to conform the mind-body-action spectrum, Politics embodies the capacity to shape public spectrum on general matters. So, if any of the sides pushes beyond its legitimate realm, crossing the rational lines of dialogue, the means of influence become means of control. This is what happens when religious fundamentalism turns theological discourse into Politics in order to take control of every aspect of society, thus becoming a strong, ablative and dangerous strategy of mass control.

That is the case when the influence of religious groups pursues, through their militant-fundamentalist discourse on the decision-making process, the establishment of a theologically guided political body of public actions and rules, accompanied by a totalitarian agenda⁴⁴, as the example of *jihadi* fundamentalism (Freamon, 2003, p. 302). Within the spectrum of this politically guided religious fundamentalism, it is undoubtful that Political Islam⁴⁵ is the uppermost problematic manifestation,⁴⁶ especially for the means

⁴⁴ For instance, in the context of political Islam, *Sharia* is intended to be operated as the source of legal-political authority. For that, see Arafa (2014), pp. 878-879.

⁴⁵ Referring to Political Islam under the term “Islamism”, see Mozaffari (2007, p. 18), stating that “Surely, it has become evident that this particular form of Islam was (more) political, often violent and severely critical towards the West, and, last but not least, determined in its hostility towards established regimes in the Muslim world”.

⁴⁶ It is noteworthy to mention that this affirmation does not mean that Islam, as a system of belief, is objectively incompatible with democracy. For that, see Jillani (2006, pp. 727-728), contending that Islam is perfectly compatible with democracy. Also, Jillani

commonly operated to achieve the intended holistic treatment of state, religion and politics (Ariwidodo, 2017, p. 255), as the historical experiences of Egypt, Iran, Afghanistan, and others demonstrate (Ahmed, 2014, p. 623). The common and most problematic feature of political-religious fundamentalist bodies, as the Muslim Brotherhood, Al-Qaeda, Hezbollah, Hamas and ISIS,⁴⁷ is that their actions, directed to achieve a holistic control of society (politics, culture, economy, family planning etc.), transcend the boundaries of public reason, and struggle with core normative constitutional elements, those essential values and tenets of liberal constitutionalism.⁴⁸

Considering themselves as autopoietic sources of power, religious fundamentalist groups reject popular sovereignty in order to control the whole decision-making process, thus preventing any democratic development (Ariwidodo, 2017, p. 261). In this vein, Mohamed A. Arafa contends that *jihadi* fundamentalism, strictly based on the sovereignty of God as the core political tenet, rejects the alleged sovereignty of people in order to assume the entire control of the state and society.⁴⁹ Beyond that, Abdul-

(2006, pp. 737-739) contends that democratic values and principles have correspondence in Islam throughout three core elements that are embraced in *Quran*: consultation – *shura* –, consensus – *Ijma* – and reasoning – *Ijtihad*. Moreover, Jilani (2006, p. 742) affirms that the proclaimed incompatibility between Islam and democracy is due to a misleading interpretation of *Quran*. Nonetheless, Jilani (2006, p. 746) recognizes that along the world history three facts implied the weakening of the idea of democracy within Islam: colonialism, the development of authoritative governments after de process of decolonization, and the emergence of fascism.

⁴⁷ In this sense, March (2015, p. 109) notes that these fundamentalist-militant groups normally embrace acts of sacrifice and martyrdom “as a necessary means for attaining their goals”. About ISIS, Simons (2018, p. 326) appoints some research noting ISIS as a theocracy.

⁴⁸ Arafa (2014, pp. 862-863) appoints that this is the case of political Islamism under the actions of the Muslim Brotherhood in Egypt, whose acts bear totalitarianism. Also, Arafa (2014, p. 864) contends that “war on terror under a religious cover, or the umbrella of defending religion or Islam, may permit the state to deny – to some extent – the individual’s public rights and freedoms”. In this sense, Arafa (2014, p. 866) stresses that, in 2013, the Egyptian President Morsi stated, by a controversial affirmation, that his executive decisions could not be contested through judicial review and that a proper Constitution would be one that gives him the authority to govern above legality. Yet, Arafa (2014, p. 867) contends that the Muslim Brotherhood intention was to use constitutional means and instruments to develop and implement an Islamist Constitution in 2012.

⁴⁹ In this line, see Chase (1996, p. 281), referring to a Khomeini’s statement asserting that “the sole determining principle in a government...is divine law, law that is the expression of divine will, not the product of the human mind”.

lahi Ahmed An-Na'im (1987, pp. 323-324) argues that *jihadi* is, in fact, a theory of international relations through *Sharia*, whereby Islam must pronounce a public war against any of those that do not submit themselves to its core tenets, principles and values. In an interesting historical contextualization, Tassaduq Hussain Jilani (2006, p. 747) notes that the militancy of Islamic fundamentalism has its roots in the fascist movements of the second quarter of twentieth century, offering, as an example, the foundation of Muslim Brotherhood by Hassan-al-Banna, who, directly inspired by fascism and Nazism, brought the language of totalitarianism to political Islam.

Although extremist religious fundamentalism may appear as a common feature within Islam, it is necessary to remember, as noted earlier, that the intertwinement between Religion and Politics does not emerge as a dangerous situation in itself, and also that Islam is not inherently fundamentalist, violent, as automatically propagating *jihadi* ideals.⁵⁰ At the time of Arab Spring (2011),⁵¹ many Muslim countries began to reform their Constitutions in order to integrate *Sharia* into the constitutional order, thus turning *Sharia* principles “the” or “a” core source of the legislation (supremacy clauses). Hypothetically, this process of pseudo-constitutionalization sought the harmonization between Islam and liberal constitutionalism (notably with democracy), in the sense that then *Sharia* Law would no more be viewed in a conflictual relation towards human rights and other constitutional values, a process some scholars normally evaluate under the idea of “post-Islamism” movement (Gordner, 2010, pp. 8-9).

Moreover, some legal scholars, as Ahmed and Ginsburg, contend that this “Islamization” process of Constitutions is not due to a special desire of putting Islam as “a” or “the” legal-political parameter, nor due to a fundamentalist vision of religion, rather being a form of emulating British repugnancy clauses from the colonialist period (Ahmed and Ginsburg, 2014,

⁵⁰ Notwithstanding, see Mozaffari (2007, p. 24), noting that, although multiple Islamists sects diverge on the use of violence as a means to achieve their political goals, a moderate-quiet behavior is exception within political Islam. Also, Mozaffari (2007, p. 24) notes that “In general the use of violence is integral to their strategy for achieving their ends. Among the various violent methods, terror is proven to be the preferred one, and is indeed frequently used by Islamist groups”.

⁵¹ Although these “supremacy clauses” widely appeared at the time of Arab Spring, *Sharia* has already occupied a prominent constitutional status in the Constitution of Iran from 1907.

p. 637). Notwithstanding, this pseudo-constitutionalization process does not ensure a plenty compatibility between Islam and liberal constitutionalism, rather only that the former is a core part of governance, and that a (pure) secular constitutional structure is promptly rejected.⁵² In sum, examples constitutionalizing *Sharia* appoint a form of commitment between two channels of social-political configuration, at one hand, liberals see the indispensability of a constitutional structured government as a form of guaranteeing democracy, fundamental rights, political accountability and checks and balances, and at the other hand, the religiously-guided ones demand assuring Islam a significant social-political role to play.

Conversely, despite the tendency on constitutionalizing *Sharia* as a harmonizing mechanism between Islam and liberal constitutionalism (especially, democracy), what is been highlighted in the present section is the political engineering strategy led by religious fundamentalist groups at its violent, militant and warfare dimension (Freamon, 2003, pp. 303-304). Although others religious fundamentalist sects are also capable of using fundamentalist discourse with this quality of strategical political engineering, the direct reference made to Islamic fundamentalism is due to its terrorist approach.⁵³ Highlighting this trend, Ladan Boroumand and Roya Boroumand argue that *jihadism* is a terrorist ideology created by the Iranians without having any substantial relation to Islam as a religious belief system, and also disconnected from any plausible root on Quranic religious tenets (Boroumand and Boroumand, 2002, p. 12).

One of the most prominent exposers of Islamic fundamentalism with this political-militant shape was Ayatollah Khomeini, notably under the direct influence of the extremist ideology spread by the Muslim Brotherhood and its founding leader, Hassan al-Banna (Boroumand and Boroumand, 2002, pp. 9 and 11). This Islamic fundamentalist-militant trend can be properly understood within Revivalism, a specific approach to Islamic law that, differently from Reformism, has the militant-political activism as its most remarkable feature (Khan, 2010, pp. 300-301). At its core, this

⁵² Yet, Ahmed and Ginsburg (2014, p. 625) note that the constitutional inclusion of *Sharia* does not appoint automatically to a theocratic regime, and that it is empirically attested that the Constitutions that embrace *Sharia* clauses recognize more human rights that those that do not embrace it.

⁵³ In this sense, see Chase (1996, p. 389), affirming that “with political legitimacy tied to the demonization of the “other”, Iran has maintained a (politically convenient) stance of a beleaguered community at war with the world”.

political-ideological-militant Islam does not emerge as a simple system of belief, rather it is construed as an ablative comprehensive system that affects both private and public life, rejects the nation-state ideal, the western discourse of human rights and the whole legal basis that forms international law.⁵⁴ Moreover, within Revivalism, it is noteworthy making reference to Wahhabism, that although considered a minority posture within Islamic fundamentalism, has inspired various radical movements between 1970-80. In this vein, Hamid M. Khan (2010, pp. 307-308) contends that Wahhabism, following Revivalism, a social-political movement embodied by *Muhammad ibn Abd al-Wahhab*, envisioned the revival of Islam through an ideological turning point, embracing intolerance, literalism and extremism on the basis of *Qur'an*.

Once this framework of analysis has been set, it is time to bring liberal constitutionalism's factors to the equation in order to assess which values does religious (Islamic) fundamentalism is in confront with.

2. *Liberal constitutionalism, democracy and political Islam*

From the outset, it is necessary to remark that the expression “political Islam” is used in reference to Islam's political-fundamentalist-militant trend (Islamism). Islam, as a system of belief, and not as a political-ideological control strategy, is not automatically in opposition to democracy, as it is also capable of contributing on the development of a democratic regime (Pipes, 1995, p. 55).⁵⁵ In this sense, Islam, as any other religion, can influence public matters, as long as it be within proper constitutional boundaries. But that is not the case with Islamism. As previously contended, political Islam (Islamism) is a political-ideological/theological system that, (supposedly) acting on behalf of God, pursue establishing a new institutionalized holistic way of governance in order to control every aspect of social, cultural, political and economic life, assuming extremist,

⁵⁴ In this sense, Khan (2010, pp. 301-302) affirms that Revivalists understand Islam as a “comprehensive ideology embracing public as well as personal life”.

⁵⁵ Moreover, see Fish (2002, p. 16), noting that there is no automatic connection between Islam and authoritarianism per se, rather that Muslim countries are more prone to undemocratic regimes because, in comparison with other countries, they are clearly underdeveloped and poorer, factors that are directly linked to a regime's capacity on being democratic.

revolutionary and totalitarian postures as method (Pipes, 1995, pp. 49-52). Under Islam's uppermost intolerant religious trend, Wahhabism fundamentalism, the concept of *jahiliyya* is taken as a guiding principle, through which non-Muslim and Islamic sectarian groups are viewed as outsiders in light of God's prescriptions (sinners), thus justifying coercive intervention as a means to abide to Islamic law.⁵⁶ For those orthodox Muslims, the ablative project of political Islam justifies using *jihad* as a means to achieve the unification of *umma*, the true Islamic community (Samuelson, 1995, p. 337). But again, this is just one perspective on the compatibility issue. Within Islam's political stream, it is not quite clear if democracy is completely accepted, and if it is, on what level.

For instance, under the short experience of the Islamic Salvation Front in Algeria, two opposite political trends hindered a proper assessment on the compatibility between political Islam and democracy. From a more moderate side, under the direction of Abassi Madani, the fundamentalist agenda of the Party would not hinder the complete enjoyment of political and civil liberties, assuring tolerance towards Western conceptions of democracy (Samuelson, 1995, pp. 343-344). On the other hand, under the leadership of Ali Belhadj, the fundamentalist agenda of the Party would have to act under the slogan "No law. No constitution. Only the laws of God and the Qur'an", in notable opposition to democracy.

In order to properly evaluate political Islam, instead of analyzing it by taking the risk of being dogmatic-theologically biased, it is necessary to look it from an external perspective, that is, through the lens of liberal constitutionalism. Theoretically, liberal constitutionalism encompasses the need for a government constitutionally structured, construed upon shared values, submitted to substantive and procedural limitations, and oriented towards the achievement of fundamental goods selected by public policies that are decided in a broad forum of public reason. This is why liberal constitutionalism demands for democracy. Thus, to assess the political-fundamentalist paradigm of political Islam through the eyes of liberal constitutionalism, we need to ask if democracy is actually possible there.

And for an adequate assessment on the conflictual intersection of political Islam and democracy, it is first indispensable to evaluate what a

⁵⁶ See Khan (2010, p. 309), stating that "Revivalists have used this powerful tool to justify overthrowing what are ostensibly Islamic States by denying that they are truly Islamic at all".

democratic regime demands as core elements. Therefore, it is important to ask what democracy is and what does it imply.⁵⁷ Under liberal constitutionalism framework, a valuable and qualified concept of democracy is one beyond the idea of majority principle as the regime's cornerstone (Sultany, 2012, pp. 425-436). A suitable concept of democracy is one developed within a procedural-discursive context, recognizing that a democratic-political regime demands an effective political discussion through broad popular participation, and also guaranteed by instrumentals responsible for an equal access and equal voice to all individuals and groups at the decision-making forums, thus a genuine constitutional democracy (Shelly, 2007, pp. 64-66).

The cornerstone of constitutional democracy is represent by its capacity to balance the strains between the majoritarian will and the necessity to protect minority rights, notably through the promotion of individual and political freedoms.⁵⁸ For this deliberative process to take place as a feasible decision-making process, the regime must have a representative character, where those who detain the power (the source of sovereignty), "the people", delegate their authority to chosen representatives in order to discuss, vote and approve public policies. Besides that, for this capacity to choose political-delegates, and then to have equal voice and influence at the decision-making process, it is indispensable to recognize core instrumentals to assure the process's reasonableness and fairness, notably through fundamental rights (Shelly, 2007, p. 68). Therefore, within a substantive approach to democracy, fundamental rights as freedom of speech,

⁵⁷ See generally, Coppedge, et al. (2011, pp. 253-254), appointing six possible models of democracy: the electoral conception, the liberal democracy, the majoritarian, the participatory democracy, the deliberative, and the egalitarian. Also, see Fadl (2003, p. 7), arguing that for a democratic regime to exist, is indispensable, beyond recognizing a limited government on the basis of rule of law, that the government to recognize that the source of the legitimacy of political power is on people's hands, and also that governance must conducted on the basis of fundamental rights, reason why, although the classical jurists of Islamic law recognized the relevance of a limited government under the rule of law within the boundaries of the Caliphate's regime, these conditions were not sufficient to assure democracy in Islam.

⁵⁸ In this sense, see Murphy (1991, pp. 109-113), affirming that "Constitutional democracy's pledge does not imply the end of economic and political struggle, but the beginning, or continuation, of a politics conducted in peace, through clearly marked and more or less open processes, for limited goals that always include respect for the interests of opponents as well as allies".

freedom of information and freedom of assembly constitute core elements responsible for the democratic character of the political decision-making process (Feldman, 1990, pp. 3 and 11). In sum, as Aziz Huq and Tom Ginsburg argue, a constitutional-liberal democracy must embody three core elements: the promotion of free-democratic elections, core fundamental rights directed to ensure broad political participation, as freedom of speech and freedom of association, and the guarantee of rule of law (Huq and Ginsburg, 2018, pp. 87-92).

Once this brief explanation on democracy was given, it is time to assess the reasons why fundamentalist-political Islam is in clear opposition towards democracy.⁵⁹ As Nazrul Islam and Saidul Islam (2017, pp. 3-4) argue, Islam is commonly comprehended as incompatible with democracy because it supposedly does not embrace core values as social-political openness, political and ideological pluralism, equality, tolerance, popular sovereignty, political accountability and also for its opposition to human rights.⁶⁰ Moreover, according to Adrienne Katherine Wing, democracy uppermost values, fundamental rights as freedom of speech, freedom of association, freedom of assembly and the right to equal protection, are elements constantly put under the threat of Islamic religious militant-fundamentalism (Wing, 2009, pp. 416-417).⁶¹ A closer look on democracy's essentials is here necessary.

⁵⁹ See Fadl (2003, pp. 11 and 13), arguing that the core issues on the compatibility between Islam and democracy are the religious law of Sharia and the problem of people as the source of the legitimacy of political power as contradictory claims, and also contending that the most problematic claims of rejection and opposition to democracy within Islam have come from the Colonial and post-Colonial eras, these being the periods of the emergence of fundamentalist trends.

⁶⁰ Nonetheless, it should be remembered, as stated earlier in this Article, that some scholars contend that Islam is not automatically incompatible with democracy. In this sense, see Islam and Islam (2017, pp. 4-9), appointing some Islamic scholarship that contends the original doctrinal compatibility between Islam and democracy. Moreover, the Author argues that these ancient and modern Islamic scholars, like *Rifa'ah Al-Tahtawi*, *Khayr Al-Din Al-Tunisi*, *Jamal Al-Din Al-Afghani*, *Muhammad Abduh* and *Muhammad Rashid Rida*, state that democracy has its core substantial fundament in Islam's doctrines on morality and ethics.

⁶¹ Also, Pipes (1995, p. 57) argues that, as a matter to combat Islamic fundamentalism, elections do not stand as an adequate measure to ensure democracy, rather that it is necessary to implement and guarantee indispensable democracy's prior conditions, as political participation, rule of law, freedom of speech, religious freedom, minority rights and freedom of assembly and association.

A. *The source of political sovereignty*

One of the most contested issues concerning the (in)compatibility between political Islam and democracy is on who or where the source of political sovereignty lays, because Islam, especially through the testimonial of the Prophet (*Sunna*) and the principles embodied in *Qur'an*, acknowledges God (*Allah*) as the only source of political power (Islam and Islam, 2017, pp. 10-12). In this sense, Peter A. Samuelson argues that, at least for some Muslims, if the act of establishing a government does not seek compliance with God's commandments, it is not a legitimate act at all (Samuelson, 1995, p. 308). As a matter of fact, the problem is not Islam assuming *Allah* as the sole source of political power (sovereignty), rather if government and public policy both rest on a deep and dangerous intertwinement between religion and politics,⁶² an issue to be properly addressed under the secularism principle⁶³ within liberal-democratic constitutionalism (Islam and Islam, 2017, p. 12).⁶⁴ If liberal-democratic constitutionalism demands a government based on (public) reason, religion, although having a relevant social role to play, cannot be used as source for public authority (Rosenfeld, 2009, p. 2341).⁶⁵ Religion's social function must be constitutionally assured, but this guarantee ought to be circumscribed into the boundaries established by the secularism principle

⁶² In this sense, see Mustafa (2003, p. 233), stating that "Their belief in the indivisibility of politics and religion, as well as in the exclusive role of the Islamic religion in all spheres of social life, prevents them from a full understanding and acceptance of democracy".

⁶³ See Rosenfeld (2009, p. 2333), stating that "from a constitutional standpoint, the modern state steeped in the normative order dictated by the Enlightenment should at once be both neutral with respect to religion, by neither favoring it nor disfavoring it within its (public) sphere of legitimate action, and also equally protective of its citizens' freedom of and from religion within the private sphere". Conversely, denying secularism the nature of a constitutional principle or value, see generally Bader (2010), pp. 9-10. Also, see Kramer (2003, p. 191), stating that Islam "contains an unambiguous rejection of secularism which applies equally to the situation both inside and outside of the country".

⁶⁴ Also, see Quraishi-Landes (2015, pp. 553-554), contending that the modern negative approach on the relation between state and religion, and also on the intertwinement between religion and politics, is due to an "Eurocentric narrative" that does not represent the case of Islam, notably because the pre-modern Islamic Law, with its pluralistic legal sources, does not automatically imply theocracy..

⁶⁵ Also, Fadl (1996, p. 1530) contends that, within liberal democratic regimes, religious-based arguments cannot be used at the public realm, as they have inaccessible nature.

(and state neutrality), because although religion cannot be restricted to a limited private sphere of life, it also cannot emerge as a source of public authority.⁶⁶ Reisman contends that the political-fundamentalist approach indisputably leads to the establishment of a theocratic regime, where the political legitimacy rests only on God and his words (Reisman, 1994, p. 514). Following this, political Islam rejects popular sovereignty by demanding religious law (Sharia Law) to be the sole source of political power.⁶⁷ Therefore, Khaled Abou El Fadl (2003, p. 7) asks, “If God is the only sovereign and source of law in Islam, is it meaningful to speak of a democracy within Islam, or even of Islam within a democracy, and can an Islamic system of government ever be reconciled with democratic governance?”⁶⁸

Some Islamic scholars argue that Islam and democracy can be properly reconciled if recognized under classical Islamic law, where, although God’s commandments constitute the sole source of power, government would have to be exercised in a representative way, because *Qur’an* demands consultation under the rubric of *shura* (Fadl, 2003, p. 35). Nevertheless, *shura* must not be equated to democratic-political representativeness, for the competence and function of this kind of consultation were granted only to a specific group composed by prominent jurists responsible for choosing the ruler, the Caliph.⁶⁹ For instance, under the Taliban regime

⁶⁶ In this sense, see Kramnick and Moore, (1997, p. 64), stating that “No one who cares about civil peace would deny that morality is important. In that sense none of the present disputants in American politics argue that moral questions never impinge on public policy issues. The dispute is rather between those who argue that the content of morality is itself a question for public debate and those who argue that morality is an issue already settled by the religious views of a purported majority”. Also, see Fadl (1996, p. 1530), following Kent Greenawalt when arguing that religious-based arguments are not at all excluded from the legislative activity, because as other comprehensive views they can be used, at least in a restrained way, at the communicational process.

⁶⁷ Mustafa (2003, p. 233) states that “This is expressed in the refusal to accept the principle that the nation is the source of authority, as well as in the call for the cancellation of modern civil laws and legislation. From their point of view, these should be substituted by the application of the Islamic sharia, according to their own vision and interpretation”.

⁶⁸ Also, see Khan (2010, p. 520), contending that “Islamic law submits to God’s Sovereignty and rejects the competing notions of sovereignty under which the supreme authority to give laws flows from the people, the parliament, or some entity such as the royal family, territorial state, or empire”.

⁶⁹ In this vein, Fadl (2003, p. 24) affirms that this system of consultation “does not seem to mean the existence of a representative government that seeks to give effect to the will of the people”.

in Afghanistan, notably after taking power and asserting that they would develop a Constitution, a United Nations representative appointed that the document would probably not be recognized as a product of a democratic process, because the majority of the Afghanistan people were still being alienated from the political decision-making process (Middleton, 2001, p. 454). According to Andrijana Maksimovic (2018, pp. 43-45), regarding the recognition of God's sovereignty among Islamic states, three different groups can be grasped: a first group, integrated by Iran, Libya and Pakistan, the divine nature of political power is objectively, normatively and absolutely recognized; a second group, composed by Afghanistan, Iraq, Kuwait, Syria, Jordan, Malaysia, Yemen, Morocco and others, although an existing constitutional order and that the concrete holder of political power is the nation, God's sovereignty emerges as the sole limit to them; and a third group, involving Egypt, Tunisia, Algeria and Mauritania, God's sovereignty has been institutionally weakened through the recognition of popular or nation's sovereignty, but are constantly submitted to a latent recall for Islamic revivalism.

In total opposition, liberal constitutionalism (thus, democracy) demands popular sovereignty. That is, at the top of political power chain rests the people as the sole detainer of power. From a moral-philosophical point of view, political power can only be construed upon public reason, and not by claims theologically driven. On these terms, political Islam clearly conflicts with democracy (and of course, with liberal constitutionalism). In fact, it denies democracy and liberal constitutionalism.

B. Basic rights and freedoms (fundamental rights)

Beyond the contested debate on the polarization between cultural relativism and universalism within Human Rights International Law, the issue of recognizing and protecting basic rights and freedoms in Islamic Law is something to be assessed on the primary basis that all political and legal aspects of Islamic governments are fundamentally submitted to *Sharia* (Reisman, 1994, p. 517).

For instance, at the end of 1990, under the Taliban regime in Afghanistan, women suffered excessive restrictions on their basic fundamental rights and freedoms (Fish, 2002, p. 5). As Shannon A. Middleton (2001, pp. 442-454) notes, women under the Taliban regime were severely restricted on their right to freedom of movement, being forbidden to appear

in public without a male relative, and also prohibited to participate on weddings or to stay in hotels; restricted on their freedom of thought, expression, assembly and association, as being forced to comply with strict rules of clothing, and also being forbidden to take action in public debate, forums and activities; restricted on their right to health, by being prohibited to receive medical attention; restricted on their right to employment, as most of time they are prohibited from working; restricted on their right to education, being prohibited to take an effective education after eight years old or even having none; and restricted on their right to physical and psychological inviolability, constantly target of public beatings and executions. In Iran, a bill passed at the National Assembly, accepting the terms of the Convention on the Elimination of Discrimination Against Women, was fiercely vetoed by the Guardian Council, where was argued that the bill violated the Constitution and Islamic law (Stilt, 2004, pp. 718-719).

Regarding religious freedom, Islam does not allow apostasy,⁷⁰ assuming in most cases a violent response against those that leave the Islamic faith, an issue that also affect interfaith marriage, which Islam prohibits Muslim women to marriage anyone outside their system of faith (Islam and Islam, 2017, p. 13). In terms of equal rights, Islam is known by its discrimination towards women, especially when related to family, marriage and work issues (Islam and Islam, 2017, p. 14). On the political rights question, the non-democratic nature of political sovereignty in political Islam, where the sole justification of political power rests on God's commandments, intensively restricts the political participation of individuals at the decision-making process, notably reducing the political capacity of ordinary muslims, women and members of minority religions. (Reisman, 1994, 515). For instance, looking back to the political agenda of the Islamic Salvation Front in Algeria, a clear sign of its anti-democratic discourse was the tendency to withdraw women from the decision-making process, thus denying effectiveness to a core democratic principle, the equal access of all individuals to political participation.⁷¹ Regarding

⁷⁰ Concerning specifically the contradictory issue of apostasy in Islam, see Kamali (1992, pp. 70-71), contending that the death punishment as a consequence of apostasy in Islam does not encounter support in Qur'an and in the Sunnah of the Prophet, rather only in an individual and isolated *hadith*.

⁷¹ In this sense, Feldman (1990, p. 3) affirms that "it would be undemocratic to deny the vote to blacks, Jews, or women, because that would contravene the principle of political equality".

freedom of expression, Islamic fundamentalist regimes, because of their profound conviction on self-righteous and carriers of the one divine truth that Allah gave to the Prophet and then to his followers, tend to not accept political opposition, reason why view freedom of speech, assembly and association as unfavorable elements to the regime (theocracy) stability (Reisman, 1994, p. 520). In this line, Reisman exemplifies that the Islamic fundamentalist regime in Iran, notably under the rule of Khomeini, has prohibited various professors and literary authors on practicing their activities freely, even sanctioning one to death for his supposedly heretical writings (Reisman, 1994, p. 521).

Thereby, is it really possible to talk about basic rights and freedoms within the realm of political Islam? As such, no, it is not. The recognition, promotion, and protection of fundamental rights is something completely blurred through the lens of Sharia law. Fundamental rights are one of the most relevant constitutional materials that cannot be subjected to theological interpretation, much less one with a fundamentalist trend. Thus, once again, political Islam conflicts with liberal constitutionalism.

C. Political alternation

One of democracy's core elements is the regime's underlying necessity to ensure political alternation, a principle to be respected as a means to ensure pluralism of ideas and equal political access both for majority and minorities to the decision-making process. Political Islam, because of its institutional goals and political agenda, supposedly legitimated by the one true belief embodied in Islamic Law, emerges as a real threat to democracy for lacking any assurance that political power will always be alternated, especially for the fiercely restrictions that are commonly driven upon basic freedoms, as those against freedom of speech and of assembly.⁷²

In Islamic countries like Iran and Saudi Arabia, despite some institutional differences, is quite evident the absence of concrete conditions which turn political alternation of power into something possible. Khomeini's *wilayat*

⁷² Samuelson (1995, pp. 345-356) argues that, if the Islamic Salvation Front had not been withdrawn from power after the elections in 1992 and had assumed power, its theological-political agenda, contended as legitimate by the words of God, would probably be a threat to the democratic regime, notably because the Party would not peacefully leave the power after losing parliamentary elections.

al-faqih system in Iran, the government of the (religious) jurists led by a supreme religious leader, and also the institution of the Council of Guardians, were created to submit all the stages of political decision-making process to chosen clerics, keeping them away from any attempt of removing them from power, all of this within a system that yet has instituted a Parliamentary body and a Presidency (Mallat, 2006, pp. 33-34). In the same vein, the Kingdom of Saudi Arabia, though invested under a monarchic regime, does not embrace a representative regime, granting the King the sole exercise over the executive, legislative and judicial powers, thus also eliminating any possibility of political accountability vis-a-vis checks and balances model (Mallat, 2006, pp. 34-37).

Therefore, it is impossible to talk about liberal constitutionalism and democracy within a regime that do not have any guarantee that political alternation will take place. The founding basis of political Islam, leading to the establishment of theocracy, does not harmonizing with democratic essentials. Rotation of political power is needed in order to “refresh” ideas and prevent dogmatization. Something that does not take place within political Islam.

D. *Political accountability*

One of the core problems concerning political accountability in Islam, especially in political Islam, is that its constitutive elements, responsibility and transparency, are submitted to a kind of double-step non-democratic process, because all actions in public matters are first accountable to Allah and then to his respective trustees under the principles of *Qur'an* and Sharia (Dauda and Yusha'u, 2017, pp. 453-454). As Khaled Abou el Fadl (2003, p. 21) argues, “Whether the Caliph is considered God’s deputy or the Prophet’s deputy, the question is: to whom does the Caliph answer?”. Surely not to the people.

Actually, the reasoning is very simple. As a regime that submits public matters to theological reasoning, giving to a limited circle of religious authorities the power to control and review public policies, transparency is something quite impossible to be assured. And so, without transparency, accountability is also quite impossible, as power is not exercised with responsibility, also lacking the guidance of shared common values resting upon human dignity. As such, political Islam is not an open politi-

cal system under the guidance of the people, rather one that encloses itself in theological dogmas, thus hindering any possibility of external accountability centered on neutral constitutional goods.

E. *Rule of law*

The central idea of rule of law is that government must abide by law, ruling through law and in accordance with it. Following Jeremy Waldron's and Joseph Raz's philosophical-legal reasoning, the principle of rule of law claims that government is better when it is exercised through law in a normative way, that is, respecting certain core principles and features as generality, prospectivity, non-contradiction, stability, clarity, publicity and openness of legal rules (Rodriguez, et. al., 2010, pp. 1466-1467). Moreover, as Jeremy Waldron puts, the idea of rule of law is directly connected to the necessity of applying public rules without any interference of public agents' biases, preferences and ideologies (Waldron, 2008, p. 6).

Beyond these formal features that are commonly attached to the idea of rule of law, Robert Stein reminds us that under almost more than two thousand years of philosophical and legal thought, to abide by rule of law implies a substantive approach on public matters, an assessment of the concept that takes core substantive elements of law seriously, reason why rule of law must be comprehended as more than requiring law as superior to all individuals, binding also government and its branches, and that law must be stable, general known and predictable; that it must assure the participation of all individuals affected by it at its creation and development; must protect human rights, assuming human dignity as its moral-legal vector; and must also guarantee the existence of an independent judiciary capable of effectively applying law (Stein, 2009, p. 302). According to Daniel B. Rodriguez *et. al.* (2010, pp. 1475-1480), for a specific legal system to be in accordance with the idea of rule of law it must have and comply with at least four basic elements: first, the existence of a Constitution (preferable a written one), where the structure of government and the limits to the exercise of public power are properly delineated; second, an institutionalized system of judicial review, one there is capable to address the compatibility of the actions of public power to the Constitution, thus promoting the rules and values of the law of the Constitution; third, an adequate system of separation of powers (checks and balances), avoiding

the accumulation and excessive centralization of power; and fourth, the existence of an effective independent judiciary, one that has the capacity to act freely from any external pressure.⁷³

Once the concept of rule of law was briefly assessed, it is necessary to measure it within the political spectrum of Islam. First, it is noteworthy mentioning that within political Islam, Sharia is commonly linked to the idea of rule of law.⁷⁴ For example, in Saudi Arabia, Islamic law, notably under the political-ideological influence of Wahhabism, is represented by the strict compliance to the principles of *Qur'an*.⁷⁵ Because Sharia represents the legal system in Islam, to comply with it is not the problem from the perspective of respecting rule of law,⁷⁶ rather the issue is whether Sharia is sufficient, as the core element of Islamic rule of law, to guarantee not only formal-procedural fairness, but the fulfillment of substantive

⁷³ It should be noted, however, that in what concerns the abstract relation between rule of law and constitutionalism, it is better (and more proper) to comprehend that the former is a constitutive element of the latter. Since the rise of constitutionalism, the idea of rule of law has been transmuted into the idea of rule of the Constitution, although the mere existence of a Constitution does not guarantee substantive compliance to core values as justice and equity.

⁷⁴ In this sense, al-Hibri (1992, pp. 3-9) notes that Sharia, as the body of Islamic Law, has multiple sources, as the Qur'an, the Sunnah of the Prophet, *Ijma'* – representing established consensus –, *Qiyas* – representing reasoning by analogy –, and specific basic principles, as the necessity of adapting law throughout time, the necessity to avoid harm and the connection between the application of law and the respective factual situation that urged its concrete incidence. Moreover, Quraishi-Landes (2015, p. 559) affirms that “In this way, sharia as God’s Law is meant to cover more than just the fiqh elaboration of scriptural rules. In short, sharia is a rule of law, not a mere collection of rules”. Recognizing Sharia as the rule of law of the Caliphate of the Islamic system of government, see Fadl (2003), pp. 5-6. Conversely, see Wielandt (2003, p. 204) contends that “The historical realities of Islamic countries demonstrate that the political structures and current laws have never been determined by Islamic norms only”.

⁷⁵ Mallat (2006, p. 35) affirms that, for Saudi rulers, “the Qur'an is the Constitution, and the whole institutional set-up is but a derivative of the Qur'an”.

⁷⁶ See Quraishi-Landes (2015, pp. 557-564), demonstrating that in pre-modern Islamic Law there were two different types of law, one that was created by rulers, *siyasa*, and other that was engendered by religious scholars, *fiqh*, both coexisting in great harmonization, notably because each had its own issues to address, not interfering in the realm of competence of the other, reason why the Author argues that it cannot be said that Islam’s Law leads to a theocratic regime. Also, Fadl (2003, p. 28) notes that the mere fact of complying with Sharia’s determinations, like in the field of criminal penalties and rules concerning clothing and modesty are not sufficient to affirm that Islamic law respects the idea of rule of law.

values (Harvey, 1961, p. 487). As Jeremy Waldron argues, legal systems that do not respect due process, both procedural and substantive, be it by interfering in Court's praxis and reasoning, thus threatening their institutional independence, and also by withdrawing the procedural safeguards of freedom in society, are in clear confront with the rule of law ideal (Waldron, 2008, p. 5).⁷⁷ That is the case of political Islam.

Applying Sharia lacks both transparency and normative security, for its sources do not offer a clear and evident guidance on the terms of compliance with its own rules (Wielandt, 2003, pp. 205-206). Yet, given the uncertainty of Sharia commandments, the necessity of previous human interpretation increases even more the problem, because, as Rotraud Wielandt argues, "People are not infallible, and are apt under certain circumstances to err in the direction of extreme positions" (Wielandt, 2003, pp. 209-210).⁷⁸ This is why Sharia does not equate to rule of law. Rule of law, as such, must bear on public reason, a condition that Sharia does not fulfill, because it is construed upon theological reasoning. Also, even in the presence of a Constitution, Sharia appears as a filter of what is theologically right or wrong (Sharia principles as supremacy clauses), thus denying not only rule of law, but as such, the rule of the Constitution. An insurmountable problem from the perspective of liberal constitutionalism and democracy.

IV. CONCLUSION

Religious fundamentalism is not itself a social and normative problem, as it does not automatically imply force, violence and terrorism. From the constitutional perspective of fundamental rights, religious fundamen-

⁷⁷ Also, Waldron (2008, pp. 20-36) appoints that legal systems that do not embrace core elements as the presence of courts, generality and publicity of norms, the positivity of norms, the attachment of law to the orientation towards public good, and the systematicity of legal norms, are not legal systems at all, reason why the Author (p. 14) contends that the regimes of Kim Jong-II in North Korea and of Saddam Hussein in Iraq were not legal systems. In the same vein, Fadl (2003, p. 29) argues that, in what it concerns rule of law as a form to avoid the misuse of law as a means to establish authoritarianism, "More importantly, it means that the processes of law, themselves, are bound by fundamental and unwavering moral commitments that insure that the law is not used as an instrument of tyranny and oppression".

⁷⁸ In the same vein, see Gosalbo-Bono (2010, p. 286) argues that "Since the Koran does not cover all actions, Islamic scholars had ample latitude to interpret the will of God according to their scholarly consensus or *ijtihad*".

talism appears essentially as a form of exercising religious freedom. Therefore, although commonly related to societal conflicts, and modernly, to violence, terrorism and totalitarianism, religious fundamentalism is a phenomenon that appears within the practice of a religion or faith.

The idea of fundamentalism represents a social-religious movement recalling believers to abide to the fundamentals of faith. Despite its Christian origins, fundamentalism is a religious phenomenon spread worldwide within different types of religion and faiths. To return to the fundamentals of faith is tantamount to conform all aspects of life to theological dogmas, texts, values and tenets as real rules of private and social life. Thus, to practice religious fundamentalism, religious freedom is necessary, as the former integrates the latter.

On the other hand, beyond a model of exercising religious freedom, religious fundamentalism also appears as a vehicle for justifying public policies in order to a religious group (or groups) assume political power and control all spheres of society (politics, economics, culture, literature). This is religious fundamentalism as a political control strategy, aiming the achievement of a theocratic regime, notably by the practice of violence and terrorism.

Following this line of reasoning, and applying a theoretical perspective with constitutional lens, the phenomenon of religious fundamentalism must be distinguished into two different stances: first, as a type of fundamental right exercise (religious freedom); and second, as a political control strategy.

As a form of exercising religious freedom, religious fundamentalism ought to respect properly constitutional boundaries, as it sometimes is capable of confronting other fundamental rights, values, goods and interests. Thus, religious fundamentalism shall encounter some reasons to restrict after being balanced with other fundamental rights, values, goods and interests. Essentially, human dignity, as the uppermost constitutional value within liberal constitutionalism, is simultaneously a source and a limit to religious fundamentalists practices.

As shown along this Article, three are the normative reasons that form religious fundamentalism boundaries: the right to psychological and physical inviolability, the right to equal treatment, and the right to privacy and intimacy. Therefore, any act of religious fundamentalism must be contrasted to each one of these fundamental rights in order to fulfill a balancing operation, then verifying if any reason to restrict the fundamentalist ac-

tion appears. Religious fundamentalism, as a form of exercising religious freedom, is not absolute, rather is constantly submitted to constitutional boundaries.

On another spectrum, as a political control strategy, religious fundamentalism represents a dangerous and excessive intertwining between religion and politics. Crossing the rational boundaries of public reason, religious fundamentalism serves a platform of political engineering, aiming the founding of a theocratic regime. Here, religious fundamentalism not only confronts basic rights and freedoms (fundamental rights), but beyond that, confronts core values of liberal constitutionalism on an institutional basis.

Under the example of Islamic fundamentalism, especially Islamism (political Islam), this Article demonstrated that core structural elements of modern liberal constitutionalism, as the popular source of political sovereignty, basic rights and freedoms, political alternation, political accountability, and rule of law, are put under threat, thus appointing a major and unsurmountable conflict between religious fundamentalism embraced by religious-political groups under Sharia and liberal constitutionalism. As such, religious fundamentalism denies liberal constitutionalism.

As seen, religious fundamentalism raises one basic question from a theoretical-constitutional perspective: does it represent a form of practicing religious freedom, or does it serve as a platform of political control strategy? In sum, be one or the other, both are constitutionally limited. The first (practicing religious freedom), human dignity and core fundamental rights stemmed from it block any excessive practice, and the second is at any time blocked, as it collides with structural pieces of liberal constitutionalism.

V. REFERENCES

Aguiling-Pangalangan, Elizabeth. (2010). Catholic Fundamentalism and Its Impact on Women's Political Participation in the Philippines. In Claudia Derichs & Andrea Fleschenberg (Ed.), *Religious Fundamentalisms and Their Gendered Impacts in Asia* (pp. 88-106). Berlin. Friedrich-Ebert-Stiftung.

Ahmed, Dawood I., Ginsburg, Tom. (2014). Constitutional Islamization and Human Rights: The Surprising Origin and Spread of Islamic Su-

- premac y en Constituciones. *Virginia Journal of International Law*, 54(3), 615-695.
- Al-Hibri, Azizah Y. (1992). Islamic Constitutionalism and the Concept of Democracy. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 24(1), 1-27.
- An-Na'im, Abdullahi Ahmed. (1987). Islamic Law, International Relations, and Human Rights: Challenge and Response. *Cornell International Law Journal*, 20(2), 317-335.
- Arafa, Mohamed A. (2014). Whither Egypt? Against Religious Fascism and Legal Authoritarianism: Pure Revolution, Popular Coup, or a Military Coup D'État(?). *Indiana International & Comparative Law Review*, 24(4), 859-897.
- Ariwidodo, Eko. (2017). Shifting Paradigm of Modern Islam Fundamentalism as Islamized Space Autonomy in Indonesia. *Journal of Social and Islamic Culture*, 25(1), 249-283.
- Austria, Carolina S. Ruiz. (2004). The Church, the State and Women's Bodies in the Context of Religious Fundamentalism in the Philippines. *Reproductive Health Matters*, 12(24), 96-103.
- Bader, Veit. (2010). Constitutionalizing secularism, alternative secularisms or liberal-democratic constitutionalism? A critical reading of some Turkish, ECtHR and Indian Supreme Court cases on 'secularism'. *Utrecht Law Review*, 6(3), 8-35.
- Barroso, Luís Roberto. (2012). Here, There, and Everywhere: Human Dignity in Contemporary Law and in the Transnational Discourse. *Boston College International and Comparative Law Review*, 35(2), 331-393.
- Blois, Matthijs de. (2010). Religious law versus secular law. The example of the get refusal in Dutch, English and Israeli law. *Utrecht Law Review*, Utrecht, 6(2), 93-114.
- Borgmann, Caitlin E. (2014). The Constitutionality of Government-Imposed Bodily Intrusions. *University of Illinois Law Review*, 2014(4), 1059-1128.
- Boroumand, Ladan, Boroumand, Roya. (2002). Terror, Islam and Democracy. *Journal of Democracy*, 12(2), 5-20.
- Borowski, Martin. (2018). *Grundrechte als Prinzipien*. (3a. ed.). Baden-Baden. Nomos Verlag.

- Brown, Barbara A. *et. al.* (1971). The Equal Rights Amendment: A Constitutional Basis for Equal Rights for Women. *The Yale Law Journal*, 80(5), 871-985.
- Cain, Patricia A. (2004). The Right to Privacy Under The Montana Constitution: Sex and Intimacy. *Montana Law Review*, 64, 99-132.
- Calhoun, Samuel W. (2018). Separation of Church and State: Jefferson, Lincoln, and the Reverend Martin Luther King, Jr. Show It Was Never Intended to Separate Religion from Politics. *Washington and Lee Law Review Online*, 74(2), 459-488.
- Castle, Mary Ann. (2011). Abortion in the United States' bible belt: organizing for power and empowerment. *Reproductive Health Journal*, 8(1), 1-11.
- Chase, Anthony. (1996). Legal Guardians: Islamic Law, International Law, Human Rights Law, and the Salman Rushdie Affair. *American University International Law Review*, 11(3), 375-435.
- Chibundu, Maxwell O. (2015). Can, Do, and Should Legal Entities Have Dignity (?): The Case of the State. *Maryland Law Review*, 75(1), 194-209.
- Claudio, Sylvia Estrada. (2010). Sanctifying Moral Tyranny: Religious Fundamentalism and the Political Disempowerment of Women. In Claudia Derichs & Andrea Fleschenberg (Ed.), *Religious Fundamentalisms and Their Gendered Impacts in Asia* (pp. 13-26). Berlin. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Cliteur, Paul. (2012). State and religion against the backdrop of religious radicalism. *International Journal of Constitutional Law*, 10(1), 127-152.
- Conkle, Daniel O. (1994). Different Religions, Different Politics: Evaluating the Role of Competing Religious Traditions in American Politics and Law. *Journal of Law and Religion*, 10(1), 1-32.
- Conkle, Daniel O. (1995). Secular Fundamentalism, Religious Fundamentalism, and the Search for Truth in Contemporary America. *Journal of Law and Religion*, 12(2), 337-370.
- Coppedge, Michael, et al. (2011). Conceptualizing and Measuring Democracy: A New Approach. *Perspective on Politics*, 9(2), 247-267.
- Cox, Cece. (2005). To Have and To Hold – Or Not: The Influence of the Christian Right on Gay Marriage Laws in the Netherlands, Canada, and the United States. *Law & Sexuality*, 14, 1-50.

- Dan-Cohen, Meir. (2011). A Concept of Dignity. *Israel Law Review*, 44(2), 9-23.
- Dauda, Gidado Adbu, Yusha'u, Abubakar Sabo. (2017). Influence of Accountability and Transparency on Governance in Islam. *International Journal of Academic Research in Business and Social Sciences*, 7(6), 449-456.
- Davis, Peggy Cooper. (2009). Responsive Constitutionalism and the Idea of Dignity. *Journal of Constitutional Law*, 11(5), 1373-1380.
- Drews, Claudia. (2005). *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19, II, GG*. Baden-Baden. Nomos Verlag.
- Dunlap, Bridgette. (2017). Protecting the Space to be Unveiled: Why France's Full Veil Ban Does Not Violate the European Convention on Human Rights. *Fordham International Law Journal*, New York, 35(4), 968-1026.
- Fadl, Khaled Abou El. (2003). Islam and the Challenge of Democratic Commitment. *Fordham International Law Journal*, 27(1), 4-71.
- Fadl, Khaled Abou El. (1996). Muslim Minorities and Self-Restraint in Liberal Democracies. *Loyola of Los Angeles Law Review*, 29(4), 1525-1542.
- Feldman, David. (1990). Democracy, the Rule of Law and Judicial Review. *Federal Law Review*, 19(1), 1-30.
- Fish, M. Steven. (2002). Islam and Authoritarianism. *World Politics*, 55(1), 4-37.
- Fombad, Charles Manga. (2011). Constitutional Reforms and Constitutionalism in Africa: Reflections on Some Current Challenges and Future Prospects. *Buffalo Law Review*, 59(4), 1007-1108.
- Freamon, Bernard K. (2003). Martyrdom, Suicide, and the Islamic Law of War: A Short Legal History. *Fordham International Law Journal*, 27(1), 299-369.
- Gedicks, Frederick Mark. (2010). God of Our Fathers, God for Ourselves: Fundamentalism and Postmodern Belief. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 18(4), 901-914.
- Gedicks, Frederick Mark. (1992). Public Life and Hostility to Religion. *Virginia Law Review*, 78(3), 671-696.
- Gedicks, Frederick Mark. (1990). Some Political Implications of Religious Belief. *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, 4(3), 419-449.

- Gordner, Matthew J. (2010). Islam/ism and Democracy: Past the Compatibility Problem and Towards the Post-Islamist Turn. *Journal of the Center for Studies in Religion and Society*, 9(1), 3-20.
- Gosalbo-Bono, Ricardo. (2010). The Significance of the Rule of Law and its Implications for the European Union and the United States. *Pittsburgh Law Review*, 72(2), 229-360.
- Greenawalt, Kent. (1990). Religious Convictions and Political Choice: Some Further Thoughts. *DePaul Law Review*, 39(4), 1019-1046.
- Gregg, Heather Selma. (2016). Three Theories of Religious Activism and Violence: Social Movements, Fundamentalists, and Apocalyptic Warriors. *Terrorism and Political Violence*, 28(2), 338-360.
- Halliday, Fred. (1995). Review Article: The Politics of 'Islam' – a second look. *British Journal of Political Science*, 25(3), 399-417.
- Hamilton, Vivian E. (2010). Perspectives on Religious Fundamentalism and Families in the U.S. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 18(4), 883-888.
- Harvey, W. Burnett. (1961). The Rule of Law in Historical Perspective. *Michigan Law Review*, 59(4), 487-500.
- Hochel, Sandra. (2013). To Veil or Not to Veil: Voices of Malaysian Muslim Women. *Intercultural Communication Studies*, 22(2), 40-57.
- Hoover, Dennis R., Dulk, Kevin R. Den. (2004). Christian Conservatives Go to Court: Religion and Legal Mobilization in the United States and Canada. *International Political Science Review*, 25(1), 9-34.
- Huq, Aziz, Ginsburg, Tom. (2018). How to Lose a Constitutional Democracy. *UCLA Law Review*, 65(1), 78-169.
- Islam, Md Nazrul, Islam, Md Saidul. (2017). Islam and Democracy: Conflicts and Congruence. *Religions*, 8(6), 1-19.
- Jillani, Tassaduq Hussain. (2006). Democracy and Islam: An Odyssey in Braving the Twenty-First Century. *Brigham Young University Law Review*, 2006 (3), 727-754.
- Kamali, Mohammad Hashim. (1992). Freedom of Religion in Islamic Law. *The Capital University Law Review*, 21(1), 63-81.
- Kant, Immanuel. (2017). *A Metafísica dos Costumes*. (3a. ed.). Lisbon. Fundação Calouste Gulbenkian.

- Khan, L. Ali. (2010). Fana and Baqa Infinities of Islam: Approaches to Islamic Law and Behavior. *University of Saint Thomas Law Journal*, 7(3), 511-558.
- Koopmans, Ruud. (2015). Religious Fundamentalism and Hostility against Out-groups: A Comparison of Muslims and Christians in Western Europe. *Journal of Ethnic and Migration Studies*, 41(1), 33-57.
- Kramer, Gudrun. (2003). Islam is religion and state: on the relationship among religion, law and politics in Islam. In Z. I. Munavvarov & W. Schneider-Deters (Ed.), *Islam and the Secular State* (pp. 191-201). Tashkent: Friedrich Ebert Foundation.
- Kramnick, Isaac, Moore, R. Laurence. (1997). *The Godless Constitution: A Moral Defense of the Secular State*. New York. W. W. Norton & Company.
- Lurie, Guy. (2020). Proportionality and the Right to Equality. *German Law Journal*, 21(2), 174-196.
- Machrusah, Safira. (2010). Islam and Women's Political Participation in Indonesia: Discourses and Practices In Claudia Derichs & Andrea Fleschenberg (Ed.), *Religious Fundamentalisms and Their Gendered Impacts in Asia* (pp. 68-87). Berlin. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Maksimovic, Andrijana. (2018). Sovereignty in Islam: A Reflection of Tradition and Contemporaries in Modern Political Systems. *Vojno Delo*, 8, 38-46.
- Mallat, Chibli. (2006). On the Specificity of Middle Eastern Constitutionalism. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 38(1), 13-57.
- March, Andrew F. (2015). Political Islam: Theory. *Annual Review of Political Science*, 18, 103-123.
- Marczewska-Rytko, Maria. (2007). Religious Fundamentalism: Theoretical Problems. *Polish Political Science*, XXXVI, 215-223.
- Mathews, Jud, Sweet, Alec Stone. (2008). Proportionality Balancing and Global Constitutionalism. *Columbia Journal of Transnational Law*, 47, 72-164.
- Mayer, Ann Elizabeth. (1994). Universal versus Islamic Human Rights: A Clash of Cultures or a Clash with a Construct(?). *Michigan Journal of International Law*, 15(2), 307-404.
- McCrudden, Christopher. (2008). Human Dignity and Judicial Interpreta-

- tion of Human Rights. *European Journal of International Law*, 19(4), 931-944.
- Middleton, Shannon A. (2001). Women's Rights Unveiled: Taliban's Treatment of Women in Afghanistan. *Indiana International & Comparative Law Review*, 11(2), 421-468.
- Möller, Kai. (2007). Balancing and the structure of constitutional rights. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 453-468.
- Moyn, Samuel. (2014). The Secret History of Constitutional Dignity. *Yale Human Rights and Development Journal*, 17 (1), 39-73.
- Mozaffari, Mehdi. (2007). What is Islamism? History and Definition of a Concept. *Totalitarian Movements and Political Religions*, 8(1), 17-33.
- Murphy, Walter F. (1991). Civil Law, Common Law, and Constitutional Democracy. *Louisiana Law Review*, 52(1), 91-136.
- Mustafa, Hala. (2003). Political Islam: Remarks on the Political Islamic model. In Z.I. Munavvarov & W. Schneider-Deters (Ed.), *Islam and the Secular State* (pp. 230-234). Tashkent: Friedrich Ebert Foundation.
- Nanwani, Shaira. (2011). The Burqa Ban: An Unreasonable Limitation On Religious Freedom Or A Justifiable Restriction? *Emory International Law Review*, 25(3), 1431-1475.
- Neff, Christyne L. (1991). Woman, Womb, and Bodily Integrity. *Yale Journal of Law and Feminism*, 3(2), 327-353.
- Neomi Rao, Neomi. (2011). Three Concepts of Dignity in Constitutional Law. *Notre Dame Law Review*, 86(1), 183-272.
- Nestlerode, Jana. (1993). Re-"Righting" the Right to Privacy: The Supreme Court and the Constitutional Right to Privacy in Criminal Law. *Cleveland State Law Review*, 41(1), 59-102.
- Novais, Jorge Reis. (2003). *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Almedina.
- Paine, Andrew. (1997). Religious Fundamentalism and Legal Systems: Methods and Rationales in the Fight to Control the Political Apparatus. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 5(1), 263-296.
- Pin, Andrea. (2017). Arab Constitutionalism and Human Dignity. *The George Washington International Law Review*, 50, 1-67.
- Pipes, Daniel. (1995). The Are No Moderates Dealing with Fundamentalist Islam. *The National Interest*, 41, 48-57.

- Quraishi-Landes, Asifa. (2015). Islamic Constitutionalism: Not Secular. Not Theocratic. Not Impossible. *Rutgers Journal of Law and Religion*, 16, 533-579.
- Rehman, Javaid, Polymenopoulou, Eleni. (2013). Is Green a Part of the Rainbow? Sharia, Homosexuality and LGBT Rights in the Muslim World. *Fordham International Law Journal*, 37(1), 1-52.
- Reisman, M.H.A. (1994). Some Reflections on Human Rights and Clerical Claims to Political Power. *Yale Journal of International Law*, 19, 509-523.
- Richards, David A. J. (1981). Constitutional Privacy, the Right to Die and the Meaning of Life: A Moral Analysis. *William & Mary Law Review*, 22(3), 327-419.
- Rodriguez, Daniel B. et al. (2010). The Rule of Law Unplugged. *Emory Law Journal*, 59(6), 1455-1494.
- Rosenbury, Laura A., Rothman, Jennifer E. (2010). Sex in and out of Intimacy. *Emory Law Journal*, 59(4), 809-868.
- Rosenfeld, Michel. (2009). Introduction: Can Constitutionalism, Secularism and Religion be Reconciled in an Era of Globalization and Religious Revival? *Cardozo Law Review*, 30(6), 2333-2368.
- Samuelson, Peter A. (1995). Pluralism Betrayed: The Battle Between Secularism and Islam in Algeria's Quest for Democracy. *Yale Journal of International Law*, 20(2), 309-358.
- Savage, Sara. (2011). Four Lessons from the Study of Fundamentalism and Psychology of Religion. *Journal of Strategic Security*, 4(4), 131-150.
- Schlink, Bernhard. (1976). *Abwägung im Verfassungsrecht*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Shelly, Robert. (2007). The Discourse Concept of the Rule of Law and Democracy. *Southern Cross University Law Review*, 11, 59-80.
- Simons, Greg. (2018). Brand ISIS: Interactions of the Tangible and Intangible Environments. *Journal of Political Marketing*, 17(4), 322-353.
- Smolin, David M. (2018). American's Creed: The Inevitable Sometimes Dangerous, Mixing of Religion and Politics. *Washington and Lee Law Review Online*, 74(2), 512-545.
- Stahnke, Tad. (1999). Proselytism and the Freedom to Change Religion in International Human Rights Law. *Brigham Young University Law Review*, 1999(1), 251-354.

- Stein, Robert. (2009). Rule of Law: What Does it Mean? *Minnesota Journal of International Law*, 18(2), 293-303.
- Stilt, Kristen. (2004). Islamic Law and the Making and Remaking of the Iraqi Legal System. *The George Washington International Law Review*, 36, 695-756.
- Sultany, Nimer. (2012). The State of Progressive Constitutional Theory: the Paradox of Constitutional Democracy and the Project of Political Justification. *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 47(2), 371-455.
- Waldron, Jeremy. (2008). The Concept and the Rule of Law. *Georgia Law Review*, 43(1), 1-61.
- Warren, Samuel D., Brandeis, Louis D. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, 4(5), 193-220.
- Wielandt, Rotraud. (2003). Is the unity of religion and state a sine qua non condition in Islam? In Z.I. Munavvarov & W. Schneider-Deters (Ed.), *Islam and the Secular State* (pp. 202-212). Tashkent. Friedrich Ebert Foundation.
- Wing, Adrien Katherine. (2009). International Law, Secularism, and the Islamic World. *American University International Law Review*, 24(3), 407-428.
- Yilmaz, Muzaffer Ercan. (2006). Religious Fundamentalism and Conflict. *International Journal of Human Sciences*, 3(2), 1-13.
- Young, Elizabeth Aileen. (2012). The use of the Brainwashing Theory by the Anti-cult Movement in the United States of America, pre-1966. *Zeitschrift für junge Religionswissenschaft*, 7, 1-13.
- Young, Olga Antonenko, et. al. (2013). ‘Thou Shalt Not Kill’: Religious Fundamentalism, Conservatism, and Rule-Based Moral Processing. *Psychology of Religion and Spirituality*, 5(2), 110-115.
- Zamfir, Korinna. (2018). Returning women to their place? Religious Fundamentalism, Gender Bias and Violence Against Women. *Journal for the Study of Religions and Ideologies*, 17(51), 3-20.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El control de constitucionalidad: especial referencia al caso cubano (1901-1952)

The Control of Constitutionality: Special Reference to the Cuban Case (1901-1952)

Recepción: 1o. de junio de 2021

Aceptación: 24 de agosto de 2021

Alie PÉREZ VÉLIZ*

Olga Lisbeth CRESPO HERNÁNDEZ**

Frank MONTESINO SANTANA***

RESUMEN: El control de constitucionalidad se ha configurado como un límite al poder estatal. La institución se ha erigido sobre dos modelos: el *judicial review* y el *kelseniano*; el primero de origen estadounidense, y el segundo de origen austriaco. Estos modelos se han expandido por el mundo, pero a partir de mixturas o variantes intermedias que manifiestan adecuaciones a determinados contextos. Cuba experimentó desde la Constitución de 1901 la influencia del modelo norteamericano; sin embargo, desde 1940 recibió la influencia del modelo europeo, y creó el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, como sala especializada dentro del Poder Judicial. Este trabajo pretende caracterizar la evolución del control de constitucionalidad en Cuba de 1901 a 1952, enfatizando su carácter precursor y atípico para la región.

ABSTRACT: *Control of constitutionality has been configured as a limit to state power. The institution has been built on two models: the judicial review, of American origin; and the Kelsenian, of Austrian origin. These models have spread throughout the world, but from mixtures or intermediate variants that show adaptations to certain contexts. Since the Constitution of 1901, Cuba has experienced the influence of the American model; However, since 1940 it was influenced by the European model, creating a Court of Constitutional and Social Guarantees, as a specialized chamber within the judiciary. This work aims to characterize the evolution of constitutional control in Cuba from 1901 to 1952, emphasizing its precursor and atypical nature for the region.*

* Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”. Cuba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5097-8520>. Correo: alieperez1977@gmail.com.

** Universidad de Pinar del Río “Hermanos Saíz Montes de Oca”. Cuba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3772-7652>. Correo: olgacrespohdez@gmail.com.

*** Tribunal Popular Provincial de Pinar del Río. Cuba. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1026-2579>. Correo: ingenieros930@gmail.com.

Palabras claves: control, constitucionalidad, Cuba. **Keywords:** control, constitutionality, Cuba.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Sobre los modelos de control de constitucionalidad*. III. *El control de constitucionalidad en Cuba desde una perspectiva histórica*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencia bibliográfica*.

I. INTRODUCCIÓN

El control constitucional o de constitucionalidad, para algunos autores tiene su origen en el Tribunalado de la Plebe de la República romana, sobre el que Rousseau (s/f) refiere:

El tribunalado es una parte constitutiva del Estado, y no debe tener ninguna porción del poder legislativo ni del ejecutivo; pero por esto mismo es mayor su poderío, porque sin poder hacer nada, puede impedirlo todo, y es más sagrado y reverenciado, como defensor de las leyes, que el Príncipe que las ejecuta y que el soberano que las da (p. 35).

Salvando las distancias epocales, y teniendo en cuenta las diversas concepciones existentes sobre el origen del Estado, puede apreciarse en esta institución una especie de poder negativo; una magistratura con facultad suficiente para suspender la aplicación de una ley por contradicción con la voluntad del soberano, equivalente, por lo menos en su efecto, al moderno recurso de inconstitucionalidad.

Otro antecedente, de origen hispánico, puede encontrarse en las facultades del Justiciazgo Mayor de Aragón, a cuya autoridad Gutiérrez y Sánchez (1938) le atribuyen ser

...encargado de recibir en las Cortes el juramento de guardar y hacer guardar los fueros que tenían que prestar al Rey y las principales autoridades, era facultad principal del Justicia Mayor declarar si debía cumplirse o no las cartas del rey a los oficiales reales, por ser desaforadas o contrarias a las libertades del reino (p. 310).

Entendiendo los fueros como leyes medievales, esencialmente hispánicas, otorgadas u acordadas entre los monarcas, los nobles y las ciudades,

éstos vendrían a hacer la función que realizan las actuales leyes de orden público. La facultad del Justicia de declarar desahogada una carta real, y por ello contraria a la “ley”, lo cual provocaría el efecto de no hacer obligatorio su cumplimiento, se convierte en un antecedente feudal del contemporáneo control constitucional o de constitucionalidad.

A pesar de estos antecedentes, no se puede hablar del control de constitucionalidad, en el sentido moderno del término, hasta la solución del caso *Marbury vs. Madison* en 1803 por la Corte Suprema de Estados Unidos; y posteriormente, por la creación el Tribunal Constitucional austriaco en 1920. Derivado de estos dos modelos, aparecieron mixturas, que se inclinaban por una u otra solución con diferentes grados de intensidad.

Después de un alejamiento legislativo y práctico del control de constitucionalidad desde 1959, Cuba inició un proceso de consultas, que derivó en la aprobación de una nueva Constitución de la República, el 10 de abril de 2019. Aunque esta carta magna no introduce de forma directa la institución del control de constitucionalidad, fuera del ejercido por la Asamblea Nacional del Poder Popular, sí crea un marco legal y doctrinal propicio para su instrumentación diversificada a partir de normas de desarrollo, así como la construcción de normas reglas de control de constitucionalidad por los tribunales y operadores del derecho, mediante procedimientos argumentativos derivados de las normas principios de supremacía constitucional, eficacia directa, sujeción a la Constitución y jerarquía normativa, contenidos en los artículos 7o. y 8o. del referido texto (Constitución de la República de Cuba, artículos. 7o. y 8o., 2019).

El artículo 7o. constitucional estipula:

La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla. Las disposiciones y actos de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, así como las organizaciones, las entidades y los individuos se ajustan a lo que ésta dispone (Constitución de la República de Cuba, 2019).

Como puede apreciarse, el sistema de tribunales, como órganos estatales, tiene la obligación de cumplir este mandato constitucional, y en virtud de la eficacia directa de la Constitución, construir para cada caso que resuelve, si no hubiera una norma de desarrollo que lo contenga, la norma regla de instrumentación de la prevalencia constitucional, en caso de colisiones con otras normas jurídicas o actos del Estado, gobierno, institu-

ciones, entidades o individuos. En igual sentido se orienta el artículo 8o., pero en dicho caso en relación con los tratados internacionales en vigor para Cuba. Las experiencias históricas vividas por el país en este sentido son útiles a nuevos enfoques para ejercer el control concreto y difuso de constitucionalidad, particularmente en la articulación de modelos mixtos de control.

Se define como objeto de este trabajo la trascendencia actual del control de constitucionalidad en Cuba en su devenir histórico (1901-1959). Se asume como hipótesis de trabajo: que si se retoman las características atípicas del control de constitucionalidad en Cuba en su devenir histórico (1901-1959) a partir de la Constitución de 2019, principalmente su carácter mixto, combinando el control judicial difuso con el político, entonces se logrará una mayor eficacia en la aplicación y defensa de la Constitución. Se identifica como problema: ¿qué caracteriza al control de constitucionalidad en Cuba en su devenir histórico (1901-1952) que pueda ser retomado como presupuesto para el desarrollo de esa institución a partir de la Constitución de 2019? El objetivo de este trabajo es, a partir de una aproximación teórico-doctrinal inicial sobre los modelos o sistemas de control de constitucionalidad, caracterizar la evolución del control de constitucionalidad en Cuba en su periodo de surgimiento y máximo esplendor (1901-1952), resaltando su carácter atípico y precursor para la región y el mundo, lo cual debe ser tenido en cuenta en el diseño e implementación del control de constitucionalidad que proyecta la Constitución cubana de 2019, principalmente en lo relativo al control judicial. En el empeño se emplearán como herramientas metodológicas los métodos de análisis teórico-jurídico, histórico-jurídico, comparativo; también fue necesario el apoyo del método de interpretación exegético-analítico, con el fin de determinar el sentido y alcance de las disposiciones normativas estudiadas, principalmente intentando explorar la voluntad de legislador constitucional y su adecuación contextual.

II. SOBRE LOS MODELOS DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

Según Fernández Bulté (2000), en la actualidad se puede hablar de cuatro sistemas o modelos de defensa constitucional: el difuso o de *judicial review*, el concentrado o austriaco-kelseniano, el mixto y el múltiple.

Son cuatro variantes históricas, que inspiradas en diferentes realidades han pretendido evitar el abandono de la voluntad popular, expresada en el proceso de creación constitucional, además de la salvaguarda y control de esa voluntad contra vulneraciones, tanto de la propia ciudadanía como de los poderes constituidos.

El sistema “americano”, difuso o de *judicial review* tiene sus orígenes en Estados Unidos, y se deriva del precedente creado por el juez presidente de la Corte Suprema John Marshall, con el fallo del 24 de febrero de 1803 en el caso *Marbury vs. Madison*. El efecto prevaleciente de dicho fallo es que corresponde a la justicia ordinaria, en cada caso que resuelve, pronunciarse sobre la constitucionalidad o no de una ley aplicable al punto controvertido, y dejar sin efecto la aplicación de dicha ley o de un acto ejecutivo-administrativo, sólo para el caso particular, si se considera inconstitucional.

Autores como Scarciglia (2013) identifican en este sistema o modelo cinco características:

- a) el control de constitucionalidad es descentralizado o difuso, en el que el mismo control se ejerce por parte de todos los órganos judiciales —federales o estatales— de un determinado ordenamiento, para tutelar, en muchos casos, lo derechos subjetivos de los ciudadanos; b) el control es concreto, en el sentido que es ejercitado en el curso de un juicio: el juez debe aplicar la ley u otras normas jurídicas para la solución de un caso concreto... c) el juez es investido de la cuestión de inconstitucionalidad por vía incidental o de excepción—y por tanto la cuestión es prejudicial o accesoria a la solución del asunto—, en el sentido que juzga indirectamente la norma de la que se duda sobre su (in)constitucionalidad... d) la decisión del Tribunal se aplica exclusivamente a las partes en el proceso y la disposición, desaplicada en el asunto, mantiene plena validez para solucionar otros asuntos; e) el control es sucesivo... se centra sobre una ley entrada ya en vigor (p. 329).

Sin embargo, esta fundamentación del hoy llamado modelo difuso y concreto de control de constitucionalidad ha evolucionado con base en la doctrina del *stare decisis*, que se ha impuesto en el sistema de precedentes del derecho estadounidense. Bajo el efecto del *stare decisis*, las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la nación nortea han adquirido un efecto general, que rebasan la lógica de su aplicabilidad sólo al caso concreto que resuelve; de tal modo que todos los tribunales inferiores y los propios jueces de la Corte Suprema deben fallar en el futuro, teniendo

en cuenta el precedente establecido en todos los casos que se consideren análogos.

Ante las críticas sobre el exceso de poder de los jueces para declarar la inconstitucionalidad de las leyes, autores procedentes del sistema “americano”, difuso o de *judicial review* han desarrollado una fuerte teoría sobre la metodología para determinar el grado de prevalencia de un derecho fundamental sobre otro en un caso concreto, con base en la proporcionalidad o no de una restricción en el ámbito de protección de dichos derechos, emanada de una norma jurídica infraconstitucional.

Como se ha planteado, en el sistema difuso el control de constitucionalidad generalmente surge de un caso concreto, en que colisionan dos derechos fundamentales aparentemente legítimos, o un derecho fundamental y una restricción a este para garantizar otro derecho fundamental. En estos casos, autores como Barak (2017), expresidente de la Corte Suprema de Israel, proponen lo que han dado en llamar el test de proporcionalidad.

Este vínculo entre control de constitucionalidad y garantía de derechos parte del requisito de tutela judicial efectiva, como plus de fundamentación; al respecto, ha planteado Pérez Véliz (2020): “...los derechos fundamentales siempre podrán ser recurridos en vía judicial, pues de lo contrario no gozan de verdaderas garantías. Incluso la más plena realización material del derecho no es por sí sola una plena garantía integral, pues carece de previsión de defensa ante posibles vulneraciones” (p. 304).

Por otro lado, para Barak (2017), los derechos fundamentales, recogidos en los enunciados normativos de la Constitución, se configuran como supuestos de hecho de derecho fundamental. Sin embargo, como ningún derecho es absoluto en su realización, y de serlo podría vulnerar otro derecho fundamental que apunte a un supuesto de hecho contrario a nivel legislativo o infraconstitucional, y amparado en la cláusula constitucional de restricción, se configuran las restricciones en el ámbito de protección de dicho derecho, y con ello las limitaciones a su grado de realización.

El juez del sistema difuso no tiene una ilimitada libertad interpretativa para determinar la referida proporcionalidad. Entre los pasos lógicos y metodológicos que debe desplegar el magistrado, y que pudieran llevarlo a determinar la inconstitucionalidad de una norma, y por ello su inaplicación al caso concreto, están: *a)* existencia de un fin adecuado en la restricción del derecho (proteger o garantizar otro derecho igualmente fundamental); *b)* existencia de una conexión racional entre la realización de dicho fin

y la restricción del referido derecho en colisión; *c*) el empleo de medios necesarios (valorar si se escogió la opción menos dañosa); *d*) existencia de una relación adecuada entre el beneficio ganado con la realización del fin adecuado y la vulneración causada al derecho fundamental (proporcionalidad en sentido estricto o ponderación) (Barak, 2017).

Autores como Vigo (2017) atribuyen un papel trascendente a la ponderación, pues para él ésta viene a coronarse como el requisito articulador o dinamizador del resto de los requisitos de validez jurídica o justificación racional de las normas jurídicas: racionalidad orgánica, racionalidad procedimental, racionalidad sistémica, racionalidad lógica-lingüística, racionalidad teleológica, racionalidad científica, racionalidad sociológica, racionalidad axiológica, racionalidad fáctica, racionalidad intencional, y como se ha dicho, para articular los anteriores, racionalidad prudencial o ponderativa.

Al respecto, concluye el mismo autor:

El órgano encomendado de pronunciarse sobre el reclamo de invalidez de una norma jurídica no tiene más que dos alternativas excluyentes: validez o invalidez, y a tales fines le corresponderá concretar prudencial o ponderativamente un balance del nivel de irracionalidad o falta de justificación por violación de las diez exigencias analizadas y las ventajas y perjuicios que generará su declaración según adopte una u otra alternativa (p. 278).

Concluyendo estas ideas, Barak (2017) sentencia:

Sólo cuando la importancia social del beneficio que se logra con la realización del fin adecuado es mayor que la importancia social de evitar la vulneración causada por la restricción del derecho, podemos decir que tal restricción es proporcional. Así, la proporcionalidad examina el fin de los medios, el derecho fundamental y la relación adecuada entre ellos (p. 160).

Puede resumirse que en el sistema “americano”, difuso o de *judicial review*, se utiliza el test de proporcionalidad para determinar si una disposición jurídica infraconstitucional que restringe derechos es válida o no, en cuanto a su aplicabilidad al caso concreto, en la medida en que cumple con dicho test. De resultar proporcional y, por tanto válida, la disposición no se consideraría inconstitucional; de lo contrario, se declararía su inconstitucionalidad. Este efecto difuso y concreto va adquiriendo, con el

tiempo, y en la medida en que se asciende en el nivel jerárquico del órgano jurisdiccional, el efecto de norma general derogatoria y, por lo tanto, declaratoria de inconstitucionalidad.

Alzándose contra el modelo difuso, el jurista Kelsen, quien participó en la redacción de la Constitución austriaca de 1920, propuso la creación de un órgano especializado en el control de la constitucionalidad. Este órgano, independiente de la jurisdicción ordinaria, a pesar de su nombre, concentra todas las decisiones relativas a recursos de inconstitucionalidad contra actos administrativos, judiciales o legislativos, y de amparo de los derechos individuales; por esta peculiaridad se le conoce en la doctrina como sistema concentrado o austriaco-kelseniano de control constitucional.

Al referirse a las particularidades de la regulación en la Constitución austriaca de 1920 del sistema o modelo concentrado, Valdés Lobán (2012) planteó:

...el órgano de control centralizado o concentrado, que ejerció la defensa de la norma suprema, fue el Tribunal de Constitucionalidad, que integraran miembros nombrados por el presidente de la República, propuestos... por el gobierno, el Consejo Nacional y el Consejo de Países y Profesiones... Este sistema de control de la constitucionalidad, de carácter concentrado y político, proliferó más tarde en naciones de Europa primero y de América Latina después (p. 286).

Por su parte, el propio Scarciglia (2013) señala como características del modelo llamado austriaco-kelseniano, concentrado o europeo, las siguientes:

a) el control de constitucionalidad es confiado a un único órgano concentrado, un tribunal diferente de la jurisdicción ordinaria, que ejerce mediante vía exclusiva esta función; *b)* el control es “abstracto”... *c)* el juez puede estar facultado para plantear la cuestión de constitucionalidad tanto por vía directa como por vía incidental; *d)* la sentencia sobre la cuestión de constitucionalidad produce efectos *erga omnes*: por un lado, la norma declarada inconstitucional es anulada —en otras palabras, la sentencia excluye del ordenamiento la norma disconforme con la Constitución— y, por otro lado, la norma anulada es inaplicada por el juez de la causa (p. 329).

A pesar de estos planteamientos, autores latinoamericanos han referido que el impacto de los modelos en América Latina pasa más por una mixtu-

ra que por la reproducción de los modelos puros. Al respecto, se pretende modelar un abanico de variantes, que van desde una única mixtura hasta bifurcaciones particularistas. En este sentido, Fernández Bulté (2000) habla de un sistema o modelo mixto y de otro múltiple.

Desde la referida posición, el tercer sistema se conoce como mixto. En éste, usualmente se concentra el control de constitucionalidad en un órgano, pero a diferencia del concentrado no se trata de un órgano político, sino jurídico, generalmente el Tribunal Supremo de Justicia, o una de sus salas especializada en materia constitucional. Este órgano, que es parte del llamado Poder Judicial, conoce a instancia de parte de los recursos de inconstitucionalidad; pero, a diferencia de lo ocurrido en el sistema difuso, su fallo tiene efectos *erga omnes*, lo que provoca la derogación o abrogación de la norma o acto impugnado.

En el cuarto sistema, llamado múltiple, se articulan o integran los mecanismos de control y defensa de los sistemas difuso y concentrado. En éste se faculta a todos los tribunales de justicia —como en el difuso— para conocer en los casos concretos que resuelven sobre la inconstitucionalidad de un acto o norma jurídica, y para hacer prevalecer la Constitución; pero sus fallos no tienen efectos *erga omnes*; por ello, no deroga la norma o acto inconstitucional. Paralelo a ello, existe un tribunal constitucional o de garantías ante el que puede presentarse la impugnación de una ley o acto administrativo, y que tiene la facultad exclusiva de derogar dicha ley o acto con efectos *erga omnes*.

En puridad, ninguno de los cuatro modelos señalados ha logrado una eficacia absoluta en la consecución de sus objetivos, advirtiéndose cada vez formas más sofisticadas de ejercicio inconstitucional del poder por quienes lo detentan de manera efectiva. Otro tanto ha ocurrido con las objeciones doctrinales y prácticas que muchos teóricos han opuesto a cada uno de estos sistemas al valorar su aplicabilidad.

Sobre el sistema difuso o de *judicial review*, se ha dicho que peligra la excesiva concentración de facultades de trascendencia política en un órgano de carácter jurisdiccional, provocando un desequilibrio en la llamada tríada perfecta de Montesquieu; otro argumento que se esgrime en contra de esta solución es el peligro de politización de los órganos de la judicatura (Fernández, 2000).

Teóricos muy agudos oponen dos razones más a la validez de este modelo: la proliferación creciente de normativas ejecutivas y acuerdos legislativos de carácter secreto, cuyo contenido regulador nunca llega a los

tribunales de justicia, y que la concepción original del *judicial review* sustenta un fallo de inconstitucionalidad sólo aplicable al caso concreto, y no una nulidad absoluta de efectos *erga omnes*.

El modelo austriaco-kelseniano de defensa constitucional también ha recibido críticas desde posiciones de izquierda y de derecha. Estos últimos refieren que la existencia de un órgano político-jurídico que controle la constitucionalidad de los tres poderes es un ataque en sí mismo a la concepción de la tripartición de poderes. Desde la izquierda se arguye que los tribunales constitucionales generalmente son designados por el Ejecutivo, cayendo bajo la órbita de éste, en detrimento de la representatividad legislativa (Fix-Zamudio, 2002).

En cuanto a los sistemas mixto y múltiple, se han utilizado las críticas anteriores para atacar aquellos rasgos del control difuso y del control concentrado que prevalecen, planteándose por algunos autores que los argumentos expuestos para éstos son válidos y se ven potenciados en los dos primeros.

Cierto sector de la doctrina amplía la clasificación del control constitucional teniendo en cuenta los tipos de órganos que pueden ejercerlo, clasificando los primeros modelos o sistemas ya abordados dentro de la concepción general de control judicial; igualmente, plantean otros dos grandes grupos clasificadores: control por órganos no judiciales y control por órganos atípicos (Sagüés, 2007).

Otros autores rechazan la idea de la existencia de modelos generalizables, incluso del llamado mixto. Al respecto, Scarciglia (2013) ha planteado:

La tesis que aquí se presenta considera que cada modelo de justicia constitucional es diferente de otro, si bien dos modelos pueden presentar caracteres comunes y ser semejantes a los históricos norteamericano y europeo. Pero es justamente la combinación de factores lo que determina los modelos, en el fondo únicos, y que toman el nombre de cada Estado (francés, portugués) o del área geográfica de pertenencia (nórdica, africana, etc.), mejor que adjudicándoles un número (tercer, cuarto modelo, etc.) o clasificándoles en un modelo mixto (p. 327).

Por otro lado, dentro del control por órganos no judiciales se especifica el ejercido por el Poder Ejecutivo a través del veto presidencial de normas inconstitucionales o de acciones presidenciales directas; también se reco-

noce el control constitucional legislativo, que se ejerce fundamentalmente en los sistemas asamblearios o parlamentarios, en que la asamblea nacional o el Parlamento tienen la doble facultad de reforma constitucional y de interpretación originaria de la Constitución. Otro tipo de control reconocido en la doctrina es el electoral, por vía de la novedosa “apelación popular de sentencias” (Sagüés, 2007, p. 132).

Autores como Cappeletti (1986), sin embargo, rechazan la eficacia de los llamados controles políticos. Al respecto, el autor italiano plantea:

Pero la historia, y en este caso la historia ha sido pocas veces feliz, ha probado que, para ser efectivos, los controles de las ramas políticas difícilmente pueden llevarse a cabo desde dentro. Un Poder Ejecutivo eficiente está jerarquizado; en su nivel superior, difícilmente permitirá un control interno independiente; y esto no es menos cierto en el caso de un Poder Legislativo que se considera a sí mismo como supremo (p. 26).

En algunos trabajos se hace referencia a órganos atípicos de control constitucional, como el Consejo de la Revolución en Portugal, el Consejo de Guardianes de la Revolución (y de la Constitución) de Irán, el Consejo Constitucional francés, y el Tribunal de Garantías Constitucionales de Ecuador. Es necesario plantear que el modo de regulación del procedimiento de inconstitucionalidad en estos ejemplos es tan atípico que los autores no los incluyen dentro de los criterios generales de clasificación.

Existen otros criterios más abstractos de clasificación de la defensa de la Constitución, como los que hacen alusión a la defensa indirecta, a través de “procedimientos especiales y agravados de reforma en las Constituciones rígidas” (De Blas y García, 1986, p. 195), como es el caso de la exigencia de mayoría cualificada, órganos integrados u obligatoriedad de referéndum, y la llamada cláusula de intangibilidad, cuya legitimidad es cuestionada. A las clasificaciones ya abordadas se les incluye por estos autores lo que han dado en llamar “defensa directa”.

Todos estos criterios clasificatorios parten del reconocimiento político y jurídico del principio de supremacía constitucional, condición ésta que emana del carácter directo y legítimo de quien establece la Constitución: el soberano, el pueblo en el sentido estricto del término, cuyas facultades para otorgarse la ley suprema del Estado se sustentan en la condición de un poder que es único, indivisible, inalienable y originario.

Esta concepción deja claro que los poderes constituidos deben subordinarse a la voluntad de los poderes constituyentes, expresada en la Constitución, lo que implica que “las otras normas han de ajustarse a ella, y que el conjunto del ordenamiento adquiere su sentido cuando este ajuste se produce sin problemas” (De Blas y García, 1986, p. 187).

Un dilema crucial que no han resuelto la doctrina ni la regulación normativa como tampoco la práctica judicial es el de la legitimación política y funcional de la jurisdicción constitucional especializada (Sagüés, 2007).

El cuestionamiento a la legitimidad política de esta jurisdicción se fundamenta en la poca independencia e imparcialidad que se puede esperar de un órgano cuyos miembros son nombrados y pueden ser destituidos por aquellos a quienes deben controlar en sus actuaciones, máxime en sociedades como las latinoamericanas, donde la fidelidad y el caudillismo partidario es un fenómeno cotidiano.

A lo anterior debe agregarse que en las naciones de América Latina el periodo en el cargo de los jueces constitucionales es relativamente corto, siendo el de los jueces venezolanos el mayor (de doce años como máximo). Esto hace vulnerable a la integridad en la actuación de dichos magistrados, los que quieren mantener un futuro garantizado en la vida política luego de expirar su mandato jurisdiccional.

Lo planteado ha influido negativamente en los procesos de la jurisdicción constitucional, no aplicándose sistemáticamente la regla de la sana crítica en la apreciación de pruebas ni el principio de presunción de inocencia. La actuación de las cortes o tribunales constitucionales se ha basado más en apreciaciones políticas que en preceptos jurisdiccionales, lo que los ha convertido en órganos políticos por excelencia (Sagüés, 2007).

Otro problema, no menos complejo, es el de la legitimación funcional, derivado de la congestión de procesos constitucionales en sede jurisdiccional, por la amplitud de conocimiento que otorgan las leyes en esta materia, la ambigüedad con que éstas están formuladas, o la excesiva diligencia de las cortes especializadas en su atribución de competencias.

Este déficit de legitimación deriva directamente de la afectación del principio constitucional de pronta justicia, de gran incidencia en el ámbito del debido proceso, lo que se expresa concretamente en procesos constitucionales acumulados en sala sin ser fallados, lentitud en la obtención de sentencias, fallos ambiguos en su argumentación, o contradictorios en sus resultados, entre otras anomalías que desdibujan la pertinencia de la jurisdicción constitucional especializada.

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EN CUBA DESDE UNA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Con los presupuestos teóricos y metodológicos abordados sobre los modelos o sistemas de control de constitucionalidad, se debe pasar a analizar los antecedentes históricos de dicha institución en Cuba, los que se remontan a inicios del siglo XIX, con los primeros conatos por la independencia. Cabe destacar que esta primera etapa de antecedentes se extiende hasta inicios del siglo XX, donde puede ubicarse el surgimiento del verdadero control constitucional.

Refiriéndose a la defensa de la Constitución en los proyectos del siglo XIX cubano, el jurista Yumil Rodríguez (2013) plantea:

De los proyectos constitucionales que se elaboraron en ese lapso, en el de Joaquín Infante (1811-1812), texto que se caracterizó por un espíritu innovador, ya se proponía regulaciones expresas sobre el modo de defender la Constitución, al otorgar al Consejo de Diputados la posibilidad de declarar la inconstitucionalidad de cualquier acto de gobierno o administrativo que contraviniera la Ley Fundamental, y su jerarquía como norma suprema (p. 97).

Como puede apreciarse, los autores cubanos ubican los orígenes del control de constitucionalidad en Cuba en el referido proyecto. De manera expresa, en el título segundo, artículo primero, párrafo sexto, de dicho proyecto, su autor, al hablar de las facultades del Consejo de Diputados como Poder Legislativo de la nación cubana, establece entre ellas "...el examen, conservación, o anulación de todo acto inconstitucional..." (Matilla, 2012a, p. 74).

El citado artículo expresa lo que se ha clasificado por la doctrina como modalidad de control no judicial de constitucionalidad, particularmente en su variante de control legislativo, típico de los sistemas de gobierno parlamentarios, en que el Parlamento tiene la ya enunciada doble facultad de reforma constitucional y de interpretación originaria de la carta magna.

Como se ha dicho, no es sino hasta la Constitución de 1901 cuando reaparece en Cuba, de forma explícita, la intención del legislador constitucional de regular el control de constitucionalidad. Esta Constitución, en su título diez, sección segunda, artículo 83, apartado cuarto, en cuanto al reconocimiento de las atribuciones del Tribunal Supremo, como máximo órgano del Poder Judicial, le confiere la de "Decidir sobre la constitucio-

nalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuera objeto de controversia entre partes” (Pichardo, 2000, p. 86).

Se aprecia un notable distanciamiento de la tradición patria en cuanto al tipo de control constitucional para acercar esta Constitución republicana al modelo judicial, propio de la práctica estadounidense, pero con unas adecuaciones que se alejan de las clasificaciones tradicionales, surgidas después de la década de 1920.

Las diferencias sustanciales entre el modelo del sistema difuso de control constitucional en Estados Unidos y Cuba se caracterizan por lo siguiente: en la nación del norte éste se establece mediante un fallo de la Corte Suprema, en la solución de un caso concreto, estableciendo un precedente judicial de obligatorio cumplimiento para los tribunales inferiores, y de efecto vinculante para la propia Corte y sus subordinadas en el futuro, y no como plasmación explícita en la letra de la Constitución. En Cuba se estipula explícitamente en el texto constitucional.

Otra diferencia sustantiva entre el control difuso de Estados Unidos y el establecido por la Constitución cubana de 1901 radica en que en la nación norteamericana cualquier tribunal federal, sea de distrito, de circuito de apelaciones, o la propia Corte Suprema, podía ejercer el control de constitucionalidad, claro, sin los efectos irradiadores de esta última; mientras que en Cuba ésta era una atribución exclusiva del Tribunal Supremo.

Una peculiaridad de la administración de justicia constitucional en Cuba, al amparo de la Constitución de 1901, fue que el conocimiento por el Tribunal Supremo de los asuntos relativos al control constitucional se realizaba por dicho órgano en instancia única, no existiendo en esta materia, como es lógico, la posibilidad de recurrir en apelación o casación.

En el caso del control constitucional por el sistema difuso norteamericano, al estar legitimado el conocimiento por cortes de cualquier instancia, se podía recurrir en juicio de apelación a la instancia inmediata superior, hasta llegar al excepcional *certiorari* del *judicial review* estadounidense.

Comparando el sistema o modelo cubano de 1901, ha expresado Prieto (2018): “...marcando otra diferencia con el modelo americano y algunos latinoamericanos existentes, el Pleno del Tribunal podía declarar nulas las disposiciones que se dictaren para regular el ejercicio de derechos si en cualquier forma los disminuían, restringían o adulteraban” (p. 46).

Las particularidades antes señaladas han llevado a algunos autores a calificar como sistema concentrado de control constitucional al estipulado

en la Constitución de 1901, posición que no compartimos del todo; al respecto, plantea el profesor Matilla (2012b):

...la norma suprema patria hacía del sistema de control judicial de constitucionalidad que amparaba, un mecanismo concentrado —y no difuso como el caso estadounidense—, colocando únicamente en manos del Tribunal Supremo, como instancia superior del aparato judicial de entonces, la facultad decisoria (p. 197).

Regulaciones posteriores, emanadas del Congreso de la República, establecieron procedimientos singulares para el control de constitucionalidad. En este sentido, se aprobó la Ley Procesal Constitucional de 1903, que estipuló el conocimiento por el Pleno del Supremo, de los recursos de inconstitucionalidad. Luego de la Segunda Ocupación, y al amparo de la Ley Orgánica del Poder Judicial, esta regulación se mantuvo y adquirió mayor desarrollo legislativo.

Un elemento novedoso de la Ley de Control Judicial de Constitucionalidad de 1903 era que sí admitía la apelación o casación a un fallo de un tribunal de instancia, con el fin de perseguir la declaración de inconstitucionalidad del pleno del Tribunal Supremo sobre una ley, decreto o reglamento; pero sólo a este efecto para su conocimiento en instancia única por dicho órgano jurisdiccional.

Desde este punto de vista puede apreciarse aquí la actuación por el Supremo como doble instancia: única y primera instancia para el asunto de constitucionalidad, tema sobre el cual el tribunal de primera instancia tuvo que inhibirse, y apelación o casación para resolver el fondo del asunto sobre el que ya falló el primer tribunal; pero cuyo fallo puede ser modificado o anulado por el supremo órgano jurisdiccional con base en la posibilidad de que éste declare inconstitucional una ley, decreto o reglamento de cuya aplicación dependió el fallo original.

Sobre los requisitos para que pudiera instarse un recurso de inconstitucionalidad, Matilla (2012b) refiere:

En resumidas cuentas, partiendo de lo que se preñaban en el artículo 83, apartado 4o., del magno texto cubano de 1901, y de preceptiva de la Ley de 1903 sobre inconstitucionalidad de las leyes, para que procediera el recurso de inconstitucionalidad de una norma jurídica en vía judicial, era necesario —como presupuesto— que se planteara en el marco de una controversia

o conflicto judicial —que se suscitara a partir de una cuestión concreta—, y debía ser promovido (legitimación activa) por una de las partes en calidad de afectada en un derecho subjetivo, al aplicársele en una situación concreta la norma viciada de inconstitucionalidad (p. 208).

Sin embargo, la propia Ley de 1903 preveía un supuesto en que se suscitara una cuestión de “inconstitucionalidad” fuera de actuaciones judiciales. Este “recurso”, como lo llama la referida Ley, tenía los alcances y la fuerza de una sentencia, haciéndose obligatorio con el tiempo el seguimiento del precedente constitucional, como en el sistema norteamericano de *common law*.

Posteriormente, el 17 de marzo de 1922, se aprueba una ley que modificaba el alcance de las decisiones judiciales del alto foro cubano en materia constitucional. Esta nueva disposición estipulaba que en los fallos judiciales donde se identificaba una norma jurídica inconstitucional ésta debía inaplicarse al caso concreto y posteriormente derogarse por la autoridad que la emitió. Si esto no ocurría, la sentencia del caso adquiría eficacia *erga omnes*.

Sin embargo, la acción pública de inconstitucionalidad, con los atributos actuales, no aparece en Cuba sino hasta la Ley Constitucional (en realidad una Constitución) del 3 de febrero de 1934, la que quedó definitivamente consolidada en la Constitución de 1940. Al respecto, la normativa suprema de 1934 estipulaba dos supuestos en los que se podía accionar la inconstitucionalidad.

García Belaunde (2002) refiere esos supuestos de la siguiente manera:

El artículo 78, inciso quinto, estipulaba que la parte afectada o 25 ciudadanos, podían interponer un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Supremo en Pleno, y si ese recurso se declaraba fundado, no podía aplicarse más la legislación declarada inconstitucional.

El artículo 38 estableció la acción pública a favor de un solo ciudadano, cuando se atentaba los derechos individuales, dejando a salvo la procedencia, en su caso, del *habeas corpus*, que existía desde 1898. Cabe señalar que esta modalidad desapareció en la posterior Ley Constitucional de 1952, sancionada por Batista, sobre la base de que en el fondo resultaba una reiteración innecesaria de la primera (p. 28).

A partir de 1940 se aprueba la nueva Constitución de la República de Cuba, producto de un amplio proceso democratizador de la sociedad, que

tuvo como antecedente inmediato las aperturas democráticas de 1938, y la anterior Revolución de 1930. Esta Constitución estableció el llamado Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, inspirado en semejante institución española, surgida de la Constitución republicana de 1931. Sin embargo, el Tribunal cubano era en verdad una sala del Tribunal Supremo, y se había adicionado a su nombre el calificativo de social, pues también ejercería competencia en conflictos relativos a lo social: laborales, previsionales, etcétera.

Lo que particularizó esta configuración de control de constitucionalidad en Cuba desde 1940 es que conformó una solución que no reproducía ninguno de los dos modelos típicos de entonces: ni el difuso y concreto de Estados Unidos, ni el concentrado y abstracto de sabor kelseniano, y que se había ensayado en Austria de 1920 a 1930, aproximadamente. La solución del constituyente cubano de 1940 para el control de constitucionalidad era una mixtura entre ambos modelos puros, donde por una parte se seguía la tradición norteamericana de confiar en la judicatura ordinaria, pero creando dentro del llamado Poder Judicial un órgano especializado.

El artículo 171 de la referida Constitución establecía que el Poder Judicial era ejercido por el Tribunal Supremo de Justicia, el Tribunal Supremo Electoral y demás tribunales y jueces que la ley estableciera. Estipulaba además que una de estas salas constituiría el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, y en cuanto conociera de asuntos constitucionales sería presidido por el presidente del Tribunal Supremo. En estos supuestos no podía estar integrado dicho Tribunal por menos de quince magistrados, y cuando conociera de asuntos sociales, por no menos de nueve.

Por su parte, el artículo 174, inciso d), disponía que dentro de las atribuciones del Tribunal Supremo estaban: “Decidir sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones y otros actos de cualquier organismo, autoridad o funcionario” (Pichardo, 2000, p. 368).

Evidentemente, esta atribución debía ser cumplida a través del trabajo del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales.

El artículo 182 de la referida Constitución de 1940 especificaba las competencias del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales:

...conocer de los siguientes asuntos: Los recursos de inconstitucionalidad contra las leyes, decretos-leyes, decretos, resoluciones o actos que nieguen, disminuyan, restrinjan o adulteren los derecho y garantías consignados en

esta Constitución o que impidan el libre funcionamiento de los órganos del Estado; Las consultas de jueces y tribunales sobre la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes y demás disposiciones que hayan de aplicar en juicio; los recursos de *habeas corpus* por vía de apelación cuando haya sido ineficaz la reclamación ante otras autoridades o tribunales; la validez del procedimiento y de la reforma constitucionales; las cuestiones jurídico-políticas y las de legislación social que la Constitución y la ley sometan a su consideración; los recursos contra los abusos de poder (Pichardo, 2000, p. 370).

En cuanto a quiénes estaban legitimados para acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, el artículo 183 de la referida carta magna estipulaba:

Pueden acudir ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales sin necesidad de prestar fianza: el presidente de la República, el presidente y cada uno de los miembros del Consejo de Gobierno, del Senado, de la Cámara de Representantes y del Tribunal de Cuentas, los gobernadores, alcaldes y concejales; los jueces y tribunales; el Ministerio Fiscal; las universidades; los organismos autónomos autorizados por la Constitución o la ley; toda persona individual o colectiva que haya sido afectada por un acto o disposición que considere inconstitucional. Las personas no comprendidas en alguno de los incisos anteriores pueden acudir también al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, siempre que presente la fianza que la ley señale. La ley establecerá el modo de funcionar del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales y el procedimiento para sustanciar los recursos que ante el mismo se interpongan (Pichardo, 2000, p. 370).

La última parte del artículo 183, al decir de García Belaunde (2002), "...desnaturaliza el acceso al control de la constitucionalidad, que debe ser siempre limitado, en cuanto a las personas. Y limitado, en cuanto a las causas" (p. 42).

La referida Constitución estipulaba en su artículo 194 quién y cuándo podía solicitar la declaración de inconstitucionalidad al Tribunal. Estos supuestos eran: por los interesados en los juicios, causas o negocios de que conozcan la jurisdicción ordinaria y las especiales, por veinticinco ciudadanos que justifiquen su condición de tales, por las personas a quien afecte la disposición que se estime inconstitucional.

La propia Constitución establecía el principio de supremacía constitucional en la actuación de los jueces y los tribunales, y que ellos mismos es-

taban sujetos a la carta magna, debiendo preferirla en la actividad jurisdiccional para emitir fallos, por encima de las leyes y normas de orden inferior. Se especificaba que cuando un juez o tribunal estuviera resolviendo un asunto y detectara que alguna disposición jurídica infraconstitucional contradijera el dictado constitucional, debería suspender el procedimiento, y elevar al Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales el asunto, a fin de que éste declarara la inconstitucionalidad del precepto en cuestión, devolviendo el asunto al remitente para que continuara el procedimiento.

También establece la aludida Constitución, que los recursos de inconstitucionalidad se interponen de forma directa ante el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Además, las normas declaradas inconstitucionales no podrían ser aplicadas bajo ninguna circunstancia con el efecto de generar la inhabilitación en el desempeño de cualquier cargo o función pública al funcionario que no observara lo decidido al efecto. La sentencia que declaraba la inconstitucionalidad de una norma tenía adicionalmente el efecto de obligar al funcionario, entidad u órgano que la había emitido, a derogarla bajo su plena responsabilidad. La disposición legislativa o reglamentaria, o medida gubernativa inconstitucional, se declaraba nula y sin valor ni efectos desde la publicación de la sentencia de inconstitucionalidad.

Para desarrollar el precepto constitucional de control de constitucionalidad, el presidente cubano Carlos Prio Socarrás promulgó el 31 de mayo de 1949 la Ley número 7. Esta Ley desarrolló la configuración legal y el funcionamiento orgánico del Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales. Durante el periodo de 1940 a 1949, al amparo de la disposición transitoria XIV de la propia Constitución, las funciones de control de constitucionalidad y demás recursos previstos eran conocidos y decididos por el Tribunal Supremo en Pleno.

El golpe de Estado de Fulgencio Batista en 1952 interrumpió el hilo constitucional en Cuba, y aunque algunas instituciones se mantuvieron formalmente, entre ellas el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales, en ese periodo no cumplieron el papel a que estaban llamadas por la Constitución. Posterior al derrocamiento de Batista en 1959, este órgano jurisdiccional tampoco retomó plenamente su rumbo, aunque existió formalmente hasta 1973. Por lo que puede referirse que el funcionamiento normal de dicho órgano sólo se limitó a tres años, desde la promulgación de la Ley número 7 hasta el golpe de Estado batistiano.

Luego de realizar este análisis histórico y contextual, cabría valorar si el Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba es expresión del modelo concentrado de control de constitucionalidad, de tipo kelseniano. Para ello, deben recordarse las características de los tribunales constitucionales en esos modelos: gozan de autonomía administrativa, legal y económica, usualmente separados del llamado Poder Judicial; sus magistrados atraviesan un proceso especial de selección, distinto de los comunes; tienen competencia diferente a la jurisdicción ordinaria; actúan como única instancia en la materia; sus miembros son elegidos por un periodo determinado, y generalmente no son reelegibles; no se sujetan al principio de carrera administrativa; tienen control exclusivo en el control de constitucionalidad y asuntos conexos; tienen composición y atribuciones básicamente jurisdiccionales; sus decisiones son definitivas, y contra ellas no cabe posterior recurso o impugnación.

En el caso del llamado Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales cubano, hay que recordar que éste conformaba una sala del Tribunal Supremo, ejerciendo este último la función hasta la entrada en funcionamiento de dicha sala. La sala dependía desde el punto de vista administrativo y económico del referido Tribunal. Los miembros del Tribunal de Garantías eran los mismos del Supremo, aunque se constituían para asuntos diferentes. Para fallar en asuntos relativos al control de constitucionalidad, el Tribunal o Sala de Garantías debía completarse con jueces de las otras salas del Supremo. El reglamento o estatuto de los jueces del Tribunal de Garantías era el mismo que el de la judicatura ordinaria. La competencia del Tribunal de Garantías no se limitaba al control de constitucionalidad, sino que era extensiva a asuntos sociales (García Belaunde, 2002).

De este modo, puede plantearse que lo que desarrolló Cuba en materia de control de constitucionalidad de 1940 a 1952 fue en realidad una especie de modelo mixto o, si se quiere, múltiple; tal vez sea el primer ensayo en América Latina con estas características. Al respecto, plantea el profesor peruano García Belaunde (2002):

El caso cubano es un planteo original en el tema de control de constitucionalidad, no sólo por lo que avizoró, sino porque creó una figura intermedia, que hoy por hoy tiene su más relevante expresión en la Sala Constitucional que existe en Costa Rica, desde 1989. Y que desde entonces otros países han imitado (p. 50).

Como se ha explicado, Cuba inició un proceso de consultas que derivó en la aprobación de una nueva Constitución de la República en 2019. Esta carta magna no introduce de forma directa la institución del control de constitucionalidad, fuera del control político; sin embargo, crea un marco legal y doctrinal propicio para su instrumentación a partir de normas de desarrollo, así como la construcción de normas reglas de control de constitucionalidad por los tribunales y operadores del derecho, mediante procedimientos argumentativos.

La referida Constitución mantiene el control político de constitucionalidad, tal como en el texto de 1976, en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Al respecto, el artículo 108, cuando relaciona las competencias de dicho órgano estatal, prescribe en su inciso e): “ejercer el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales, de conformidad con el procedimiento previsto en la ley” (Constitución de la República de Cuba, 2019).

Esta regulación orientada al control político, por las características y composición del órgano controlador, tiende a tener limitaciones en determinados supuestos, por el carácter de juez y parte de la Asamblea en materia de producción legislativa, y como tendencia sólo ejerce control previo o por consulta de algún órgano superior del Estado. Este tipo de control generalmente es ineficaz ante casos concretos de actos o disposiciones jurídicas inconstitucionales, como resultado de actuaciones cotidianas de estructuras locales de poder del Estado, el gobierno, o por la simple actuación de entidades y funcionarios.

Dicha realidad exige cada vez más la combinación de mecanismos de control constitucional, que evocan un sistema mixto, con algunas de las características evolutivas que introdujo Cuba en el periodo de 1901 a 1952. En este sentido, la historia patria de control de constitucionalidad es referente para la región y el mundo, pero principalmente para retomar algunas experiencias de control judicial concreto por los órganos ordinarios de este “poder”, los que están más cerca de las prácticas cotidianas de actuación administrativa y estatal tendentes a la arbitrariedad inconstitucional.

Como se ha planteado, aunque la Constitución de 2019 no estipula dichos mecanismos de control, sus artículos 70. y 80. introducen normas principios de supremacía constitucional, eficacia directa, sujeción a la Constitución y jerarquía normativa. El sistema de tribunales, como órga-

nos estatales, tienen la obligación de cumplir este mandato constitucional, y en virtud de la eficacia directa de la Constitución construir para cada caso que resuelve, si no hubiera una norma de desarrollo que lo contenga, la norma regla de implementación de la prevalencia constitucional, en caso de colisiones con otras normas jurídicas o actos del Estado, gobierno, instituciones, entidades o individuos. En igual sentido pueden y deben actuar todos los operadores jurídicos, y aquellos cuyas actuaciones tengan trascendencia o efecto jurídico.

IV. CONCLUSIONES

El control de constitucionalidad de las leyes y actos administrativos se ha configurado como un límite al poder estatal. Desde la antigüedad se manifestaron algunos antecedentes de esta institución con el Tribonado de la Plebe en Roma, y el Justicia Mayor de Aragón en la España medieval. Lo más significativo de dichos antecedentes es que se instituyeron como poderes negativos ante los excesos de la autoridad, pudiendo paralizar la actuación de monarcas, emperadores y demás magistrados.

En su concepción moderna, el control de constitucionalidad se ha erigido sobre dos modelos: el *judicial review*, fundado en Estados Unidos con el caso *Marbury vs. Madison*, desde 1803, y caracterizado entre otros aspectos por ser un control difuso y concreto; y el austriaco-kelseniano, fundado en la Constitución austriaca de 1920, y caracterizado por ser un control concentrado y abstracto. A estos modelos se les han incorporado variantes que van desde el mixto al compuesto, con otras propuestas, como las de control político previo y las ejercidas por órganos autónomos, hasta figuras atípicas en países como Portugal, Irán, Francia y Ecuador.

Luego de la Segunda Guerra Mundial estos modelos se han expandido por el mundo, pero a partir de mixturas o variantes intermedias que manifiestan adecuaciones a determinados contextos, con sus respectivos méritos e insuficiencias. A pesar de las limitaciones que se señalan, los autores han preferido los modelos sustentados en controles desde fuera del Ejecutivo y del Legislativo que el autocontrol desde dentro de estos poderes. No obstante, esta institución en cualquiera de sus variantes sirvió para extender el Estado constitucional de derecho al resto del mundo.

Cuba ha experimentado desde la Constitución de 1901 la influencia del modelo “americano”, con adecuaciones a la realidad nacional, donde

el Tribunal Supremo ejercía, entre otras, la función de control de constitucionalidad de las leyes, decretos y reglamentos, cuando fuera objeto de controversias entre partes. Una particularidad de la experiencia cubana es que ese control era exclusivo del supremo órgano judicial, sin que pudiera ejercerlo ningún otro miembro de la judicatura. Desde esa fecha hasta 1940 se hicieron varias adecuaciones a esta regulación.

Desde 1940 Cuba recibió la influencia del modelo europeo, y creó un Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales como sala especializada dentro del Poder Judicial, lo que adecua al contexto nacional dicha influencia. Desde su constitucionalización y hasta 1949, la función la cumplió el Tribunal Supremo cubano, y a partir de este año, con la promulgación de la ley reguladora correspondiente, comenzaron las labores del Tribunal de Garantías, las que se extendieron sólo por tres años en su forma original. Esta experiencia fue frustrada con el golpe de Estado en 1952, y aunque la institución se mantuvo hasta 1973, su funcionalidad fue virtual, más influenciada por las decisiones del poder político que por el mandato constitucional.

La Constitución de 2019 prevé un modelo de control político, concentrado y previo, en manos de la Asamblea Nacional del Poder Popular, el cual se ha mostrado ineficaz para el control constitucional ante determinados supuestos de actos y disposiciones de órganos, organismos, entidades e individuos a nivel local y concreto. Sin embargo, dicha Constitución estipula en sus artículos 7o. y 8o. las normas principios de supremacía constitucional, eficacia directa, sujeción a la Constitución y jerarquía normativa, que tomando como base la experiencia histórica de la evolución de dicha institución en Cuba, en el periodo de 1901 a 1952 puede instrumentar normas de desarrollo y procedimientos judiciales argumentativos para garantizar la prevalencia de dicha Constitución.

V. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad. Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Lima. Palestra Editores.
- Cappeletti, M. (1986). ¿Renegar de Montesquieu? La expansión y la legitimidad de la “justicia constitucional”. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 9-46.

- De Blas, A. y García, R. (1986). *Teoría del Estado y sistemas políticos*. Madrid. UNED.
- Fernández Bulté, J. (2000). Los modelos de control constitucional y la perspectiva de Cuba hoy. En L. Pérez y M. Prieto (comps.), *Temas de derecho constitucional cubano*. La Habana. Félix Varela, 347-362.
- Fix-Zamudio, H. (2002). *Introducción al derecho procesal constitucional*. Querétaro. Fundap.
- García Belaunde, D. (2002). *El Tribunal de Garantías Constitucionales y Sociales de Cuba (1940-1952)*. Lima. Editora Jurídica Grijley APDC.
- Gutiérrez y Sánchez, G. (1938). *Historia del derecho constitucional cubano*. La Habana. Cultural S. A.
- Matilla, A. (2012a). El control jurisdiccional de constitucionalidad en la Constitución cubana de 1901. En A. Matilla y E. Ferrer Mac-Gregor (comps), *Escritos sobre derecho procesal constitucional*. La Habana. Editora UniJuris169-252.
- Matilla, A. (2012b). *El Proyecto de Constitución para la Isla de Cuba de Joaquín Infante. Aproximaciones histórico-jurídicas a propósito de su bicentenario*. Ciudad de la Habana. Edición Facultad de Derecho UH-ANC.
- Pichardo, H. (2000). *Documentos para la historia de Cuba*. t. II. Ciudad de la Habana. Pueblo y Educación.
- Prieto, M. (2018). Del control de constitucionalidad en Cuba. Propuestas necesarias. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 43-64.
- Rodríguez, Y. (2013). *Los tribunales en Cuba*. La Habana. Ediciones ONBC.
- Rousseau, J. J. (s/f). *El contrato social*. Buenos Aires. Editorial TOR.
- Sagüés, N. (2007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires. Astrea.
- Scarciglia, R. (2013). La justicia constitucional además de los modelos históricos: metodología comparada y perspectiva de análisis. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 325-337.
- Valdés Lobán, E. (2012). Los sistemas de control constitucional frente a los derechos fundamentales. El caso de Cuba y España. En A. Matilla y

E. Ferrer Mac-Gregor (comps), *Escritos sobre derecho procesal constitucional* (pp. 282-299). La Habana. Editora UniJuris.

Véliz Pérez, A. (2020). La educación en Cuba a la luz de los derechos fundamentales. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 271-308.

Vigo, R. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional*. México. Tirant lo Blanch.

C



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Environmental Protection in the Amazon: Constitutional Dialogues for International Cooperation

A proteção ambiental na Amazônia: diálogos constitucionais para a cooperação internacional

Recepción: 18 de enero de 2023

Aceptación: 26 de abril de 2023

Milena PETERS MELO*

Thiago BURCKHART**

ABSTRACT: Taking into consideration the increasing relevance that environmental constitutionalism has currently assumed, the aim of this article is to critically analyze the constitutional protection of the environment in the Amazonian countries. It seeks to identify whether there is a common language among the constitutions concerning environmental protection in order to improve international cooperation. The hypothesis states that: 1) the Amazon environmental constitutionalism follow the epistemological opening of contemporary constitutionalism, by assimilating innovations in each new constitution; and, 2) the constitutions establish normative elements for the improvement of international cooperation in the region. The reflection is grounded on the field of comparative cons-

RESUMO: Levando em consideração a crescente relevância que o constitucionalismo ambiental tem assumido atualmente, o objetivo deste artigo é analisar criticamente a proteção constitucional do meio ambiente nos países amazônicos. Busca-se identificar se existe uma linguagem comum no que concerne à proteção ambiental, a fim de potencializar a dinâmica da cooperação internacional. As hipóteses afirmam que: 1) a proteção constitucional do meio ambiente nos países amazônicos segue a abertura epistemológica do constitucionalismo contemporâneo, incorporando inovações a cada novo texto constitucional; e, 2) estabelecendo elementos constitucionais para o aprimoramento da cooperação internacional na Amazônia. A reflexão se inscreve no campo do direito constitucional com-

* Full professor of Constitutional Law and Human Rights, Universidade Regional de Blumenau, Brazil; director of the “Research Center on Constitutionalism, Internationalization and Cooperation”, Brazil. E-mail: milenapeters@furb.br; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5044-2382>.

** PhD in “Comparative Law and Processes of Integration”, Università degli Studi della Campania Luigi Vanvitelli, Italy (full fellowship). Master’s degree in Law, Universidade Federal de Santa Catarina, Brazil. E-mail: thiago.burckhart@gmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5483-9336>.

stitutional law, in dialogue with international constitutional law and constitutional theory, in a functional-structural perspective, focusing the “legislative” formant.

Keywords: *environmental protection; Amazon Rainforest; constitutional law; constitutional dialogues; international cooperation.*

parado, em diálogo com o direito constitucional internacional e a teoria constitucional, em uma perspectiva funcional-estruturalista, focalizando o formante “legislativo”.

Palavras chave: *proteção ambiental; Amazônia; direito constitucional; diálogos constitucionais; cooperação internacional.*

SUMMARY: I. *Introduction.* II. *Environmental constitutionalism: emergence and development.* III. *The protection of the environment in the Amazon countries Constitutions.* IV. *Constitutional dialogues for international cooperation in the Amazon.* V. *Conclusions.* VI. *References.*

I. INTRODUCTION

Since the 1970's, the Amazon rainforest has been considered as an element of regional integration in South America. This occurred by virtue of the political and economic strategies to integrate it into national development projects, together with the empowerment of the insurgent “environmental movement” ever since. The signature of the Amazonian Cooperation Treaty in 1978 and its latter institutionalization in 1995, by the Amazonian Cooperation Treaty Organization (ACTO), may be conceived as the very first steps towards the promotion of a certain dialogue on legal and political cooperation in the region, aimed at establishing a harmonious and integrated development in the Amazon basin. It seeks to promote, among other things, the inhabitant's quality of life – which exceeds 36 million peoples – and the conservation and rational use of its natural resources. In this sense, the Amazon has become much more than an element of regional integration, but also a geopolitical and geostrategic area in the sub-continent, by which cooperation is undoubtedly necessary.

Whilst the “amazon cooperation” was gradually strengthening, environmental constitutionalism was also settled down and diffused in South America, given that “environment” has been fostered as a constitutional issue in the region, triggering the construction of a “constitutional culture”

around its protection. The constitutions of Suriname (1987) and Brazil (1988) were the first regional “environmental constitutions”, while the subsequent ones also have progressively included environmental protection. Recently, some constitutions have overcome the modern anthropocentric approach related to environmental protection in order to establish a “biocentric approach” – as it is the case of Ecuador (2008) and Bolivia (2009). Thus, constitutional law is currently called to accomplish a pivotal role by incorporating elements from international field – and from international environmental law, indeed – and articulate them within environmental constitutional protection theory and practice.

The constitutionalization of environment in the Amazon countries imposes new important challenges, which concern the establishment of an effective “constitutional dialogue” between and among these countries in order to further “international cooperation” for the protection of transboundary environmental common goods – as is the case of the Amazon. Thus, the aim of this article is to analyze the protection of environment in current Amazon constitutions, aiming at identifying whether there is a common language among them for the safeguard of environment in order to improve international cooperation. The hypothesis states that: 1) the constitutional protection of environment in Amazon countries follow the epistemological opening of contemporary constitutionalism, incorporating innovations in each new constitutional text; and, 2) establishing constitutional elements for the improvement of international cooperation in the Amazon. The reflection is grounded in the field of comparative constitutional law, in dialogue with international constitutional law and constitutional theory, in a functional-structural perspective, focusing the “legislative” formant.

II. ENVIRONMENTAL CONSTITUTIONALISM: EMERGENCE AND DEVELOPMENT

Since the 1970’s, the “environmental question” has been fostered both in international and constitutional law as a subject of pivotal relevance. Triggered by the 1972 Stockholm Conference¹ – United Nations Conference on

¹ For a further discussion on this category, s. Corrado, 2008; Beck, 2006; Leis, 1999.

Human Environment – and by the concerns over the “ecological crisis”,² that was gradually added into international relation’s agenda, the environment has become a question that: 1) pervades all areas of human life and existence, 2) implying on the need of law and politics to act towards its protection. Indeed, a considerable part of current and future human issues and concerns are related to the environment, which concretely places it at the central core of any reflection or long-term legal and political action. It imposes, therefore, the need to rethink practices and discourses on the environment and its crisis, connecting it with the emancipatory dimension of human rights, contemporary constitutionalism and socio-environmental sustainability.

The publication of Bruntland Report in 1987 by Brutland Commission, furthered the discussions on “sustainability”,³ or “sustainable development”,⁴ as a new development paradigm grounded on the protection of environment, being it integrated into several international treaties and national constitutions. As Klaus Bosselmann points out, “human rights doctrine has been responding to concerns about sustainability for some time”,⁵ as it fosters the elaboration of new regulatory frameworks, public policies and good practices worldwide. The sustainability paradigm gave rise to the reinvention of human rights while this later also triggered the reconception and redesign of the sustainability, in a dynamic of mutual

² As François Ost points out, this crisis takes shape in a broader dynamic insofar as it represents the crisis “of our own representation of nature, the crisis of our relation with nature (Ost, 1995, p. 8). “This crisis is simultaneously the crisis of the bond and the crisis of the limit: a paradigm crisis, without a doubt. Crisis of the bond: we are no longer able to discern what binds us to the animal, to life, to nature; crisis of the limit: we can no longer discern what distinguishes us from them”, (Ost, 1995, p. 9), our translation from Portuguese.

³ On sustainable development, s. Sachs, 2010.

⁴ As points out Ademar Ribeiro Romeiro, the paradigm of sustainability was built up as a viable possibility to colligate the demands for capitalism development with preservation of environment and natural heritage. Sustainability – or ecodevelopment – is a recent political theory and methodology, which have aroused in the midst of 21st century, with the aim to reorganize the capitalist mode of production based on three main points: efficiency, inclusion and balance, that is, “to be sustainable, development must be economically sustained (or efficient), socially desirable (or inclusive) and ecologically prudent (or balanced), cfe. Romeiro, 2012.

⁵ Our translation from Portuguese (Bosselmann, 2008, p. 112).

feedback.⁶ Recent democratic constitutionalism, by following this path, has developed itself at the core of this dynamic, improving legal actions for environmental protection within nation-State.

Thus, environmental constitutionalism “is associated mostly with debates surrounding the protection of environmental rights and the way constitutions of the world employ a rights-based approach to augment environmental care” (Kotzé, 2015, p. 187). Indeed, it is a recent phenomenon in modern constitutional law, directly related to the process of constitutionalization of international law and internationalization of constitutional law (Peters, Klabbers, Ulfstein, 2011), in which the values of modern constitutionalism become global (Ackerman, 2009, Tushnet, 2009) – giving rise to a “global constitutionalism” or “environmental global constitutionalism”.⁷ Actually, the latter category is an outcome of the “confluence” of constitutional law, international law, human rights, and environmental law. It embodies the recognition that the environment is a proper subject for protection in constitutions and for vindication by constitutional courts worldwide” (May and Daly, 2015, p. 9).

In this context, constitutionalism is called to accomplish a pivotal role by incorporating normative elements from international agenda on the protection of environment and articulate it into national and local policies. At the 70’s the first constitutions that have recognized environment as a right were enacted – as it is the case of Panama (1972), San Marino (1974) and Greece (1975) – as well as the first constitutional reforms that recognized the environment as a right, as it is the case of India (1975). At that moment, the Constitution of Spain (1978) was considered relevant, because it “structured mainly on the relation between environmental rules and the «economic constitution»”.⁸ Following this path, the constitutions

⁶ This link is clearly evidenced by the recent resolution of the Human Rights Council n. 48/13, in which recognizes “the human right to a clean, healthy and sustainable environment” (United Nations, 2021).

⁷ Louis Kotzé points that “global constitutionalism [...] could contribute to these paradigm-shifting reforms by providing a new perspective through which to view the current deficient global environmental law and governance regime and, in real terms, by ameliorating some of the deficiencies of the regime by way of a normative process of constitutionalization” (Kotze, 2012, p. 22). For further analysis, s. Gareau, 2013.

⁸ As points out Domenico Amirante “The Spanish model is more complex and articulated, which deserves to be recalled for the particular importance it assumes in the attitude of the relationship between environmental regulations and economic Constitution” (Amirante, 2019, p. 19), our translation from Italian.

of Portugal (1976), the Netherlands (1983) and Austria (1984) have established State responsibility in providing for constitutional protection.

In South America, environmental constitutionalism emerged with the Constitutions of Ecuador⁹ and Peru,¹⁰ both enacted in 1979, which established a public subjective right to environment as a state duty, followed by the Constitution of Chile (1980). Brazilian 1988 Constitution has been particularly meaningful within this process, considering the central and leadership position that Brazil has in the region. Thereafter, the environment was constitutionalized by the Constitution of Suriname (1987), Paraguay (1992), the Argentinian Constitutional Reform (1994), the Uruguayan constitutional amendment (1996), the Constitution of Venezuela (1999), the Bolivian constitutional amendment (2002) and the constitutional amendment of Guiana Constitution (2003). Lastly, it is important to mention French Guyana, officially a French territory in South America, in which the 2005 Charte de l'Environment also may be enforced.

From a theoretical and normative point of view, these constitutions, constitutional reforms and constitutional amendment, which resulted in the provision of a right to environment, are the central element of modern state theory and praxis redesign, in order to constitute an “Environmental” or “Ecological” Rule of Law, as José Rubens Morato Leite has pointed out (Leite, Silveira, Betttega, 2017). Indeed, this perspective emerges by the finding that the conceptions of modern liberal and social state were not effectively sufficient to tackle the environmental issues, then environment must be included as a central political-institutional concern towards development. Both concepts came out in Germany, during the revision of its Fundamental Law in 2004, by the enactment of the article 20a, which proposes the creation of a “new institutional ethics” for ecological balance based on the principle of sustainability. The concept of “Environmental State” was created and developed by Michael Kloepfer (2010), while the concept of “Ecological State” was developed by Klaus Bosselman (2013).

⁹ Environment has become a mandatory topic within the field of action of the States, therefore, in Ecuador, since the Constitution of 1979, the right to live in a pollution-free environment was already established in its article 19, also, added as a duty of the state to ensure that this right was not affected and also established that the protection of nature should be protected, referring to a specific law, with the purpose that this establishes the restrictions on rights or freedoms in order to protect environment (Maldonado, Yanez, 2020, p. 8), our translation from Spanish.

¹⁰ Art. 123, Constitution of Peru, 1979.

This theoretical framework is grounded on the paradigm of sustainable development, in which the possibility of converging the dynamics of capitalist production with the protection of the environment is conceived, based on the notion of “environmental justice” (Acselrad, 2009). Therefore, this model implies on the inclusion of the “environmental issue” within the constitutions as a question that must be managed by institutional policies. It is, therefore, evident that there is the influence of international treaties and agreements on this model of State. Recently, the World Commission on Environmental Law of International Union for Conservation of Nature (IUCN, 2016) has published the document World Declaration on the Environmental Rule of Law which sets objectives and provides instruments for the consolidation of the Ecological Rule of Law, while debates on the subject in South America have widely intensified.¹¹

A paradigmatic shift came about with the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009), being both an outcome of deep political transformations (Sousa Santos, 2014), by which provide a very high level of protection to nature, based on the vision of “vivir bien”. Economy is rearticulated in the perspective of economic plurality and development is thought out in favor of society. The status of a subject of rights is attributed to nature in Ecuador (Barié, 2014) – that is, it is not merely an object of rights anymore –, conceived as a being endowed with life. Indeed, it is an effective “biocentric turn”, which “puts into discussion the paradigm of modernity/modernization, development and economic and technoscientific progress, opening up towards the need to build new cognitive structures for social life” (Melo, 2013, p. 81-82). This means new epistemolo-

¹¹ In the words of José Rubens Morato Leite and Flavia Francia Dinnebier: “In this declaration it was established that the Ecological Rule of Law is fundamental for the achievement of the directives, duties and global governance for the protection, conservation and conservation of nature. The declaration clarifies that the classic regulation of the rule of law is not sufficient and requires several other assumptions, such as: 1. Development and definition of clear, rigid, effective, enforceable and administratively efficient, fair and inclusive policies, which they seek better levels of environmental quality; 2. Measures to ensure effective and timely compliance with the law and environmental policy, including criminal, civil, administrative and other instruments; 3. Effective rules of access, participation and information in the decision-making process and in the judicial system; 4. Monitoring, reporting, and environmental assessment as systemic, supplementary tools that prevent corruption”, our translation, (Leite, Dinnebier, 2017, p. 7), our translation from the Portuguese.

gies, new methodologies and new practices in terms of politics and legal technique, pioneer in the globe.

This process was later known as “new Latin American constitutionalism” or “new Andean constitutionalism”, which stamps several innovations for constitutional law and theory across the globe (Melo, 2012). What is effectively “new” in this process is the recognition of “new rights” in the field of environmental protection and the protection of cultural pluralism, along with the “refoundation” of the State in these countries, carried out by the recognition of southern epistemologies (Sousa Santos, 2010; Burckhart, 2017). Indeed, this is a vigorous contribution to the common heritage of democratic constitutionalism (Onida, 2008), with repercussions in different parts of the globe – due to the circulation of these new legal and constitutional models.

In this sense, environmental constitutionalism follows the epistemological opening of contemporary democratic constitutionalism, in order to constitutionalize new elements of environmental protection in each new constitution or constitutional reform. It demonstrates that environmental questions are assuming a preeminent role nowadays, especially in countries with big environmental and natural diversity – which is the case of the Amazon countries. The recent development of environmental constitutionalism demonstrate that it has a central role in each internal legal system, by improving the enactment of environmental policies and actions towards its effectiveness.

III. THE PROTECTION OF THE ENVIRONMENT IN THE AMAZON COUNTRIES CONSTITUTIONS

South America is currently the geographical area in which the development of environmental constitutionalism is more evident and accurate, when comparing Constitutions in different parts of the globe. However, despite the provisions of environmental protection, the content of this right considerably varies. It poses different challenges for States and society in the field of constitutional policies, that is, in the set of actions from

different actors – public, private and third sector – in order to enforce the constitution.¹²

The current constitutions into force in the Amazon countries, in a chronological order regarding the environmental provisions are: Suriname (1987), Brazil (1988), Colombia (1991), Peru (1993), Venezuela (1999), Guyana (2003) reform, Ecuador (2008) and Bolivia (2009). Furthermore, it is also worth considering the French Constitution and the 2005 Charte de l'Environment, as it is enforceable in French Guiana, an overseas French department in the Amazon. The evolution of environmental constitutionalism in the region follows the path of global environmental constitutionalism, as the oldest Constitution is the one that adopts lower parameters of environmental protections, while the recent ones considerably improve constitutional protection, and recognize the environment in a biocentric dynamic.

In this scenario, the Constitution of Suriname (1987) provides for, among the “social aims”, that “the identification of the potentialities for development of its own natural environment and the enlarging of the capacities to expand these potentialities” (art. 6, 1.a). It also established the obligation to create and promote all the conditions for the protection of nature and preservation of the ecological balance (art. 6, 1.g). However, the Constitution does not provide for a “subjective right” to the environment, but only points to a “collective responsibility” towards its protection. Hence, it can be conceived as a “moderate” level of environmental protection – but undoubtedly it represents the first step in the regional environmental constitutionalization (Hausil and Bertzky, 2019).

The Constitution of Brazil (1988) inaugurates a new cycle in South American constitutionalism, enacted right after the dictatorial regime, being it a symbol of the subcontinent's re-democratization process, as a pioneer. Concerning the constitutionalization of the environment, it may also be considered as a reference, as it establishes a strong protection level. The article 225 recognizes that everyone has the right to an ecologically balanced environment, envisaged as a common good for the people and essential to a healthy quality of life, imposing on the state and the commu-

¹² The term “constitutional policies” is here understood following the authors Gustavo Zagrebelsky, Milena Petters Melo and Michele Carducci, who indicate with it the sum of actions carried out by multifaceted actors – social, political, and also the third sector – to implement the constitutional text. For further analysis, s. Zagrebelsky, 1992; Melo, Carducci, Sparemberger, 2016.

nity the duty to defend and preserve it, for the present and future generations. It brings up two important innovations: 1) the notion of an “ecologically balanced” environment, and 2) the notion of intergenerational justice as an element at the core of environmental protection.

The Constitution also states some legal instruments to be managed in order to guarantee the effectiveness of this right: the “Prior Environmental Impact Study” (Estudo Prévio de Impacto Ambiental) for all enterprises potentially causing damage to the environment (art. 225, IV); the promotion of environmental education (art. 225, VI); the obligation to recover the environment in case of mineral exploration (art. 225, § 2); the definition of special protection areas in all federal units (art. 225, III); and the preservation of cultural diversity and integrity of the country’s genetic heritage (art. 225, II). It also puts in place the defense of environment as one of the aims of national economic order (art. 170, VI), and imposes restrictions on private property, as all property must comply a “social function” (art. 186). The Constitution also lays down as common competence within the Brazilian federation (formed by the Union, States and Municipalities), the protection of the environment (art. 23, VI), and forests, fauna and flora (art. 23, VII) as well as defines the Amazon Rainforest as a national heritage (art. 225, § 4).

The Constitution of Colombia (1991) sets down that everyone has the right to a healthy environment, being it a state duty to protect its diversity and integrity, along with conserve areas of special ecological importance (art. 79). It grants as a duty for all citizens to protect the country’s natural resources in order to ensure a healthy environment (art. 95). The State is responsible for planning the management and use of natural resources, in order to guarantee sustainable development and nature conservation, and must prevent and control environmental deterioration (art. 80). The country’s economic activity is also conditioned to the preservation of the environment, delimiting the scope of economic freedom inside national territory (art. 333). These actions are planned by the State, through a National Development Plan, which must comply with the environmental policy (art. 339). Additionally, it is worth mentioning that the article 67 also establishes that education must be the basis for creating a culture of environmental protection (Rodríguez, 2022).

The Constitution of Peru (1993) also recognizes as a fundamental right a balanced environment for the adequate development of life (art. 22). In

the chapter entitled Environment and Natural Resources, the constitution determines the State obligation to adopt a national environmental policy based on the promotion of the sustainable use of natural resources (art. 67), as well as to promote the conservation of biological diversity and set up natural protected areas (art. 68), being the State responsible for fomenting sustainable development in the Amazon, based on technically adequate legislation (art. 69). The management of environment is decentralized (art. 195, 8), as local governments are responsible to act within the scope of its regulation (Wieland-Ferdinandi, 2017).

The Constitution of Venezuela (1991) is considered by some scholars as the one that inaugurates “new Latin American constitutionalism”, mainly due to the political-institutional redesign it has promoted (as Pastor, Dalmau, 2010).¹³ Regarding the environmental protection, the right and duty of each generation to protect and maintain the environment for the benefit of current and future generations is recognized (art. 127). The environment is an individual and collective right, and the State has the duty to protect biological diversity, genetic resources, ecological processes, national parks, natural monuments and other areas of ecological protection (art. 127). It is also a state obligation to ensure the full enjoyment of a contamination-free environment, in which air, water, soil, coastal areas, climate, the ozone layer, living species, are specially protected (art. 127). Mutual competence in the federation for the administration of the environment is recognized (art. 178, 2, 6), and the national public power is responsible for establishing a public policy for environment (art. 156). Venezuela’s socioeconomic regime is based on the protection of the environment (art. 299). Environmental education is mandatory at the levels and modalities of the national education system (art. 107).

The Constitution of Guyana (1980) has passed an amendment in 2003, by which it grants the right of everyone to a harmful and healthy environment and well-being (article 149J). The Guyanese State must protect the environment for the benefit of present and future generations, through legislative proposals that aim to: 1) prevent pollution and ecological degradation, 2) promote environmental conservation, and 3) ensure sustainable

¹³ However, when considering as “new” elements in new Latin American constitutionalism the further constitutional provisions over environment and the recognition of cultural pluralism, this movement has effectively started with the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009).

development in the use of natural resources, in order to promote fair economic and social development (art. 149J, 2). The 1980 original constitution only provided for a citizen's "duty" to comply on activities to protect the environment (art. 25) and recognized that the well-being of all depend on the preservation of clean air, fertile soils, water and the preservation of the rich diversity of plants, animals and ecosystems (art. 36).

The recent constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) – the last ones enacted in the subcontinent¹⁴ – have furthered environmental constitutional experience. The Constitution of Ecuador recognizes in the article 14 the right of everyone to live in a healthy and ecologically balanced environment, which guarantees sustainability, well-being and *Sumak Kawsay*, as environmental preservation is declared to be of public interest. The State must promote the use of clean technologies, food and energetic sovereignty, as well as the right to water (art. 15). It is also recognized the right to a dignified life that ensures health, food and nutrition, drinking water, housing and environmental sustainability (art. 66, 2), and the right to develop economic activities with respect for the environment ("Responsabilidad Ambiental", art. 66, 15). It provides for the competences of the provincial and municipal governments for environmental management (art. 263, 4 and art. 264, 4), and establishes the country's development regime, based on an organized, sustainable and dynamic set of economic and environmental systems (art. 275), aiming at recovering and conserving nature and maintaining a healthy environment (art. 276, 4). The economic policy is structured with the aim of promoting socially and environmentally responsible development (art. 284).

The Ecuadorian State also protects people from the negative effects of natural or anthropogenic disasters and sets down actions to prevent and mitigate it (art. 389). Environmental management policies are transversally considered throughout the entire constitution and by the formulation of any public policy (cf. art. 395, 2), within the scope of guaranteeing sustainable development (art. 385, 1). In the case of environmental damage,

¹⁴ It is worth mentioning that Chile has passed through a troubled Constituent Assembly process during 2021-2022. A rich analysis of this process has been made by the Italian constitutionalist Silvia Bagni (2022), whereby she points out the main causes of its unsuccessful approval. Indeed, the Chilean Constitutional Project, released in 2022, represented an advancement for the country's environmental protection standards, as it has provided for the recognition of the "rights of nature", for instance, among other provisions.

State must act in an immediate and subsidiary manner to ensure the health and restoration of ecosystems (art. 397), declaring itself sovereign over its own biodiversity (art. 400) and free from the cultivation of transgenic seeds (art. 401). A national system of protected areas is created (art. 405) as well as the adoption of appropriate and transversal measures to mitigate climate change (art. 414).

However, the most significant innovation of the Ecuadorian constitution is the establishment of a specific chapter on the “Rights of Nature” (Derechos de la Naturaleza). It recognizes, in the article 71, that Nature itself, or Pachamama, where life is reproduced and carried out, has the right to be fully respected, its existence, maintenance and regeneration of its life cycles, structures, functions and evolutionary process (Vásquez, 2018), establishing that anyone can request public authority to enforce these rights (art. 71). The rights of nature to restore itself is recognized (art. 72), while in cases involving serious or permanent environmental damage, the State must guarantee mechanisms for regeneration (art. 72) as well as precautionary and restrictive measures for activities that may cause damage to the environment (art. 73). It is the duty of all Ecuadorians to respect the rights in nature (art. 83, 6). And it is recognized that the Amazon provinces must have a special territorial circumscription for the development of an integral planning in accordance with the principle of Sumak Kawsay (art. 250).

The Constitution of Bolivia (2009), the most recent one in the subcontinent, established a broad and detailed constitutionalization of the environment (Barié, 2022). It provides that everyone has the right to a healthy, protected and balanced environment within the framework of an intergenerational perspective (art. 33), and its protection is a duty of everyone (art. 108, 16). Environmental education (art. 80, I) and legal actions to protect the environment are settle down (art. 34). The Constitution substantially innovates with new forms of environmental jurisdiction, such as agro-environmental jurisdiction (“Jurisdicción Agroambiental”, art. 186) through the Agro-environmental Court, intended to act as a specialized court for the protection of the environment, governed by the principles of social function, integrality, immediacy, sustainability and interculturality (art. 186 to 189). It establishes the national policy on biodiversity and the environment as attributions of the central State (art. 298, I, 20), but the competence to preserve, conserve and contribute to the protection of the environment and

the maintenance of its ecological balance are shared among central State, municipalities and territorial entities (art. 298, II and 302).

The Constitution put in place that all economic activities must contribute to strengthen the country's economic sovereignty, the private accumulation of economic power, that could lead state sovereignty to risk, is not allowed (art. 312, I), as each activity must contribute to the environmental protection (art. 312, III). One of the State functions in the economy is to promote the industrialization of renewable and non-renewable natural resources, within the framework of respect for environment protection (art. 316, 6). In Title II, relating to "Environment, natural resources, land and territory" the State and peoples are endowed of the duty to conserve, protect and sustainably use natural resources and biodiversity (art. 342), and the population's right to participate in environmental management is guaranteed, in order to be priorly consulted and informed on decisions that may affect the quality of the environment (art. 343).

Environmental policies must be based on participatory management, with social control (art. 345, I). Natural heritage is considered to be a nation's public interest and strategic character for country's sustainable development (art. 346), and liability for historical environmental damage is determined (art. 347, I). The constitution also imposes a detailed constitutionalization of "natural resources" (art. 348 to 352), with the need for prior consultation in case of natural resources exploitation that may have an environmental impact (art. 352). "Water Resources" (art. 373 to 377), "Energy" (art. 378 to 379), "Biodiversity" (art. 380 to 383), "Coca" (art. 384), "Protected Areas" (art. 385), the "Forest Resources" (art. 386 to 389), and "Land and Territory" (art. 393 to 404) are protected by the Constitution as well. It is also worth mentioning a detailed constitutionalization of the Amazon by the articles 390 to 392, as it follows:

Article 390.

I. The Bolivian Amazon basin constitutes a strategic space of special protection for the integral development of the country due to its high environmental sensitivity, existing biodiversity, water resources and the eco-regions.

II. The Bolivian Amazon comprises the entire department of Pando, the Iturralde province of the La Paz department and the Vaca Díez and Ballivián provinces of the Beni department. The integral development of the Bolivian Amazon, as a sylvan territorial space of tropical humid forests,

according to its specific characteristics of extractive and collecting forest wealth, will be governed by special law for the benefit of the region and the country.

Article 391.

I. The State will prioritize the integral sustainable development of the Bolivian Amazon, through an integral, participatory, shared and equitable administration of the Amazon Rainforest. The administration will be oriented towards employment and to improve the income for its inhabitants, within the framework of environmental sustainability.

II. The State will promote access to financing for tourism, ecotourism activities and other regional entrepreneurship initiatives.

III. The State, in coordination with the rural native indigenous authorities and the inhabitants of the Amazon, will create a special, decentralized public body, based in the Amazon, to promote activities specific to the region.

Article 392.

I. The State will implement special policies for the benefit of the nations and rural native indigenous peoples of the region to improve the conditions for the reactivation, incentives, industrialization, commercialization, protection and conservation of traditional extractive products.

II. It recognizes the historical, cultural and economic value of the syringa and the chestnut tree, symbols of the Bolivian Amazon, whose felling will be penalized, except in cases of public interest regulated by law.¹⁵

Finally, it is worth mentioning the recent inclusion of environmental protection in French *bloc de constitutionnalité* (Baranger, 2018), which is directly enforceable in its overseas territories, as it is the peculiar case of French Guiana (Galochet, Morel, 2015). In 2015, the Charte de l'Environnement was promulgated recognizing the fundamental right to a balanced environment (art. 1), besides three other guiding principles of public environmental policies: prevention (art. 3), precaution (art. 5) and polluter pays principle (art. 4). It also constitutionalizes the principle of sustainable development (art. 6), environmental education (art. 8) and the right to participate in decision-making – both in the formulation and in monitoring – of environmental policies (art. 7). These are important innovations both for the European context – as it is a reference to the other

¹⁵ Our translation from the original in Spanish.

States of the European Union – and in the scope of French Guianese Amazon governance.

However, it is worth mentioning that the Amazonian environmental constitutionalism has been developed in a social and political context marked by several idiosyncrasies. The Amazon is still a little-known region, even by the Amazon countries themselves. It has cultural dynamics that, occasionally, are very different from other geographic areas. This is particularly an element that, in some manner, hinders the enforcement of constitutional policies aimed at environmental protection in the region, insofar as it prints a relative degree of “specificity”, which requires further articulation on the part of environmental institutions and agencies.

In this context, the enforcement of environmental constitutionalism in the Amazon also has the potential to overcome the myths about the forest and improve a new image for the region, based on the sustainable development and sustainable practices within its territory. Therefore, from a context still marked by a certain geopolitical marginalization, the Amazon can rise as the “center” of the world (Brum, 2021), especially due to the primordial role it has in the governance of climate change and the ecological crises in general.

IV. CONSTITUTIONAL DIALOGUES FOR INTERNATIONAL COOPERATION IN THE AMAZON

The analysis of the Amazon countries’ current constitutions confirms, at least in a theoretical perspective, that environmental protection is a common issue, and indicates that they have a satisfactory or high level of protection. Indeed, all countries have also National Laws for the protection of the environment, in order to enforce constitutional dispositions.¹⁶

¹⁶ Several national laws can be outlined: Brasil: Política Nacional do Meio Ambiente (Lei 6.938/1981); Código Florestal Brasileiro (Lei n.º 12.651/2012); Política Nacional dos Recursos Hídricos (Lei N.º 9.433/1997); Institui o Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (Lei N.º 9.985/2000); Política Nacional de Resíduos Sólidos (Lei N.º 12.305/2010). Venezuela: Ley de protección a la fauna silvestre, de Gaceta Oficial n.º 29.289 del 11 de agosto de 1970; Ley Penal del Ambiente, de Gaceta Oficial n.º 39.913 del 2 de mayo de 2012; Ley Forestal de Suelos y de Aguas, de Gaceta Oficial n.º 27.981 del 9 de marzo de 1966; Ley de la Calidad de las Aguas y del Aire, de Gaceta Oficial n.º 6.207 del 28 de diciembre de 2015; Ley Orgánica del Ambiente, de Gaceta Oficial n.º 5.833 del 22 de diciembre de 2006, among others. Guiana: Amerindian Act, 2006;

It undoubtedly follows the gradual affirmation of “Environmental Rule of Law” in the region,¹⁷ as all these countries have created since 1980s specific ministerial portfolios on environmental issues (United Nations, 2019, p. 6). Thus, the analysis of the constitutions described above allows to categorize them into two groups: 1) countries that have constitutionalized the Amazon protection; and, 2) the degree of environmental protection provided by each constitution.

Regarding the first classification, the Bolivian Constitution must be considered as paradigmatic as it carries out a broad and detailed constitutionalization of the Amazon and the protection of its natural and cultural heritage. In this group of countries, it is also possible to include the constitutions of Ecuador (art. 250), Constitution on Brazil (art. 225, § 4), the Constitution of Peru (art. 69) and the Constitution of Colombia, due to the recent constitutional amendment made in 2009 (transitional article, legislative act 01 of 2009, art. 14). The other constitutions do not make ex-

Environmental Protection Act n. 11/1996. Guiana Francesa: Arrête n° 2015229-0001 du 17 août 2015, portant autorisation de perturbations et d’identifications de spécimens d’une espèce animale protégée. Bolivia: Ley del Medio Ambiente n° 1333, promulgada el 27 de abril de 1992; Ley de Vida Silvestre Parques Nacionales Caza y Pesca (DL 12301, 14/03/75); Reglamento de Áreas Protegidas (DS 24781, 31/0797). Ecuador: Ley de Gestión Ambiental 418, de 10 setiembre 2004; Ley forestal y de conservación de áreas naturales y vida silvestre; Ley de Prevención y Control de la Contaminación Ambiental; Ley de Gestión Ambiental n. 99-37, Registro Oficial 245, 30-VII-99, codificada mediante ley 04-019, Registro Oficial 418, 10-IX-04. Perú: Política Nacional del Ambiente al 2030 (more recent policy, approved by the Supreme Decree n. 023-2021-MINAM); Ley General del Ambiente (Ley n° 28611); Ley Orgánica para el aprovechamiento sostenible de los Recursos Naturales (Ley n° 26821); Ley marco del sistema nacional de gestión ambiental (Ley n° 28245); Colombia: Ley 99 de 1993; Ley 1252 de 2008, por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones; Ley 1152 de 2007, por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones; Ley 1021 de 2006, por la cual se expide la Ley General Forestal; Ley 611 de 2000, por la cual se dictan normas para el manejo sostenible de especies de Fauna Silvestre y Acuática; Decreto-Ley 2811 de 1974, mediante el cual se estableció el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Suriname: Environmental Framework Act n. 97/2020; Forest Management Act (S.B. 1992, no. 80); Nature Protection Act (G.B. 1954 no. 26); Fauna Protection Act (G.B. 1954 no. 25).

¹⁷ “While environmental rule of law is relatively new terminology, it has rapidly gained prominence, particularly in recent years” (United Nations, 2019, p. 26).

PLICIT reference to the Amazon, although they undertake the constitutional protection of the environment.

Referring to the second group, the constitutions can be categorized into three categories: 1) very strong protection, 2) strong protection, and 3) moderate protection of the environment. Indeed, none of the analyzed countries have weak or null constitutional environmental protection. In the first group the constitutions of Ecuador (2008) and Bolivia (2009) must be classified, due to the rich process of environmental constitutionalization undertaken. In the second group most of the current constitutions might be clustered: Brazil (1988), Colombia (1991), Peru (1993), Venezuela (1999), Guyana (constitutional amendment of 2003) and French Guiana (Constitution of France with the inclusion from the Charte de l'Environnement, 2005). Finally, in the last group only the Constitution of Suriname (1987), the oldest one, shall be ranked, which had its last amendment in 1992.

Accordingly, the mentioned countries do not share the same legal and political traditions. Nations such as Brazil, Peru, Bolivia, Ecuador, Colombia and Venezuela are part of the Latin American law tradition, grounded on civil law systems, which have a strong influence of their former Iberian colonies: Spain and Portugal. However, Guyana and Suriname have both different legal traditions – and cannot be considered as belonging to Latin American one –, as it is a direct result of the peculiar colonization that these countries have had, from the United Kingdom and the Netherlands respectively. In this regard, the peculiar situation of French Guiana is emblematic, as it is a French territory and, therefore, an European territory – a part of the European Union – in South America, by which the French constitution is enforceable – although a certain level of legal autonomy is recognized. These data demonstrate the diversity of legal cultures – and constitutional cultures – in the subcontinent, reflecting in each country's constitutional system and in the attribution of value towards the constitutional norms.

Indeed, the circulation of these constitutional models occurred, to a large extent, by the means of an intercultural dialogue between different constitutional cultures. This is a reading key that allows understanding the fact that South America is the region of the globe with the highest level of legal protection in the constitutional sphere for the environment. Hence, these dialogues took place in “ecologization waves”, the last one being marked by the constitutions of Ecuador and Bolivia as those that bring

upon more deep changes and crystalizing interesting contributions to democratic constitutionalism.

This explains in part the complex dynamics of normative diversity in which environmental protection is fostered within each constitutional system and provides elements to understand the position of these countries in the international scenario, especially in what concerns the state and governmental actions to promote international cooperation on environmental issues. Not all constitutions expressly provide a duty or incentive for international cooperation. It can be found in the constitutions of Brazil (art. 4, IX), Colombia (art. 80), Venezuela (art. 152-153), Ecuador (art. 416, 1) and Bolivia (art. 10), but it is not expressly provided for in the Constitutions of Peru, Guyana, Suriname and French Guiana (France).

The lack of an explicit provision does not prevent states and governments to take actions in order to improve and foster international cooperation – it is precisely a political and ethical duty in a globalized world in which the dynamics of interdependence get everyday even more evident (Delmas-Marty, 2016; Ferrajoli, 2022) –, but it does not bind governments to act in this regard, especially when it comes to environmental issues in the Amazon.

Since the 1970s, the Amazon has been triggered at the center of political, economic and, recently, climatic attention worldwide. For the Amazon countries, the rainforest is an essential element of internal development (Hecht, 2010), meanwhile “environmental movements” have largely intensified (Rootes, 1999). Thus, the lexicon of environmental protection, sustainability, guarantee of the right to a healthy environment for current and future generations, became part of the political and constitutional language – as seen in the previous topic –, improving the debate on this subject and pointing towards the growing relevance that the Amazon assumes nowadays both geopolitically and geostrategically for Amazonian states as well as globally – by which comes the need to further international cooperation for its protection.

It should be noted that despite the “consensus” inscribed in the constitutions of the Amazonian countries, the States face challenges to implement the constitutionally recognized rights. Each State faces particular difficulties, but there is an element that unites them, related to the economic model based on (neo) extractivism and the export of commodities (Gonzales, Garcia de M., 2011; Mendibile, 2022; Lakhan, Trenhaile, Lavalle, 2000;

Elias-Roberts, 2020; Castro, Ferrufino, 2014; Burchardt, Domínguez, Larrea, Peters, 2016; Ribadeneira, 2016; Maldonado, 2020; Valencia, 2013; Valencia, 2015; Nannetti, 2015; Acosta, Martínez, 2019; Moura, 2016; Villegas Moreno, 2012; Yarde, 2020; Adams, Moreto, Futemma, 2020; Silva Santos, 2022; Aubertin, Pons, 2017; Jacob, Palisse, Aubertin, 2020; Galochet, Morel, 2015).¹⁸

In this context, the Amazon States – with the exception of French Guyana – signed the Amazon Cooperation Treaty in 1978, with the aim of establishing a sustainable and integrated development of the Amazon basin.¹⁹ It foresees, among other things, quality of life of its inhabitants and integrated environmental governance, as well as to leave explicit the “sovereignty” of the Amazon States over their own territory (Nunes, 2016). It is, indeed, the first international agreement on the Amazon that integrates all Amazon states, in order to establish and improve the “Amazon dialogue”.

To be sure, there were several reasons that led to the assignment of the Treaty, ranging from the international level – such as the Stockholm Conference, 1972, which came up with the concerns over the future of the environment in the world –, to the speeches on international measures for the Amazon protection – the possibility of “external interference” in the Amazon nation’s affairs – that aroused fears in the region’s governments (Nunes, 2016, p. 223). The concern regarding national sovereignty over the Amazon’s natural resources and the interest in guaranteeing development projects (Nunes, 2016, p. 223) was the main cause that mobilized and propelled Brazil to coordinate the Amazonian dialogue in the region.²⁰

¹⁸ Criticism over this economic model has been promoted by several Latin American authors, who point out the unsustainability of this dynamic of capital accumulation that depends on the seizure of natural assets, lands and territories (Svampa, 2019, p. 12). In fact, this model hinders and hampers the implementation of the right to a healthy and balanced environment, furthering new environmental conflicts.

¹⁹ Even though other bilateral or multilateral agreements have been signed between the Amazon countries, this study concentrates over this particular case of the Amazon Cooperation Treaty, which is deemed to be the principal one in terms of Amazon governance.

²⁰ It should be noted that Brazil was, at that time, in the midst of a military regime, responsible for the Brazilian “economic miracle” at that time, and that it had a development plan for the country, based on the exploitation of the natural resources of the Amazon. For further analysis, s, Hall, 1998.

The fundamental principles of the Amazon Cooperation Treaty portray the political environment that involved its negotiation and enactment: sovereignty, equity, sustainable development and cooperation – as states the Treaty. However, the Amazon cooperation was only institutionalized through the creation of the Amazon Cooperation Treaty Organization in 1995, furthering the international legal framework for cooperation in this context.²¹ Although it is a strategic International Organization within the Amazon, a detailed analysis of its actions clearly evidences that the Pan-Amazon system did not give rise to substantial concrete effects (Nunes, 2016, p. 242), not even in the field of natural resources governance, such as water resources (Mello Santana; Villar, 2015). ACTO was unable to produce a common response to the protection of the environment in the Amazon, as its role was dismissed to political articulation before some international “threat” of interference in the Amazon region internal affairs (Nunes, 2018).

Certainly, some projects carried out in by ACTO were – and continue to be – of great importance for the Amazon itself, and further the cooperation between the states in specific matters. In this sense, it should be mentioned some of the ongoing projects, such as the “Amazon Basin Project”, which includes a program of strategic actions in the Amazon Basin, considering climate variability and change (OCTA, 2022a); the “Bioamazon Project”, for the management, monitoring and control of fauna and flora species threatened by trade (OCTA, 2022b); and the “Amazon Project”, for regional action in the area of water resources (OCTA, 2022c), among others. Some projects also have funding from abroad, as is the case of the “ACTO Biomaz Project”, for technical cooperation in support of ACTO’s biodiversity program within the scope of the Convention of Biological Diversity in Latin America, financed by the German Federal Ministry of Cooperation and Economic Development (BMZ) (OCTA, 2022d).

Indeed, there are several reasons that have not encouraged greater cooperation in the specific scope of ACTO. The “political disarticulation” of the organization is perhaps the most relevant element in this discussion. Amazonian countries tend to prioritize their own internal affairs – even when related to the Amazon itself – which generates a modest interest in

²¹ International organizations and regimes intersect where the former provide for the “procedures” of the latter (List, Rittberger, 1992, p. 90).

furthering international cooperation for the protection of transnational natural assets.

Likewise, there are legal, economic and political limitations for the Organization's activities (Tica Fuertes, 2020). From a legal point of view, the ACTO lacks legal binding powers to limit the decisions of their member countries regarding its commitments and environmental policies (Tica Fuertes, 2020, p. 51), and also finds it difficult to approve common regulatory frameworks for the environmental protection, as was the recent case of the "Framework Agreement for Cooperation and Mutual Assistance for the Integral Management of Forest Fires". From the economic point of view, there is a strong dependence on external funds and resources (Tica Fuertes, 2020, p. 53), to the management of ACTO's projects and initiatives. Added to this, some countries, such as Venezuela, Brazil and Colombia, do not comply with their annual contribution obligations, which has a direct impact on the Organization's institutions.

From a political outlook, ACTO face barriers to assert itself among different other International Organizations that also have the Amazon as a focus – either if indirectly – as is the case of UNASUR, Andean Community, Alliance of the Pacific, CELAC, CARICOM, among others (Tica Fuertes, 2020, pp. 54-55; Ramírez, 2012, p. 13). This indicates that there are still at least three fundamental challenges to be tackled by ACTO's cooperation system, related to the enforceability of the right to the environment, the implementation of protected areas, and the development of financial mechanisms to fund initiatives (Tigre, 2017).

In this context, the Amazon was also a vector of integration within the Union of South American Nations (UNASUL), which in its Constitutive Treaty, signed in 2008, established as one of its main aims to build a space for integration prioritizing, among other things, the environment (art. 2). UNASUL was the only International Organization that brought together all Amazon States – with the exception of French Guiana – although its direct objective was not the governance of the Amazon – but the entire South American subcontinent – its actions were grounded on the principle of "complementarity" (Nunes, 2018). However, in 2018, changes in the political orientation of the region's leaders – in Argentina, Brazil, Chile, Colombia, Ecuador, Paraguay and Peru – have worsen the viability of the Organization, being it almost extinguished (Lima, 2020, p. 12). In this

regard, UNASUL also did not put in practice substantial effects for the governance of the environment in the Amazon.

From the point of view of the Inter-American System of Human Rights, there is also no common normative parameter for environmental protection. The international protection of environment was established in the First Protocol to the American Convention on Human Rights (1988), precisely in Article 11, which recognizes a subjective right of everyone to a healthy environment, providing that States Parties must promote the protection, preservation and improvement of the environment. However, the participation of Amazonian States in the Inter-American System is not unanimous. Actually, Brazil, Peru, Ecuador, Bolivia, Colombia and Suriname approved the aforementioned Protocol, and it remains into force in their legal systems. But Guyana and French Guiana (France) are not state parties of the Inter-American System, and Venezuela recently denounced the American Convention on Human Rights (in 2012).

This scenario reveals that although there is a common language in the constitutional protection of environment in the Amazon nations – despite their differences and particularities –, there is a “normative and political disarticulation” in the international field and international cooperation. Constitutional dialogue, in the sense of a common normative standard protection – a protective constitutional language –, has not been enough to project a productive and effective international dialogue for the environmental protection in the Amazon. This dialogue, however, becomes fruitful only when states seek to protect and reaffirm their sovereignty over the Amazon before a supposed “threat” of international intervention in the Amazon and the possibility of losing some part of sovereignty.

Thus, it can be inferred that a large part of this normative and political disarticulation refers to the difficulty of enforcing environmental rights inscribed in the constitutions. The different issues, which reflect the Latin American economic development model, pose more incisive challenges to the Amazon countries, also concerning the implementation of their environmental public policies and the furthering of international cooperation for the environment.

This difficulty in articulating a common cooperative political response in the region – through policies and “common regulatory legal frameworks” – does not, however, prevent the spread, and strengthen, of other possible forms of international cooperation, carried out especially

by Non-Governmental Organizations and independent bodies, which have contributed to the implementation of the Environmental Rule of Law in the region, given the gap between the constitutional texts and their effective implementation. It is the case of Indigenous cooperation during covid-19 pandemic (Burckhart, Petters Melo, 2021), in which the COICA (Coordination of the Indigenous Organizations from the Amazon Basin) have had a pivotal role instead of state actions and policies.

These new forms of international cooperation carried out, to a large extent, with no intervention and participation of the state, find a great relevance in NGOs. It is recognized that NGOs – among other foundations and organizations of the civil society – play a significant role in activities that promote sustainable development, especially the organizations related to indigenous peoples. This fact has transformed both the discourse and practice of “development”, implying on a greater democratization of global public policies, implemented by other actors than the state (Davies, 2012). In the case of the Amazon, indigenous peoples’ organizations have assumed an important role to trigger sustainable development.

However, non-Governmental Organizations and independent bodies cannot effectively create “public policies” related to the protection of environment in the Amazon, they project themselves in the grammatic of constitutional policies, that is, in the set of actions – from several actors, being it public, private and from the third sector – that seek to enforce the constitution. Indigenous and environmental movements have played a central role in this context (Carneiro da Cunha, 2000), by which, within their limits action, have been improving the governance dynamics of the Amazon environmental safeguard.

It is remarkable, therefore, that since the establishment of the Amazon political dialogue, in the 1970s, until today, there have been insufficient political conditions to strengthen the Amazon cooperation, despite the considerable increase of political sensitivity across the globe towards its safeguard (Ramírez, 2012; Aranibar, 2003; Buelvas and Stopfer, 2020). Environmental constitutionalism reinforced and crystallized environmental protection within the States – which is a highly relevant fact – but, so far, it is not enough for the institutionalization of a more acute and pragmatic international cooperation in the field of Amazon Rainforest protection. This challenge, which is a challenge for all humanity, is still to be tackled.

V. CONCLUSIONS

Environmental constitutionalism and its acquisitive evolutions in the Amazon countries have had a pivotal importance in strengthening the internal governance of environmental protection in each state. It is evident that the constitutionalization of a certain subject have a more incisive impact on its effectiveness, than the only provision as an international legal instrument, because constitutionalizing implies, at least theoretically, on concrete limits to national political actions – as well as to private actions – especially in what concerns to the environment. In this sense, some of the analyzed constitutions can be considered a “model” or a “reference” for the entire globe, establishing rights of nature, new forms of environmental jurisdictions, protection of biomes and water, among other rights, especially in current times, marked by the intensification of environmental agenda worldwide.

However, despite the importance that environmental constitutionalism has currently assumed in South America, it has not intensified political and institutional articulation in the international field towards the enactment of common policies and regulatory normative frameworks related to the Amazon. The need for international cooperation on the protection of environment in a globalized world is grounded on the evidence that it is an international issue, which has a direct impact on everyone’s life – particularly due to the impact that the Amazon has on global warming and, consequently, on climate change – and, therefore, it is an issue that needs international cooperation, especially among Amazon countries.

There are several topics that need to be tackled by states in order to improve international cooperation in the Amazon: 1) the need to further and strengthen cooperation within ACTO structure, considering the relevance that the Amazon has currently assumed, and the need to enforce environmental constitutionalism in the region; 2) the need to create common regulatory frameworks for water governance in the Amazon basin, as well as integrated management of land, vegetation, sustainable exploitation, forest, and other natural resources, in order to improve an integrated governance of these precious commons; 3) the need to articulate a common response that involves “all” Amazonian States – and here is essential to debate the role of France, which has an Amazonian territory, French Guiana, which is not a State-member of ACTO; 4) the need to approve an

articulated deforestation common policy with monitoring control institutions within the scope of ACTO; and, 5) discuss the role of traditional population, especially indigenous peoples, in the management and conservation of the Amazon and give support, by expanding the scope of the Organization, for the effectiveness of their rights.

The recent political transformations in Amazonian countries, especially since the election of Luís Inácio Lula da Silva as Brazilian President in 2022, may represent a “revival” in regional international environmental governance, which is currently being articulated by regional leaders (Andreoni, 2022). This scenario can, therefore, lead to further international cooperation in the Amazon, also through the proposal of international legal regulation in strategic areas for the countries, and encourage the open debate and dialogue on important issues regarding environmental protection.

Hereupon, thinking on the research hypothesis established in the introduction, it can be stated that they are partially confirmed, since if 1) the constitutional protection of environment has evidently developed in order to establish a common protective language among the Amazon countries, 2) the enactment of these constitutional provisions have not led states to further improve international cooperation in the region. Thus, constitutional dialogues for cooperation in the Amazon remain an open political and constitutional question to be tackled, and a challenge for political will both in national and international contexts, as a proposal to come about not only for Amazonian countries or peoples, but as a matter of fundamental importance for the entire world.

VI. REFERENCES

- Ackerman, Bruce. (1997). The Rise of World Constitutionalism. *Virginia Law Review*. 83(4).
- Bocanegra Acosta, Henry and Carvajal Martínez, Jorge Enrique. (2019). Extractivismo, derecho y conflicto social en Colombia. *Revista Republicana*. 4450(26).
- Acsehrad, Henri; Mello, Cecilia Campello do A. and Bezzerá, Gustavo das Neves. (2009). *O que é justiça ambiental*. Rio de Janeiro. Garamond.

- Amirante, Domenico. (2019). L'ambiente preso sul serio. Il percorso accidentato del costituzionalismo ambientale. *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, fascicolo speciale.
- Andreoni, Manuela. (2022). What Lula's victory in Brazil means for climate. <https://www.nytimes.com/2022/10/31/climate/brazil-election-lula-bolsonaro-climate.html>
- Aranibar, Antonio. (2003). *La OTCA, algunas claves de su evolución histórica. Informe de Consultoría*, Brasilia.
- Aubertin, Catherine and Pons, Suzanne (2017). Politique de développement durable en Guyane: souveraineté sur les ressources forestières. *Terrotoire en Mouvement*. 36.
- Bagni, Silvia (2023). Era un gioco, non era un fuoco. Una lettura del processo costituente cileno alla luce del risultato del plebiscito del 4 settembre 2022. *Revista DPCE Online*. 55(4).
- Baranger, Denis. (2018). Comprendre le "bloc de constitutionnalité". *Jus Politicum Revue de Droit Politique*. 21. <http://juspoliticum.com/article/Comprendre-le-bloc-de-constitutionnalite-1237.html#:~:text=%C3%80%20un%20niveau%20plus%20%C3%A9lev%C3%A9,ce%20que%20contient%20la%20constitution>.
- Barié, Cletus Gregor. (2014). Nuevas narrativas constitucionales en Bolivia y Ecuador: el buen vivir y los derechos de la naturaleza. *Latinoamérica, Revista de Estudios Latinoamericanos*. (59),
- Barié, Cletus Gregor. (2022). Doce años de soledad de los derechos de la Madre Tierra en Bolivia. *Naturaleza y Sociedad. Desafíos Mediambientales*. (4).
- Beck, Ulrich. (2006). *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Barcelona. Paidós.
- Bosselmann, Klaus. (2008). Direitos humanos, ambiente e sustentabilidade. *Impactum*. 21(XI). http://dx.doi.org/10.14195/2182-2387_21_1
- Bosselmann, Klaus. (2013). The Rule of Law Grounded in the Earth: Ecological integrity as a grundnorm. *Planetary Boundaries Initiative Symposium*. London. Charles Darwin House.
- Brum, Eliane. (2021). *Benzeiro Ôkôtô: uma viagem à Amazônia, centro do mundo*. São Paulo. Companhia das Letras.

- Buelvas, Eduardo Pastrana and Stopfer, Nicole. (2020). *Gobernanza multinivel en Amazonia*. Bogota. Fundación Konrad Adenauer.
- Burchardt, H.J., Domínguez, L., Larrea, C. and Peters, S. (Eds.). (2016). *Nada dura para siempre. Neo-extractivismo tras el boom de las materias primas*. Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador; International Center for Development and Decent Work (ICDD).
- Burckhart, Thiago. (2017). *Direito, Cultura e Cidadania*. Curitiba. Prismas.
- Carneiro da Cunha, Manuela and Almeida, Mauro (2000). Indigenous people, traditional people, and conservation in the Amazon. *Daedalus*. 129(2).
- Castro, Monica; Ferruffino, Ruben; Taucer, Evelyn and Zeballos, Hernán (2014). *El estado del medio ambiente en Bolivia*. La Paz. Fundación Konrad Adenauer.
- Corrado, Maria Daclon. (2008). *Geopolitica dell'ambiente. Sostenibilità, conflitti e cambiamenti globali*. Milano. FrancoAngeli.
- Davies, Thomas Richard. (2012). The transformation of International NGOs and their impact on Development Aid. *International Development Policy*. 3.
- Delmas-Marty, Mireille. (2016). *Aux quatre vents du monde: petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*. Paris. Seuil.
- Elias-Roberts, Alicia. (2020). Balacing environmental protection and offshore petroleum developments in Guyana. *Global Energy Law and Sustainability*. 1(1).
- Ferrajoli, Luigi. (2022). *Per una Costituzione della Terra: l'umanità al bivio*. Roma. Feltrinelli.
- Foy Valencia, Pierre Claudio. (2013). El sistema jurídico ambiental peruano: un estado crítico de la cuestión. *Justicia & Democracia*. 80(1).
- Galochet, Marc and Morel, Valérie (2015). La biodiversité dans l'aménagement du territoire en Guyane Française. *Vertigo – Revue Électronique en Science de l'Environnement*. 15(1).
- Gareau, Brian. (2013). Global Environmental Constitutionalism. *Boston College Environmental Affairs Law Review*. 40(2).

- Gonzalez, José de Jesús León and Garcia de M., Yurisay. (2011). Política y gestión ambiental participativa en Venezuela. *Revista de Reforma Agraria, Ambiente y Sociedad*. 37.
- Guhl Nannetti, Ernesto Guhl. (2015). Evolución del Ministerio de Ambiente de Colombia en sus primeros veinte años: 1994-2014. In Nannetti, Ernesto Guhl & Levya, Pablo. *La gestión ambiental en Colombia, 1994-2014: ¿un esfuerzo insostenible?* Bogota. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Hall, Anthony. (1998). *Sustaining Amazonia: grassroots actions for productive conservation*. Manchester. Manchester University Press.
- Hausil, Farzia and Bertzky, Monika. (2019). Complete analysis of existing policies, laws and regulations of the Republic of Suriname responding to the requirements of the UNFCCC Cancun Safeguards and the UNPD Social and Environmental Standards.
- Hecht, Susanna. (2010). The new Amazon geographies: insurgent citizenship, “Amazon Nation” and the politics of environmentalisms. *Journal of Cultural Geography*. 28(1).
- Hernández Mendibile, Víctor Rafael. (2022). *La legislación ambiental en Venezuela*. Caracas. Observatorio Venezolano de la Justicia.
- Jacob, Théo; Palisse, Marianne and Aubertin, Catherine. (2020). Quand les politiques environnementales attissent les tensions interculturelles en Guyane Française. *Cahiers des Amériques Latines*, 93.
- Kloepfer, Michael. (2010). A caminho do Estado Ambiental? A transformação do sistema político e econômico da República Federal da Alemanha através da proteção ambiental especialmente desde a perspectiva da ciência jurídica. In Sarlet, Ingo Wolfgang (Ed.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre. Livraria do advogado.
- Kotze, Louis Jacobus. (2015). The conceptual contours of environmental constitutionalism. *Widener Law School*. 21(187).
- Lakhan, Chris; Trenhaile, A. S. and Lavalley, P. D. (2000). Environmental protection efforts in a developing country: the case of Guyana. *Electronic Green Journal*. 1(13).
- Leis, Héctor Ricardo. (1999). *A modernidade insustentável*. Petrópolis. Vozes.

- Leite, José Rubens Morato and Dinnebier, Flávia França. (2017). *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo. Instituto Direito por um Planeta Verde.
- Leite Morato, José Rubens; Silveira Galbiati, Paula and Bettega, Belisa (2017). O Estado de direito para a natureza: fundamentos e conceitos. In Leite, José Rubens Morato and Dinnebier, Flávia França (Eds.). *Estado de direito ecológico: conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. São Paulo. Instituto Direito por um Planeta Verde.
- List, Martin and Rittberger, Volker. (1992). The role of Intergovernmental Organizations in the formation and evolution of International Environmental Regimes. In Underdal, Arild. *The politics of international environmental management*. New York. Oxford University Press.
- Magalhães de Moura, Adriana Maria (Org.). (2016). *Governança ambiental no Brasil: Instituições, atores e políticas públicas*. Brasília. IPEA.
- May, James and Daly, Erin. (2015). *Global Environmental Constitutionalism*. Cambridge. Cambridge University Press.
- Mello Santanna, Fernanda; Villar, Pilar Carolina. (2015). Gobernanza de las aguas transfronterizas: fragilidades institucionales en América del Sur. *América Latina Hoy*. 69.
- Mila Maldonado, Frank Luis and Yanez, Karla Ayerim. (2020). El constitucionalismo ambiental en Ecuador. *Actualidad Jurídica Ambiental*. 97.
- Nunes, Paulo Henrique Faria. (2018). *A institucionalização da Pan-Amazônia*. Curitiba. Prismas.
- Nunes, Paulo Henrique Faria. (2016). A Organização do Tratado de Cooperação Amazônica: uma análise crítica das razões por trás de sua criação e evolução. *Revista de Direito Internacional*. 13(2).
- Onida, Valerio. (2008). *La costituzione ieri ed oggi*. Bologna. Il Mulino.
- OTCA. (2022a). Programa de Ações Estratégicas na Bacia Amazônica considerando variabilidades e Mudanças Climáticas. http://otca.org/pt/ctp_otca_projetos/projeto-bacia-amazonica-2/
- OTCA. (2022b). Projeto Regional de Manejo, Monitoramento e Controle de Espécies de Fauna e Flora ameaçadas pelo Comércio. http://otca.org/pt/ctp_otca_projetos/projeto-bioamazonia/

- OTCA. (2022c). Projeto Amazonas: ação regional na área de Recursos Hídricos. http://otca.org/pt/ctp_otca_projetos/projetos-amazonas-acao-regional-em-areas-de-recursos-hidricos/
- OTCA. (2022d). Biomaz: apoio ao programa de biodiversidade da OTCA no âmbito da CDB na América Latina. http://otca.org/pt/ctp_otca_projetos/otca-biomaz-apoio-ao-programa-de-biodiversidade-da-otca-no-ambito-da-cdb-na-america-latina/
- Ost, François. (1995). *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa. Instituto Piaget.
- Petters Melo, Milena. (2013). O patrimônio comum do constitucionalismo contemporâneo e a virada biocêntrica do “novo” constitucionalismo latino-americano. *Revista Novos Estudos Jurídicos*. 18(1).
- Peters, Ana; Klabbers, Jan and Ulfstein, Geir (2011). *The Constitutionalization of International Law*. Oxford. Oxford University Press.
- Petters Melo, Milena. (2012). Neocostitucionalismo e “nuevo constitucionalismo” in America Latina. *Rivista Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*. 2.
- Petters Melo, Milena; Carducci, Michele and Sparemberger, Raquel. (2016). *Políticas constitucionais e sociedade: direitos humanos, bioética, produção do conhecimento e diversidades*. Curitiba. Prismas.
- Ramírez, Socorro. (2012). *La cooperación amazónica: desafíos y oportunidades de la cooperación amazónica a través de la OTCA*.
- Ribadeneira, Mónica. (2016). ¿Derecho ambiental ecuatoriano, quo vadis? *Revista de Derecho*. 5.
- Rodríguez, Gloria Amparo. (2022). *Fundamentos del derecho ambiental colombiano*. Bogota. Friedrich-Ebert-Stiftung.
- Romeiro, Ademar Ribeiro. (2012). Desenvolvimento sustentável: uma perspectiva econômico-ecológica. *Estudos Avançados*. 26(74).
- Rootes, Christopher. (1999). Environmental movements: from the local to the global. *Journal of Environmental Politics*. 8.
- Sachs, Wolfgang. (2010). *The Development Dictionary: A Guide to Knowledge as Power*. New York. Zed Books.
- Soares de Lima, Maria Regina. (2020). *América do Sul no Século XXI: desafios de um projeto político regional*. Rio de Janeiro. Grupo Multifoco.

- Sousa Santos, Boaventura de. (2014). *Epistemologies of the South: justice against epistemicide*. London. Paradigm Publisher.
- Sousa Santos, Boaventura de. (2010). *Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur*. Bogotá. Plural.
- Silva Santos, Roberta Monique da and Marques da Silva, Neliton. (2022). Os desafios para a efetividade da governança ambiental em nível municipal em cidades da Amazônia: articulação, implementação de políticas públicas e o papel do Estado. *Research, Society and Development*. 11(11).
- Svampa, Maristella. (2019). *Las fronteras del neoextractivismo en América Latina: conflictos socioambientales, giro ecoterritorial y nuevas dependencias*. Guadalajara. Universidad de Guadalajara.
- Tica Fuertes, Flor de Liz. (2020). Necesidad de una Política de Estado sobre la Amazonia peruana en el contexto del cambio climático: el aporte de la OTCA. Maestría en Relaciones Internacionales. Quito. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Tigre, Maria Antonia. (2017). *Regional Cooperation in Amazonia: A Comparative Environmental Law Analysis*. Leiden. Brill Nijhoff.
- Tushnet, Mark. (2009). The inevitable internationalization of constitutional law. *Virginia Journal of International Law*. 49(4).
- United Nations. (2019). *Environmental Rule of Law: First Global Report*. Nairobi. United Nations Environment Programme.
- United Nations. (2021). Resolution A/HRC/RES/48/13: the human right to a clean, healthy and sustainable environment. Human Rights Council: Forty-eight session.
- Valencia, Pierre Foy. (2015). Sobre el derecho administrativo ambiental peruano: Tour d'Horizon. Otrosi digo: el derecho ambiental es autónomo del derecho administrativo. *Revista de Derecho Administrativo*. (15).
- Vázquez, Edwin. (2018). *Los derechos de la naturaleza, sus fines teleológicos y el buen vivir*. Ambato. Uniandes.
- Viciano Pastor, Roberto and Martinez Dalmau, Rubens. (2010). Los procesos constituyentes latinoamericanos y el nuevo paradigma constitucional. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*. 25.
- Villegas Moreno, José Luis. (2012). *Manual de derecho administrativo ambiental*. San Cristóbal. Universidad Católica del Táchira.

Wieland Ferdinandi, Patrick. (2017). *Introducción al derecho ambiental*. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú.

World Environmental Law Congress. (2016). *World Declaration on the Environmental Rule of Law*. Rio de Janeiro. IUCN.

Yarde, Thérèse. (2020). *Policy Review of the Guyana Environmental Protection Act*. Georgetown. IMPACT Justice.

Zagrebelsky, Gustavo. (1992). *Il diritto mitte: legge, diritti, giustizia*. Torino. Einaudi.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El regreso de los deberes humanos

The Return of Human Duties

Recepción: 26 de julio de 2022

Aceptación: 22 de septiembre de 2022

José Omar SÁNCHEZ MOLINA*

RESUMEN: Esta obra propone recuperar en la teoría constitucional contemporánea el concepto de deberes humanos. Para lograr ese objetivo, analiza el concepto técnico de deber, distingue los deberes de otras categorías jurídicas que le están vinculadas y da cuenta del exceso de derechos humanos y la correspondiente ausencia de los deberes humanos. También se hace una propuesta para contar con un catálogo de deberes humanos que pudieran incorporarse a la Constitución mexicana. Con el apoyo de la filosofía del derecho, se afirma que la defensa y protección de las libertades requieren tanto del concurso de los derechos como de los deberes humanos.

Palabras clave: deberes humanos, responsabilidades, derechos humanos, libertades, prohibiciones, solidaridad.

ABSTRACT: *This work proposes to reclaim the concept of human duties in contemporary constitutional theory. To achieve this goal, it analyzes the technical concept of subjective duty, distinguishes duties from other legal categories related to it, and accounts for the excess of human rights and the corresponding absence of human duties. A proposal is also made to have a catalog of human duties that could be incorporated into the Mexican constitution. So, supported by the philosophy of law, it is asseverated that the defense and protection of freedoms requires both the participation of human rights and human duties.*

Keywords: *human duties, responsibilities, human rights, liberties, prohibitions, solidarity.*

* Profesor de licenciatura y especialidad en la Facultad de Derecho de la UNAM. Orcid: 0000-0001-5391-3768. Correo: jsanchezm2@derecho.unam.mx

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El camino de los deberes humanos en la historia*. III. *Exceso de derechos; ausencia de deberes*. IV. *Configuración jurídica del concepto de deberes humanos*. V. *La clasificación de los deberes humanos para su fortalecimiento normativo*. VI. *Anexo. Propuesta para un nuevo catálogo de deberes humanos de la persona*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo parte de la hipótesis de que hay una ausencia doctrinal y normativa del concepto de deberes humanos. Dicha ausencia es un problema no sólo común a la teoría del derecho, sino que se extiende a las normas jurídicas vigentes, incluidas las fundamentales. Por ello, se propone recuperar en la teoría constitucional contemporánea el concepto fundamental de los deberes humanos, y como consecuencia plantear un proyecto para su fortalecimiento en el nivel normativo de los textos constitucionales.

El texto busca dotar de fundamento filosófico a un catálogo de deberes humanos. Esperamos mostrar, con el apoyo de la filosofía del derecho, que la defensa de las libertades en las sociedades democráticas actuales requiere de la participación dual de los derechos y los deberes humanos, y que esta apuesta implicaría un rediseño dogmático fundamental en las Constituciones de Latinoamérica. Para que este trabajo logre ese objetivo, el primer paso consiste en indagar la noción de deberes en la escena filosófica; el segundo, en determinar su naturaleza, estructura y relación con otras categorías normativas fundamentales; el tercero, en advertir el exceso del discurso de los derechos con la correspondiente pérdida conceptual del concepto de deber y, a partir de lo anterior, en cuarto lugar, abrir el diálogo para el regreso de los deberes humanos, dejando a la par algunas ideas incipientes para diseñar un catálogo de deberes humanos.

De manera preliminar, quisiéramos puntualizar algunas cuestiones para contextualizar el problema que estamos enfrentando. Nos parece que el mundo actual se encuentra en una posición cómoda por lo que respecta al avance de los derechos humanos. Si bien hay avances en el mundo de los derechos, también es irrefutable que las personas necesitan estar en el centro de las agendas privadas, públicas y sociales, por lo cual es necesario hacer un esfuerzo teórico y práctico para acercar la sociedad al mundo de los deberes, aunque no sean atractivos en el discurso, en el entendido de que el hombre vive de algún modo particular y contingente

la dualidad como ser individual y social. Es incompleto pensar que para asegurar la libertad en la modernidad se confíe en los propios intereses con exclusión de los intereses de los demás, en la propia virtud sin tomar en cuenta la virtud del bien común y en propias leyes sin hacer mayor caso a las leyes de la sociedad.

Cuando el mundo se dedica, como se ha dedicado en los últimos setenta años, a asignar una mayor cantidad de derechos humanos, nadie será secundado si va contra esa tendencia, porque nadie apoyaría que le escatimen más derechos. El asunto es que nadie toma la batuta para hablar de la necesidad de aportar y cumplir con sus deberes, y que la citada tendencia ya no es sostenible, porque a causa de la trayectoria que asigna más derechos y deja de reforzar los deberes, se acrecienta el déficit de justicia en la sociedad, en cada una de las esferas a las que se refiere Michael Walzer (2004).

Antes de comenzar, problematicemos el asunto de la carencia de los deberes humanos. Parecería que además de su poco atractivo, en el fondo hay una base teórica y social que refuerza la ausencia de los deberes. Dada la pluralidad de valores, podemos convenir en que la época actual está llena de paradojas, contradicciones, ciertos tedios y desesperanzas y de preguntas sin respuestas. ¿Por qué mientras más avanzamos mediante conquistas éticas como los derechos humanos, también más sentimos la dificultad para la prosperidad, con episodios constantes y comunes de violencia, guerras, pobreza y desigualdad?

La respuesta quizás esté en el desbalance que describe Noam Chomsky (2007): ¿qué clase de criaturas somos? Además de ratificar su teoría del lenguaje, Chomsky vuelve a referirse a la necesidad de alcanzar el bien común, y recuerda que a pesar de los discursos de una sociedad democrática y de libertades, que funciona en una economía de creatividad y mercado, el bien común ha sido pospuesto y reemplazado por lo que denomina “neodemocracia”, capaz de implantar una idea temerosa de libertad, ampliar la brecha entre ricos y pobres y dejar que irrumpa una nueva política, que todo lo reduce a la gran sombra proyectada en la sociedad por las grandes empresas.

Bajo esa premisa, hemos dado pasos importantes para alcanzar bienes individuales; pero poco hemos hecho para lograr el bien común. Alcanzarlo depende de que seamos capaces de recuperar los deberes éticos y deberes jurídicos, los grandes olvidados, no sólo en la escena jurídica contemporánea, sino en las comunicaciones y en la interpretación de los mensajes

en la sociedad. Cuestión de recordar que hay una simpatía natural por los derechos, pues mientras ellos son atractivos y causan afición, los deberes son poco estimulantes y generan indiferencia, cuando no desaprobación. Todos en estos momentos podemos testificar directa o indirectamente de movimientos que defienden la causa de los derechos; por la emancipación de los deberes no hay ningún movimiento social permanente, amplio y organizado.

Para lograr nuestro objetivo, nos auxiliaremos de la filosofía. Bien dice Bertrand Russell (2016, pp. 9 y ss.) que las creencias y opiniones asentadas por uso y costumbre tienden a minimizarse cuando son analizadas bajo criterios filosóficos. Sirva de ejemplo de esa diferencia entre hechos y opiniones que en el capítulo de derechos humanos de la obra *Los mexicanos vistos por sí mismos* (De la Barrera, 2015), casi una quinta parte de la población mexicana dijo no soportar la causa de los derechos humanos. La explicación de este resultado desconcertante, en un contexto de alta emotividad y afianzamiento discursivo de los derechos, se basa en la escasa cultura de derechos humanos en la población. A continuación, cuando se pregunta por la eficacia de los derechos humanos, sólo 9 de cada 100 habitantes consideraron que los derechos se respetan suficientemente en el país. En ese mismo estudio se incorpora un capítulo sobre “la obediencia a las leyes”, dedicado a analizar la mirada de los mexicanos sobre la cultura de la legalidad. Ahí, 60 de cada 100 habitantes dijeron que son partidarios de que las leyes siempre se obedezcan, mientras que 36 consideran válido transgredirlas si son injustas.

Estos datos permiten hacer la inferencia de que los derechos existen, aunque les falta apoyo social, mientras que la ciudadanía quiere cumplir con la ley, sus deberes; luego entonces, ¿no será que hay un déficit tanto de derechos como de deberes? Si los derechos son más amplios y más visibles, pero no son apoyados, y si los deberes son invisibles, pero tienen cierto soporte, ¿no será que la carencia de los derechos humanos es la carencia de los deberes humanos? La ausencia de un discurso teórico, institucional y social de los deberes humanos, vista de este modo, no es un misterio, sino un problema, si usamos las ideas de Karl Popper (Popper, Adorno, Dahrendorf, Habermas, 2013, pp. 11 y ss.) y Noam Chomsky (2007); para eliminar su ausencia, será necesario presentar, aclarar y dotar de una ruta a sus conceptos mediante la filosofía del derecho, para que con ello tenga base la acción emancipadora de la sociedad.

Antes, queremos aclarar un posible malentendido. No demeritamos el valor, el fundamento ni la justificación de los derechos humanos, pues siguen siendo necesarios para evitar los abusos y eliminar las desigualdades; todo lo contrario, lo que queremos es afianzarlos de mejor modo y proponer una dimensión doble de la dignidad que surge de la distinción entre ética individual y ética social. En esta apuesta por la recuperación de los deberes humanos no estamos solos. No nada más lo dice Russell; Robert Nozick, por su parte —aislado en su momento al proponer su idea de Estado mínimo—, dice también que lo correcto en ética no se encuentra en lo que naturalmente pensamos (Nozick, 2017, p. 8.), ni opinamos, añadiría; de ese modo, si la base de la dignidad moral y política ha dependido en exclusiva de un afianzamiento del discurso ético de los derechos humanos, quizá es tiempo de que indagemos y exploremos si hay que modificar el camino con la finalidad de que los deberes sean palanca para contar con mejores condiciones de vidas en sociedades democráticas.

II. EL CAMINO DE LOS DEBERES HUMANOS EN LA HISTORIA

No hay una historia propia y actual de los deberes humanos. Tiene que ser construida sobre las ideas de algunos autores representativos que posibiliten algunas inferencias de su significado actual.

La forma en que presentaremos esta historia es plural y constructiva, pues los fundamentos doctrinales de los deberes humanos en la antigüedad son lejanos, y no necesariamente coinciden con las categorías modernas y, por lo que toca a los deberes, en la época actual sus nociones están desarticuladas y fuera del debate.

En la ética estoica son inexistentes las categorías de derechos y deberes, tal como las concebimos en la actualidad (Sánchez Molina, 2007). Lo que importa en esa concepción es la conservación individual supeditada a la sociabilidad. Epicteto describe en su *Enquiridión* que los deberes derivan de la tendencia natural a conservar el ser, y que los deberes sociales importan tanto o en mayor grado que las relaciones naturales. Si observamos las relaciones naturales, dice, obtendremos cuáles son los deberes del ciudadano y del vecino. Desde la doctrina estoica se afirmó que la tendencia primaria del ser vivo, por tanto, del humano, es la conservación de sí mismo. Esta tendencia es complementada con la sociabilidad, de forma tal que

la satisfacción de las necesidades físicas e individuales ha de supeditarse a los deberes de sociabilidad, porque el ser humano es un ser por naturaleza comunicativo, social, que no puede vivir aislado; como ejemplo de la dualidad y del mayor peso de los deberes es significativo que diga Epicteto que "...el escogerse para uno la mayor tajada quizás sea valioso para el cuerpo, mas para la sociabilidad que en un convite debe observarse carece de validez" (Epicteto, 1991, p. 85).

La superioridad de los deberes y su natural dependencia del pacto civil se ratifica en Hobbes, para quien los derechos como los deberes son títulos primarios del Estado y no de los ciudadanos. En Hobbes, la fuente de los deberes humanos son los pactos, entendidos como la aritmética traída a la política (Hobbes, 2008, p. 32). En su obra *De cive*, Hobbes (1999) desarrolla un tratado de los deberes humanos, subdivididos éstos en cuanto hombres, ciudadanos y cristianos. Ahí indica que el deber es el modo único y necesario para que el propio individuo logre su conservación, y cuando se trata del deber humano tiene dos componentes temporales: el primero es material y poco sostenible, y se corresponde con el deber natural de conservar la vida propia, mientras que el segundo deber, en el que coinciden forma y materia, permite a los súbditos asegurar la paz y mutua seguridad mediante pactos civiles libres que contienen la obligación de obedecer absolutamente al soberano.

Al seguir las ideas del liberalismo de John Locke, puede notarse que la formulación de los derechos es dependiente de los deberes individuales básicos. Dicha concepción tiene dos aspectos. El primero, de índole natural, indica que en el estado de naturaleza hay una obligación de cada cual de conservarse a sí mismo, y comienza con un derecho natural, que impone prohibiciones elementales de no dañar la vida, la salud, la libertad o las posesiones del otro (Locke, 2007, pp. 32 y ss.). Como consecuencia de las violaciones que se presentan a esos deberes, señala que sólo de forma subsidiaria surgen los derechos contractuales a defenderse, a castigar, reprimir y retribuir al infractor, destinados a proteger el aspecto básico de libertades, y que también dan pauta a la constitución del gobierno civil.

Con los autores liberales comienza a separarse con claridad lo justo naturalmente y lo justo socialmente, que los autores utilitaristas potenciarán. Por ejemplo, en David Hume la obligación moral nace de los sentimientos de simpatía o desaprobación de actos propios y ajenos. Se trata de un me-

canismo que, ante la incomodidad personal y el rechazo social, permite a los seres humanos convivir en sociedad. Por ello, la idea de la justicia no es una cuestión natural, sino un ingrediente artificial derivado de la educación y las convenciones humanas, una de las máximas virtudes sociales, artificiales por oposición a las naturales (Hume, 2004).

John Stuart Mill formula con la mayor nitidez posible la idea de los deberes en el pensamiento liberal (Stuart Mill, 2002). Dice que los deberes resultan no de lo que la sociedad considera bueno o valioso, sino que son el medio para la salvaguarda del principio de libertad personal, que así como otorga prerrogativa para actuar libremente, también impone el deber de no causar daño a los demás. En este liberalismo, el único deber consistiría en evitar todo lo que afecte o dañe a los demás; es decir, que la responsabilidad individual es libre siempre que no interfiera con los deseos, preferencias y decisiones de terceros.

No podemos dejar pasar el debate entre el utilitarismo y el deontologismo. Frente a las éticas utilitaristas que incorporan un contenido al deber, la ética kantiana lo vacía de contenido y se queda con la mera forma. Aquí, en contra de que “lo debido es el bien”, esto es, que importa el deber en la medida en que mira a la realización de un bien, para la ética del imperativo categórico “el bien es lo debido”, ya que lo trascendental es la voluntad para realizar la acción u omisión debida, independiente de los motivos y de sus consecuencias. Esta primacía del deber en la teoría kantiana tiene críticos severos, entre ellos dos autores diversos en pensamiento como Hegel y Simmel (Simmel, 2003), para quienes, con la salvedad de su propia diferencia, el deber moral de Kant es vacío, una autorreferencia formal carente de las vivencias y de la nitidez de lo individual y lo concreto, que convierte al agente en un mero autómatas deshumanizado.

En Spinoza, más que una primacía de derechos o de deberes, ambos se conciben como una y la misma cosa, tanto el derecho como el deber de cada individuo y de la sociedad política por existir. Todas las cosas, en tanto que son en sí, tienden y se esfuerzan en perseverar en su ser; este mandamiento ético aplicado al ser humano le impulsa a la firmeza —el deseo del individuo de perseverar en sí— y a la generosidad —el deseo en la perseverancia de los demás—. Por ende, la mayor de las virtudes, tanto ética como política, será la de conservar las almas y los cuerpos de todos los que existen en la sociedad política, única sociedad en la que la utilidad es común y es mejor que el bienestar individual del estado de naturaleza (Spinoza, 1999). De hecho, para Spinoza, naturale-

za y ley se identifican, porque la necesidad por conservar el ser impone lógicamente el derecho de cada individuo de existir. Lo dice Spinoza del siguiente modo: “En ese sentido, «[c]ada uno existe por derecho supremo de la naturaleza, y, por consiguiente, cada uno hace por derecho supremo de la naturaleza lo que se sigue de la necesidad de la naturaleza propia»” (Spinoza, 1999, p. 135).

Para continuar con la historia de los deberes, es oportuno recordar que para la teoría marxista los derechos son producto de la ideología del capitalismo y, en consecuencia, el deber en la perspectiva de la clase dominada consiste en eliminar la lucha de clases. Los marxistas observan al derecho como la mayor formalización de la ideología, útil para el mantenimiento de la sociedad capitalista; cualquier intento por brindar asiento a los derechos humanos busca conservar la estructura y las prácticas institucionales del liberalismo burgués que acentúa la desigualdad social y la ausencia de capacidades humanas. En ese escenario, el derecho en su sentido objetivo no es útil para cambiar las instituciones de la desigualdad, puesto que el capitalismo se encarga de presentar la farsa de que los derechos tienen como misión evitar la explotación de una clase sobre otra, cuando son realmente el medio a través del cual la propiedad privada genera más exclusión social.

En la teoría de Carl Schmitt, a partir de su análisis de la Constitución de Weimar de 1919 y de su propuesta de un principio de distribución según el cual la libertad es originaria, absoluta e ilimitada, y el poder público es subsidiario, limitado y definido por ley, los deberes fundamentales se entenderán no como deberes del hombre en general, sino como deberes que se expresan única y exclusivamente en relación con la pertenencia y sometimiento al propio Estado; por lo tanto, con carácter positivo, limitados y establecidos por ley (Schmitt, 1996, p. 179).

El paradigma de la racionalidad tiene también un adjetivo: comunicativa. Habermas trata de recuperar el ideal de la modernidad transformando la racionalidad estratégica como racionalidad de seres libres y dispuestos a dialogar para lograr beneficios sociales legítimamente válidos. De ese modo, el imperativo categórico kantiano tiene una nueva expresión bajo el principio de universalización comunicativa, en el que una esfera intersubjetiva de comunicación permite el consenso de los interesados que forman una comunidad o situación ideal de habla, con interlocutores que ofrecen y contrastan sus razones morales. En este contexto, las normas válidas se obedecen no porque hayan sido impuestas, sino porque encuen-

tran el asentimiento de todos los participantes en el discurso práctico (Habermas, 2018). Con el autor alemán hay tanto un deber como un derecho a dialogar de manera libre y auténtica. Son dos los principios éticos de esta racionalidad comunicativa: uno de ellos, el principio de justicia que manda respetar y tratar igualmente a las personas; el otro, el principio de solidaridad que manda ocuparse por el bienestar de uno mismo y de los demás. En esa ética del discurso, los derechos y los deberes en el orden social están interrelacionados de manera lógica y práctica; no se pueden proteger los derechos del individuo sin proteger a la vez el bien de la comunidad a la que el individuo pertenece.

Después del recorrido histórico emprendido, podemos brindar algunas premisas sobre la concepción filosófica de los deberes. Mientras que en el pensamiento de la antigüedad no puede obtenerse la consolidación teórica de los deberes, la racionalidad moderna ha presentado a la ley y al pacto social, al Estado o sociedad política, como causa de derechos y deberes correlativos. En esta visión contractual se anteponen las desventajas del estado salvaje frente a las bondades de la sociedad civil, que profesionaliza y humaniza al sujeto, y en el que principios como seguridad, estabilidad y propiedad tienen luz y cabida (Fitzpatrick, 1988, pp. 75-91). La modernidad nos ha brindado una teoría de los derechos humanos en la que la justicia está al alcance si se privilegian las libertades y se contiene, mediante la ley, el abuso del poder. Sin embargo, esa misma teoría ha sido incapaz de transformar ese postulado ético en una praxis efectiva, razón por la cual, al interior de los postulados racionalistas han sido las teorías alternativas las que evidencian la necesidad de conciliar el bienestar individual y el bien colectivo, y en su versión más crítica han ido revelando la ideología que mantiene relaciones de dominio, del dominador al esclavo, de los hombres a las mujeres y del centro a la periferia, como lo expresan el comunitarismo, la teoría feminista y los estudios jurídicos críticos.

Por ello, es necesario suspender por un momento el análisis de la estructura de los derechos humanos, su evolución en generaciones, la incorporación de nuevos derechos colectivos que se superponen a los derechos individuales, entre otros temas; por el momento, lo más importante será analizar el proceso por el cual se hizo del discurso de los derechos una positividad excesiva que no logra su objetivo de emancipación, y que se transforma paulatina y peligrosamente en un invisible desencanto social.

III. EXCESO DE DERECHOS; AUSENCIA DE DEBERES

La historia de los deberes nos deja con cierta sensación de imperfección, de una falta, lo que nos impulsa a recuperarlos como actores relevantes de la escena social y jurídica contemporánea.

Como parte de su activismo político previo al concierto de noviembre de 2019 en el Auditorio Nacional, Rubén Blades, el icónico músico panameño, dejó varias lecciones a jóvenes del barrio de Tepito y les pidió abandonar la apatía política de la juventud, a propósito de las manifestaciones por la transformación de América Latina, los problemas políticos y movilizaciones sociales en Chile, Bolivia y Panamá y las carencias de la administración pública para atender las necesidades de la población. Dijo Blades que la gente clama y habla mucho de sus derechos sin que se tome el tiempo de cumplir ni referirse a sus obligaciones (Jiménez, 2019).

La denuncia de Blades condensa un problema doble, que se refleja, por un lado, en un exceso de derechos humanos y libertades y, por otro, en una carencia del discurso de los deberes y responsabilidades. Si retomamos la propuesta del justo medio de Aristóteles, debemos reconocer que no hemos alcanzado la justicia entre lo que como individuos aportamos y lo que exigimos socialmente; por el contrario, lejos de la moderación de la teoría de la justicia del filósofo griego, los derechos humanos se manifiestan —formalmente hablando— como un tipo de injusticia por exceso, mientras que los deberes humanos, como la injusticia por defecto.

Veamos primero el exceso de derechos. Los derechos comenzaron una respuesta a la negatividad, en su versión liberal como la respuesta al abuso y la arbitrariedad; en un segundo momento, en su versión como derechos sociales, se convirtieron a la positividad, al suponer que el bienestar lo habríamos de encontrar en la lucha contra la desigualdad. Hoy que hay demasiados derechos, pero pocas conquistas, se cae en el cansancio y desencanto al no alcanzar el puerto prometido. Las razones para la positividad y su exceso son de índole psicológica, puesto que los derechos son una expansión, mientras que los deberes, una restricción; además, representan una utilidad, cuando los deberes reparan un perjuicio, si seguimos las doctrinas utilitaristas; por ello, nadie cuando está en un escenario público habla a favor de los deberes, sino en exclusiva a favor de los derechos. Tenemos que aclarar que la descripción del cansancio que aquí hacemos no es a la estructura y función para proteger a la persona humana,

sino a la manera incompleta en que se busca la protección de la dignidad, haciéndola depender de los derechos, en ausencia de los deberes.

Acudamos a Schopenhauer (2012) para entender el contexto de ese cansancio. Cuando delinea una mísera humanidad en la transición al pos-modernismo, dice que para procurar su felicidad, en lugar de buscar las riquezas interiores, busca en el exterior, y en lugar de intercambiar ideas se dedica a intercambiar naipes. Esa fase de intercambio y desencanto en la sociedad es semejante a lo que pasa hoy con los derechos humanos, que a pesar de ser la mejor obra para proteger la libertad, la mejor expresión para defender la vida y la dignidad, siguen creando juegos en los que se intercambian, recrean y simulan nuevos derechos humanos como se intercambian naipes en un juego, pero infructuosos para alcanzar la justicia.

Esta fase de recreación e intercambio de los derechos se mira con claridad al acudir nuevamente a la génesis de los derechos liberales e individuales. Comenzaron como no más de cinco derechos en la Declaración Americana de 1776 (derecho a la vida, la seguridad, la propiedad, la libertad y la búsqueda de la felicidad), y hoy materialmente están duplicados, chocando entre sí, regulando objetos específicos y con titulares diversos. En la teoría general de los derechos fundamentales, esa tensión ha sido recurrente. Por ejemplo, si retomamos el análisis de Robert Alexy (2002) en su teoría de los derechos fundamentales, son dos los auténticos derechos humanos: libertad e igualdad; sin embargo, para fortalecer su exigibilidad se apostó por su especificidad. El argumento central para la corriente de su mayor especificidad es que en la historia de los derechos humanos la defensa del derecho general a la libertad puede llevar a la concreción de proyectos tanto democráticos como autoritarios, puesto que ha dado razones suficientes tanto a los libertarios como a los que en nombre de la libertad han cometido las mayores arbitrariedades y abusos, ambos amurallados en la defensa de la garantía de una vida de oportunidades y opciones libres.

Exceso y cansancio de los derechos también representan inestabilidad, puesto que una guía certera se vuelve un mapa múltiple con capas sobreexpuestas. Cuando Dworkin se refiere a la justificación de un derecho general de la libertad, recuerda que algunos psicólogos sostienen que la inestabilidad de las sociedades modernas se debe no a la carencia de libertad, sino a la demanda de demasiada, puesto que la elección en sí misma de las libertades es una fuente de tensión destructiva (Dworkin, 1993, p. 388).

Por su falta de armonía, todo exceso representa un defecto. En la extrema positividad de los derechos humanos, la sociedad moderna, sin proponérselo conscientemente, de manera paulatina, en cada una de sus etapas definitorias —tanto en 1776, 1789, 1917, 1948 como en el tiempo que corre—, canceló las oportunidades para el desarrollo de su correlativo: los deberes humanos.

Teóricamente, tal cancelación de los deberes no afectó a toda la teoría de los derechos subjetivos, puesto que en el área del derecho privado se mantuvo el axioma de que a todo derecho corresponde un deber. El desajuste se dio justo en la teoría de los derechos esenciales que se independizaron de cualquier correlatividad. Una explicación del desajuste y de la ausencia de correlatividad entre derechos y deberes esenciales podemos encontrarla en la filosofía de la sustancia de Descartes. En esa doctrina, un ente se define precisamente porque no necesita de otro ente para existir, una no-menesterosidad, si se nos concede la licencia para usar la expresión de Heidegger. Por la ausencia de correlatividad y no menesterosidad, resulta que convertimos a los derechos humanos en asuntos sustanciales, como si fueran categorías no menesterosas, inclusive de los deberes, en el sentido heideggeriano.

Si retomamos la historia de los deberes que hemos expuesto, podemos inferir que la defensa de la dignidad y libertad humanas son menesterosas no sólo de los derechos, sino también de los deberes y, por ende, tienen un doble fundamento. Según hemos visto, la protección de la libertad habrá de alcanzarse tanto por la conservación del propio ser como por la conservación del ser de los demás. Con ello, si los derechos originaria y preferentemente satisfacen la esfera individual del ser, los deberes son esenciales para conservar el ser y la libertad de los demás; una correlatividad que menesterosamente asegura la libertad personal en la medida en que asume la protección de la libertad ajena; se trata de mirar a la libertad en tanto solidaridad con uno mismo, y a la solidaridad como la libertad para con los demás; dicho de otra manera, a la libertad propia como menesterosa de los derechos que se reconocen, pero también de los deberes que se le asignan.

Razones para este doble fundamento de la libertad y la dignidad quedan debidamente acreditadas. Nos gustaría retomar lo que ha dicho Sen (2010, pp. 404 y ss.) al señalar, en primer lugar, que la mayoría de la población está muy cómoda con la exigencia posicional de más derechos, y tiende a

descuidar la simetría entre derechos y deberes; en segundo lugar, al proponer un retorno de la responsabilidad en el cumplimiento de los deberes, justo porque al igual que los derechos humanos, se trata de responsabilidades éticas para que las personas ejerzan su libertad y vayan en búsqueda de sus oportunidades. Al respecto, Sen reconoce que la efectividad de los derechos humanos no sólo pasa por trabajar su fundamento teórico, sino también por el ejercicio y responsabilidad social de obligaciones tanto perfectas como imperfectas, que no dependan solamente de su aspecto coercitivo, sino de la cultura y la educación; en el fondo, dice Sen, hay que pensar con seriedad qué debe razonablemente hacer el sujeto para coadyuvar a la realización de la libertad de otra persona.

Como respuesta al desbalance entre derechos y deberes que hemos venido describiendo, en 1998, al recibir el Premio Nobel de Literatura, el escritor portugués José Saramago, plenamente consciente de que el gobierno no puede sólo para una simetría social, dijo: “Con la misma vehemencia y la misma fuerza con que reivindicamos nuestros derechos, reivindicamos también el deber de nuestros deberes. Tal vez así el mundo comience a ser un poco mejor”. Esta idea se incorporó a la iniciativa que en 2017 un grupo de notables cristalizó en México para contar con una Carta Universal de los Deberes y Obligaciones de las Personas (CUDOP), esfuerzo colectivo para llevar la carta a la Organización de las Naciones Unidas (CUDOP, 2017, p. 6).

Dicho proyecto de Carta Universal parte de un diagnóstico simple: el reconocimiento y proliferación de derechos hace pensar que los derechos no tienen correspondencia con las obligaciones, y por esta causa propone que en lugar de nuevos y mayores derechos haya un catálogo básico de deberes y grados de responsabilidad (CUDOP, 2017, pp. 3 y ss.). En su justificación, el proyecto realiza un recuento histórico, señalando que la Carta de Derechos Humanos de 1948 sirvió a la humanidad para buscar alivio a los individuos, mediante derechos y responsabilidades del Estado; pero desde entonces se ha descuidado la naturaleza social de los deberes y la responsabilidad gradual y compartida de sujetos privados y públicos para sostener la dignidad. Señala también que después del esfuerzo de 1988, cuando un grupo de grandes personalidades lanzaron la Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos, y de la Declaración de la ONU de 1999 sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones, de promover y proteger los derechos humanos y las liberta-

des fundamentales universalmente reconocidos (con su respectivo exhorto para darle vigencia en 2002), toma forma un nuevo impulso para el establecimiento de la carta de deberes. Si bien hay avances —reconocen—, también hay pendientes, que vuelven forzoso lanzar una convocatoria mundial que acuerde una carta de deberes para conciliar las responsabilidades en las dimensiones individual y colectiva, en el entendido de que para la transformación es necesaria una ciudadanía activa y consciente que trabaje fervientemente en un espacio educativo y social, más que estatal y político.

Hay que destacar algunas de las aportaciones de la propuesta de la Carta, entre ellas veintitrés declaraciones y la distinción —que no se explica, pero queda implícita— entre obligaciones éticas y deberes jurídicos, así como la formulación de deberes 1) de uno mismo, y 2) para con los demás; estos últimos considerados el deber de exigir que los demás hagan lo propio tanto con los contenidos civiles y políticos como con los económicos y culturales de derechos humanos.

La propuesta de Declaración contiene aportaciones novedosas de deberes que se dirigen a las personas en lo individual, enunciativamente: *a)* de las madres y padres con responsabilidades frente a sus hijas e hijos; *b)* de cuidado de la niñez y de personas en vulnerabilidad; *c)* de las empresas para contribuir con la administración de justicia; *d)* de los empleadores de contribuir a la seguridad social, así como *e)* el deber de las empresas farmacéuticas de compartir el avance científico en medicina.

IV. CONFIGURACIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO DE DEBERES HUMANOS

Para configurar y definir el concepto de deberes humanos es necesario analizar con antelación el concepto de deber y su diferencia con otros conceptos técnicos con él relacionados. En este apartado analizaremos el deber en sentido objetivo, el deber subjetivo en sentido estricto, la obligación, la responsabilidad, la correlatividad entre derecho y deber, así como la posibilidad técnica de derechos que son también deberes. Una vez cumplido lo anterior, podremos brindar aproximaciones a la definición del deber humano, el deber constitucional y el deber fundamental.

En primer lugar, consideremos la distinción entre el deber en sentido objetivo y el deber en sentido subjetivo. En el primer caso, el objetivo,

se trata de todo elemento del que se predica con enunciados prescriptivos, por oposición al mundo del ser, del cual se predica mediante enunciados descriptivos. Trátase de la diferencia entre el mundo del ser y el mundo del deber ser. En el sentido subjetivo, el deber trata de una de las modalidades de la conducta humana que el orden normativo puede imponer al sujeto, que convive con la prohibición y las prerrogativas o derechos, las conocidas como tres modalidades deónticas básicas.

El deber en sentido subjetivo permite subrayar la distinción técnica no sólo entre deberes y derechos (como es la distinción entre lo ordenado y lo permitido), sino entre deberes en sentido estricto y prohibiciones. Las prohibiciones y deberes en sentido estricto se asemejan porque ambas son conductas obligatorias, necesarias desde el punto de vista normativo; pero mientras la prohibición es un deber de no hacer, el deber en sentido estricto puede equipararse a un deber de hacer que precisa de una acción para su cumplimiento; así, el deber en sentido estricto se empareja al concepto técnico de mandato, como un deber básico cuya modalidad de cumplimiento consiste en un hacer. Para ejemplificar esta diferencia, obsérvese que en la teoría de los derechos humanos, “abstenerse de” o “respetar” tiene su correlativo en los deberes de omisión (las prohibiciones), mientras que “promover” o “proteger”, por ejemplo, está relacionado con los deberes de acción (deberes en sentido estricto).

Asentado que el deber subjetivo es una de las tres modalidades deónticas básicas, toca, en tercer lugar, distinguir —aunque hay un debate al respecto— entre deber y obligación (Bayón, 2000). Mientras las obligaciones se caracterizan porque traen aparejada la sanción respectiva, no sucede lo mismo con los deberes, que la mayoría de las veces son deberes éticos e imperfectos por la ausencia de un mecanismo de cumplimiento forzoso. Bayón clarifica que el deber es configurado como un elemento normativo general, un concepto o categoría base de la teoría jurídica, mientras que la obligación es una configuración jurídica compleja, en la que caben dos formulaciones: que la obligación surge de la combinación de deberes (un deber primario al que se acompaña un deber secundario para afianzar su cumplimiento), o bien que la obligación es una categoría correlativa exclusiva a los derechos personales (frente a un derecho de crédito surge la obligación de pago del capital más los intereses, por ejemplo).

En cuarto lugar, suele distinguirse entre deber jurídico y responsabilidad jurídica, a pesar de que como conceptos coloquiales tengan un pa-

rentesco ético. La responsabilidad jurídica surge expresamente por el reproche moral que se dirige al individuo, y de manera general se atribuye por la manifestación de la voluntad o la expresión de las intenciones en el sujeto, aunque hay variaciones al respecto (Pincione, 2000, p. 343). Por esa causa, suele distinguirse la responsabilidad directa e indirecta, dependiendo si la responsabilidad coincide o no con el sujeto que causa el daño, la responsabilidad objetiva y subjetiva, justo porque el resultado puede ser independiente de la intención del agente y las responsabilidades civiles, penales, administrativas, políticas y resarcitorias, entre las principales, porque mediante estos tipos se configura una modalidad de la sanción, otro concepto clave de la teoría jurídica.

En quinto lugar, es fundamental dedicar algunos momentos al análisis de la correlatividad entre derechos y deberes y el problema de los derechos que al mismo tiempo son deberes. En la teoría jurídica, la correlación entre derechos y deberes es un axioma, como señalamos. A todo derecho corresponde un deber correlativo, y viceversa. El vínculo es muy estrecho y dogmático en el ámbito de los derechos privados, pero no en el derecho público, como lo muestra el hecho de que los derechos humanos han estado desvinculados no sólo de los deberes correlativos del Estado, sino también de los deberes humanos.

En la teoría jurídica de los derechos fundamentales, el vínculo de los derechos humanos con los deberes del Estado corresponde específicamente a los deberes generales de promover, proteger, respetar y garantizar y a los deberes especiales de investigar, sancionar, indemnizar y reparar. Los deberes del Estado son importantes, porque concretan las exigencias al Estado como sujeto responsable en materia de derechos humanos. El problema es que además de la falta de eficacia de los deberes, como venimos sosteniendo en esta obra, poco se ha hecho para fortalecer la relación entre derechos humanos y deberes humanos, de forma que al mismo tiempo que las exigencias se dirigen al Estado, también se destinen a las personas en lo individual, a los colectivos y a las organizaciones.

Por lo que corresponde al problema de los derechos-deber, prescripciones normativas que al mismo tiempo son prerrogativas y mandatos impuestos por el sistema jurídico, se trata de un problema sobre la génesis de los derechos de la modernidad. Pisarello (2007, p. 22), al referirse a la reivindicación histórica de los derechos sociales, recuerda que en la Constitución jacobina de 1793 ya se contenían algunos incipientes derechos sociales, y, en específico, en su artículo 35 se estableció un derecho-deber de

insurrección en caso de que el gobierno violara los derechos ciudadanos. Nogueira Alcalá (2003, p. 64) dice que este tipo de derechos fundamentales forman parte de un modelo de ejercicio potestativo como un deber no recusable, como es el caso del derecho al voto y el derecho a preservar la vida. Es interesante descubrir que los derechos políticos —puesto que los asuntos políticos dependen de la participación activa de los sujetos— también mantienen una doble irradiación como derechos y deberes para la defensa de la democracia (Medellín, 2019, p. 415).

Hay escaso material para una definición del concepto de deberes humanos sustentada en fuentes de carácter jurisdiccional. La única tesis disponible de la Suprema Corte interpreta que, junto a la responsabilidad del Estado para imponer planes y programas, existe la corresponsabilidad de la comunidad en la consecución de los objetivos planteados por los derechos al medio ambiente y a la salud, justo porque ambos son caracterizados por su faceta social (Tesis: I.7o.A. J/7 (10a.)),

Por ende, para definir los deberes humanos nos auxiliaremos de la distinción entre derechos humanos, derechos constitucionales y derechos fundamentales, y de las ideas que hasta el momento hemos presentado. Diremos, en consecuencia, que los deberes constitucionales son los deberes que impone directamente el texto constitucional a las personas (Díaz, 2011, pp. 278-310), mientras que los deberes humanos son los deberes que una comunidad impone a las personas para la protección y defensa ética de valores esenciales, como la dignidad, la libertad o la igualdad, entre los más relevantes. En consecuencia, reservaremos la denominación *deberes fundamentales* cuando esa protección y defensa ética a cargo de las personas asuma un tratamiento de carácter fundamental dentro del sistema jurídico.

Estas definiciones son un primer acercamiento conceptual al tema, que esperamos puedan ser revisadas y en su caso refutadas para su mejoramiento. Aunque sí nos gustaría señalar que las mismas serán útiles en el próximo apartado, en el que de brevemente se aborda la situación de las normas fundamentales que regulan los deberes humanos en Latinoamérica.

V. LA CLASIFICACIÓN DE LOS DEBERES HUMANOS PARA SU FORTALECIMIENTO NORMATIVO

En este apartado mostraremos que los deberes humanos carecen en la mayoría de los órdenes jurídicos latinoamericanos de un adecuado susten-

to fundamental, que permita traducir el acuerdo ético para una defensa y protección de la libertad y la dignidad en auténticas exigencias no sólo como derechos humanos, sino también como deberes esenciales, y específicamente como deberes constitucionales o fundamentales, conforme a las ideas presentadas líneas arriba.

Como una aproximación, al hacer una revisión normativa de las Constituciones latinoamericanas de habla hispana, en particular de la Constitución federal y la Constitución en la Ciudad de México, se nota la diversidad de grados y medidas en que los deberes constitucionales y fundamentales están presentes en las normas vigentes. Para mostrar esa diversidad, proponemos una clasificación de acuerdo, en primer lugar, con la amplitud en la regulación de los deberes en los artículos constitucionales, que se clasifican como: *a)* mínimos; *b)* intermedios, y *c)* amplios, a la cual se suma una clasificación adicional de acuerdo con el sujeto al que se dirigen las normas, y que nos resulta en deberes: *a)* de la persona; *b)* de los habitantes; *c)* de la ciudadanía, o *d)* otros sujetos.

CUADRO 1. DEBERES HUMANOS MÍNIMOS¹

<i>País</i>	<i>Tipo de sujeto del deber</i>	<i>Artículo</i>
Chile	Deberes del habitante de la República	Artículo 22
Argentina	Deberes del ciudadano	Artículo 21
Costa Rica	Deberes de los costarricenses y de los extranjeros	Artículos 18 y 19
Cuba	Deberes de todos	Artículos 64 y 66
El Salvador	Deberes políticos del ciudadano	Artículo 73
Honduras	Deberes del ciudadano	Artículo 41
Panamá	Deberes del individuo	Artículo 60
Paraguay	Deberes de la persona y de los paraguayos	Artículos 75 y 127 a 130
Perú	Deberes de los peruanos	Artículos 22, 31 y 38

¹ Relacionados con los deberes de defensa de la patria, del servicio militar, derechos políticos, de contribución de gastos públicos y de la soberanía nacional.

CUADRO 2. DEBERES HUMANOS INTERMEDIOS²

<i>País</i>	<i>Tipo de sujeto del deber</i>	<i>Artículo</i>
Guatemala	Deberes, derechos cívicos y deberes políticos de los guatemaltecos	Artículos 135 y 136
Colombia	Deberes de la persona y del ciudadano	Artículo 95
Uruguay	Deberes de la persona y de los habitantes	Artículo 44, 47, 53
Venezuela	Deberes de la persona y de los venezolanos	Artículos 130 a 135

CUADRO 3. DEBERES HUMANOS AMPLIOS³

<i>País</i>	<i>Tipo de sujeto del deber</i>	<i>Artículo</i>
Bolivia	Deberes de la persona	Artículo 108
Ecuador	Deberes y responsabilidades del ciudadano	Artículo 97
República Dominicana	Deberes fundamentales	Artículo 75

Mención especial merece el artículo 24 de la Constitución de Nicaragua, que establece que toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad, la patria y la humanidad, categorización sorpresivamente equivalente a la que Alfonso Reyes diseñó con la distinción ética entre los ámbitos personal, familiar, ciudadano y humanitario; es decir, la que se deriva de los círculos concéntricos al ser humano, como ser individual en tanto ser social (Reyes, 2019).

² Son aquellos en adición a los deberes catalogados como mínimos; entre ellos, enunciativamente: el deber de salud, educación, trabajo, de respeto a las autoridades, de cumplimiento a la Constitución y las leyes, de contribución a la seguridad social, a la paz y a la administración de justicia, de asistir a los menos favorecidos, de cuidar el medio ambiente y proteger los bienes públicos.

³ El catálogo contiene los deberes mínimos e intermedios; además, incluye deberes fundamentales, como denunciar actos de corrupción, velar por el fortalecimiento de la democracia, ayudar a los descendientes y ascendientes, socorrer a las personas en caso de desastre, y también principios éticos que no son propiamente deberes humanos, como la honra, mantener la palabra dada, no ser ocioso, no mentir ni robar, así como deberes deontológicos de las profesiones para ejercerlas con ética.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la referencia normativa a los deberes se regula en las denominadas obligaciones de los mexicanos y del ciudadano, contenidas en los artículos 31 y 36, respectivamente. De manera simplificada (excluimos algunos adjetivos previstos el texto constitucional y las reservas de leyes que en ellos están previstas), las obligaciones (técnicamente son deberes) se pueden clasificar del siguiente modo:

CUADRO 4. DEBERES EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL DE MÉXICO

Obligaciones de los mexicanos	<ul style="list-style-type: none">— Ser responsables de que sus hijos e hijas menores de dieciocho años concurran a las escuelas a recibir educación obligatoria y educación militar— Participar en el desarrollo del proceso educativo de sus hijas e hijos, revisando su progreso y desempeño— Asistir a su ayuntamiento para recibir educación cívica y militar— Alistarse y servir en los cuerpos de reserva— Contribuir en los gastos públicos en los lugares en que residan
Obligaciones de los ciudadanos	<ul style="list-style-type: none">— Inscribirse en el catastro de su municipalidad y en el registro nacional de ciudadanos— Formar parte de los cuerpos de reserva (que se repite como obligación de los mexicanos)— Votar en las elecciones, las consultas populares y la revocación de mandato— Desempeñar los cargos de elección popular— Desempeñar los cargos concejiles de su municipio, los cargos electorales y los de jurado

La nueva Constitución de la Ciudad de México dispone en su artículo 23, que todas las personas en la Ciudad de México tienen deberes con su familia, su comunidad y su entorno. Se trata de un catálogo de doce deberes, que pueden ser clasificados por el tipo de contenido del deber, del siguiente modo:

Deberes de acción (deberes en sentido estricto):

- Ejercer los derechos humanos
- Tratar con dignidad a las personas
- Conocer y cumplir la Constitución y las leyes
- Coadyuvar en el desarrollo de los miembros de las familias

- Preservar el medio ambiente y utilizar los recursos naturales de modo sustentable
- Brindar trato digno y respetuoso a los animales
- Contribuir al gasto público
- Denunciar conductas delictuosas y en especial las de corrupción
- Promover la defensa del interés general por encima del interés particular
- Ser solidario con la comunidad y ayudar en caso de accidente o desastre, así como prestar el auxilio que las autoridades le requieran
- Conocer, proteger, conservar y cuidar el patrimonio cultural, natural y rural
- Participar en la vida cívica, política y comunitaria
- Promover los valores comunitarios.
- Deberes de omisión (prohibiciones)
- Respetar los derechos humanos (evitar lesionarlos)
- Evitar el trato discriminatorio
- Respetar el desarrollo de los miembros de las familias
- Respetar la vida y la integridad de los animales (evitar tratos crueles)
- Respetar los bienes públicos (evitar daños a los bienes)

Como se observa, se trata de un catálogo que no posee un significativo rigor axiológico, aunque hay que reconocer que se trata de un avance significativo para México, propio del constitucionalismo del siglo XXI.

Dejamos para el final, como consecuencia de todo lo dicho en este trabajo, y como un anexo, una propuesta de texto para incorporar un nuevo capítulo en la Constitución federal mexicana “De los deberes humanos de la persona”. Aunque debemos reconocer que su viabilidad tiene que ser materia de otro trabajo, y corresponde, por norma, a quienes tienen el derecho de iniciativa como parte de sus prerrogativas el ejercer un cargo popular.

VI. ANEXO. PROPUESTA PARA UN NUEVO CATÁLOGO DE DEBERES HUMANOS DE LA PERSONA

Todas las personas, en lo individual o por su participación en grupos, en comunidades, sociedades o en cualquier forma de organización social, tienen los siguientes deberes humanos:

1. *Deberes con uno mismo*

- Preservar la vida, la salud y el bienestar personal,
- Desarrollar a plenitud y con firmeza sus aptitudes, capacidades y competencias, y
- Trabajar en el área de su elección y, en su caso, solicitar apoyo para realizar un trabajo decoroso que permita sostenerse con dignidad.

2. *Deberes con las personas vulnerables*

- Apoyar de manera libre y voluntaria a quienes presenten vulnerabilidad, a los menores de edad, mujeres, niñas, personas adultas mayores, personas con discapacidad y demás personas vulnerables, y
- Actuar con justicia en su relación con las personas, tratando de manera igualitaria a quienes tienen las mismas oportunidades y equitativamente a quienes requieren apoyo solidario.

3. *Deberes con la comunidad*

- Participar en la discusión pública y abierta de todos los asuntos y problemas que conciernan a su comunidad,
- Realizar trabajo comunitario para recuperar, mantener y mejorar los espacios públicos y la infraestructura social, y
- Aportar recursos económicos para sufragar bienes y servicios básicos.

4. *Deberes con la patria*

- Cumplir la Constitución, las leyes y los reglamentos que le sean aplicables,


- Respetar a las autoridades y defender los valores de las instituciones nacionales, democráticas y republicanas, y
- Prestar con prontitud el auxilio que se requiera en casos de urgencia, desastre o emergencia sanitaria, natural o antropogénica.

5. *Deberes con la humanidad*

- Respetar la vida, la libertad y los derechos de otros,
- Tratar a toda forma de vida con consideración y respeto de acuerdo a su valor inherente, y
- Actuar con responsabilidad y sostenibilidad para que las opciones de vida estén al alcance de las generaciones presentes y venideras.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2002). *Teoría de los derechos fundamentales*. España. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Bayón, J. C. (2000). Deber jurídico. En *El derecho y la justicia*. España. Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.
- Becchi, P. (2012). *El principio de la dignidad humana*. México. Fontamara.
- Chomsky, N. (2007). *¿Qué clase de criaturas somos?* México. Ariel.
- De la Barreda Solórzano, L. (2015). *Los mexicanos vistos por sí mismos, los grandes temas nacionales, la sociedad mexicana y los derechos humanos*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Díaz Revorio, F. J. (2011). *Derechos humanos y deberes fundamentales. Sobre el concepto de deber constitucional y los deberes en la Constitución Española de 1978*. México. Ius, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
- Dworkin, R. (1993). *Los derechos en serio*. España. Planeta-Agostini.
- Epicteto (1991). *Enquiridión*. España. Anthropos. Ministerio de Educación y Ciencia.
- Fitzpatrick, P. (1988). *La mitología del derecho moderno*. México. Siglo XXI Editores.
- Habermas, J. (2018). *Aclaraciones a la ética del discurso*. España. Trotta.
- Hobbes, T. (1999). *Tratado sobre el ciudadano*. España. Trotta.

- Hobbes, T. (2008). *Leviatán*. México. Fondo de Cultura Económica.
- Hume, D. (2004). *Investigación sobre la moral*. Argentina. Losada.
- Locke, J. (2007). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Argentina. Gradifco.
- Medellín Urquiaga, X. (2019). *Principio propersona. Una revisión crítica desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Estudios Constitucionales.
- Nogueira Alcalá, H. (2003). *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*. México. UNAM.
- Nozick, R. (2017). *Anarquía, Estado y utopía*. México, Fondo de Cultura Económica.
- Olivecrona, K. (2013). *Lenguaje jurídico y realidad*. México. Fontamara.
- Pincione, G. (2000). Responsabilidad. En *El derecho y la justicia*, España. Trotta, Enciclopedia Iberoamericana de Filosofía.
- Pisarello, G. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías, elementos para una reconstrucción*. España. Trotta.
- Popper, Adorno, Dahrendorf, Habermas (2013). *La lógica de las ciencias sociales*. México. Colofón.
- Reyes, A. (2019). *La cartilla moral*. México. El Colegio Nacional.
- Russell, B. (2016). *Fundamentos de filosofía*. México. Penguin Random House.
- Sánchez Molina, J. O. (2007). *La ontología ética y moral y sus consecuencias para la gnoseología del derecho*. Tesis de maestría. México. UNAM, Facultad de Derecho.
- Schmitt, C. (1996). *Teoría de la Constitución*. España. Alianza Universidad Textos.
- Schopenhauer, A. (2012). *Aforismos sobre el arte del saber vivir*. España. Valdemar.
- Sen, A. (2010). *La idea de justicia*. México. Taurus.
- Simmel, G. (2003). *La ley individual y otros escritos*. España. Paidós.
- Spinoza (1999). *Ética y tratado teológico-político*, 7a. ed. México. Porrúa.
- Stuart Mill, J. (2002). *On Liberty*. Estados Unidos. Dover Publications.
- Torres Bodet, J. (2005). *Textos sobre educación*. México. Conaculta.
- Walzer, M. (2004). *Las esferas de la justicia*. México. Fondo de Cultura Económica. 



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El activismo judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: un análisis de los amparos en revisión con relación al libre desarrollo de la personalidad

*The Judicial Activism of the Supreme Court of Justice of the Nation:
an Analysis of amparos en revisión in Relation
to the Free Development of the Personality.*

Recepción: 9 de abril de 2021

Aceptación: 5 de mayo de 2021

Andrea SANTOS VALDÉS*

RESUMEN: Este trabajo pretende dar cuenta de los debates en torno al activismo judicial, entendido por un lado como una práctica judicial que puede ser perjudicial para los Estados, pues representa una transgresión a la división de poderes y al principio de imparcialidad en la justicia y, por otro lado, como una práctica que protege y fortalece de forma más eficaz los derechos humanos, al mismo tiempo que contribuye al fortalecimiento de los Estados constitucionales de derecho. En esta tesitura, se propone un análisis de algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a efecto de contribuir a la comprensión de esta controvertida figura y demostrar que lejos de ser nociva, está en posibilidad de ampliar la protección a los derechos humanos.

ABSTRACT: *This work tries to give an account of the debates around judicial activism, understood on the one hand as a judicial practice that can be harmful to the States, since it represents a transgression to the division of powers and the principle of impartial justice; and on the other hand, understood as a practice that protects and strengthens human rights more effectively, while it contributes to the strengthening of constitutional states of law. In this situation, an analysis of some judgements of the Mexican Supreme Court is proposed, to contribute to the understanding of this controversial figure, and demonstrate that far from being harmful, it could provide the possibility to amplify human rights protection.*

Palabras clave: activismo judicial, Suprema Corte, derechos humanos, libre desarrollo de la personalidad.

Keywords: *judicial activism, Supreme Court, human rights, free personality development.*

* Mexicana y licenciada en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM; egresada de la maestría en Derechos Humanos de la Universidad Iberoamericana. Correo electrónico: andrea-santos@live.com.mx. Orcid: 0000-0002-9359-2118.

SUMARIO: I. *Nota introductoria*. II. *Antecedentes del activismo judicial*. III. *Los aspectos negativos del activismo judicial*. IV. *El judicial activism en el realismo jurídico norteamericano*. V. *La perspectiva neoconstitucional de los derechos humanos*. VI. *La recepción del activismo judicial en las sentencias de amparo en revisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de 2017 a 2019, relativas al derecho al libre desarrollo de la personalidad*. VII. *El activismo judicial de la Suprema Corte como forma de innovar, ampliar y crear derechos humanos*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. NOTA INTRODUCTORIA

El presente ensayo tiene como objeto de estudio al activismo judicial (AJ) al interior de las sentencias de amparo en revisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), con relación al derecho al libre desarrollo de la personalidad (LDP), emitidas entre 2017 y 2019, a efecto de demostrar que en dichas sentencias la Corte no sólo interpreta las normas, sino que de forma aparejada lleva a cabo una práctica jurídico-política conocida como *activismo judicial*, que lejos de ser nociva, bajo ciertos parámetros es deseable para ampliar el contenido y la justiciabilidad de los derechos humanos (ddhh), al mismo tiempo que contribuye a la creación de nuevos derechos.

En este sentido, nuestra hipótesis de trabajo sostiene que entre más y mejores sean las sentencias activistas de la SCJN, mayor será la amplitud sustantiva, la progresividad y la protección de nuestros ddhh.¹ De ahí que la problemática a resolver con esto sea la de la necesidad de la ampliación o creación de nuevos ddhh, en el marco de las obligaciones nacionales e internacionales que el Estado mexicano tiene en la materia. Así, se busca demostrar que a la luz de determinados límites, el AJ es un modelo de práctica judicial que protege y fortalece de una forma más eficaz los ddhh, al mismo tiempo que contribuye al fortalecimiento de los Estados constitucionales de derecho, y plantea, incluso, la posibilidad de hacer valer nuevos derechos.

¹ Si bien nos referimos a las sentencias de amparo en revisión de la SCJN, no se pretende encuadrar la práctica del activismo judicial únicamente a este tipo de sentencias, por lo cual, la hipótesis se plantea de forma limitativa en virtud del recorte metodológico.

Lo anterior se desarrollará a partir de herramientas teórico-conceptuales aportadas por el realismo jurídico estadounidense, así como de una interpretación neoconstitucional del derecho. Las tesis mencionadas se analizarán y clasificarán desde estas posturas epistemológicas, es decir, en lo que concierne a la ampliación, interpretación y creación de ddhh en un Estado constitucional de derecho (Vargas, M., 2019, p. 51). Así, habremos finalmente de analizar y clasificar dichas tesis en cuatro principales categorías: 1) criterios que amplían el contenido de los ddhh o tienden a crear un derecho nuevo; 2) criterios que señalan el cómo se debe legislar o qué elementos debe considerar el legislador para ser respetuoso del orden constitucional; 3) criterios que declaran la invalidez de normas a la luz de la Constitución, y 4) criterios que enuncian elementos de política pública.

II. ANTECEDENTES DEL ACTIVISMO JUDICIAL

El activismo judicial es un término cuyo tratamiento doctrinal es equívoco, que, en tanto tal, ha suscitado no pocos debates durante las últimas décadas. Las principales discusiones refieren a las diversas concepciones desde las cuales se ha acuñado aquél, pasando por la norteamericana, hasta la de los países latinoamericanos.

El término guarda relación con la noción de “gobierno de los jueces” (Lambert y Sánchez, 2010), utilizada por primera vez en el seno de la judicatura estadounidense por el juez Walter Clark en 1914. Esta noción ve la luz en una época signada por un control fuerte de la constitucionalidad por parte de la Corte Suprema, cuya mayoría pensaba que las “leyes eran contrarias a la autonomía de la voluntad y a la libertad protegidas por la XIV enmienda constitucional de los Estados Unidos, que promueven las tesis económicas liberales” (Betancur y Arroyave, 2020, p. 124). Ello tiene una conexión histórica por demás conocida con la *judicial review*, cuyos orígenes se remontan a la famosa sentencia del juez John Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 (Vargas, 2019, p. 3), donde comenzarían a sentarse las bases del control constitucional por parte de los jueces, mismo que estaría basado en la supremacía del texto constitucional, al ser éste la expresión de la voluntad del pueblo. Sin embargo, estas ideas que tuvieron auge con la doctrina del *New Deal* comenzaron a verse desplazadas a partir de 1937 por la postura que desde 1905 venía sosteniendo

el juez Oliver Holmes con respecto a que el Poder Judicial debía ser deferente respecto a la ley y el legislador (Betancur, 2020, p. 124).

A pesar de lo anterior, “con la evolución constitucional, y los controles que tienen los jueces en materia política, es el [AJ] la noción más ampliamente utilizada en los Estados Iberoamericanos para referirse a las amplias competencias interpretativas que desarrollan actualmente las jurisdicciones constitucionales” (Betancur, 2020, p. 125). Así, el concepto aparece en la doctrina por primera vez en 1947, en un artículo de la revista estadounidense *Fortune*, escrito por Arthur Schlesinger Jr. (García, J. y Verdugo, S., 2013), cuyas intenciones “fueron las de describir las circunstancias políticas que rodearon las actuaciones de la Corte Suprema diez años después del... final de la época conocida como del gobierno de los jueces” (Betancur, 2020, p. 126). Sin embargo, a pesar del loable intento de este historiador, lo cierto es que la noción de AJ nació con no pocas dificultades conceptuales y teóricas; siguiendo a Green (2009), “Schlesinger falla en definir sus términos con precisión” (p. 1200), a pesar de que no toma alguna clase de postura con relación a si el AJ es una práctica nociva o positiva.

Por otro lado, cabe precisar que en el seno de la judicatura el primero en acuñar el término *judicial activism* en 1992,

...fue el juez federal estadounidense Wayne, el cual destaca dos formas de ver el fenómeno. La primera de manera jurisprudencial, al reconocerse judicialmente ciertos valores que otorgan determinados derechos a ciertos grupos socialmente vulnerables, y la segunda cuando se toma la decisión del juez para defender un derecho vulnerado, señalando que ese remedio judicial invade la competencia de otros órganos, como el caso de la política (Gálvez, 2009).

En este tenor, el concepto de AJ es reconocido por muchos autores como un término polivalente, encontrándose en el medio de un debate jurídico-político que ha dividido las opiniones y perspectivas con relación a los sistemas de impartición de justicia, especialmente respecto de los tribunales constitucionales. A partir de ello, se han desarrollado dos posturas principales: por un lado, existe una noción “positiva” que describe al AJ como una práctica tendente a la creación de derechos (Canivet, 2007), de lineamientos de política pública (Benavente y Efftha, 2013), o capaz de resolver los llamados “casos difíciles” (Dworkin, 1974); así, esta postura

sostiene que la práctica de interpretación y aplicación de las normas debe desplegarse no sólo a partir de la subsunción; esto es, del encuadre de la situación o conducta particular a la regla, sino también a partir de un ejercicio de ponderación, apelando así a principios y valores inscritos en el propio Estado constitucional de derecho,² a efecto de atender adecuadamente a la naturaleza de la norma, lo cual tiene por resultado la emisión de resoluciones judiciales que no sólo se circunscriben a las reglas positivas, sino que pueden “transgredir” muchos de los límites fijados por esas normas para situar la decisión en una dimensión valorativa dentro de los límites constitucionales. De esta suerte, los casos se resuelven desde una perspectiva con un margen de mayor discrecionalidad, pero más protectora de los ddhh (Rivera, D., 2019).

Por otro lado, existe la postura que considera que la interpretación judicial que emplea la ponderación para los fines descritos resulta peligrosa en un Estado constitucional de derecho (ECD), ya que pone en riesgo la seguridad jurídica de la ciudadanía al trastocar los límites de la actuación judicial. Esto se traduce en una violación al principio de división de poderes y, por tanto, al propio orden constitucional.³ Bajo esta segunda visión, un

² El concepto de Estado constitucional de derecho (ECD) ha sido usado para explicar el diseño político y jurídico bajo el cual ha tenido lugar la producción judicial y doctrinal de corte neoconstitucional y activista, y donde al mismo tiempo dicha producción sustenta este diseño. Es precisamente a partir de esta dialéctica que se ha logrado afianzar una justicia constitucional con un enfoque mucho más protector de los derechos humanos. En esta tesitura, la consolidación de las democracias en América Latina a partir de la construcción de los Estados constitucionales de derecho —si bien son procesos aún inacabados— han sido de suma utilidad para ampliar la democracia. Así, es menester comprender que su origen reside primordialmente en las derrotas de las dictaduras del Cono Sur. En consecuencia, la construcción de todo este andamiaje institucional, político, jurídico y cultural que entrañan los ECD ha representado un constante reto para los gobiernos y los pueblos latinoamericanos que han buscado generar mejores condiciones de igualdad y acceso a la justicia. Ello se ha expresado en una serie de reformas que han impulsado el fortalecimiento de los ddhh a través del robustecimiento del papel de los jueces, lo que ha supuesto pasar de un control concentrado de la constitucionalidad a un control difuso; en el caso mexicano se han incorporado elementos de suma relevancia hermenéutica, como el principio *pro homine* y el principio de interpretación conforme. Este robustecimiento del Poder Judicial forma parte de un diseño institucional pensado para resolver los problemas de nuestro tiempo que atañen directamente a la justiciabilidad de los derechos.

³ La aversión a la judicialización de la política —o activismo judicial— proviene del viejo temor conservador a que los jueces dejen de pertenecer a un poder independiente, y a que sus funciones terminen diluyéndose en los intereses políticos de un partido o de una clase hegemónica, cuando su trabajo, supuestamente, sólo consiste en la aplicación

operador jurídico que se extralimita puede ser capaz de emitir criterios o sentencias creadoras de políticas públicas, o de modificar sustancialmente el derecho vigente, lo cual resulta en un “efecto difuminador” (Mejía y Pérez, 2015) de la competencia de los otros poderes.

Esto último constituye uno de los puntos más fuertes de la crítica al AJ, toda vez que sostiene la idea de que el juez pasa de tener esa función tradicional de la *iurisdictio* o, dicho de otra forma, de “ser la voz del derecho”, a tener la capacidad de tomar decisiones con un margen sumamente discrecional o hasta arbitrario, lo cual se traduce en la posibilidad de que los jueces modifiquen la norma creada por el legislador a través de sus decisiones, incidiendo políticamente en la esfera pública y provocando así fenómenos como lo que algunos otros autores llaman “judicialización de la política” (Couso, 2004), o “élite judicial”. Desde esta postura, el Poder Judicial estaría suplantando funciones entendidas primordialmente como legislativas, lo que se agrava si se toma en cuenta que el Legislativo es un órgano constituido a partir de la representación popular. Así, se denota no sólo una violación al principio de división de poderes, sino también al de soberanía popular.

Es bajo este contexto —*grosso modo*— que los debates han tenido lugar; en América Latina, las posiciones siguen divididas, aunque cada vez hay más juristas⁴ y tribunales constitucionales⁵ que han optado por reivindicar el AJ no sólo como una práctica positiva, sino como una práctica necesaria para enriquecer sustancialmente la defensa de los ddhh. Así, el presente trabajo plantea insertarse en el debate latinoamericano a efecto de contribuir a la reflexión sobre la práctica de los operadores jurídicos frente a los nuevos retos que se presentan en los países periféricos como

de las normas para resolver conflictos concretos y presupone una cierta neutralidad. Empero, la historia tanto de la política como del derecho han demostrado que esa postura se encuentra alejada de la realidad. En efecto, los jueces siempre han jugado un papel político en nuestra sociedad; lo que ha cambiado a lo largo de su desarrollo son los límites o márgenes de actuación que han tenido que obedecer.

⁴ Autores como Timm Hidalgo (2011), Rivera (2019), Sosa (2017), Molina y Silva (2020) o Muñoz (2020) sostienen que un cierto tipo de activismo resulta positivo para proteger de forma más eficaz los derechos humanos, sobre todo de las minorías y de los grupos vulnerables.

⁵ Para Timm Hidalgo (2011), “Los países cuyas judicaturas son identificadas como mejores representantes de activismo progresista contemporáneo son Sudáfrica, India, Argentina y Colombia” (p. 104).

el nuestro, que además de encontrarse en vías de desarrollo son oprimidos fuertemente por las políticas neoliberales.⁶

III. LOS ASPECTOS NEGATIVOS DEL ACTIVISMO JUDICIAL

Las críticas al AJ han sido esgrimidas desde diferentes flancos; éstas comenzaron desde las objeciones realizadas a la *judicial review* que, desde los antecedentes anteriormente mencionados, estarían fundadas en que los jueces se exceden de sus facultades al realizar interpretaciones que se encuentran fuera de las facultades establecidas por el propio texto constitucional. Esto es así, ya que siguiendo a Muñoz (2020), en el caso *Marbury*, el juez Marshall no sólo instituyó un control constitucional de las leyes y actos de todos los poderes, sino que, desde la visión crítica de Thomas Jefferson a Marshall, ese control derivó de una mera interpretación judicial sin estar expresamente señalado por la Constitución. De esta forma,

...la posición de Jefferson en torno a lo decidido en el caso resulta crucial, porque sus críticas se centrarían en el exceso de facultades de Marshall (al final, representando a la Corte Suprema), pues desde la posición de Jefferson: 1) la *judicial review* violaba el mandato constitucional de separación de poderes; 2) esa revisión era una negación abiertamente de la voluntad popular expresada a través de los representantes populares, y 3) la Constitución no establecía un único tribunal, pero sí establecía una igualdad de todas las ramas, por lo tanto, los jueces no podían exceder sus facultades para revisar actos y leyes de los otros poderes (Muñoz, 2020, p. 80).

Esto último constituyó una de las bases más importantes de las críticas al activismo, lo cual llevaría a muchos autores a sostener que un juez activista es un juez antidemocrático. En este punto, Laise (2020) sostiene que

⁶ Por neoliberalismo debe entenderse el conjunto de prácticas estatistas y políticas transnacionales impuestas desde los Estados hegemónicos para gestionar las crisis inherentes al modo de producción capitalista (las crisis de sobreproducción y las relativas al petróleo) Harvey, D. (2007), a partir de lo cual las violaciones a derechos humanos se han recrudecido. No es, por tanto, ningún secreto que en México estamos azorados por la violencia de género, la inseguridad, los bajos salarios, la falta de empleo, la precariedad en servicios de salud, la falta de vivienda digna, la carencia de agua y alimentos, así como por muchos otros problemas que son expresión de la violencia estructural de Estado. García, J. (2020).

el activismo de la Corte Suprema pasó de liberal a conservador, teniendo efectos nocivos que impactaron en la certeza y seguridad jurídica de los ciudadanos. De ahí que se considera que el AJ resulta bastante riesgoso, pues a lo que apunta es a afectar “los pilares básicos de la democracia constitucional: la separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos” (p. 157); esto es así puesto que las prácticas activistas refuncionalizan el diseño institucional de los modelos democráticos, donde los jueces tienen un poder “desmedido”, y son capaces de replantear sus propias competencias.

Surge entonces otra crítica fundamental al AJ, que es que “la judicatura no puede ir más allá de la norma, dado que los jueces no se encuentran legitimados democráticamente a través de elecciones directas” (Aguilar, 2015, p. 378); de esta forma, los jueces deben ser muy cuidadosos en su formulación de resoluciones, ya que su trabajo no es crear normas, sino aplicarlas. Siguiendo a Aguilar (2015), lo anterior obedece al llamado “originalísimo”, que desde la teoría constitucional plantea que el juez debe interpretar de manera estricta o taxativa tanto los textos legales como la Constitución, pues sólo así se consigue dar certeza y seguridad jurídica a las decisiones judiciales.⁷ Esto último también tiene cabida desde las posturas garantistas, sobre todo las del garantismo penal, a partir del cual se sostiene que “aun ante la presencia de intereses colectivos o en cuyo interés estamos (o deberíamos estar) todos involucrados, el juez debe ser incuestionablemente imparcial, no defensor de partes” (Sagüés, 2009, p. 130).

Puede afirmarse así que las críticas plantean una dicotomía entre el activismo y un gobierno democrático (Horn, 2010), pues estas concepciones defienden el ideal de la democracia formal-electoral y el positivismo jurídico formalista.⁸ Desde estas visiones, el juez debe ser deferente a la actividad legislativa y no interpretar la ley de tal forma que esté en posibilidad de crear derecho, respetando así tanto el principio de conservación del derecho como el de la presunción de constitucionalidad de la ley;

⁷ A propósito de este punto, Malarino (2010) señala una crítica contundente al AJ, ya que afirma que la “Corte Interamericana desconoce el valor de la legalidad y de la seguridad jurídica, adopta posiciones que frontalmente se oponen a las conquistas liberales y subestima el valor del principio democrático y del principio de autogobierno de los pueblos” (p. 61).

⁸ Aguilar (2015) sostiene que “[m]uchas veces aquellos que tachan de activistas a los jueces, también pertenecen a la corriente doctrinal generalizada en Chile del positivismo jurídico formalista y de la democracia formal electoral” (p. 391).

en este sentido, las decisiones más controvertidas —siguiendo a Rivera (2019)— son en primer lugar las que

...tocan dilemas morales... En este tipo de asuntos se critica la intromisión del juez, pues no ostenta las credenciales democráticas para decidir asuntos tan controversiales. En segundo lugar, tenemos los casos que se enmarcan en una política pública y requieren una experiencia técnica. Aquí la crítica no alude únicamente a la falta de representatividad democrática de la Corte, sino a su carencia de conocimientos sobre temas especializados y de trascendencia (p. 652).

Sobre este último punto, las críticas también han sido fuertes, pues la intervención de los jueces en la creación de lineamientos de políticas públicas no sólo resultan invasivas de las funciones ejecutivas, sino que

...arrebatan el derecho de las mayorías que serían tomadas por funcionarios no electos... [provocando] un efecto perverso en el sistema político, dado que frente a este poder, se reemplazaría la lucha electoral y participación política por la interposición de acciones judiciales, lo que conllevaría a la judicialización de la política (Benavente, 2013, p. 125).

En suma, el AJ propone un modelo de control constitucional tan exacerbado que termina, contradictoriamente, por corromper el propio sistema constitucional; de este modo, los jueces adquieren un rol central en el diseño institucional de un Estado, ejerciendo un uso arbitrario de sus facultades. Siguiendo a Lozada (2018), el activismo provoca una intervención injustificada por parte de los operadores jurídicos en la actuación de otras autoridades, violando así las obligaciones de deferencia que debe guardar hacia los propios mandatos constitucionales.

De lo anterior se advierte que las objeciones al AJ no son pocas, y no son fácilmente descalificables, pues parten de nociones válidas, tales como la democracia, la división de poderes, la legitimidad y la soberanía popular. Sin embargo, en este trabajo intentaremos demostrar que si bien existen riesgos fundados en torno a las prácticas activistas, lo cierto es que las críticas son refutables partiendo de otros puntos de vista teóricos, teniendo como resultado que “cierto tipo de activismo es necesario y deseable para materializar los mandatos constitucionales” (Rivera, 2019, p. 647).

IV. EL *JUDICIAL ACTIVISM* DESDE EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO

El realismo jurídico (RJ) aparece en los albores del siglo XX —principalmente en Estados Unidos— como un nuevo modelo epistemológico del derecho, en contraposición a la entonces corriente hegemónica conocida como formalismo jurídico. La corriente realista representó un movimiento jurídico y político en el marco de los cambios sociales, económicos y culturales del siglo pasado, que pusieron en evidencia las falencias del formalismo para satisfacer las nuevas y crecientes necesidades de la sociedad, especialmente de los grupos en situación de vulnerabilidad.

De este modo, durante los años 1953-1969 se consolidó en la Corte Suprema el ideal democrático y la concepción de una “Constitución viva” a partir de una interpretación evolutiva de su contenido. García (2013) señala que la denominada Corte Warren “marcó un antecedente con el *bill of rights* como un instrumento de respeto por parte de las autoridades públicas para un trato igualitario y digno a todos los ciudadanos, como ciudadanos de raza negra, manifestantes, sindicatos y editores de periódicos” (p. 21).

A la postre, este modelo se convirtió en un nuevo paradigma epistemológico que continuó construyéndose y estudiándose en prácticamente todas las facultades de derecho alrededor del mundo, incluyendo las universidades latinoamericanas. En esta tesitura cabe señalar que

...la Escuela del realismo jurídico estadounidense logra cuestionar los cimientos fundamentales de la concepción de la función judicial como una actividad meramente declarativa, como una simple operación lógico-deductiva, esencialmente mecánica, contribuyendo inexorablemente en la adopción de un criterio proactivo de la práctica jurídica, cuya fuerza creadora no se agota en la adecuación de la conducta a la norma, sino principalmente influye en el carácter modificador de la realidad con el cual la decisión judicial interviene (Campos y Sepúlveda, 2013, p. 5).

En este sentido, los representantes de esta corriente propusieron una profunda reflexión en torno al derecho, con una clara inspiración pragmática en aras de hacer frente de manera crítica y alternativa a la realidad social. Así, el pilar de esta visión sobre lo jurídico se vincula con la efectividad de la norma, y no con la preservación de reglas y principios que

no necesariamente se corresponden con las necesidades epocales, lo cual sitúa al realismo en una abierta contraposición con las posturas formalistas. De esta forma, el RJ marcó un hito en la comprensión del derecho, revolucionando los sistemas de procuración e impartición de justicia. De ahí que entre sus presupuestos básicos podamos encontrar que: 1) el derecho no es un bloque de normas monolíticas, sino un sistema dinámico; 2) el derecho es un instrumento para la consecución de fines sociales y la realización de valores colectivos; 3) el derecho debe de ser reexaminado constantemente con el fin de encontrarse a la altura de las circunstancias sociales; 4) existe una notoria brecha entre el mundo del *ser* y el mundo del *deber ser*, por lo que el derecho debe tender a cerrar esa brecha sin perder de vista la contingencia de la observancia de las normas; 5) en la práctica judicial debe haber una revisión crítica de las reglas y conceptos jurídicos tradicionales; 6) dentro del ámbito jurídico debe haber un tratamiento crítico de las teorías bajo las cuales se han fundamentado tradicionalmente las decisiones judiciales, y 7) la efectividad es un pilar para la evaluación del derecho en términos de su utilidad (Campos y Sepúlveda, 2013).

De lo anterior se desprende que el RJ toma como base la realidad social con sus especificidades políticas, económicas, sociales y culturales, creando así no solamente una nueva forma de ver o hacer las normas, sino incluso una nueva manera de fundamentarlas. Para el RJ, un fundamento axiológico no sólo será importante, sino aun necesario para justificar al derecho y dotarle de legitimidad, no ya en términos de validez (esto es, que la norma haya sido creada a través de un proceso jurídico-formal), sino en términos de la tutela de lo socialmente valioso. De este modo, son precisamente sus exponentes quienes se encargarían de poner en la agenda jurídica el tema del *judicial activism*. Como ya señalé en nuestro segundo apartado, fue el juez Wayne quien acuñó el término con una doble forma de ver al AJ: la primera, como la jurisprudencia que emiten los órganos jurisdiccionales, con el fin de reconocer o conferir derechos a determinados grupos sociales, y la segunda, como una decisión judicial que, al proteger cierto derecho vulnerado, está invadiendo la competencia de otro órgano del poder público.

La primera de estas visiones, entendida como una práctica jurídico-política que le da importancia mayúscula a la decisión de los jueces dentro del sistema jurídico, encuentra una compatibilidad notoria con la corriente realista; ello, en virtud de que una de las principales preocupaciones del AJ

está dirigida a ampliar y crear nuevos derechos humanos a partir del desarrollo de la jurisprudencia, que apela no sólo a las normas vigentes, sino a una serie de principios y valores inscritos en el ECD. En este sentido, el AJ busca con ello dar un mayor peso a las decisiones judiciales a efecto de crear soluciones o alternativas jurídicas a las crecientes demandas democráticas de diversos sectores sociales.

Es importante señalar además que las concepciones negativas antes apuntadas parten de una supuesta interferencia entre el activismo y la división de poderes; sin embargo, al menos los primeros postulantes plantean sus críticas desde ciertas carencias teóricas, pues no terminan de definir con precisión qué prácticas pueden considerarse como activistas, y cuáles no. Siguiendo a Molina (2020), esta “confusa comprensión de la noción de activismo judicial pudo haberse originado en los países iberoamericanos precisamente por las falencias teóricas con las cuales nació en los Estados Unidos y por el hecho de que ésta se volvió popular y comenzó a ser largamente utilizada antes de que se hubiera definido claramente su significación” (p. 122).

Lo anterior resulta de suma importancia, pues las objeciones al activismo, en su mayoría, nacen precisamente de esas críticas, que no terminan de delinear qué es el AJ o qué prácticas específicas lo constituyen, además de que actualmente sí existen cláusulas constitucionales expresas que autorizan a los jueces a hacer un control constitucional de las leyes. Son precisamente esas indeterminaciones las que en un primer momento restan vigencia a las críticas; en un segundo momento debe tomarse en cuenta que una gran parte de ellas reivindica una postura formalista del derecho, la cual considera que

...[c]ualquier práctica de interpretación y aplicación de las reglas jurídicas a la que se imprima una orientación correctora supone por principio una *extralimitación* de la función judicial (esto es, aquello que no podría hacer legítimamente un juez) si ello supone ir más allá del sentido textual o a lo sumo de la intención objetiva del legislador encerrada en esas reglas. El activismo es, pues —entendido en sentido heterointegrador y no autointegrador— un fenómeno fundamentalmente patológico: queda proscrito como una desviación perniciosa de la función judicial, su desnaturalización en realidad (Vega, 2018, p. 125).

Sin embargo, los modelos de democracia actuales han desarrollado precisamente sistemas más abiertos a través de la incorporación de los tratados internacionales en materia de derechos humanos a los llamados bloques constitucionales, y con ello formas de interpretación (autorizadas por las propias Constituciones) de los textos legales, que permiten precisamente un fenómeno autointegrador y armonizador de la legislación nacional y los estándares internacionales, por mencionar un ejemplo. En esta tesitura, el AJ resulta “una interpretación dinámica que se inspira, ya sea en el valor de la meta-ética utilitarista; ya sea en el deber constitucional de los jueces de proteger los derechos de los ciudadanos y de las minorías en contra de las mayorías políticas” (Guastini, 2010, retomado por Muñoz, 2020, p. 81).

Así, Muñoz (2020) resume que las críticas al AJ resultan infundadas:

1) Porque parten de una conceptualización errónea de lo que se intenta describir como activismo judicial; 2) porque al analizar el fenómeno en la práctica, se deja de lado la cuestión metodológica-institucional que lo respalda; y 3) porque se niega lo realista de reconocer la presencia de una ideología proveniente desde que se estableció el control judicial, la cual se entronó y se difundió a partir de los años 50 en Norteamérica, principalmente, por las críticas de los políticos conservadores estadounidenses hacia las prácticas de los jueces liberales que derogaban leyes estatales (p. 77).

En esta tesitura es que debe clarificarse que el AJ, con ciertas reglas y márgenes de actuación, está en posibilidad de brindarnos un espectro más amplio de derechos humanos, con un contenido mejor definido y, por ende, una tutela judicial efectiva de los mismos. Así, el modelo realista y el AJ confluyen en darle cabida a las crecientes demandas sociales; de ello se desprende que a partir del punto de vista realista, la práctica activista de los jueces deba tener el potencial de brindar recursos accesibles y efectivos⁹ a la ciudadanía en caso de violaciones a derechos humanos, pues el

⁹ El artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 de noviembre de 1969.

juez “tiene el deber, por mandato constitucional y en virtud del derecho internacional, de adjudicar esos derechos, de hacer justicia y, por supuesto, esto incluye la justicia social” (Aguilar, 2015, p. 390).

En suma, el RJ se posiciona en contra del formalismo, al sostener que una interpretación constitucional restrictiva y originalista es una práctica que no toma en cuenta el propio mandato que los jueces tienen de hacer justiciables los derechos, así, “sostener que el juez no puede realizar una interpretación adaptadora, creativa, nos lleva a una comprensión poco sustancial y robótica de la judicatura” (Aguilar, 2015, p. 383). La propia práctica demuestra que el juez no es un autómatas o una máquina que debe hacer encuadrar las conductas en determinados supuestos legales, sino que debe realizar una labor racional, interpretativa y argumentativa, en virtud de los propios principios y reglas establecidos en el ordenamiento jurídico, adaptándolos siempre a la realidad social, caso por caso, pues es la ciudadanía, con sus múltiples diferencias, la destinataria de los procesos de justicia.

V. LA PERSPECTIVA NEOCONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta aquí hemos intentado refutar algunas de las posturas teóricas que han pretendido descalificar al AJ; no obstante, existe otra corriente que para los efectos cobra relevancia: se trata del neoconstitucionalismo (NC). Dicha corriente jurídica comienza a desarrollarse en los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial, y encontró su cumbre en el periodo conocido como “la tercera ola democratizadora” (Ramos, 2002, pp. 65-98). A partir de ello se fueron delimitando y enarbolando conceptos como la dignidad humana, la universalidad y la progresividad de los derechos humanos, así como la Constitución como presupuesto de validez del sistema jurídico.¹⁰

Los postulados del NC le dan una relevancia significativa a la dimensión axiológica del derecho, a través de principios que fundamentan y legitiman todo el entramado jurídico del ECD. De este modo, “la moral incor-

¹⁰ Aunado a ello, el NC trajo consigo la exigencia de la no repetición de los crímenes de guerra y de lesa humanidad que habían tenido lugar durante las guerras mundiales. Esto condujo a la reapertura del viejo debate entre Kelsen y Schmitt “respecto del carácter «político» o «jurídico» de la justicia constitucional, dado que para el primero la función debía recaer en el presidente como guardián político de la Constitución y para el segundo en órgano jurisdiccional externo, tesis última que finalmente triunfó y fue desarrollada por la mayoría de los países de Europa continental” Benavente (2013), p. 124.

porada a la Constitución se revela entonces como el parámetro, no ya de la justicia, sino de la propia validez de las demás normas; y la divergencia entre moral y derecho se traslada al interior del orden jurídico como una divergencia entre Constitución y ley” (Prieto, 2014, p. 19).

Puede afirmarse entonces que el NC es una teoría jurídica que busca colocar a la Constitución en el centro del ejercicio y el control del poder público; para ello, plantea un modelo de organización dentro del cual las actuaciones y la organización de dicho poder se hacen “con arreglo a una norma superior que establece la forma democrática como procedimiento para la designación de los legisladores y cargos públicos, pero, sobre todo, que establece una tupida constelación de valores morales y derechos fundamentales que limitan o vinculan la acción de los primeros” (Prieto, 2014, p. 25). De esta forma, el NC presupone una potente vigilancia del Poder Judicial para someter el ejercicio del poder al control constitucional, ya sea para invalidar actos o normas o, en su caso, “suplir al legislador en los casos en que éste no ha desarrollado las adecuadas garantías para un determinado derecho” (Prieto, 2014, p. 26), dejando en claro que es precisamente una suplencia y no una suplantación, ya que ante todo deben respetarse los límites y márgenes de acción que la propia Constitución impone al operador jurídico.

En vista de lo anterior, los derechos humanos pueden ser entendidos como fundamentales, ya que constituyen el parámetro de validez de toda actividad pública, y se realizan como el fundamento del ECD y, por ende, resultan ser también la base del modelo argumentativo que los operadores jurídicos están obligados a emplear en sus decisiones. De esta forma,

...[a]demás de conservar los principios del Estado de derecho —introduciendo modificaciones en algunos casos para su mejor implementación— como la separación de poderes, la importancia de los frenos y contrapesos institucionales y el principio de legalidad, el neoconstitucionalismo representa el final de un largo camino hacia el gobierno del derecho en lugar del gobierno del poder, es decir, el fin del enfrentamiento entre el derecho del Estado y el Estado de derecho (García, 2016, p. 42).

Puede afirmarse entonces que hay principios y valores que están inscritos en el seno de los Estados democráticos,¹¹ los cuales apelan a considerar

¹¹ Por ello, el pensamiento activista cuestiona el conocido divorcio entre la política y el derecho a efecto de reconciliar el orden jurídico con su fuente principal, que es

siempre una carga ético-moral y, por tanto, a la legitimidad del derecho.¹² En suma, “dentro de los elementos teóricos, ideológicos y metodológicos del neoconstitucionalismo, se destacan respecto de la Constitución: *interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico* de la Constitución como norma” (García, 2016, p. 34). Esto ha venido acompañado de la creación de nuevas Constituciones rígidas con aparejados mecanismos de control, primero en algunos países europeos, como Italia, Alemania, Portugal y España, los que posteriormente inspiraron a otros. Dichos mecanismos fueron de a poco pasando de concentrados a difusos, obligando y facultando no sólo a los jueces constitucionales, sino también a los jueces ordinarios, para emitir sus resoluciones siempre a la luz del contenido constitucional. Así, “la Constitución se presenta como el centro, base, y fundamento de todo el sistema jurídico, pero es una Constitución pensada en términos de principios y directrices que se interpretan no bajo el vetusto esquema de los métodos tradicionales del derecho (subsunción), sino mediante la ponderación” (Rendón, 2005, p.10).

El NC reconoce que no solamente existen normas entendidas como reglas, sino normas formuladas como principios, con una estructura que no resuelve su interpretación y aplicación sólo silogísticamente, sino también sobre la vía ponderativa, en la cual

...los principios son mandatos de optimización porque ordenan que algo se realice en la mayor medida posible, de conformidad con las posibilidades fácticas y jurídicas. Pueden, por tanto, cumplirse en diferente grado. Las reglas son mandatos definitivos porque contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctica y jurídicamente posible (García, 2016, p. 64).

En este sentido, los conflictos entre reglas (antinomias) son resueltos a través de criterios, como el de especialidad, el cronológico, o el jerárqui-

precisamente la política. Si partimos de que el presupuesto de validez de todo nuestro orden normativo es la Constitución, debemos, a la vez, suministrar razones para obedecer y legitimar a esa Constitución: nos remontamos entonces a nuestras revoluciones, que no son otra cosa más que profundas transformaciones de carácter político. De este modo, la política resulta ser la partera del derecho.

¹² Esto se traduce en la toma de una postura crítica con relación a las normas; en otras palabras, cuestionar el hecho de que una norma no valga sólo por responder a un proceso de creación jurídico-formal, sino por ser “justa”, es decir, por proteger o apelar a un principio o valor constitucional.

co; o bien bajo principios. La diferencia con una colisión entre principios estribaría en que “los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su «peso» o «importancia» y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos; lo que no ocurre con las reglas” (Prieto, 2014, p. 94).

Así, en el marco de una práctica judicial activista, la ponderación le da al operador jurídico una posibilidad más amplia para resolver un caso en concreto. Esto, sin embargo, no se traduce necesaria o inmediatamente en una actuación judicial con una vulneración a la seguridad jurídica de las personas, sino más bien en una praxis judicial que está en posibilidad de colmar los vacíos legales y enriquecer el contenido de los derechos. De este modo, siguiendo a Prieto Sanchís,

...[l]a subsunción representa el ideal de las reglas y supone la aplicación de la consecuencia jurídica prevista en las mismas a los casos que presentan las propiedades descritas en su condición de aplicación, según el esquema silogístico; todas las normas, incluidas las que suelen llamarse principios, admiten el esquema subjuntivo. La ponderación o proporcionalidad es el método de resolución entre los principios y, por tanto, no se opone a la subsunción sino a los criterios de solución de antinomias... es más, antes de ponderar entre dos principios en pugna, es preciso un ejercicio de subsunción, formulando un juicio de relevancia respecto de cada uno de ellos. Y luego, la propia ponderación endereza a la construcción de una regla apta para la subsunción, pues ponderar consiste en atribuir un peso relativo a los principios relevantes a la luz de las circunstancias del caso, esto es, consiste en precisar la condición de aplicación (en los principios en sentido estricto) o la consecuencia jurídica (en las directrices) que en el enunciado constitucional aparecen indeterminadas (Prieto, 2014, p. 45).

Lo anterior no significa que la ley termine diluyéndose en la moral, o viceversa,¹³ sino que permite que ambos sistemas confluyan ya no como

¹³ El NC considera que derecho y moral pueden y deben conectarse, y que ese punto de conexión radica precisamente en los principios, los cuales trasladan el centro de gravedad del derecho: del marco de la legalidad proporcionado por el legislador, al ejercicio de argumentación e interpretación racional del juez; así, apelando a las normas que fungen como fundamentos y directrices con un carácter preponderantemente axiológico, los operadores jurídicos se encuentran también en mayor posibilidad de resolver los llamados “casos difíciles”.

sistemas cerrados, sino abiertos, complementándose en un objetivo común: la ampliación de los espacios democráticos a favor de los intereses populares. Esto supone una corrección moral del derecho, lo cual no anula su carácter obligatorio, sino por el contrario, lo refuerza: no simplemente se obedece el derecho por ser coercitivo, revestido de la ideología jurídica que se apoya en los aparatos represivos del Estado, sino que de este otro modo se obedece por ser justo, dejando de lado la concepción antidemocrática de que el derecho es sólo coerción, y de que, por su propia naturaleza, no suministra ninguna razón moral para ser obedecido.

No obstante, es importante considerar que el activismo no puede estar presente en todas las decisiones de los jueces, pues activismo no es sinónimo de NC, ni lo pueden realizar todos los tipos de jueces, en eso estamos de acuerdo con las críticas. Por ello, lo que se ha planteado aquí se limita sin duda a reivindicar un activismo para ciertos casos, los considerados doctrinalmente como casos difíciles. Sosa sostiene en este punto que

...[e]l activismo no se manifiesta frente a casos fáciles o rutinarios, sino más bien frente a casos complejos, que pueden serlo por diferentes motivos: por tratarse, por ejemplo, de casos “difíciles” o “trágicos” (que requieren evaluar la corrección desde el razonamiento práctico o moral); de casos en los cuales, para resolver correctamente, el derecho positivo resulta insuficiente (por lo que los jueces deben “crear” derechos o instituciones procesales *ex nihilo*), de casos que requieren una respuesta más allá del litigio individual (siendo necesario, por ejemplo, emitir sentencias de carácter “estructural”) o de casos en los que resulta necesario morigerar la decisión a tomar en atención a las consecuencias (por ejemplo, políticas, económicas) del fallo, entre otras posibilidades (Sosa, 2017, p. 6).

Además, el activismo debe implicar el respeto a los límites trazados por el propio sistema constitucional en el marco de una democracia sustantiva. En contraposición a lo que señalan los críticos, la democracia no puede ser entendida únicamente desde una visión electoral o formal, lo cual termina siendo una versión minimalista de la democracia (Couso, 2004, p. 3); esto es, un sistema donde la celebración de elecciones libres y justas para constituir a los aparatos de gobierno es condición suficiente para el equilibrio democrático. Esta última es la concepción desde donde parten muchas de las críticas en contra del activismo judicial, pero frente a ella, varios au-

tores emplean el concepto de democracia dialógica o deliberativa, a partir de la cual es posible justificar un cierto tipo de activismo conocido como activismo dialógico (Timm, 2011, p. 121).

La democracia deliberativa postula el ideal del diálogo interinstitucional y ciudadano, que permite rediseñar la interacción entre las instituciones y las voluntades populares en aras de consolidar procesos democráticos en la toma de decisiones, esto es, inscribir en el ámbito del Estado las propias necesidades y voluntades colectivas, sobre todo aquellas de grupos en situación de vulnerabilidad. De este modo, Vargas (2020), siguiendo a Elster (1998), sostiene que la democracia deliberativa se puede definir a partir de sus dos elementos esenciales:

...el elemento democrático y el elemento deliberativo. El primero, consiste en la participación en el proceso de toma de decisiones colectivas por los potencialmente afectados o sus representantes. El segundo, se refiere a que dicha participación debe ser argumentativa y que los actores deben estar comprometidos con los valores de imparcialidad y racionalidad... algunos de los beneficios reconocidos a este modelo son: fortalecer la práctica legislativa y la discusión pública, convertir el monólogo judicial en diálogo interinstitucional, aumentar la legitimidad de los tribunales al otorgar la función de estándares constitucionales que deberán aplicar los legisladores y reducir la tensión entre la tutela de los derechos y un modelo democrático de toma de decisiones (p. 5).

Lo anterior ha servido como base para poder legitimar la actuación del juez activista, quien se instituye como un coadyuvante o auxiliar de las funciones gubernamentales, pero que sin duda no puede invadir las esferas de competencia de los otros poderes del Estado, lo cual no quiere decir que asuma una función completamente deferente hacia la legislación, pues los propios mandatos constitucionales le asignan facultades discrecionales, en las cuales se funda precisamente la naturaleza y autonomía de su actuar: la obligación de proteger, respetar y garantizar los derechos humanos. Además, como sostiene García (2013), en este nuevo escenario democrático “el poder creador del juez no tendría fuerza si no se contemplara la discrecionalidad como herramienta de interpretación que se materializa a través de las lagunas del derecho que requieren de este ejercicio permanente: llenar y completar los vacíos jurídicos” (p. 20). Se puede reconocer así el rol político del juez, quien es capaz de intervenir en distintas esferas de

lo público de manera justificada, en una nueva interacción con los otros poderes.¹⁴

En esta tesitura, estamos de acuerdo con la crítica de que el juez no debe invadir de manera injustificada o arbitraria la esfera de competencias de los otros poderes; sin embargo, su poder creador de nuevos derechos, o la forma en que emite ciertos lineamientos para el actuar de las autoridades, así como elementos para el diseño de políticas públicas, no son sino la expresión precisamente de la democracia deliberativa, que abre un diálogo interinstitucional imprescindible hoy día; en este punto Fabre (2000) menciona que el activismo, para encuadrarse en estos límites ya mencionados, debe

...i) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, sin demandar remedios o soluciones específicas; ii) declarar que un derecho constitucional ha sido violado, y pedirle al Estado que provea el remedio; a) sin especificar cómo, pero demandando que se efectúe en un cierto tiempo; iii) establecer que un derecho constitucional ha sido violado, exigirle al gobierno la provisión de remedios, y especificar qué clase de remedios pueden usarse cómo y cuándo (p. 148).

De este modo, la garantía de transparencia, la racionalidad en su discurso acorde al propio contenido constitucional, la protección de derechos fundamentales a grupos considerados en situación de vulnerabilidad, la promoción del diálogo interinstitucional y con la ciudadanía, y la obediencia a principios como la igualdad y la seguridad jurídica, son formas a través de las cuales el papel del juez, y no sólo del juez activista, se legitima. En tales condiciones, “más que apoyar irreflexivamente la

¹⁴ Al respecto, Vargas (2020) señala que “la expresión de este activismo dialógico, es presentada como una renovación del constitucionalismo en la región. Consideramos que un aspecto a resaltar es el potencial que se le otorga al diálogo para poder superar los «argumentos» u «objeciones» basadas en las tesis originalistas que se presentan como democráticas, toda vez que se deja de lado una concepción petrificante de los dispositivos constitucionales, permitiendo actualizar su significado” (p. 8); aunado a ello, Rivera (2019) sostiene que dicho modelo también ha impulsado el constitucionalismo dialógico “caracterizado por incluir arreglos institucionales como las audiencias públicas, *amicus curiae*, acciones de legitimación colectiva, elección popular de los jueces, la consulta previa, el control judicial respecto al proceso de creación legislativa, litigios de reforma estructural, sentencias exhortativas, monitoreos y mecanismos de seguimiento periódico respecto a la implementación de las decisiones judiciales, entre otros mecanismos” (p. 58).

decisión mayoritaria, la labor del juez es defender las reglas que permiten concluir que hay una decisión democrática, en todo el sentido de la palabra, y velar por que el resultado no transgreda los límites fijados por la Constitución”.¹⁵

Se puede afirmar que desde estos otros puntos de vista teóricos, el activismo repara en los derechos fundamentales, los cuales prescriben y fundan el deber ser del derecho, es decir, son el parteaguas de un ECD, cuyo presupuesto de validez es precisamente el andamiaje constitucional conformado por una serie de principios, directrices y reglas, cuyo efecto, ampliador de la democracia deliberativa irradia en todas las esferas del poder público. Ello supone incluso una nueva forma de ver las fuentes del derecho, donde cobran relevancia mayor tanto las normas de rango constitucional como ciertas decisiones judiciales.

VI. LA RECEPCIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL EN LAS SENTENCIAS DE AMPARO EN REVISIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE 2017 A 2019, RELATIVAS AL DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD

A lo largo de este apartado determinaremos la postura activista de la SCJN en sus sentencias de amparo en revisión relativas al LDP.¹⁶ Para ese efecto, es insoslayable retomar algunas de las definiciones proporcionadas por nuestro máximo tribunal, el cual sostiene en su criterio P. LXVI/2009 lo siguiente:

DERECHO AL LIBRE DESARROLLO DE LA PERSONALIDAD. ASPECTOS QUE COMPRENDE.

De la dignidad humana, como derecho fundamental superior reconocido por el orden jurídico mexicano, deriva, entre otros derechos personalísimos, *el de todo individuo a elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida*. Así, acorde a la doctrina y jurisprudencia comparadas, tal derecho es el reconocimiento del Estado sobre *la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injusti-*

¹⁵ Rivera (2019), p. 651. La autora también sostiene que “en un escenario así, hasta críticos férreos del activismo judicial, como Jeremy Waldron, estarían dispuestos a admitir cierto grado de activismo”.

¹⁶ Para efectos de este trabajo únicamente se abordarán las sentencias comprendidas entre 2017 a 2019.

ficados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera. Por tanto, el libre desarrollo de la personalidad comprende, entre otras expresiones, la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien, decidir no tenerlos; de escoger su apariencia personal; su profesión o actividad laboral, así como la libre opción sexual, en tanto que todos estos aspectos son parte de la forma en que una persona desea proyectarse y vivir su vida y que, por tanto, sólo a ella corresponde decidir autónomamente.¹⁷

De este criterio se advierte que el LDP es el conjunto de libertades que los seres humanos poseen para decidir sobre su autodeterminación. Aunado a esto, en la Tesis 5/2019 la Corte señala que “el derecho al libre desarrollo de la personalidad brinda protección a un «área residual de libertad» que no se encuentra cubierta por las otras libertades públicas... De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico” (Tesis 1a./J.5/2019 (10a)). Así, si bien no hay una única definición del derecho al LDP, a partir de lo anterior es posible observar sus elementos fundamentales, lo que nos permitirá adentrarnos en el análisis que nos ocupa.

Ahora bien, no hay que perder de vista que el AJ es una práctica jurídico-política cuyos objetivos son: 1) la ampliación del contenido de derechos ya reconocidos en un determinado sistema jurídico, y 2) la creación de nuevos derechos a partir de los ya existentes; ello, en virtud del principio de progresividad en relación con las obligaciones de protección, garantía y promoción; de este modo, y con base en las posturas anteriormente revisadas, el AJ resulta ser una práctica tendente a:

- Actualizar el derecho frente a la realidad social, particularmente en materia de derechos humanos.
- Fortalecer y proteger los derechos humanos de forma más amplia y eficaz, atendiendo a los diversos contextos culturales, sociales y económicos de las personas.
- Ayudar a la resolución de los llamados “casos difíciles” a partir de un ejercicio racional y argumentativo más amplio.

¹⁷ Tesis: P. LXVI/2009, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, p. 7. Lo resaltado es propio.

- Contribuir de manera proactiva a la transformación de la realidad social en aras de mejorar la calidad de vida de las personas y el goce de los derechos humanos.
- Ampliar el ejercicio democrático de las personas dentro de los Estados de derecho, abriendo así la posibilidad de aumentar los espacios de participación ciudadana y resolver algunas de las diferencias supuestamente irreconciliables entre sociedad política y sociedad civil.
- Desarrollar el contenido esencial y obligatorio de los derechos humanos en el sentido de la progresividad de los derechos y, a partir de ello, crear nuevos derechos bajo los principios de interdependencia e indivisibilidad.

En esta tesitura, cabe señalar que

...[l]a forma en que un Tribunal Constitucional desmonopoliza la creación legislativa de derecho y cómo concreta los principios constitucionales, que por su propia naturaleza son indeterminados, es estableciendo normas adscritas o, como se denominan en Colombia: “subreglas jurisprudenciales”. Una de las distinciones fundamentales en la teoría de Alexy es entre normas adscritas y directamente estatuidas. Se analizan en el contexto de la estructura y naturaleza de las normas de derecho fundamental. Las normas que establecen derechos fundamentales pueden ser las estipuladas explícitamente en la Constitución —normas directamente estatuidas— o las que se crean interpretativamente y resultan de una correcta fundamentación basada en derechos fundamentales —normas adscritas o subreglas jurisprudenciales— (García, p. 73).

Con base en lo anterior, es posible afirmar que uno de los objetivos principales de la labor argumentativa del juez es la de dotar de racionalidad y validez a la norma adscrita; dicho esto, es plausible comenzar con el análisis de las tesis derivadas de los amparos en revisión de la SCJN, que han sido seleccionadas a partir del recorte metodológico ya descrito,¹⁸ precisando que la mayoría de éstas tienden a ampliar el contenido de los derechos, mientras que otras invalidan ciertos contenidos o porciones nor-

¹⁸ La última revisión de los criterios relacionados con el libre desarrollo de la personalidad emitidos por la SCJN se realizó el 3 de diciembre de 2019 en el sistema de consulta electrónica del *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

mativas tanto federales como locales a la luz de la Constitución; las restantes, yendo un poco más lejos, describen cómo legislar ciertas materias o aspectos de los derechos, o cómo deben ser aplicados ciertos contenidos, cuya forma reclama el establecerse como políticas públicas.

Con base en lo anterior, hemos clasificado los criterios en cuatro categorías: 1) criterios que amplían el contenido de los derechos humanos o tienden a crear un derecho nuevo; 2) criterios que señalan cómo se debe legislar o qué elementos debe considerar el legislador para ser respetuoso del orden constitucional; 3) criterios que declaran la invalidez de normas a la luz de la Constitución, y 4) criterios que enuncian elementos de política pública.

1. Criterios que amplían el contenido de los derechos humanos o tienden a crear un derecho nuevo

Para este punto comenzaremos con la Tesis XCIV/2019, relativa a la libertad y seguridad sexuales en conexión con el LDP, que indica que “el consentimiento pleno y válido de quienes participan en una cierta actividad sexual es un elemento fundamental para el respeto, protección y garantía de la libertad y seguridad sexuales, el Estado debe asumir la obligación —incluso recurriendo a su poder coactivo— de proteger que éste sea la regla en el actuar sexual” (Tesis: 1a. XCIV/2019(10a), p. 375). De este modo, se desarrolla el contenido de las libertades ya mencionadas en el sentido de acentuar el aspecto consensual, pues tal cuestión es parte fundamental de la toma de decisiones en los aspectos íntimos o privados de la vida de una persona, lo cual enuncia una descripción más amplia del LDP en conexidad con la libertad sexual.

En esta tesitura, encontramos también la Jurisprudencia 9/2019, acerca de la prohibición absoluta del consumo lúdico de la marihuana como una medida no proporcional, dado que afecta de manera intensa el LDP; esta tesis amplía el contenido del multicitado derecho, pues en ésta se señala que

...[e]l “sistema de prohibiciones administrativas” puede calificarse como muy intensa, pues consiste en una prohibición prácticamente absoluta para consumir la marihuana y realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo de ésta, de tal manera que suprime todas las posiciones jurídicas

en las que podría ejercerse el derecho. En tal sentido, la medida analizada no se circunscribe a regular la forma y lugar en que pueden realizarse dichas actividades atendiendo a las finalidades constitucionalmente válidas (Tesis: 1a./J.9/2019 (10a), p. 496).

En otro sentido, lo anterior también representa una ampliación en torno al contenido del LDP, pues anula la restricción absoluta al consumo lúdico de marihuana en aras de no restringir la libertad de decisión sin una razón justificada, pues si bien debe haber restricciones o limitaciones por causa de interés público —ya que ningún derecho es absoluto—, la prohibición en comento afecta de manera desproporcionada la forma en la cual las personas pueden tomar libremente la decisión de consumir esta sustancia.

Otro ejemplo es la Tesis 3/2019, que describe la dimensión interna y externa del LDP a partir de sus componentes fundamentales, como son la autonomía personal, la libertad de acción, la esfera de la privacidad y la libre decisión de las personas, la cual señala que

...la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido “afecten” los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales. Estas experiencias se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de “afectar” su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de ésta (Tesis: 1a./J. 3/2019 (10a.), p. 489).

Con base en estas tesis sobre el LDP, en conexidad con el autoconsumo de marihuana, la Corte actualmente desarrolla el contenido de este último a partir de los presupuestos del primero, lo cual, evidentemente, implica un desarrollo progresivo de nuevos derechos.

Aunado a lo anterior, encontramos también la Jurisprudencia 5/2019 sobre el LDP como sustento de áreas residuales de libertad que no se encuentran cubiertas por las otras libertades públicas. Aquí, la Corte menciona que cuando

...un determinado “espacio vital” es intervenido a través de una medida estatal y no se encuentra expresamente protegido por un derecho de libertad específico, las personas pueden invocar la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, este derecho puede entrar en juego siempre que una acción no se encuentre tutelada por un derecho de libertad específico (Tesis: 1a./J.5/2019 (10a), p. 487).

Lo anterior hace evidente que a partir del LDP se puede esgrimir una argumentación para dar cabida a nuevas libertades, las cuales pueden traducirse materialmente en nuevos derechos para las personas. Esta tesis resulta ser entonces una interpretación ampliada y progresiva de los derechos humanos.

Aunado a lo anterior, se encuentra la Tesis CXLIX/2018, sobre personas con discapacidad y su derecho de audiencia, que la Corte desarrolla a pesar de lo prescrito por los artículos 916 y 917 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León; a este respecto, la Corte señala que

...es obligatorio dar audiencia a la persona cuyos derechos están en juego, y con mayor razón si estos derechos involucran su libertad, la autonomía en las decisiones, su libre desarrollo de la personalidad, además de otros derechos de proyección patrimonial, aunque en el procedimiento de interdicción establecido en los artículos 916 y 917 del Código de Procedimientos Civiles del Estado de Nuevo León, no se prevea expresamente el derecho para que las personas sobre quienes recae la eventual declaración de incapacidad comparezcan ante el juez a expresar su opinión durante el trámite de las diligencias de jurisdicción voluntaria (Tesis: 1a. CXLIX/2018 (10a), p. 363).

A partir de ello, se observa que la SCJN no sólo detalla los derechos procesales de las personas con discapacidad, sino que les confiere el derecho de comparecer ante un juez a pesar de lo que está escrito en la norma adjetiva citada, lo que nos habla además de la creación de un derecho en el sentido precisado.

En cuanto al divorcio, encontramos la Tesis CXXVII/2018. En ésta se dice que el artículo 343 del Código Civil de Guanajuato violenta el derecho al LDP, dado que impide que las personas divorciadas vuelvan a contraer nupcias inmediatamente, y establece que deben esperar al menos dos años. Para este caso, la Corte “ha establecido que la decisión de permanecer o no casado encuentra cobertura en el derecho al libre desarrollo

de la personalidad; de ahí que la decisión de contraer segundas nupcias también tiene sustento en el ámbito del goce pleno de ese derecho fundamental” (Tesis: 1a. CXXVII/2018 (10a.) p. 843). En este supuesto se invalida dicha porción normativa, ampliando una vez más los derechos, sobre todo en términos de la libertad sexual y el derecho a un proyecto de vida, dos componentes fundamentales del LDP.

De forma aparejada encontramos la Tesis 82/2017, en la cual la Corte conecta el derecho a la educación básica con el LDP. Ahí se señala que

...[l]a educación es un bien básico indispensable para la formación de autonomía personal y, por ende, para ejercer el derecho al libre desarrollo de la personalidad, de aquí su carácter de derecho humano... uno de los derechos fundamentales tutelados por nuestro sistema jurídico es el derecho al libre desarrollo de la personalidad, expresión jurídica del principio de autonomía personal, de acuerdo con el cual, al ser valiosa en sí misma la libre elección individual de planes de vida e ideales de excelencia humana, el Estado tiene prohibido interferir indebidamente con su elección y materialización, debiendo limitarse a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno elija, así como impedir la interferencia injustificada de otras personas en su consecución. La posibilidad de elegir y materializar un plan de vida o un ideal de virtud personal, en nuestra sociedad, requiere la provisión de, por lo menos, un nivel básico de educación. Sin embargo, la estrecha conexión que el derecho a la educación tiene con la generación de condiciones necesarias para el ejercicio del derecho a la autonomía personal, condiciona el contenido de la educación (Tesis: 1a./J.82/2017 (10a.), p. 178).

A partir de dicha conexidad, la Corte amplía y complementa el contenido del derecho a la educación; de ello se desprende a su vez una argumentación más sólida, que justifica que todas y todos tengamos este derecho, en aras de generar las condiciones de una toma de decisiones más consciente y autónoma conforme a nuestro proyecto de vida.

Por último, encontramos la Tesis 73/2017 acerca de por qué la dignidad humana no es un derecho del cual gozan las personas morales. En este sentido, la SCJN no lo amplía como tal, pero sí aclara el contenido de la dignidad humana y su adscripción, por lo que menciona que

...si bien el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la tutela de derechos humanos a todas las personas,

lo que comprende no sólo a las físicas, consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas, ello se circunscribe a los casos en que su condición de entes abstractos y ficción jurídica se los permita, ya que es evidente que no pueden gozar de la totalidad de los derechos privativos del ser humano, como ocurre con el derecho a la dignidad humana, del que derivan los diversos a la integridad física y psíquica, al honor, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal, que son inherentes al ser humano como tal (Tesis 2a./J.73/2017 (10a), p. 669).

Con base en esto, es notorio que el tribunal hace una diferenciación entre los derechos que pueden adscribirse a las personas físicas y las personas morales en términos de su naturaleza jurídica. Por tal motivo, dicha aclaración resulta apropiada para darle el peso que amerita no sólo a la dignidad, sino incluso a la propia vida humana por sobre cualquier persona jurídica.

Las tesis que hasta aquí hemos comentado nos han servido para ilustrar cómo nuestro tribunal constitucional hace una labor de extrema importancia para delimitar, ampliar, explicar, describir e interpretar nuestros derechos humanos en consonancia con los estándares internacionales, lo cual evidentemente permite una mayor protección de los mismos. Así, todo esto nos acerca a nuestro objetivo, que es comprobar que el AJ constituye una práctica positiva para los Estados constitucionales de derecho.

2. Criterios que señalan el cómo se debe legislar o qué elementos debe considerar el legislador para ser respetuoso del orden constitucional

En esta categoría se pueden encuadrar varias tesis, como la 25/2019, que habla sobre la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana en relación con el LDP. En ésta se señala que la medida legislativa de los artículos correspondientes de la Ley General de Salud

...impide el consumo de marihuana en cualquier circunstancia, cuando para alcanzar los fines que pretende podría limitarse a desalentar ciertas conductas o a *establecer prohibiciones en supuestos más específicos, como manejar vehículos o instrumentos peligrosos bajo los efectos de la sustancia, consumirla en lugares públicos o inducir a terceros a que también la consuman.* Dicho de otro modo, el “sistema de prohibiciones administrativas” configu-

rado por los artículos que prohíben de forma absoluta el consumo lúdico de la marihuana es altamente suprainclusivo, al regular circunstancias que no encuentran fundamento en la protección de los derechos de terceros o del orden público. Consecuentemente, se trata de una medida innecesaria en la consecución de su fin.¹⁹

De lo anterior se advierte que la Corte problematiza el cómo el legislador debería redactar la regulación del tema, para evitar así restricciones violatorias a los derechos, en este caso del LDP, ya que como mencionamos anteriormente, la facultad que tienen las personas para consumir lúdicamente marihuana puede estar relacionada con su autonomía, con sus experiencias individuales y con su desarrollo personal. Por esto es que nuestro tribunal señala incluso los supuestos que el legislador debería considerar, a efecto de restringir el derecho (aunque no de forma absoluta).

Por otro lado, encontramos la Tesis XXII/2019, que gira en torno a los delitos de corrupción de personas menores de edad, para verificar el supuesto típico de víctimas adolescentes en actos sexuales; esto, en conexidad con el LDP de los jóvenes. El criterio indica que

...bajo el principio del interés superior de la persona adolescente, se actualiza, de manera especial, su derecho... a ejercer su sexualidad de manera libre; esto es, sin prohibición del Estado, antes bien, éste debe garantizarla conforme a *un sistema integral de salud e información; de ahí que la autoridad que aplica la norma debe ponderar sus derechos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad*, así como sexuales o reproductivos.²⁰

En esta tesis se observa que las autoridades —además de las judiciales— deben poder desplegar e implementar un sistema integral de salud que garantice una efectiva libertad sexual para los adolescentes, lo cual, en consonancia con la estructura del Estado mexicano, es una obligación claramente dirigida tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo.

De la misma manera, encontramos la Tesis 6/2019, que habla sobre derechos de terceros y orden público como constitutivos de límites externos al LDP, los que “autorizan al legislador a intervenir en el libre desarrollo

¹⁹ Tesis: 1a./J.25/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 64, tomo II, p. 1127. Lo resaltado es propio.

²⁰ Tesis: 1a. XXII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 64, tomo II, p. 1400. Lo resaltado es propio.

de la personalidad, siempre que tal intervención sea idónea, y no resulte innecesaria o desproporcionada en sentido estricto” (Tesis: 1a./J.6/2019 (10a.), p. 492). En esta tesitura, tal como se ha señalado anteriormente, es posible agregar que existen límites al LDP, toda vez que ningún derecho es absoluto; dichos límites encuentran su fundamento en la colindancia con los derechos de otras personas y el orden público. Es por ello que la Corte brinda ese margen técnico al legislador para restringir, siempre y cuando las restricciones al derecho sean idóneas, proporcionadas y necesarias. De este modo, la tesis hace referencia a ciertos aspectos que los legisladores deben tomar en cuenta en el marco de sus facultades.

Asimismo, se encuadra en esta categoría la Tesis 3/2019, sobre la prohibición del uso lúdico de la marihuana cuyo contenido indica que dicha prohibición incide en el contenido del derecho al LDP. Así, y según lo dice la Corte,

...la prohibición contenida en los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248 de la Ley General de Salud, efectivamente incide en el contenido *prima facie* del derecho fundamental en cuestión, toda vez que constituye un obstáculo jurídico que impide ejercer el derecho a decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas se desean realizar, al tiempo que también impide llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección a través del autoconsumo de la marihuana: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, etcétera (Tesis: 1a./J.3/2019 (10a.), p. 489).

Lo anterior significa que, al impedir todas las actividades con relación al ejercicio de un derecho, el legislador lo está limitando o restringiendo de forma intensa, sin tomar en cuenta que al autorizar ciertas actividades encaminadas al autoconsumo quita un obstáculo jurídico, que permite a la persona ejercer su LDP sin dañar a terceros o contribuir a otros delitos, como podría ser el narcomenudeo. De esta manera, la Corte proporciona elementos para que el legislador modifique la ley, quitando o añadiendo porciones normativas, en aras de no restringir de forma injustificada el derecho.

Del mismo modo, la Tesis CCXXXII/2018 habla acerca de la identidad de género autopercibida, y de los requisitos que debe cumplir el procedimiento para la adecuación del acta de nacimiento y demás documentos identitarios. Lo que la Corte argumenta aquí es cómo debe ser el procedimiento, y cuáles deben ser los requisitos de la regulación, a fin de adaptar

los documentos en cuestión, garantizando el derecho de todas las personas a tener en sus papeles oficiales los datos que coincidan con su identidad de género autopercebida. Por tanto, la tesis menciona que

...[el] artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce los derechos fundamentales a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad; en esa medida, la adecuación de la identidad de género autopercebida debe ser integral tanto en los datos cuya adecuación se pide, como en los documentos en los que se hace constar la identidad de la persona... independientemente de la naturaleza formal (jurisdiccional o administrativa) de la autoridad que les dé trámite, esos procedimientos materialmente deben ser de carácter administrativo y cumplir con los siguientes requisitos: a) estar enfocados a la adecuación integral de la identidad de género autopercebida; b) estar basados únicamente en el consentimiento libre e informado del solicitante, sin que se exijan requisitos como certificaciones médicas y/o psicológicas u otros que puedan resultar irrazonables o patologizantes; c) ser confidenciales y los cambios, correcciones o adecuaciones en los registros y documentos de identidad no deben reflejar la identidad de género anterior; d) ser expeditos y, en la medida de lo posible, deben tender a la gratuidad, y e) no deben exigir la acreditación de operaciones quirúrgicas y/u hormonales (Tesis: 1a. CCXXXII/2018 (10a.), p. 322).

Por lo anterior, es claro que la SCJN está brindando los elementos formales necesarios para que el trámite se apegue a estándares de derechos humanos. Esto define lineamientos para el cambio de la regulación de este procedimiento administrativo, a fin de ser consustancial a la protección de la identidad autopercebida en conexidad con el LDP.

Asimismo, es posible poner en esta categoría la Tesis CCC/2018 sobre el derecho de las mujeres, niñas, niños y adolescentes a una vida libre de violencia, ello con relación a los derechos de igualdad y no discriminación, integridad y dignidad de las personas, y el LDP, que fungen como límites a las normas de derecho consuetudinario de los pueblos indígenas. En este sentido, la Suprema Corte exhorta al legislador a incluir ciertos parámetros en la ley, de modo que

De acuerdo con el parámetro de regularidad constitucional del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia, ésta se identifica como causa y consecuencia de la discriminación, de ahí que el Estado tenga la obligación de incluir en su legislación, las normas penales, civiles y administrativas, así

como las de otra naturaleza, que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres... el Estado tiene la obligación de garantizar —con todos los medios a su alcance, incluido el recurso a su poder coactivo— que las decisiones de niños, niñas y adolescentes, en materia de sexualidad, se produzcan en condiciones de seguridad, libertad efectiva y plena, y en armonía con su desarrollo psicológico, como consecuencia de sus derechos a la integridad personal y al libre desarrollo de la personalidad... Estos derechos constituyen, en términos del artículo 2o., apartado A, fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, límites válidos a la aplicación de normas de derecho consuetudinario indígena (Tesis: 1a. CCC/2018 (10a.), p. 298).

Lo anterior es contundente, al establecer que la legislación mexicana debe contar con las normas necesarias a fin de proteger los derechos humanos de las mujeres, niños, niñas y adolescentes, aunque éstas representen restricciones a las normas consuetudinarias de los pueblos originarios, lo que marca claramente pautas importantes que convocan la labor del legislador.

Por otro lado, y con relación a la figura jurídica del concubinato, se encuentra la Tesis XXXI/2018, que señala que una declaración judicial para reputarlo como concluido representa una restricción excesiva en términos del LDP. De esta forma, el criterio conmina al legislador a modificar el artículo 343 del Código Civil para el Estado de Guanajuato, esto a partir de que

...la decisión de comenzar un concubinato, permanecer en él o darlo por terminado, forma parte de un plan de vida elegido de manera autónoma por una persona, de suerte que cualquiera de estas decisiones entra en el ámbito de tutela del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad. Por tanto, exigir una declaración judicial como requisito necesario para darlo por terminado implica una restricción desproporcionada al derecho humano en comento, ya que dicha exigencia desplaza completamente la voluntad de los concubinos como el elemento esencial en la adopción de este modelo de familia, para ser sustituido por el reconocimiento y declaración del Estado a través de una autoridad judicial, condición que no se encuentra justificada ni siquiera en función de la protección del principio de seguridad jurídica, pues si bien la existencia de una declaración judicial que reconozca tal circunstancia se constituye como una prueba idónea a efecto de brindar certeza a las partes, lo cierto es que no es la única manera de satisfacer este principio,

ya que nada impide que dicha terminación sea acreditada por otros medios de prueba (Tesis: 1a. XXXI/2018 (10a.), p. 1093).

Ello enuncia una cuestión fundamental, que debe estar prevista legislativamente a fin de proporcionar certeza jurídica a las personas, sin que conlleve la prescripción de medidas excesivas o no proporcionales, ya que una declaración judicial, en este caso, incide de forma excesiva en el LDP de los concubinos.

En suma, hecho el análisis de todas estas tesis, es notorio que existen criterios emitidos por la SCJN que enuncian cómo se deben regular ciertas cuestiones, o qué elementos debe considerar el legislador a fin de proteger y respetar los derechos humanos; es así, que éstas se pueden considerar como activistas, en el sentido que se ha señalado a lo largo del presente trabajo.

3. Criterios que declaran la invalidez de normas a la luz de la Constitución

En esta categoría podemos encuadrar, en primer lugar, la Tesis 10/2019, acerca de la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana, prevista en la Ley General de Salud, donde la Corte concluye que dicha medida:

...no es necesaria debido a que existen medios alternativos a la prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana que son igualmente idóneos para proteger la salud y el orden público, pero que afectan en menor grado al derecho fundamental en cuestión; asimismo, la ley ocasiona una afectación muy intensa al derecho al libre desarrollo de la personalidad, en comparación con el grado mínimo de protección a la salud y al orden público que alcanza dicha medida (Tesis: 1a./J.10/2019 (10a.), p. 493).

Por las razones anteriormente expuestas, la declaración de inconstitucionalidad versa sobre la restricción a un derecho humano, que si bien podría ser legítima para proteger el derecho a la salud o el orden público, en este caso se afecta de forma muy intensa, mientras que, por otro lado, protege muy poco los otros derechos, que pueden tutelarse a través de medidas menos restrictivas.

Otra de las tesis que podemos colocar en esta categoría es la XVI/2017, que trata sobre la inconstitucionalidad de las causales para acreditar el divorcio. La Corte menciona que dichas causales violentan el LDP y, por lo tanto, resultan violatorias del orden constitucional, en virtud de que

...[e]l libre desarrollo de la personalidad constituye la expresión jurídica del principio liberal de “autonomía de la persona”, de acuerdo con el cual la libre elección individual de planes de vida es valiosa en sí misma, por lo cual, el Estado tiene prohibido interferir en su elección, debiéndose limitar a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada quien elija, así como a impedir la interferencia de otras personas en su persecución (Tesis: 1a. XVI/2017 (10a.), p. 381).

Así, la Corte señala que la legislación debe ser adaptada a fin de no afectar los derechos mencionados, toda vez que la legislación debe limitarse a crear el estado de cosas necesario para el goce y disfrute de los derechos.

En el mismo sentido encontramos la Tesis CCXXXIII/2018, la cual señala que los artículos 676, 677 y 708 del Código Civil para el Estado de Veracruz permiten una discriminación por resultado y, por ende, son inconstitucionales, al violentar el artículo 1o. de la Constitución; al efecto:

...[e]l artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce los derechos fundamentales a la no discriminación, al libre desarrollo de la personalidad y a la dignidad; en esa medida, la adecuación de la identidad de género autopercebida debe ser integral tanto en los datos cuya adecuación se pide, como en los documentos en los que se hace constar la identidad de la persona, lo cual implica la expedición de nuevos documentos y no sólo la realización de “anotaciones” en los existentes; asimismo, la publicidad no deseada sobre un cambio de identidad de género, consumado o en trámite, puede poner a la persona solicitante en una situación de vulnerabilidad a diversos actos de discriminación en su contra, en su honor o en su reputación, y que, a la postre, pueden significar un obstáculo para el ejercicio de sus derechos fundamentales (Tesis: 1a. CCXXXIII/2018 (10a.), p. 321).

De lo anterior se advierte que existe una incompatibilidad entre los preceptos normativos señalados y los derechos fundamentales, como son el LDP, la dignidad y la no discriminación, por lo que la Corte declara in-

constitucional el trámite en comento para la adecuación de la identidad sexogenérica, en virtud de una argumentación con perspectiva de derechos humanos.

Así pues, las tesis analizadas en este apartado pretenden delimitar los márgenes de la normativa infraconstitucional, en aras de que se adecúe a las exigencias en materia de derechos humanos. Por ello, si bien es necesario que la Corte acate ciertos parámetros en su actuar (por ejemplo, el principio de conservación del derecho, o el principio de presunción de constitucionalidad de la ley), ello no implica que pueda soslayar las incompatibilidades de las leyes con respecto al orden constitucional, y es que su labor va más allá de la mera interpretación y aplicación de las normas, pues un tribunal constitucional como lo es la SCJN debe procurar, en el ámbito de sus facultades, la protección a los derechos humanos a efecto de salvaguardar el ECD.

4. *Criterios que enuncian elementos de política pública*

Dentro de esta categoría podemos encuadrar la Tesis XXII/2019 sobre los delitos de corrupción de personas menores de edad, en conexidad con el LDP de los jóvenes, la cual fue citada anteriormente para la segunda categoría; no obstante, también encaja en esta otra, ya que enuncia algunos elementos de política pública cuya finalidad es promover el derecho a la salud sexual y el LDP. En este sentido, la Corte señala que

...bajo el principio del interés superior de la persona adolescente, se actualiza, de manera especial, su derecho... a ejercer su sexualidad de manera libre; esto es, sin prohibición del Estado, antes bien, éste debe garantizarla conforme a un sistema integral de salud e información; de ahí que la autoridad que aplica la norma debe ponderar sus derechos de igualdad y libre desarrollo de la personalidad, así como sexuales o reproductivos.²¹

Por tanto, y como se señaló, la Corte reafirma la obligación que tiene el Estado, de garantizar los derechos humanos en comento, pero no sólo a través de la obligación negativa de respetar, sino a través de la instalación de un sistema integral de salud e información que provea a las y los ado-

²¹ Tesis: 1a. XXII/2019 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, libro 64, tomo II, p. 1400. Lo resaltado es propio.

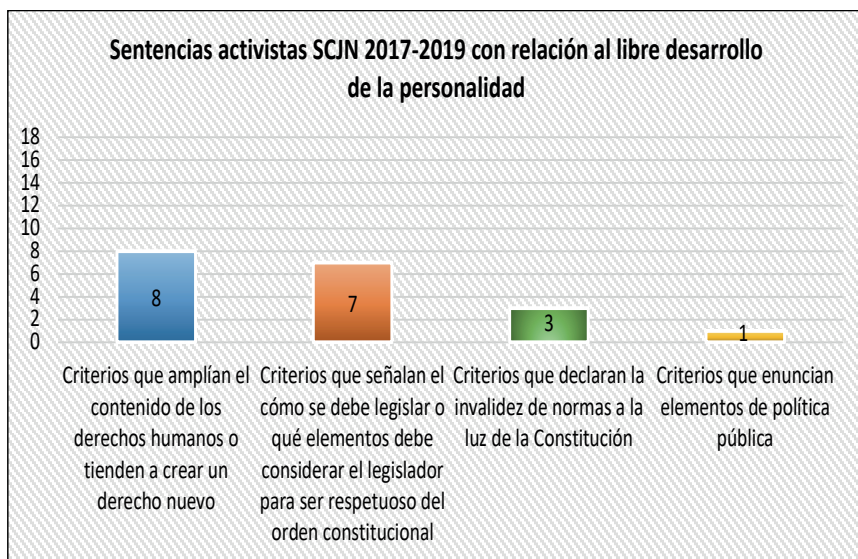
lescentes de medios para ejercer sus derechos. Lo anterior compete a la esfera de la administración pública, la que a través de políticas públicas enfocadas en garantizar y promover la salud sexual y reproductiva está en posibilidad de hacer efectivos estos derechos.

VII. EL ACTIVISMO JUDICIAL DE LA SUPREMA CORTE COMO FORMA DE INNOVAR, AMPLIAR Y CREAR DERECHOS HUMANOS

Del análisis precedente se observa que algunas de las tesis bien podrían ser integradas a más de una de las categorías planteadas; empero, su acomodo residió en una ponderación de aquello que más resaltaba en su contenido: ya fueran sus elementos para la elaboración de política pública, su ampliación respecto al contenido de los derechos, sus señalamientos respecto a cómo deben regularse ciertos temas, o la cuestión de la inconstitucionalidad. Otro de los aspectos metodológicos que se utilizaron en esta clasificación fue aquella que compete a la selección de las tesis, que se hizo a partir de su relación con el derecho al LDP, con base en lo cual se analizó el contenido de éstas a efecto de demostrar que la SCJN ha emitido sentencias activistas que han logrado ampliar e innovar el contenido de algunos derechos, así como crear otros nuevos a partir de lo ya normativamente establecido (como normas adscritas derivadas de normas abiertas).²² Además, en dichas sentencias se construyen márgenes regulatorios para la actividad legislativa, y se emiten criterios que contribuyen a la elaboración de políticas públicas, todo ello bajo una perspectiva de derechos humanos.

Los resultados hallados, según las categorías propuestas, se ilustran en el siguiente gráfico:

²² El propio contenido derecho al LDP es resultado del trabajo jurisprudencial de nuestra SCJN, pues si bien éste había tenido menciones en tratados internacionales vinculantes para nuestro país, o incluso en 2008 en el artículo 19 constitucional, lo cierto es que sólo a partir de la interpretación judicial este derecho ha tenido una verdadera aplicación; antes de ello, no era posible encontrar sus elementos, componentes o contenido esencial en algún texto legal.



FUENTE: elaboración propia a partir de los datos verificados en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Así, del estudio realizado se advierte el potencial transformador y creador que tienen las decisiones judiciales en el marco de un ECD y, por ende, su gran importancia para aceitar y reparar las piezas de las maquinarias estatales en muchos aspectos anquilosadas, con el fin de contribuir al cumplimiento de las obligaciones en materia de derechos humanos.

En consecuencia, se hace patente que los avances que la SCJN ha logrado hasta ahora (sin perjuicio de otros que no se señalaron aquí), responden efectivamente a: 1) actualizar el derecho frente a la realidad social, sobre todo en lo concerniente a los derechos humanos; 2) fortalecer y proteger los derechos humanos de forma más amplia y eficaz, atendiendo a los diversos contextos culturales, sociales y económicos de las personas; 3) ayudar a la resolución de los llamados “casos difíciles” a partir de la ponderación con criterios más amplios, y no del mero ejercicio de subsunción normativa; 4) contribuir de manera proactiva a la transformación de la realidad social en aras de mejorar la calidad de vida de las personas y el goce de los derechos humanos; 5) ampliar el ejercicio democrático de las personas en los Estados constitucionales de derecho, posibilitando la ampliación de los espacios de participación ciudadana al resolver algunas

de las diferencias supuestamente irreconciliables entre sociedad política y sociedad civil, y 6) ampliar el contenido esencial y obligatorio de los derechos humanos en el sentido de la progresividad de los derechos y, a partir de ello, crear nuevos derechos bajo los principios de interdependencia e indivisibilidad.

VIII. CONCLUSIONES

Primera. En virtud de lo vertido hasta aquí, ha quedado en evidencia que las tesis seleccionadas resultan activistas en diferentes niveles y supuestos, lo cual hace patente que la interpretación judicial es capaz de ampliar el contenido de nuestros derechos y tiene el potencial de hacer valer otros nuevos sin violar los márgenes establecidos por la propia Constitución, cuestión que guarda un estrecho vínculo con el principio de progresividad y con las obligaciones que el Estado mexicano tiene en la materia.

Segunda. Lo anterior encuentra sustento en el andamiaje teórico que hemos retomado, pues es a partir de éste que se ha podido desarrollar un análisis sobre el AJ, construido conceptualmente como una práctica jurídico-política capaz de proteger y fortalecer de una forma más eficaz los derechos humanos en el marco de una democracia deliberativa y un ECD; con esto, además, se advierten refutadas las críticas sobre el activismo en torno a la arbitrariedad, la vulneración de la democracia y la invasión de competencias.

Tercera. Dados los cambios a nivel internacional que han desatado una revolución dentro del ámbito de los ddhh, los paradigmas nacionales han debido transformarse para dar respuestas a los nuevos retos que se suscitan por la crisis civilizatoria que afecta especialmente a los países periféricos. Es en este contexto donde el activismo judicial, con las limitaciones ya planteadas, ha tenido, y debe seguir teniendo lugar.

Cuarta. Es cada vez más urgente innovar las formas por medio de las cuales el Estado se hace cargo de cumplir con sus mandatos constitucionales; es decir, satisfacer las necesidades populares. Es precisamente por ello que en algunos casos una labor activista por parte del tribunal constitucional representa un freno a los intereses ajenos al pueblo, y una protección más amplia y eficaz de éstos.

Quinta. Si bien los jueces no son la única alternativa a la ampliación de la democracia, sí son un punto nodal para crear instrumentos, estándares y

mecanismos que permitan asimilar y armonizar en México toda la normativa internacional en materia de ddhh. Así, aun partiendo del supuesto de que ahora tenemos un acrecentado catálogo de derechos, tal como se ha visto a lo largo de nuestro desarrollo histórico como nación, sin la interpretación y aplicación por parte de nuestros poderes públicos, dichos derechos no serían sino textos obsoletos.

Sexta. Bajo estas premisas, es posible sostener que el AJ es una práctica necesaria y positiva para la salvaguarda de un ECD, por lo que lejos de invadir las competencias de otros poderes, con dicha práctica las cortes constitucionales estarán conminando y apoyando a que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias contribuyan al fortalecimiento del orden constitucional. Es así como entre más y mejores sentencias activistas emita nuestra SCJN, el Estado mexicano cumplirá de forma más efectiva con sus obligaciones en materia de derechos humanos y, por añadidura, las y los mexicanos tendremos una vida más digna y que valdrá más la pena vivir.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. y Pautassi, L. (2008). El derecho a la salud en los tribunales. Algunos efectos del activismo judicial sobre el sistema de salud en Argentina. *Salud Colectiva*, 4, 261-282. <https://www.scielo.org/article/scol/2008.v4n3/261-282/es/> (fecha de consulta: febrero de 2020).
- Aguilar Cavallo, G., Gajardo, B., y León, A. P. (2015). Equidad, inclusión social y democracia: una respuesta crítica a los argumentos en contra del activismo judicial. *Estudios constitucionales*, 13(1), 373-398. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-52002015000100011&script=sci_arttext (fecha de consulta: enero de 2021).
- Alegre, M. (2007). Igualitarismo, democracia y activismo judicial. *El derecho a la igualdad*. Buenos Aires. Lexis-Nexis, 145-162.
- Alexy, R. (2005). Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático. En M. Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2a. ed., Madrid, Trotta.
- Atienza, M. (2019) *Siete tesis sobre activismo judicial*. <https://dfddip.ua.es/es/documentos/siete-Tesis-sobre-el-activismo-judicial.pdf?noCache=1540204326938> (fecha de consulta: diciembre de 2019).

- Berizonce, R. O. (2015). Activismo judicial y participación en la construcción de las políticas públicas. *Revistas ICDP*, 36(36). <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistas-icdp/article/viewFile/63/pdf> (fecha de consulta: febrero de 2020).
- Betancur, C. y Arroyave, S. (2020). El activismo judicial del juez constitucional en Iberoamérica. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (24), 117-145. <https://doi.org/10.18042/cepc/aijc.24.04>
- Campos, E. y Sepúlveda, B. (2013). El realismo jurídico norteamericano: Escuela de derecho. *Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales*. Chile. Universidad de Chile. Facultad de Derecho. Departamento del Ciencias del Derecho. http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/115314/de-campos_e.pdf?sequence=1 (fecha de consulta: diciembre de 2019).
- Canivet, G. (2007). Activisme judiciaire et prudence interpretative. Introduction générale. *Archives de philosophie du droit*, (50), 7-32. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2867617> (fecha de consulta: diciembre de 2020).
- Caramelo, G. (2006). Activismo judicial y derechos sociales, *Pensar en Derecho*, Universidad de Buenos Aires. <http://www.saberderecho.com/2006/04/qu-es-el-activismo-judicial.html> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Carpizo, J., Serna de la Garza, J. M., Orozco Henríquez, J. J., y Fix-Fierro, H. (2012). *Evolución de la organización político-constitucional de México, 1975-2010*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/3068-evolucion-de-la-organizacion-politico-constitucional-de-mexico-1975-2010> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Carpizo, J., Serna de la Garza, J. M., Orozco Henríquez, J. J., y Fix-Fierro, H. (2009). La legitimación democrática del juez constitucional. En E. Ferrer y C. Molins (coords.). *El juez constitucional en el siglo XXI*, tomo I. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Courtis, C. (2005). Breves apuntes de caracterización de la actividad política de los tribunales. En F. Ojesto, J. Orozco, y R. Vázquez (eds.). *Jueces y política*, México. UNAM-Porrúa.
- Couso, J. (2004). Consolidación democrática y Poder Judicial: los riesgos de la judicialización de la política. *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, 24(2), 29-48. <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?pid=S0718-090X>

- 2004000200002&script=sci_arttext&tlng=en (fecha de consulta: enero de 2021).
- Duquelsky, D. (2018). La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (41), Universidad de Alicante. https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/78908/1/DOXA_41_10.pdf (fecha de consulta: enero de 2020).
- Dworkin, R. (2012). *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel.
- Feoli, M. (2016). Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina, *Revista Latinoamericana de Derechos Humanos*, 27(1). <https://www.revistas.una.ac.cr/index.php/derechoshumanos> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Ferrajoli, L. (2006). *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 5a. ed., Madrid, Trotta.
- Figueroa, G. (2013). La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del caso mexicano. En C. Astudillo y J. Carpizo (coords.). *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/12356> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Gálvez, J. (2009). Activismo judicial. *Law Observatory*. <https://lawobservatory.wordpress.com/2009/05/21/activismo-judicial/> (fecha de consulta: enero de 2020).
- García, J. E. y Verdugo, S. (2013). Activismo judicial un marco para la discusión. *Revista Jurídica del Perú*, 113, 63-82. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2366323 (fecha de consulta: diciembre de 2020).
- García, L. (2016). *Activismo judicial y dogmática de los márgenes de acción: una discusión en clave neoconstitucional*, Querétaro, Instituto de Estudios Institucionales del Estado de Querétaro.
- Gil, R. (2005). El neoconstitucionalismo y los derechos fundamentales. *Quid Iuris*, 12, año 6, México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/quid-iuris/article/view/17373/15582> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Green, C. (2009). An Intellectual History of Judicial Activism. *Emory Law Journal*, 58(5), 1195-1266. <http://dx.doi.org/https://doi.org/10.15779/Z38X71D> (fecha e consulta: enero de 2021).

- Guastini, R. (2005). La constitucionalización del ordenamiento: el caso italiano. En M. Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2a. ed. Madrid, Trotta.
- Hennig, M. C. (2012). La jurisdicción constitucional entre judicialización y activismo judicial: existe realmente “un activismo” o “el activismo”. *Estudios Constitucionales*, 10(2), 429-454. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200011>
- Horn, H. R. (2010). Activismo judicial versus gobierno democrático. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (14), 183-192. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3331531> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Laise, L. D. (2020). ¿Puede la expansión del derecho al acceso a la justicia potenciar al activismo judicial? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional* (24), 147-173.
- Lambert, E. y Sánchez, L. P. (2010). *El gobierno de los jueces y la lucha contra la legislación social en Estados Unidos: la experiencia americana del control judicial de la constitucionalidad de las leyes*. Madrid. Tecnos.
- Lozada, A. (2018). Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque pospositivista. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* (41). <https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11>
- Marianello, P. (2012). El activismo judicial, una herramienta de protección constitucional. *Revista de Ciencias Sociales* (32), año 6, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-activismo-judicial-una-herramienta-de-proteccion-constitucional.pdf> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Mejía, J. y Pérez, R. (2015). Activismo judicial y su efecto difuminador en la división y equilibrio de poderes. *Justicia* (27), 30-41. Barranquilla, Universidad Simón Bolívar. <http://www.scielo.org.co/pdf/just/n27/n27a03.pdf> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Muñoz, J. C. (2020). Un replanteamiento al significado del activismo judicial. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* (34), 75-96. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/5870> (fecha de consulta: enero de 2021).
- Peyrano, J. (2009). Sobre el activismo judicial. En *Activismo y garantismo procesal*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Cór-

- doxa. <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/activismo.pdf> (fecha de consulta: febrero de 2020).
- Pinelli, C. (2019). Poderes políticos vs. activismo judicial. En P. Riberi (coord.). *Fundamentos y desafíos de la teoría constitucional contemporánea*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5537/10.pdf> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Poyanco, R. (2015). Los derechos sociales, el activismo judicial y el riesgo de rigidización ideológica, *Cuadernos de Derecho Actual* (3). <http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/31/27> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Pozzolo, S. (2005). Un constitucionalismo ambiguo. En M. Carbonell (comp.). *Neoconstitucionalismo(s)*, 2a. ed., Madrid. Trotta.
- Prieto, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos: ensayos de filosofía jurídica*, Madrid, Trotta.
- Prieto, L. (2014). *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*. México. Ubijus.
- Ramos, E. (2002). Democracia de la tercera ola en América Latina y el papel de la OEA. *Revista Venezolana de Análisis de Coyuntura*, VIII (1), 65-98. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=36480105> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Rivera, D. F. (2019). ¿Cuál es el modelo de justicia que buscamos? Reflexiones sobre el activismo judicial y su impacto en el sistema constitucional colombiano. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 647-655.
- Sagüés, N. P. (2009). “Activismo” versus “garantismo” a propósito de la producción de pruebas y medidas precautorias de oficio en la acción de amparo ambiental. *Cuadernillo de Derecho Procesal Constitucional*, 121-134. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/30356> (fecha de consulta: junio de 2020).
- Sosa, J. M. (2017). Activismo judicial de los tribunales constitucionales y su posible legitimación a través de mecanismos vinculados a la democracia deliberativa. *Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito*. <https://www.conpedi.org.br/wp-content/uploads/2017/08/Juan-Manuel-Sosa-Peru.pdf> (fecha de consulta: enero de 2021).

- Timm Hidalgo, A. (2011). Activismo judicial progresista, dos propuestas contemporáneas: el uso alternativo del derecho y el activismo dialógico [tesis de máster]. Universidad Carlos III de Madrid. <https://bit.ly/34ZdnHR> (fecha de consulta: enero de 2021).
- Vargas, M. R. (2019). Reflexiones acerca de la relación entre justicia constitucional y formulación de políticas públicas con enfoque basado en derechos humanos. *Lex. Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, 17(24), 47-60. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7417165.pdf> (fecha de consulta: diciembre de 2020).
- Vargas, M. R. (2020). Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad. *Revista de la Facultad de Derecho* (49). http://www.scielo.edu.uy/scielo.php?pid=S2301-06652020000201105&script=sci_arttext (fecha de consulta: diciembre de 2020).
- Vega, J. (2018). Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial, *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* (4), 123-150. <https://doxa.ua.es/article/view/2018-n41-limites-de-la-jurisdiccion-concepciones-del-derecho-y-activismo-judicial> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Villanueva, R. (2018). Activismo judicial y límites del derecho en la actuación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho* (41). <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/501181> (fecha de consulta: enero de 2020).
- Wayne, W. (1992). Two faces of judicial activism, *George Washington Law Review*, 61(1). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/gwlr61&div=10&id=&page=> (fecha de consulta: enero de 2020).





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La jurisprudencia en la reforma judicial mexicana de 2021

Judicial Precedents in the Mexican Judicial Reform of 2021

Recepción: 27 de abril de 2022

Aceptación: 28 de junio de 2022

José María SOBERANES DÍEZ*

RESUMEN. En el presente trabajo se analizan los cambios en el régimen jurisprudencial de la reforma de 2021, por lo que hace a la forma de expresar los precedentes y a las reglas para que un criterio judicial sea obligatorio.

Palabras clave: jurisprudencia, precedente judicial, *stare decisis*, reforma judicial.

ABSTRACT. *In this paper, the changes in the jurisprudential regime in the 2021 reform are analyzed, regarding the way of expressing the precedents and the rules so that a judicial criterion is mandatory.*

Keywords: *judicial precedents, case laws, stare decisis, equality judgment, judicial reform.*

* Profesor-investigador en la Universidad Panamericana. Investigador Nacional nivel II del Sistema Nacional de Investigadores del Conacyt. ORCID: 0000-0001-7400-8302. Correo: jmsobranes@up.edu.mx

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La expresión de los precedentes*. III. *La distinta fuerza obligatoria de los criterios*. IV. *A manera de conclusión*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de las novedades de la reforma judicial de 2021, que abarcó modificaciones tanto constitucionales como legales, hay una que impacta de forma especial todos los ámbitos de lo jurídico: la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación. En efecto, se trata de cambios que, desde el punto de vista de los usuarios, afectan a los jueces y a los abogados, pero también a la academia, ya que todos emplean de una forma u otra los precedentes. Hay que señalar, además, que si bien los órganos del Poder Judicial federal no son los únicos que pueden establecer jurisprudencia, en la práctica son los más importantes, y casi los únicos citados, ya que la fuerza centrípeta del amparo produce que casi todos los casos terminen en esa instancia jurisdiccional.

Tomando en cuenta el impacto que tiene la jurisprudencia en la vida jurídica, el que se haya modificado la forma de integrar y expresar los precedentes, distinta a la utilizada en el último siglo, hace necesario analizar el nuevo marco normativo de esta fuente del derecho. Ese es el objeto del presente trabajo.

Para ello, se analizará cómo cambió la forma de expresar los precedentes (apartado II), puesto que las tesis tradicionales en el sistema mexicano tienen nuevos elementos para acercarlas más al caso del que derivan. Además, se valorarán las modificaciones a las reglas para poder considerar un criterio como jurisprudencial (apartado III), pues de dichas reglas depende la obligatoriedad que tenga.

Antes de realizar ese análisis, hay que hacer una aclaración. En el Poder Judicial de la Federación se insertan, conforme al artículo 94 constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral, los plenos regionales, los tribunales colegiados de circuito, los tribunales colegiados de apelación y los jueces de distrito. Atendiendo a la materia, y en una clasificación muy genérica que desconoce matices importantes, podemos decir que existe un órgano judicial electoral y órganos judiciales “no electorales”. En este trabajo nos referiremos a la jurisprudencia de los órganos del Poder Judicial de la Federación “no electorales”, con

lo cual dejaremos de lado la jurisprudencia electoral a la que se le aplican otras reglas.

II. LA EXPRESIÓN DE LOS PRECEDENTES

En el artículo 218 de la Ley de Amparo, reformado en 2021, se dispone que cuando la Suprema Corte, los plenos regionales o los tribunales colegiados de circuito establezcan un criterio relevante en una sentencia deben elaborar una tesis.

La tesis es una forma de expresar la jurisprudencia muy particular de México. Presenta ventajas en cuanto al conocimiento de los precedentes, pero también supone una serie de problemas. En el presente apartado se abordarán las razones por las que existe este sistema, sus inconvenientes, y cómo se intentaron paliar en la reforma de 2021.

1. *Las razones de ser del sistema de tesis*

Si el principio *stare decisis*¹ constituye una “necesidad filosófica” del sistema *common law* (Cooper, 1988, p. 206), en el que surgió la *judicial review*, que es una de las tres grandes influencias del amparo (Soberanes y Martínez, 2002, p. 123), era lógico que este principio se anejara al sistema jurídico mexicano al surgir esta garantía constitucional.

La incorporación del *stare decisis* supuso un problema relativo a su dimensión vertical, que implica que los inferiores resolvieran conforme al criterio del superior: cómo puede el juez de instancia menor conocer este criterio. Ello cobra más relevancia en el siglo XIX, en que las sentencias se redactaban, se cosían a los expedientes, se notificaban a las partes y se archivaban. ¿Cómo podía conocer un juez de distrito de Guadalajara el criterio de la Suprema Corte al resolver un recurso en revisión interpuesto en contra de una sentencia de un juez veracruzano?

¹ La doctrina *stare decisis et quia non movere* conforme a su nombre completo, que significa estar a lo decidido y no perturbar lo ya establecido, opera vertical y horizontalmente. En el primer caso exige que los tribunales inferiores resuelvan según el criterio sentado por los tribunales superiores. Horizontalmente opera vinculando a los tribunales a sus propias decisiones anteriores, no al de otros tribunales de igual rango (De Otto, 2001, p. 291).

Lo anterior se agravaba con la gran cantidad de asuntos que resolvía la Corte, pues se perdía conciencia de lo que se decidía, pudiendo incluso dificultar a ese propio órgano saber qué había resuelto. Los particulares intentaron resolver esa problemática con la creación del periódico *El Foro*, que dependía de la voluntad del alto tribunal de permitirle el acceso a sus fallos para transcribirlos y publicarlos, lo que no siempre ocurría, y era motivo de quejas (1876, pp. 243 y 244).

Para no depender de la buena voluntad de los ministros ni de los particulares que publicaban sentencias,² el presidente de la República Benito Juárez García, en una decisión cuestionable desde el punto de vista de la separación de poderes, ordenó la creación del *Semanario Judicial de la Federación* por decreto del 8 de diciembre de 1870, con objeto de que ahí se publicaran las sentencias dictadas por los tribunales federales.³

En las primeras cuatro épocas del *Semanario Judicial de la Federación*,⁴ conocidas como “históricas” por ser anteriores a la Constitución de 1917, se publicaban las sentencias tanto de los jueces de distrito como de los tribunales de circuito, así como los pedimentos del procurador general de la nación, del ministro fiscal de la Suprema Corte de Justicia y de los promotores fiscales de los tribunales de circuito y juzgados de distrito. Así pues, se transmitían todos los argumentos jurídicos: los de las partes y los de los juzgadores.

Aunque con esta práctica se conocían los razonamientos de las sentencias y, por tanto, podía seguirse el principio *stare decisis*, la multiplicidad

² González Oropeza (2008, p. 45) considera la creación del *Semanario* como una “respuesta al periodismo judicial”, pues con ello la publicidad ya no dependería de los buenos oficios de la prensa.

³ El artículo primero de dicho decreto menciona: “se establece un periódico con el nombre de «Semanario Judicial de la Federación» en el que se publicarán todas las sentencias definitivas pronunciadas por los tribunales federales, desde el restablecimiento del orden legal en 1867, y las que pronunciaren en lo sucesivo” (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1992, p. 186).

⁴ Como muchas revistas, el *Semanario* ha tenido distintas épocas. La primera cubre de 1871 —en que se creó— a 1875 —que dejó de publicarse por razones presupuestales—. La segunda da inicio en enero de 1881, con la reaparición del *Semanario*, y terminó en diciembre de 1889, cuando se consideró necesario iniciar una nueva época para dar cuenta con los amparos en contra de resoluciones judiciales. Esta tercera inició, pues, en enero de 1890, y se extendió hasta diciembre de 1897, en que se reformó el Código Federal de Procedimientos Civiles, suprimiendo la institución de la jurisprudencia. La cuarta inicia al año siguiente, en 1898, y finaliza en 1914, cuando habiendo triunfado Carranza se hizo efectivo lo dispuesto en el Plan de Guadalupe sobre la supresión de la Suprema Corte.

de citas dificultaba conocer de forma sistemática los criterios jurídicos que sustentaban las resoluciones de la Corte para aplicar eficazmente ese principio. En este sentido, Jacinto Pallares (1877, p. 37) se quejaba de que “la Corte de Justicia Nacional hasta ahora no ha sabido crear jurisprudencia y ha venido a desprestigiar esa fuente de derecho [por lo que] dentro de poco esa torre de Babel llamada «derecho constitucional» se convertirá en un laberinto inexplicable”.

Por esos motivos, a partir de que el *Semanario* fue repuesto, tras el restablecimiento de la Suprema Corte con la expedición de la Constitución de 1917, las difusiones en este medio sufrieron un cambio importante, pues en vez de publicarse la sentencia entera únicamente se divulgaba el fragmento de la parte considerativa en la que se realizaba la interpretación o razonamiento definitorio.

El fragmento de la sentencia que contenía la interpretación realizada por la Suprema Corte fue llamado “tesis”, por ser una conclusión mantenida con razonamientos. En ese primer momento solían ser muy escuetas: unas cuantas palabras tomadas de la parte considerativa, que distaban mucho de las publicaciones anteriores que constaban de muchas páginas por asunto.⁵ Estas tesis eran meros fragmentos de sentencia, que muchas veces tenían consideraciones propias del caso, pues su único fin era dar a conocer la resolución de forma breve.⁶ Así pues, las tesis surgieron por el afán de terminar con la torre de Babel en la que se estaba convirtiendo la doctrina constitucional, de acuerdo con Pallares.

Las mismas, además de tener un fragmento de las sentencias y los datos de éstas, se publicaban con un rubro, un título que no era más que una

⁵ Un ejemplo de la brevedad de la tesis lo encontramos en un amparo resuelto en 1918, en donde la tesis entera dice: “IMPUESTOS MINEROS. Los Estados tienen facultad para decretarlos, en virtud de que no les está expresamente prohibido por la Constitución Federal vigente” (*Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. III, p. 48).

⁶ Un ejemplo de ello lo encontramos en una tesis de esa quinta época que tiene consideraciones particulares: “Aun cuando el Ministerio Público formuló conclusiones acusatorias en contra de la encausada por el delito de lenocinio previsto en la fracción II del artículo 207, reformado y adicionado, del Código Penal, el hecho de que el juzgador lo considerara configurado dentro de lo dispuesto por la fracción III del propio precepto, en nada afecta al acusado, ya que la disposición legal de que se trata, enumera, en sus diversas fracciones, las modalidades de lenocinio; y la circunstancia de que se hubiera realizado en forma ajena a la señalada por el representante social, no implica su inexistencia, en términos de dejarlo impune, cuando la pena, en uno y otro caso, es análoga, en los términos del artículo 206 del propio cuerpo de leyes.” (*Semanario Judicial de la Federación*, 5a. época, t. LXXXIX, p. 1105).

identificación del tema que se trataba en la sentencia. Es de suponerse que dicho rubro tenía como fin el facilitar la localización de los precedentes judiciales. Si se hacían fichas con el rubro y los datos de la publicación de la tesis (tomo del *Semanario* y página), los abogados y jueces, ante un caso del mismo tema, podrían buscar en su fichero asuntos precedentes para únicamente buscar en los tomos y páginas pertinentes.⁷

Aunque en un principio las tesis eran meras reproducciones de las sentencias realizadas por el director del *Semanario Judicial de la Federación*, en 1988 se reformó la Ley de Amparo para disponer que el tribunal que sustentara un criterio elaborara una tesis, aprobando el rubro y el texto.⁸ Para dar cumplimiento a ello, la Suprema Corte dispuso que en la tesis se plasmara el criterio judicial en diferentes términos a los usados por la sentencia, pues debía expresarse de forma general y abstracta.⁹

Hay que señalar que no en todos los casos se redactaba una tesis, sino sólo en aquellos considerados relevantes por el tribunal respectivo. En esos casos podía considerarse que existía jurisprudencia si se cumplían los requisitos para que el criterio fuera obligatorio, aunque era muy complicado para los jueces y abogados conocer el criterio por la falta de publicidad.¹⁰

Tras la reforma constitucional de diciembre de 1994 que modificó la estructura y competencias del Poder Judicial de la Federación, se exploró

⁷ Eso es lo que explicaría la peculiar forma de redacción de los rubros, en donde se pone primero la palabra que represente el género próximo, aunque no corresponda a las tradicionales formas sintácticas. No se usa, por ejemplo, un rubro “CASOS EN QUE DEBE CONCEDERSE LA SUSPENSIÓN”, sino “SUSPENSIÓN, CASOS EN QUE DEBE CONCEDERSE LA”, puesto que quien tenga un caso sobre esta medida cautelar no buscaría en la “C” de casos, sino en la “S” de suspensión. En suma, un sistema documental tradicional.

⁸ Artículo 195 de la Ley de Amparo, reformado el 5 de enero de 1988.

⁹ Textualmente dispuso el Acuerdo 5/2003 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que una tesis es “la expresión por escrito, en forma abstracta, de un criterio jurídico establecido al resolver un caso concreto. En consecuencia, la tesis no es un extracto... de la resolución”.

¹⁰ En efecto, si bien no existía tesis sin una sentencia que la respaldara, podía existir una jurisprudencia sin tesis, como expresamente dijo la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2a./J. 94/2000). Con ello, la Corte dio respuesta a un antiguo argumento de Carlos de Silva y Nava (1975, p. 119), quien había apuntado que la elaboración de tesis era un requisito de existencia de la jurisprudencia, pues si no elaboraba y publicaba esta síntesis carecía de un requisito esencial. Esas ideas ya habían sido replicadas por Zertuche (1990, p. 355), quien alegaba que, de necesitarse las tesis, la obligatoriedad de las decisiones de los tribunales dependería de la voluntad del director del *Semanario*.

la posibilidad de dejar atrás el sistema de tesis, y pasar a una “jurisprudencia de razones” (Cossío, J., 2008, p. 717). Para no hacerlo de forma abrupta, se quiso limitar el cambio a cierto tipo de asuntos, y por ello, al expedirse la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del Artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante Ley Reglamentaria), se dispuso expresamente que serían obligatorios los razonamientos en los que la Suprema Corte fundara sus decisiones, por lo que mandó que las sentencias se publicaran íntegramente en el *Semanario Judicial*.¹¹

No obstante, la Suprema Corte de Justicia, en el Acuerdo General 4/1996, dispuso que en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad también se redactaran tesis, las que se publicarían además de la resolución íntegra. Esta forma de presentar los criterios de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad se mantuvo hasta que el 4 de abril de 2016 se dispuso que no se hicieran tesis en este tipo de asuntos, sino que la divulgación de la jurisprudencia se limitara a la publicación de las sentencias.¹² En estos casos, sin embargo, la resolución sería antecedida de una expresión de los temas abordados, redactados con la misma forma que los rubros, a efecto de facilitar su búsqueda.

2. Los problemas del sistema de tesis

Salvo en los derivados de las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucional, en México los precedentes se formulan a través de tesis, por los motivos históricos antes expuestos. Hasta la reforma de 2021 las tesis constituían expresiones generales y abstractas de criterios dados como respuesta por tribunales autorizados para ello.

El que la jurisprudencia constituya una norma general y abstracta no es una cuestión novedosa de México. El mismo Hans Kelsen sostuvo claramente que la jurisprudencia podía constituir una norma general y abstrac-

¹¹ Expresamente dispuso la Ley: “Artículo 44. Dictada la sentencia, el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ordenará notificarla a las partes, y mandará publicarla de manera íntegra en el *Semanario Judicial de la Federación*, conjuntamente con los votos particulares que se formulen”.

¹² Esto se encuentra en el “Instrumento normativo” aprobado por el Pleno de la Suprema Corte, sin número, y publicado el 18 de abril de 2016 en el *Diario Oficial de la Federación*.

ta.¹³ La diferencia del sistema de tesis consiste en que la forma de expresarse es general y abstracta, y no una consecuencia de su uso. En efecto, mientras que en un sistema jurisprudencial como el anglosajón se redacta una sentencia de forma concreta, y con su aplicación en casos futuros adquiere la generalidad, en el sistema de tesis nace con estas características, sin necesidad de que se aplique en casos posteriores.

Así pues, hasta 2021, la jurisprudencia en México desde el punto de vista de su expresión era similar a la ley. Ello llevó a considerar que las tesis constituían actos legislativos.¹⁴ Eso se corroboraba con el hecho de que las tesis fueran utilizadas por abogados y jueces de forma similar a las leyes. Se debía subsumir lógicamente el caso concreto en el supuesto abstracto de la tesis y atribuirle la consecuencia jurídica en ella prevista. Esto es, en la práctica la aplicación de las tesis se hacía mediante silogismos.¹⁵

Lo anterior distaba mucho del funcionamiento de la jurisprudencia en otras naciones, en donde la aplicación de precedentes no se hace por forma de silogismos, similar a lo que sucede con la ley, sino mediante la analogía. Ambos razonamientos son sumamente distintos.

En efecto, el razonamiento analógico implica cuatro elementos: dos problemas (a y b) y dos posibles respuestas (x y z), las cuales serán una si los supuestos son iguales. En el pasado existió un problema jurídico (a) al que se le dio una solución judicial (x); y actualmente existe otro problema jurídico (b), que requiere que los jueces le den solución (z). Con base en la analogía, habría que comparar ambas problemáticas (a y b), pues en la medida en que sean similares, deben tener la misma solución (si $a = b$, $z = x$).¹⁶

¹³ Expuso el célebre jurista austriaco que “un tribunal, en especial un tribunal de última instancia puede estar facultado no sólo para producir con sus sentencias normas obligatorias individuales, válidas para el caso presente, sino también normas generales. Así pasa cuando la sentencia judicial crea un llamado precedente. Es decir, cuando la solución de un caso concreto se convierte en obligatorio para la resolución de casos iguales” (Kelsen, 1991, p. 258).

¹⁴ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, Fraga, 1991, pp. 66 y ss.

¹⁵ Por ejemplo, si el rubro de una tesis disponía que una demanda sin firma debía desecharse, cuando un juez recibía un escrito inicial no rubricado, subsumía la regla jurisprudencial en el caso y desechaba. Era la misma forma de proceder que si eso lo hubiera dispuesto una ley procesal.

¹⁶ Para profundizar sobre el razonamiento analógico, es ejemplificativo lo que exponen Guastini (2006, pp. 93 y ss.) y Lara (2021, p. 99).

Por su parte, en el razonamiento silogístico que se usa para aplicar las tesis, únicamente requiere de la existencia de una respuesta previa (p), que es general y abstracta, y el nuevo problema jurídico (n). El operador jurídico debe comparar la premisa mayor, constituida por la respuesta previa (p), con el problema que tiene entre manos (n), para valorar si aquéllas se relacionan de forma afirmativa o negativa. En el primer supuesto, aplicaría la tesis, pero no en el segundo.

La distinción entre la aplicación con uno u otro método sólo es cuestión analítica. También desde un punto de vista cualitativo distan, ya que la analogía supone un análisis dialéctico que permita determinar que los supuestos (a y b) son diferentes o iguales, mientras que el silogismo implica decretar que el nuevo supuesto (s) se incluye en el precedente (p).

En este sentido, el razonamiento que exige un sistema de precedentes implica un diálogo entre el juzgador del caso actual y el juzgador del caso precedente. Esto lo explica Ronald Dworkin (1988, pp. 166-173) con la metáfora de la novela de cadena, en que cada uno de los capítulos es redactado por un autor distinto, pero debe tomar en cuenta lo previamente dicho, y debe tener conciencia de que otro autor continuará escribiendo. En esta cadena de autores, la labor del juez es repasar y leer lo que otros jueces han dictaminado en el pasado no sólo para saber qué han dicho anteriormente, sino para formar su parecer, y de esta manera sentirse como el eslabón en una compleja cadena en la que todas las innumerables sentencias anteriores son la historia. Su responsabilidad está en hacer progresar esa empresa hacia el futuro o en construir la novela de la mejor manera posible.

Este diálogo implica, de forma muy general, que deben considerarse las similitudes y diferencias entre el caso precedente y el actual. El juez, una vez que valora esas semejanzas y diferencias, puede decidir: *a)* aplicar (*apply*) la regla precedente la regla del nuevo caso cuando se trate de dos litigios verdaderamente similares; *b)* seguir (*follow*) la regla del precedente cuando a pesar de que existen diferencias entre los dos casos, a juicio del tribunal, éstas no justifican un trato jurídico distinto y, por tanto, extiende, a través del razonamiento analógico, la regla del precedente al nuevo supuesto, o *c)* distinguir (*distinguish*), esto es, no aplicarla en el asunto que resuelve y crear una nueva regla, cuando a criterio del tribunal las diferencias entre ambos casos son significativas y merecen un trato jurídico distinto (Cajas, 2009, p. 280).

Esta aplicación analógica que permite tres posibles decisiones a un juez ante un precedente no es posible con el sistema de tesis. Un juzgador,

ante un nuevo caso, únicamente debe valorar si existe una tesis que resulte exactamente aplicable; si existe, la debe emplear; si no existe una tesis exactamente aplicable, no la utiliza, pese a que los argumentos que se dieron en la sentencia pudieran ser usados.

Hay que apuntar que el razonamiento analógico resultaba sumamente difícil con el sistema de tesis que imperó entre 1917 y 2020, puesto que carecen de referencia al problema que lo suscitó, ya que únicamente consignan el criterio jurídico que se estableció como respuesta. Ante la carencia de uno de los cuatro elementos necesarios para este juicio (el a) es prácticamente imposible valorar si existe igualdad o desigualdad entre los problemas planteados. Claro, un abogado o un juez podían acudir a la sentencia que había originado la tesis para conocer los hechos. Sin embargo, esto no era lo usual. Era realmente extraño encontrar una referencia a los hechos del precedente en los escritos jurídicos, lo que denotaba que no se habían revisado aquéllos.

Eso producía que muchas veces la generalización del criterio del precedente hacia situaciones que no se analizaron, como resultado de la necesidad de expresarlo de forma abstracta y general. Por ejemplo, en un juicio en el que se valoró la forma en que debía practicarse la notificación de la resolución que dispuso adelantar la fecha de audiencia, y se resolvió que debe ser personalmente, podría redactarse una tesis en la que se dijera que procede la notificación personal en casos de “cambio de la fecha de audiencia”, sin distinguir si la modificación obedece a un adelanto o a un diferimiento, por la necesidad de generalizar.

A este fenómeno, que no es propio de México, se le ha denominado “maximalización” de la jurisprudencia (Sunstein, 1995, *passim*). Esta opción intenta que el precedente establezca reglas generales, comprensivas de una serie amplia de situaciones (Sagüés, 2007, p. 664). Lo contrario es el minimalismo, que postula que dicho precedente sea establecido en forma concreta y profundamente condicionado por los hechos del caso (Sunstein, 1999, p. 12).

Cada una de estas posturas presenta ventajas y desventajas. El maximalismo puede ser útil para lograr rompimientos culturales profundos, como hizo la Suprema Corte en los casos de segregación racial.¹⁷ Sin embargo,

¹⁷ Por ejemplo, el caso *Pressy vs. Furgueson* (163, U.S., 537), donde los jueces dejaron claro que no podía aplicarse en absolutamente ningún caso la doctrina “iguales, pero separados”.

para los “casos difíciles”, o cuando la decisión puede ser confusa frente a casos futuros resulta mejor el minimalismo (Cajas, 2009, pp. 289-291).

El sistema de tesis, como subsistió hasta 2021, sólo daba oportunidad a precedentes maximalistas, e impedía que la doctrina jurisprudencial se configurara paulatinamente, por analogía, mediante un diálogo entre jueces. Por ello, resultaba necesario revisar el sistema.

3. *Los cambios realizados en la reforma de 2021*

Como se ha visto, el gran problema del sistema tradicional de tesis, que imperó desde 1917, era la carencia de referencia a los hechos del caso que la originó, lo que impedía la analogía y potenciaba el efecto maximalista de los precedentes. Esto fue lo que quiso corregirse en la reforma de 2021, y por ello en el artículo 218 de la Ley de Amparo se dispuso que las tesis debían contar con un apartado de narración de los hechos, en el que se expusieran los antecedentes relevantes que dieron lugar al criterio adoptado.

Pero no sólo estableció que tuvieran ese apartado, sino otros: el rubro, el criterio jurídico, la justificación y los datos de identificación. Tanto el rubro como los datos de identificación son elementos que ya se encontraban en las tesis desde que se implementó este sistema. La novedad se encuentra en los otros tres apartados.

Los teóricos del modelo jurisprudencial norteamericano han identificado que los precedentes se componen de los hechos y de la decisión judicial; esta última, a su vez, consta de *holding*, *dictum* y *rationale* (Magaloni, 2021, p. 152). El *holding*, al que los ingleses llaman *ratio decidendi*, es la regla que un tribunal establece como respuesta al problema planteado por las partes (Twining y Miers, 2010, p. 305). *Dictum*, que es una abreviatura en singular de *obiter dicta*, son las consideraciones no necesarias para resolver, pero que ejemplifican cómo decidiría otra situación (Cross *et al.*, 2012, p. 106). *Rationale*, por su parte, es la justificación que da el tribunal para llegar a la solución, y no a otras: *the grounds of the holdig*, la justificación de la decisión (Magaloni, 2021, p. 153).

La nueva forma de las tesis mexicanas claramente está influenciada por la teoría del precedente norteamericano. Ahora encontramos un apartado de hechos; el *holding* podría identificarse con el rubro y el criterio jurídico;

el *rationale*, con la justificación, y las *dicta* representarían las consideraciones de la sentencia no llevadas a la tesis.¹⁸

Es una innovación que las tesis cuenten con tres apartados. Sin embargo, es una novedad relativa, si consideramos que el criterio jurídico no es más que una reiteración del rubro, que ya se encontraba desde antes de 2021,¹⁹ y que la justificación es similar a lo que se consideraba como texto de la tesis en el modelo anterior. Por ello, la gran primicia está en el apartado de hechos, que, como se ha visto, resultaba necesario para poder aplicar la jurisprudencia por analogía, y para no reducirse a un modelo maximalista.

Ahora bien, que sea el propio tribunal el que establece cuáles son los hechos relevantes representa un problema desde la teoría del precedente norteamericano, que ha servido de inspiración a la nueva forma de las tesis, como se dijo. En los Estados Unidos se ha dicho que si bien el tribunal que establece el precedente marca las pautas para que el usuario seleccione los hechos esenciales (Tribe y Dorf, 1990, p. 1059), debe ser quien se enfrenta a un nuevo caso el que interprete los hechos y valore cuáles son relevantes (Kress, 1989, p. 300), y sobre ello decida si fue un precedente maximalista o minimalista.

Posner (1985, p. 253) explica esto con un ejemplo: los hechos del precedente eran que se le había prohibido a un adulto el acceso a anticonceptivos, y eso fue declarado inconstitucional; y en el caso actual, a un menor

¹⁸ De una sentencia pueden surgir varias tesis, si tienen que resolver distintos problemas. Eso ocurre frecuentemente en las desestimatorias, ya que se analizan diversos conceptos de violación y/o agravios que versan sobre distintos cuestionamientos. El núcleo de cada respuesta dada a los planteamientos de las partes sería un *holding* particular, por lo que podemos encontrar sentencias con distintos *holding*, cada uno referido a un problema distinto. El problema, en todo caso, estaría cuando un tribunal elabora una tesis sobre consideraciones *obiter dicta*. Aun cuando no debería hacerlo, no puede descartarse esa posibilidad.

¹⁹ El criterio y el rubro pueden identificarse, aunque se trate de apartados distintos de una tesis, ya que expresan la misma idea, aunque con una redacción un poco diferente. A manera de ejemplo, puede citarse la tesis 2a. I/2021 (11a.), cuyo rubro es “TRABAJADORAS DE CONFIANZA AL SERVICIO DEL ESTADO. ES PROCEDENTE EL PAGO DE SALARIOS CAÍDOS CUANDO SEAN DESPEDIDAS POR SU CONDICIÓN DE EMBARAZO O DURANTE EL PERIODO DE LICENCIA POSTNATAL”. Si lo comparamos con la justificación, podemos ver que es prácticamente similar. En el caso indica la tesis en ese apartado: “La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que las mujeres trabajadoras de confianza que sean despedidas por su condición de embarazo o durante el periodo de licencia postnatal, sí cuentan con el derecho a reclamar el pago de salarios caídos”.

de edad se le prohibió el acceso. ¿Es relevante la edad? Eso debe decidirlo el usuario del precedente, no quien lo estableció, conforme a la doctrina norteamericana.

Sin embargo, en el nuevo sistema mexicano es el tribunal que sienta una tesis el que toma esa decisión, sustituyendo la labor de los usuarios del precedente en los casos venideros. Puede optar de antemano por un modelo maximalista si generaliza los hechos. En el ejemplo de Posner, si un tribunal no hace referencia a la edad, sino que habla simplemente de personas, ha resuelto casos que no son exactamente iguales. Pero si se refiere a “persona adulta”, está descartando la aplicación sin más a casos que involucren a menores, sin permitir no que se aplique, sino que se sigan los razonamientos.

Ante esta cuestión, conviene preguntarnos si no hubiera sido mejor facilitar el acceso a la sentencia de la que deriva una tesis. Es comprensible que sea complejo abandonar totalmente el sistema de tesis, porque los operadores jurídicos mexicanos están demasiado acostumbrados a él, pese a los problemas que representa, y que ya han sido comentados. Por eso nos referimos a facilitar el acceso, como podría ser el colocar un hipervínculo a la sentencia en los datos de identificación, con lo que sería sencillo consultarla y conocer de primera mano los hechos. Eso, sumado a redacciones más breves y claras de las sentencias, ayudaría mucho, como expusieron Carlos Bernal y otros (2018, p. 358), al evaluar las sentencias mexicanas.

Hay que señalar que en términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículo 157) este sistema de tesis, aunque previsto en la Ley de Amparo, rige para todos los asuntos, salvo que existan reglas particulares en la ley particular de un tipo de casos. Actualmente sólo en el caso de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad existe un sistema distinto, por disposición de la Ley Reglamentaria del artículo 105 constitucional, que mandata que se publiquen íntegras las sentencias desde 1995, como se indicó anteriormente.

Como consecuencia de eso, desde 2018 existen dos sistemas de publicidad y búsqueda de criterios jurisprudenciales en el *Semanario Judicial de la Federación*: el de tesis, que es el general, y el de precedentes, sólo referido a controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Desde antes de la reforma de 2021, en comento, ya se había hecho la observación de que esta dualidad no era conveniente, y que resultaba oportuno unificar la forma de publicitar los criterios jurisprudenciales

(Bernal y Camarena, y Martínez, 2018, p. 358). Para los usuarios es más complicado tener que realizar búsquedas en dos sistemas diferentes, y hacerlo con dos lógicas distintas. Hay que señalar que no se trata de usuarios diversos. El abogado o el juez de amparo o de casos de legalidad debe conocer y emplear los criterios de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, pues son obligatorios para otro tipo de asuntos.

Por ello, resulta extraño que en la reforma de 2021 no se haya unificado la forma de publicidad de los criterios judiciales, bien sea estableciendo la publicación de las sentencias, o mandando que se redactaran tesis en las controversias y acciones, como se hizo entre 1995 y 2018. La pervivencia de estos sistemas tras una reforma que tuvo por objeto dotar de “coherencia, uniformidad y fuerza a la jurisprudencia”, conforme a la exposición de motivos, resulta incomprensible.

III. LA DISTINTA FUERZA OBLIGATORIA DE LOS CRITERIOS

La Ley Orgánica de los artículos 101 y 102 de la Constitución Federal del 5 de febrero de 1857, promulgada el 14 de diciembre de 1882, estableció que el dictado de una sentencia en contra de la interpretación fijada por la Suprema Corte en cuando menos cinco sentencias uniformes constituía un delito que se castigaría con la pérdida del empleo y prisión de seis meses a tres años.²⁰

Con esta norma se inició una tradición mexicana que distingue entre la fuerza obligatoria de los razonamientos de las sentencias en atención a las condiciones con las que son tomadas: no toda interpretación judicial obliga de la misma forma. Sólo si cumple con determinados requisitos vinculará a los jueces.

Si bien en el sistema *stare decisis* anglosajón, que influyó en la expresión de la jurisprudencia como se ha visto, entiende un solo precedente

²⁰ Textualmente disponía: “70. La concesión ó denegación del amparo contra texto expreso de la Constitución o contra su interpretación, fijada por la Suprema Corte, por lo menos en cinco ejecutorias uniformes, se castigará con la pérdida del empleo, y con prisión de seis meses a tres años, si el juez ha obrado dolosamente; y si sólo ha procedido por falta de instrucción o descuido, quedará suspenso de sus funciones por un año”. Puede verse el texto en (Soberanes y Martínez, 2004, p. 199).

constituye derecho y genera obligación, por lo que Goodhart lo denomina “la doctrina del precedente individual obligatorio” (1934, p. 41), en los sistemas jurídicos continentales o civilistas, la jurisprudencia adquiere importancia cuando una determinada solución se repite en el tiempo y genera una costumbre. En algunos países se llama a este método “jurisprudencia constante”,²¹ y en otros, “doctrina jurisprudencial” (De la Oliva, 1999, p. 131).

El entendimiento de la aplicabilidad de la doctrina de la jurisprudencia constante, ya delineada en el siglo XIX, como se vio, quedó concretada en la Ley de Amparo de 1936, donde se estableció que los razonamientos expresados en cinco sentencias uniformes serían obligatorios, pero aumentó el requisito de una votación calificada para que adquirieran la vinculatoriedad hacia otros órganos jurisdiccionales.²²

En esta legislación, en vez de utilizar expresiones como vinculatoriedad u obligatoriedad, menciona que “constituyen jurisprudencia”. Esta locución ha trastocado el término jurisprudencia en México. En vez de ser una fuente de derecho constituida por razonamientos judiciales, en México la jurisprudencia son los razonamientos que cumplen con los requisitos para ser obligatorios. Si esto lo sumamos a que se expresan por medio de tesis, podríamos decir que es la expresión abstracta de razonamientos judiciales que resultan obligatorios.

²¹ Una buena explicación del concepto jurisprudencia constante lo dio la Suprema Corte de Luisiana, en Estados Unidos que, como se sabe, es un estado de aquella nación que no sigue completamente el *common law*, por su origen francés. En el caso *Johnson v. St. Paul Mercury Insurance Co.* (236 So. 2d 216, 218) sostuvo: “en Luisiana los tribunales no están obligados por la doctrina de *stare decisis*, pero existe un reconocimiento en este estado de la doctrina de la *jurisprudence constante*. A diferencia de *stare decisis*, aquella doctrina no contempla la adhesión a un principio de derecho anunciado y aplicado en una única ocasión en el pasado. Sin embargo, cuando en virtud de repetidas decisiones en una larga línea de casos una regla de derecho ha sido aceptada y aplicada por los tribunales, estas adjudicaciones asumen la dignidad de *jurisprudence constante*; y la regla de derecho sobre la que están basadas merece gran consideración en decisiones subsiguientes”.

²² Señalaba la Ley de Amparo: “Artículo 193.- Las ejecutorias de las salas de la Suprema Corte de Justicia constituyen jurisprudencia siempre que lo resuelto en aquéllas se encuentre en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario, y que hayan sido aprobadas por lo menos por cuatro ministros. Las ejecutorias que dicte la misma Suprema Corte en Acuerdo Pleno, también formarán jurisprudencia cuando se reúnan las condiciones que acaban de indicarse para las que pronuncien las salas, pero que hayan sido aprobadas por lo menos por once ministros”.

1. *La regulación antes de la reforma de 2021*

A la jurisprudencia constante, es decir, al criterio reiterado, se le añadieron otras tres formas de establecer razonamientos obligatorios. En 1951, con la creación de los tribunales colegiados de circuito, se añadieron la contradicción de tesis y la modificación de jurisprudencia. Y en 1995, con la expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional se agregó un modo particular para las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

Hasta antes de la reforma de 2021, la Constitución, como *norma normarum*, era la primera en referirse a la creación de esta fuente de derecho y en determinar en qué casos será obligatoria. Su artículo 94 determinaba que sería la ley la que fijara “los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación y los plenos de circuito sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción y sustitución”.

La norma que determinaba lo anterior era la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, cuyo artículo 177 disponía que la jurisprudencia se regiría, por regla general, por la Ley de Amparo, salvo que una ley procesal estableciera una disposición expresa en otro sentido.²³ Esta ley establecía tres métodos para que los criterios constituyeran jurisprudencia: la reiteración, la sustitución y la contradicción.²⁴

La reiteración implica que un mismo criterio jurídico se sostenga en cuando menos cinco asuntos resueltos en sesiones diferentes y aprobado por una votación calificada: ocho votos si el asunto lo conoce el Pleno de la Suprema Corte, cuatro si lo resuelve una de las salas de la Corte, y unanimidad de tres si resuelve un tribunal colegiado de circuito.²⁵

²³ Disponía la ya abrogada Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: “Artículo 177. La jurisprudencia que deban establecer la Suprema Corte de Justicia funcionando en Pleno, las salas de la misma y los tribunales colegiados de circuito en las ejecutorias que pronuncien en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido”.

²⁴ Así lo señalaba textualmente la Ley de Amparo: “Artículo 215. La jurisprudencia se establece por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución”.

²⁵ Los artículos 222, 223 y 234 coincidían en señalar que “se establece cuando se sustente un mismo criterio en cinco sentencias no interrumpidas por otra en contrario, resueltas en diferentes sesiones”, aunque después cada uno de los preceptos hace referencia distinta a la votación indicando: “por una mayoría de cuando menos ocho votos”, referida

La contradicción de tesis era un procedimiento por medio del cual un pleno de circuito, una sala de la Suprema Corte de Justicia o el Pleno de la misma Corte determinan qué criterio jurídico debe subsistir entre dos o más que se contradicen,²⁶ entre los sustentados por dos o más tribunales colegiados, por dos o más plenos de circuito o por salas de la Suprema Corte. Ello, en el entendido de que se trata de órganos de la misma jerarquía.²⁷ El criterio que resuelva la cuestión de fondo constituía tesis de jurisprudencia, aunque los razonamientos *obiter dicta* podrían dar lugar a criterios no vinculantes.²⁸ Únicamente se requería de un caso y no se exigía votación calificada.

La sustitución, conocida antes de 2013 como “modificación de jurisprudencia”, era el procedimiento mediante el cual una persona o ente legitimado solicitaba a quien emitió una jurisprudencia, tras la resolución de un caso concreto, que modificara su criterio, y este último, atendiendo a las razones que se le daban, lo cambiaba. Únicamente se requería de un caso, y se exigía una votación calificada de ocho ministros en el Pleno de la Corte o cuatro ministros en sus salas. En los plenos de circuito únicamente se requería mayoría.²⁹

Estos tres procedimientos de la Ley de Amparo, como se dijo, eran aplicables a todos los casos competencia del Poder Judicial de la Federación,

al Pleno (artículo 222); “por una mayoría de cuando menos cuatro votos”, referida a las salas (artículo 223), y “la votación... deberá ser unánime”, referida a los tribunales colegiados de circuito.

²⁶ Los criterios en contradicción no necesariamente tenían que ser tesis de jurisprudencia, como sostuvo la Corte (Jurisprudencia 1a./J. 129/2004); y el criterio de subsistir no necesariamente debía ser uno de los que se encuentran en contradicción, pues la Corte o el pleno de circuito puede estimar que ambos son erróneos y establecer otro (Jurisprudencia 1a./J. 28/2002).

²⁷ Entre un superior y un inferior no puede presentarse contradicción de tesis, pues el inferior debe seguir el criterio del superior. Por ello, la Corte ha dicho que “cuando se denuncia una contradicción de tesis entre las sustentadas por una sala de la Suprema Corte y un tribunal colegiado de circuito, debe declararse improcedente” (Jurisprudencia 2a./J. 94/2000)

²⁸ Ha dicho la Suprema Corte que “cuando al resolver una [contradicción de tesis] decida cuestiones diversas a la especificada, exclusiva o conjuntamente con ella, el criterio respectivo sólo dará lugar a una tesis aislada” (Tesis CLXXV/89). Ahora, fue usual que las consideraciones *obiter dicta* de cinco contradicciones de tesis en el mismo sentido formaran jurisprudencia por reiteración.

²⁹ Eso lo regulaba el artículo 230 de la Ley de Amparo. Un trabajo en el que se analiza ampliamente esta figura fue elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014).

salvo en el caso de las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, que se rigen por el procedimiento de la ley de la materia. En la ley que rige estos procesos, la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional, establecía que eran obligatorios los razonamientos de una sentencia cuando eran aprobados por cuando menos ocho votos.³⁰ Así pues, con un solo asunto resuelto por ocho votos puede sentarse una tesis de jurisprudencia.

Conforme a lo anterior, los órganos que podían sentar tesis de jurisprudencia eran el Pleno y las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos de circuito y los tribunales colegiados de circuito. El Pleno de la Suprema Corte podía hacerlo por reiteración, contradicción, sustitución y por controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; las salas de la Corte por reiteración y por contradicción; los plenos de circuito, nada más por contradicción, y los tribunales colegiados de circuito únicamente por reiteración.

Dicho en otras palabras, la jurisprudencia eran los criterios aprobados al resolver el fondo de contradicciones de tesis; los aprobados por ocho votos en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad; los aprobados en Pleno de la Corte, por ocho votos, en cinco asuntos resueltos en sesiones diversas; los aprobados en las salas, por cuatro votos, en cinco asuntos resueltos en sesiones distintas, y los aprobados por los tribunales colegiados, por unanimidad, en cinco asuntos resueltos en sesiones diversas.

2. *El régimen jurisprudencial en la reforma de 2021*

El sistema antes descrito era abigarrado. Demasiados factores condicionaban la obligatoriedad de un razonamiento judicial. Había que estar atentos al tipo de asunto, la votación, la reiteración y el que no se reiterara en una misma sesión para poder determinar si un criterio tenía fuerza vinculante o no. Claro, si se redactaba una tesis, se facilitaba esto, pues ésta in-

³⁰ Dice la Ley Reglamentaria aludida: “Artículo 43. Las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las salas, tribunales unitarios y colegiados de circuito, juzgados de distrito, tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, sean éstos federales o locales”.

dicaba si era jurisprudencia o no,³¹ pero aun así era bastante complejo todo el entramado regulatorio.

La reforma judicial de 2021 intentó simplificar este procedimiento muy barroco.³² Se quiso regular esta creación desde la Constitución, a cuyo artículo 94 se le reformó el párrafo que se refería a la jurisprudencia, y se le añadió uno nuevo, referido a la Suprema Corte. De esta forma, los párrafos undécimo y duodécimo de ese precepto constitucional disponen:

La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción.

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.

Como se puede apreciar, la primera de las normas hace una delegación al legislador para que fije los términos de la obligatoriedad de los razonamientos judiciales. Es la nueva Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación la primera en ocuparse de la cuestión, señalando que debe regirse por la Ley de Amparo, salvo disposición contraria de una ley particular,³³ como ya lo hacía. Es decir, la Ley de Amparo rige la jurisprudencia en procesos diversos al amparo que sean competencia del Poder Judicial, como pueden ser apelaciones penales, civiles o mercantiles, que puede atraer la Suprema Corte, entre otros asuntos. Este cuerpo normativo

³¹ Esto se indicaba en dos momentos: a) porque al final de la tesis, tras los precedentes, se señalaba expresamente si era tesis de jurisprudencia o tesis aislada, y b) por la numeración de la tesis, ya que se hacía con números arábigos en el caso de jurisprudencia y con números romanos en el caso de las tesis aisladas.

³² La exposición de motivos expresamente sostuvo que “la forma en que actualmente se integra la jurisprudencia entorpece su desarrollo”.

³³ Textualmente indica: “Artículo 157. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los plenos regionales y los tribunales colegiados de circuito en los asuntos de su competencia distintos del juicio de amparo, se regirán por las disposiciones de la Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, salvo en los casos en que la ley de la materia contuviera disposición expresa en otro sentido”.

fue reformado, y ahora se contemplan tres mecanismos de creación de jurisprudencia: los precedentes obligatorios, la reiteración y la contradicción de criterios.

El mecanismo de precedentes obligatorios es exclusivo de la Suprema Corte, y se reitera lo que indica el duodécimo párrafo del artículo 94 constitucional: que las razones que justifiquen las sentencias dictadas por la Suprema Corte son obligatorias si se aprueban por cuando menos ocho votos, en el caso del Pleno, y cuatro votos, en el caso de las salas.³⁴ Basta un solo asunto y por ello no se exige que sean sesiones diferentes.

El mecanismo de reiteración quedó reservado a los tribunales colegiados de circuito. La ley sigue exigiendo que el criterio se sostenga en cinco sentencias en el mismo sentido, y que sea aprobado por unanimidad, aunque quitando el requisito de que se decida en sesiones distintas (artículo 224).

El mecanismo de contradicción de criterios, que es el nuevo nombre que toman las antiguas contradicciones de tesis, implica la obligatoriedad de los razonamientos esgrimidos para “dilucidar los criterios discrepantes sostenidos entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, entre los plenos regionales o entre los tribunales colegiados de circuito” (artículo 225). Pueden sentar jurisprudencia con este método tanto la Suprema Corte como los plenos regionales.

Como antes se veía, en términos del artículo 155 de la Ley Orgánica, estos mecanismos operan para todo tipo de procesos, salvo que una norma prevea algo distinto. Solamente hay una previsión particular en la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional. Sin embargo, esa legislación coincide exactamente con lo indicado por la Ley de Amparo en cuanto a la jurisprudencia por precedentes,³⁵ con la salvedad de que no permite a las salas sentar criterios obligatorios, pese a que desde hace

³⁴ Los artículos 222 y 223 coinciden en señalar que “las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias... constituyen precedentes obligatorios para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas”, aunque se distinguen en cuanto a la votación, ya que el artículo 222, referido al Pleno indica que deben ser “tomadas por mayoría de ocho votos”, mientras que el artículo 223, referido a las salas exige que “sean tomadas por mayoría de cuatro votos”.

³⁵ A la letra indica: “Artículo 43. Las razones que justifiquen las decisiones de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Las cuestiones de hecho o de derecho que no sean necesarias para justificar la decisión no serán obligatorias”.

varios años resuelven este tipo de asuntos (Cossío, 2008, p. 192). Por ello, puede considerarse que también es un mecanismo de precedentes.³⁶

3. *Valoración de la reforma*

El sistema que se reformó era muy complejo, porque la obligatoriedad de un razonamiento dependía de circunstancias como el tipo de asunto, la votación, la reiteración o la diversidad de sesiones en que se resolvía. Las nuevas normas intentaron simplificar, pero despejaron el factor de diversidad de sesiones, pues los otros elementos siguen estando presentes de una forma u otra. Esto será objeto de análisis a continuación.

A. Los órganos que sientan jurisprudencia

La reforma no introdujo cambios respecto a los órganos que pueden emitir criterios obligatorios, más allá que ahora se refiere a plenos regionales en vez de a plenos de circuito, que es consecuente con la transformación de estos órganos.

De acuerdo con la reforma constitucional de 2011, como se dijo, la competencia de los plenos de circuito se limitaba a resolver contradicciones de tesis, que tienen por objeto fijar jurisprudencia y sin poder incidir en procesos. Por eso no se trataba de verdaderos órganos jurisdiccionales, pues carecían de jurisdicción, entendida ésta como la facultad de decir el derecho para resolver litigios. Por ello se les consideraba depositarios del Poder Judicial de la Federación en el artículo 94 constitucional.

Tras la reforma, esta facultad les corresponderá a los plenos de región, aunque ahora esos asuntos se denominan “contradicciones de criterios”.³⁷

³⁶ En todo caso, la diferencia estriba en la forma de expresión de la jurisprudencia por precedentes obligatorios en las controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, pues, como se vio, en este tipo de asuntos no se elaboran tesis.

³⁷ Dice expresamente el primer párrafo de la fracción XIII del artículo 107 constitucional: “Cuando los tribunales colegiados de circuito de la misma región sustenten criterios contradictorios en los juicios de amparo de su competencia, el o la fiscal general de la República, en asuntos en materia penal y procesal penal, así como los relacionados con el ámbito de sus funciones, los mencionados tribunales y sus integrantes, las y los jueces de distrito, las partes en los asuntos que los motivaron o el Ejecutivo federal, por conducto de la o el consejero jurídico del gobierno podrán denunciar la contradicción

También a nivel constitucional encontramos que la Suprema Corte puede remitir asuntos que le competan conocer a los plenos de región para mayor prontitud en su atención.³⁸ Aquí encontramos otra facultad que tienen, aunque un poco ambigua, pues no se indica qué tipo de asuntos, sino que ello se lo comisiona al alto tribunal. Es por ello que el artículo 94 constitucional los considera depositarios del Poder Judicial de la Federación. Asimismo, ha establecido otro tipo de integración.

Ante este panorama, habría que preguntarse por qué razón la Ley de Amparo no les permite sentar jurisprudencia por reiteración, como a los tribunales colegiados de circuito, cuando resuelven asuntos que no sean contradicciones de criterios. Si el Pleno de la Suprema Corte de Justicia puede delegar su competencia para conocer ciertos asuntos tanto a plenos regionales como a tribunales colegiados de circuito, ¿por qué uno de los órganos en quien se delega sí puede sentar jurisprudencia y el otro no? No se explica en la reforma.

Por otra parte, hay que advertir que las salas de la Suprema Corte no pueden sentar criterios obligatorios en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad, pese a que conocen este tipo de asuntos cuando no haya que pronunciarse sobre la constitucionalidad de una norma general.³⁹ Hay que decir que las salas resuelven casi el 40% de las controversias constitucionales.⁴⁰ Aunque no se pronuncien sobre la constitucionalidad de normas generales, pueden interpretar la Constitución u otros cuerpos normativos. ¿Por qué la interpretación que realicen en una controversia, por ejemplo, del artículo 115 constitucional, por unanimidad, no es obligatoria, y la misma interpretación realizada en una apelación civil sí lo es?

ante el Pleno regional correspondiente, a fin de que decida el criterio que debe prevalecer como precedente”.

³⁸ Dispone el artículo 94 constitucional expresamente: “El Pleno de la Suprema Corte de Justicia estará facultado para expedir acuerdos generales, a fin de lograr una adecuada distribución entre las salas de los asuntos que compete conocer a la Corte, así como remitir asuntos a los plenos regionales y a los tribunales colegiados de circuito, para mayor prontitud en el despacho de los mismos”.

³⁹ Esto con base en el punto segundo del Acuerdo General 5/2013 del Pleno de la Suprema Corte, que faculta a las salas a resolver las controversias y acciones cuando deba sobreseerse, y las controversias constitucionales en las que no se haya impugnado una norma general.

⁴⁰ De acuerdo con la estadística judicial, en 2021 el Pleno resolvió 145 controversias constitucionales, mientras que las salas resolvieron 93 (Zaldívar, 2021, p. CXXXV).

No parece existir una razón que justifique que las salas estén impedidas para sentar jurisprudencia en las controversias y acciones que resuelven. No se entiende por qué la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional cerró esta posibilidad con su omisión. Además, esta Ley parece contravenir el undécimo párrafo del artículo 94, que indica que “las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas... por las salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias”, pues no distingue entre el tipo de asunto que se está resolviendo. Sería deseable que la Corte aplicara directamente el texto constitucional y considerara jurisprudencia a las razones de las sentencias dictadas por las salas al resolver controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

B. Las votaciones calificadas

Uno de los requisitos que establecía la legislación para sentar jurisprudencia, y que en la reforma de 2021 se constitucionalizó, es la exigencia de una votación calificada. Desde el párrafo undécimo del artículo 94 se le piden ocho votos al Pleno, y cuatro a las salas, para que su criterio sea obligatorio. No es la Constitución, sino la Ley de Amparo la que exige una votación unánime a los tribunales colegiados de circuito para que tengan efectos obligatorios sus precedentes.

Se trata de una mayoría calificada respecto a los razonamientos, no en cuanto al sentido de la resolución. Ciertamente, toda sentencia tiene una “cosa juzgada”, que puede identificarse con el objeto del litigio y los efectos que sobre éste toman los juzgadores. Asimismo, tiene una “cosa interpretada”, identificada con los argumentos esgrimidos para arribar a la conclusión que constituye lo decidido.

Es importante esta distinción, ya que pueden existir casos en los que exista una mayoría, incluso calificada, respecto a la cosa juzgada, al sentido y efectos que debe tener una decisión judicial, pero que haya discrepancias respecto a los motivos por los que se arriba a esa consecuencia entre los que estén por ese sentido. Por ejemplo, pueden los cinco integrantes de una sala de la Suprema Corte coincidir en que debe concederse el amparo en contra de una norma, por ser violatoria de derechos, pero tres de los ministros estimar que es por trasgredir una disposición internacional, y dos por ser contraria al texto constitucional. Habría unanimidad en cuanto a la concesión del amparo, pero no respecto a los razonamientos. Estaríamos

en presencia de lo que los norteamericanos llaman una *plurality opinion*, que por falta de la mayoría calificada respecto a los razonamientos no constituiría precedente.⁴¹

Siendo complejo lograr una mayoría en cuanto a los razonamientos, mucho más es que exista una mayoría calificada. ¿Cuál será la razón de su existencia? El argumento más frecuentemente usado por los autores ha defendido las mayorías calificadas en las resoluciones judiciales,⁴² que no son exclusivas de México,⁴³ es la presunción de constitucionalidad de las normas aprobadas por el legislador democrático. Ese razonamiento no tiene cabida en el caso de la jurisprudencia. Podría debatirse en el caso de las decisiones que tengan como objeto expulsar una ley del orden jurídico, como sucede en las controversias constitucionales, en las acciones de inconstitucionalidad o en la declaratoria general de inconstitucionalidad. Pero en el caso de los precedentes, no tienen ese efecto *per se*, sino que se limitan explicitar las razones judiciales para poder ser usadas en casos futuros.

Las votaciones calificadas son usadas fuera del ámbito jurisdiccional como una garantía a favor de las minorías. La Constitución se refiere a en varias ocasiones a las votaciones calificadas. Lo hace en el procedimiento de reformas a la misma carta. Asimismo, en nombramientos que realizan las cámaras del Congreso de la Unión como el de los ministros de la Corte, el presidente de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, o los consejeros del Instituto Nacional Electoral. Asimismo, se refiere a votaciones calificadas al exigir que una ley prevea en qué casos se requiere en la toma de decisiones de los ayuntamientos.

Estos casos tienen una razón de ser en la pluralidad política. En efecto, si consideramos que en la Cámara de Diputados ningún partido puede tener más de 300 diputados, debe concluirse que ningún partido puede tener las dos terceras partes por sí mismo y, por tanto, se requiere de una decisión consensuada por dos partidos para tomar las decisiones más tras-

⁴¹ La Corte Suprema de Estados Unidos (*Marks v. United States*, 430 U.S. 188 (1977)) explicó que una *plurality opinion* se genera cuando no existe una mayoría que coincida en la motivación de una sentencia, por lo que los tribunales inferiores deben analizar todas las opiniones (votos), para determinar si existe un estrecho punto de coincidencia, que será la *controlling opinion*, que pueda orientarlos en su decisión.

⁴² Por ejemplo, Handelsman (2002, p. 893), Carminker, E. (2003, pp. 78 y ss), y Gersen, y Vermeule (2003).

⁴³ Las tienen también Chile, Perú, Corea del Sur o Taiwán.

centes. Lo mismo ocurre en el Senado si tomamos en cuenta la existencia de senadores de primera minoría y de senadores plurinominales; ningún partido puede lograr por sí mismo las dos terceras partes. Así pues, las decisiones relativas a reformas constitucionales o a nombramientos no pueden tomarse por un solo partido; sin la oposición no pueden adoptarse.

Esta misma razón, por sí misma, no puede ser llevada al ámbito judicial. Los ministros no tienen origen partidista, y sus decisiones no se toman (en teoría) con base en criterios de partidos. Tampoco puede considerarse que sea una garantía a favor de la pluralidad ideológica de los ministros, ya que no existe una cuota mínima de ministros en determinada ideología: no existe la obligación de conservar un mínimo de cuatro ministros liberales o conservadores. Ello, independientemente de la dificultad de una clasificación en este aspecto de los juzgadores.

Al comparar la mayoría calificada parlamentaria y la judicial, no puede pasarse por alto una diferencia importante: en los órganos legislativos ésta es variable, pues se determina sobre el número de los presentes, mientras que la jurisdiccional es fija, pues es inalterable la exigencia de ocho, cuatro o tres votos. No se trata de una cuestión menor, puesto que hace “votar” a los faltantes en contra de que exista jurisprudencia. Si en un momento la Corte no se integra por once ministros, las vacantes “votarán” en contra de la jurisprudencia.⁴⁴ A eso hay que sumar que la excusa de un ministro por surtir una causa de impedimento también supondría un “voto” a favor de que no se integre jurisprudencia. Y si por un motivo de salud, de comisión o de licencia se ausenta otro de los ministros a la sesión, tendríamos otro “voto” en el mismo sentido. Parece absurdo, pero el sistema de una votación calificada fija conlleva esto.⁴⁵

En la exposición de motivos de la reforma judicial se señaló que uno de los problemas del sistema anterior era que, aunque existiera “una decisión paradigmática y trascendental de la Suprema Corte... podría suceder que... los órganos jurisdiccionales inferiores no estén obligados a seguirla”, y por ello se propusieron los cambios.

Con la regla de la mayoría calificada eso seguirá siendo un problema, ya que es posible la existencia de resoluciones que no resulten obligatorias

⁴⁴ Por ejemplo, entre el fallecimiento del ministro Gudiño Pelayo y el nombramiento de su sustituto, el ministro Pardo Rebolledo, la Corte se integró por diez ministros durante 144 días.

⁴⁵ Sobre las votaciones fijas, puede verse el apunte de Soberanes, J. y Vázquez Gómez, F. (2021, pp. 107 y ss.)

pese a su importancia. Si pensamos en un asunto paradigmático de los últimos años, sería el *caso Radilla Pacheco*. Por lo menos, se trata de uno de los casos más comentados. Esa decisión no constituyó jurisprudencia, en primer lugar, por tratarse de una sola resolución judicial, el Varios 912/2010. Tras la reforma de 2021 esa decisión tampoco hubiera sido jurisprudencia, porque sólo hubo coincidencia de siete de los diez ministros presentes en el momento de la votación.⁴⁶

C. El tipo de asunto

Un tercer aspecto condicionante de la obligatoriedad de un precedente es el tipo de asunto en el que se sostengan los razonamientos. En el sistema anterior era muy notorio, pues los asuntos se podían clasificar en cuatro rubros, como se vio, para poder desprender su consecuencia jurisprudencial. Eso motivó que se recomendara unificar la regulación para la creación de precedentes sin distingo del tipo de asunto del que se tratara (Bernal, Camarena y Martínez, 2018, p. 358).

Con la reforma de 2021 se avanzó en esta línea, pues las reglas son similares para todos los asuntos, con dos excepciones: *a)* las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, en las que las salas de la Corte no pueden sentar jurisprudencia, de lo que ya nos ocupamos previamente, y *b)* la contradicción de criterios, antes conocidas como contradicciones de tesis, en las que no se exige una mayoría calificada para sentar jurisprudencia.

Cuando la Suprema Corte resuelve contradicciones de criterios,⁴⁷ en términos de la Ley de Amparo se sienta jurisprudencia sin necesidad de que exista una votación calificada. Podría cuestionarse que esto es inconstitucional, pues el duodécimo párrafo del artículo 94 constitucional dispone que solamente son obligatorios los razonamientos aprobados por ocho votos en el Pleno y por cuatro en las salas.

⁴⁶ Votó en contra del sentido el ministro Aguirre Anguiano. Pero en contra de las consideraciones los ministros Pardo Rebolledo y Aguilar Morales. Estuvo ausente la ministra Luna Ramos que, por ese hecho, “votó” en contra de que se sentara jurisprudencia.

⁴⁷ Le corresponde al Pleno dirimir las contradicciones entre los criterios sostenidos por sus salas; y a las salas, hacerlo respecto a los criterios sostenidos entre plenos regionales o entre tribunales colegiados de circuito pertenecientes a distintas regiones, aunque éstos pueden ser también resueltos por el Pleno de la Corte si son trascendentes, en términos del artículo 226 de la Ley de Amparo.

En contra de ello podrían aducirse tres argumentos. El primero sería que la fracción XIII del artículo 107 mandata resolver las contradicciones de criterios, y que al hacerlo se fijará jurisprudencia, lo cual resulta una norma especial que excepciona la regla general de la mayoría calificada.

El segundo sería que el artículo 94 se refiere expresamente a las sentencias, es decir, a resoluciones que dirimen litigios, por lo que se excluyen las contradicciones de tesis que, al no afectar situaciones concretas, no pueden considerarse propiamente sentencias, sino otro tipo de resoluciones. De esta forma, no le resultaría aplicable la regla constitucional en comento.

El tercero sería atender a la finalidad de las contradicciones, que es dotar de seguridad jurídica mediante la unificación de la interpretación. Esto no se conseguiría si no se les otorga el carácter jurisprudencial a las resoluciones de contradicciones, pues pervivirían criterios contradictorios sin que los justiciables tuvieran certeza de cuál es la regla que debe operar. De poco serviría resolver contradicciones si no puede fijarse un criterio obligatorio.

El tema, en cualquier caso, no es que se libere a las contradicciones de criterios de una votación calificada, sino de que no se haga lo mismo con el resto de los asuntos, pues la cohabitación de dos modalidades de creación jurisprudencial puede llevar a supuestos absurdos.

Pensemos en que en decenas de asuntos el Pleno de la Suprema Corte sostiene “X”, por una mayoría de siete votos. Ese criterio no sería jurisprudencia. Pero si existe una contradicción de tesis, los cuatro ministros que votan por “no X” pueden sentar jurisprudencia, pues ese órgano puede funcionar con un quórum de siete ministros,⁴⁸ y podría darse el caso de que asistan todos los que opinen que “no X”, pero sólo tres de los siete que opinan lo contrario. ¿Por qué en este caso el voto de cuatro vale más que el voto contrario de siete, en un amparo, en sentido contrario?

Debería repensarse que existan reglas diferentes para sentar jurisprudencia dependiendo del tipo de asunto en el que se sostengan los razonamientos justificatorios, e intentar homologar más los procedimientos de creación de precedentes obligatorios.

⁴⁸ Dispone la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación: “Artículo 4. El Pleno se compondrá de once ministras o ministros, pero bastará la presencia de siete miembros para que pueda funcionar, a excepción de los casos previstos en los artículos 100, párrafo segundo, 105, fracción I, segundo párrafo y fracción II, y 107, fracción II, párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los que se requerirá la presencia de al menos ocho ministras o ministros”.

D. *Consecuencias de la distinta fuerza obligatoria*

La obligatoriedad de un criterio judicial depende de su reiteración (en el caso de tribunales colegiados de circuito), del tipo de asunto en que se haya sustentado, del órgano que lo haya emitido y de la votación con que haya sido aprobado. Si cumple con todos los requisitos, será vinculante para otros órganos jurisdiccionales. Si no, tendrá sólo carácter persuasivo. El contar con criterios que son obligatorios y otros que no lo son (tesis de jurisprudencia y tesis aisladas, conforme a la denominación clásica), conlleva una serie de consecuencias que son complejas de entender.

Pensemos en un tribunal colegiado de circuito que sostiene “X” en cinco asuntos, por unanimidad. Es decir, se trata de jurisprudencia. Posteriormente, en otro asunto, el Pleno de la Suprema Corte dice “no X”, por mayoría de siete votos. Un juez de distrito o un juez local están obligados a aplicar la jurisprudencia por encima de lo que diga la Corte, superior en el Poder Judicial, en una decisión más reciente.

Lo anterior es contrario al sistema *stare decisis* en sentido vertical y, sobre todo, al sistema de jerarquías judiciales. De cierta forma, se merma a la Suprema Corte de su posición de máximo intérprete constitucional, y unificador de criterios interpretativos.

Otro caso. Una jurisprudencia sentada por el Pleno de la Suprema Corte en 2005 dice “X”. Se trata de un criterio obligatorio. En enero de 2022, el mismo órgano sostiene “no X”, pero por mayoría de seis votos. Ese no es un criterio vinculante. En puridad, debería un juez de primera instancia aplicar la vieja jurisprudencia sobre lo más reciente, para no incumplir con su deber.

Este caso deja patente que por un sistema que exige cumplir con muchas reglas para que un criterio sea obligatorio, ha optado por preferir el pasado en aras del formalismo. No queremos generalizar señalando que todo reciente es mejor que uno anterior por el simple hecho de ser nuevo. Hay, desde luego, criterios antiguos que son mejores. Desde un punto de vista cualitativo, además, pueden existir criterios temporalmente más recientes, pero más arcaicos; así como criterios antiguos, pero de avanzada.

Sin embargo, la preferencia automática de los criterios antiguos parece que contradice una de las funciones de la jurisprudencia. En una frase afortunada, Hansheid dijo que “también las leyes envejecen” (1977, p. 562), a partir de la que intenta explicar que ante la imposibilidad de que el legisla-

dor prevea todos los supuestos, la jurisprudencia tiene como función crear nuevas figuras o ajustar las existentes atendiendo a las nuevas necesidades sociales.

Lo anterior tiene una relevancia especial en el caso de la jurisprudencia constitucional, que constituye una forma de mutación y actualización de las cartas, una verdadera construcción constitucional (Silva, 1999, p. 16), que por esencia deben pertenecer a las generaciones vivas, como se aprecia desde la Constitución francesa de 1789 (Zagrebelsky, 2005, pp. 38-43).

IV. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Por una serie de motivos históricos que se fueron arrastrando y amarrando a lo largo de los siglos XIX y XX, el sistema jurisprudencial del Poder Judicial de la Federación era sumamente complejo. La reforma judicial de 2021 tenía como propósito simplificarlo para que se conocieran mejor los precedentes, y así los justiciables tuvieran mayor certidumbre.

Uno de los problemas que tenía el sistema anterior era el desconocimiento de los antecedentes del precedente, lo que dificultaba las analogías y tenía un efecto maximalizador de la jurisprudencia. Estos problemas no quedaron totalmente resueltos con la reforma, pues se siguen elaborando tesis que si bien tienen un apartado sobre los hechos, no permiten conocer todas las circunstancias. Además, es el propio tribunal el que selecciona los hechos relevantes, y no el usuario de la tesis, lo que le permite al autor de una tesis decidir sobre su aplicación futura.

Anteriormente existían múltiples reglas que condicionaban la obligatoriedad de un criterio judicial. Si bien se simplificaron, sigue existiendo la diferencia entre jurisprudencias y tesis aisladas, basada, sobre todo, en una regla de mayorías calificadas, que es bastante cuestionable. Esa distinción produce algunos absurdos, como que puedan gozar de obligatoriedad precedentes de órganos inferiores, mientras que pueden tener esa cualidad las resoluciones de la Suprema Corte.

Si bien en materia jurisprudencial la reforma representa un avance, queda aún mucho por hacer para terminar de simplificar el sistema, en aras de una mayor lógica y, sobre todo, de mayor certeza en cuanto a esta fuente jurídica.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Bernal, C., Camarena R. y Martínez, A. (2018). Hallazgos y propuestas para el sistema de precedentes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En C. Bernal, R. Camarena y A. Martínez. *El precedente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación*. México. SCJN.
- Cajas, M. (2009). Minimalismo judicial: ¿Cass Sunstein en la Corte Constitucional? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 20, enero-junio.
- Carminker, E. (2003). Thayerian Deference to Congress and Supreme Court Supermajority Rule. Lessons from the Past. *Indiana Law Review*, 78.
- Cooper, C. (1988). Stare Decisis: Precedent and Principle in Constitutional Adjudication. *Cornell Law Review*, 73.
- Cossío, J. (2008). *La controversia constitucional*. México. Porrúa.
- Cross, Rupert, et al. (2012). *El precedente en el derecho inglés*. Madrid. Marcial Pons.
- De la Oliva, A., Díez-Picazo, I. y Vegas, J. (1999). *Derecho procesal. Introducción*. Madrid. Centro de Estudios Ramón Aceves.
- De Otto, I. (2001). *Derecho constitucional. Sistema de Fuentes*, Barcelona. Ariel.
- De Silva, C. (1975). *La jurisprudencia. Curso de actualización de amparo*. México. UNAM.
- Dworkin, R. (1988). *El imperio de la justicia. De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*. Barcelona. Gedisa.
- Editorial (1876). *El Foro*, 61 (V).
- Fraga, G. (1991). *Derecho administrativo*. México. Porrúa.
- Gersen, J. y Vermeule, A. (2003). Chevron as a Voting Rule, *Yale Law Review*, 116.
- Goodhart, A. (1934). Precedent in English and Continental Law. *Law Quarterly Review*. Oxford, 50.
- González Oropeza, M. (2008). *La jurisprudencia: su conocimiento y forma de reportarla*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Guastini, R. (2006). *Estudios sobre la interpretación jurídica*. México. Porrúa-UNAM.
- Habscheid, V. (1975). Sobre la creación jurisprudencial del derecho en el Derecho Alemán. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 24.
- Handelsman J. (2002). A Six-Three Rule: Reviving Consensus and Deference on the Supreme Court. *Georgia Law Review*, 37.
- Jurisprudencia 1a./J. 129/2004 (2005). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXI.
- Jurisprudencia 1a./J. 28/2002 (2002). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XV.
- Jurisprudencia 2a./J. 94/2000 (2000). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XII.
- Jurisprudencia 2a./J. 94/2000 (2000). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t.XII.
- Kelsen, H. (1991). *Teoría pura del derecho*. México. UNAM.
- Kress, K. (1989). Legal Indeterminacy, *California Law Review*, vol. 77.
- Lara, R. (2021). *Manual mínimo de argumentación jurídica la razón en la práctica*. México. Tirant lo Blanch.
- Magaloni (2021). *Derecho constitucional en movimiento. El precedente constitucional norteamericano*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Pallares, J. (14 de julio de 1877), Editorial. *El Foro*.
- Sagüés, N. (2007). El valor del precedente en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina. En P. Grández y E. Carpio. *Estudios al precedente constitucional*. Lima. Palestra.
- Silva, J. (1999). Mutaciones constitucionales. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1.
- Soberanes, J. y Martínez, F. (2002). *Apuntes para la historia del juicio de amparo*. México. Porrúa.
- Soberanes, J. y Martínez, F. (2004). *Fuentes para la historia del juicio de amparo*. México. Senado de la República.
- Soberanes, J. y Vázquez Gómez, F. (2021). *Crisis constitucionales. Análisis del sistema constitucional mexicano a la luz de la ingeniería constitucional*. México. Porrúa.

- Sunstein, C. (1995). Incompletely theorized agreements. *Harvard Law Review*, 108.
- Sunstein, C. (1999). *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge. Harvard University Press.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (1992). El Semanario Judicial de la Federación y la Jurisprudencia. *La Suprema Corte de Justicia de la Nación afines del siglo XIX, 1888-1900*, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *De la modificación a la sustitución de jurisprudencia*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tesis 2a. I/2021 (11a.) (2021). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 6, tomo II.
- Tesis CLXXV/89 (1989). *Semanario Judicial de la Federación*, octava época, t. IV.
- Tribe, L. y Dorf, M. (1992), *On Reading the Constitution*, Cambridge, Massachusetts. Harvard University Press
- Twining, William *et al.*, 2010: *How to Do Things with Rules*, New York, Cambridge University Press.
- Zagrebelsky, G. (2005). *Historia y Constitución*. Madrid. Trotta.
- Zaldívar, A. (2021). *Tercer informe de labores*. México. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.scjn.gob.mx/tercerinformezaldivar/pdf/Informe_Completo_PJF_MP_2021.pdf
- Zerruche, H. (1990). *La jurisprudencia en el sistema jurídico mexicano*. México. Porrúa.





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El abuso de la suspensión del acto reclamado por razones políticas: elementos para atenuarlo

The Abuse of the Suspension of the Act Claimed for Political Reasons: Elements to Attenuate

Recepción: 1o. de junio de 2021

Aceptación: 11 de septiembre de 2021

Félix VÁZQUEZ ACUÑA*

RESUMEN: El juicio de amparo y la suspensión del acto reclamado son excelentes medios para proteger el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano. Sin embargo, también se prestan para que ciertas personas —físicas y morales—, abusen y los utilicen como instrumento político para poner obstáculos al gobierno. Como ejemplo, tenemos varios de los juicios y suspensiones solicitados en contra de la construcción del aeropuerto de Santa Lucía. Afortunadamente existen tres elementos que ayudan a impedir o atenuar ese abuso: el interés legítimo, la necesidad del daño inminente y que sea irreparable, y el perjuicio al interés social.

Palabras clave: juicio de amparo, suspensión del acto reclamado, interés jurídico, interés legítimo, derecho a un medio ambiente sano.

ABSTRACT: *The amparo trial and the suspension of the claimed act are excellent means to protect the human right to enjoy a healthy environment. However, they also lend themselves to certain people — physical and moral— abuse and use them as a political instrument to put obstacles to the government. As an example, we have several of the trials and suspensions requested against the construction of the Santa Lucía airport. Fortunately, there are three elements that help prevent or mitigate this abuse: legitimate interest, the need for imminent and irreparable damage, and damage to the social interest.*

Keywords: *amparo trial, suspension of the claimed act, juridical interest, legitimate interest, right to a healthy environment.*

* Doctor en derecho por la Universidad Autónoma de Durango. Docente investigador de la Universidad Autónoma de Zacatecas. Correo electrónico: felix-va@hotmail.com. <https://orcid.org/0000-0001-6736-7614>

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El abuso de la suspensión del acto reclamado*. III. *Elementos que pueden impedir el abuso de la suspensión del acto reclamado*. IV. *El interés legítimo*. V. *El daño inminente e irreparable en caso de que se niegue la suspensión*. VI. *El perjuicio al interés social con la suspensión de obras de trascendencia nacional*. VII. *Conclusión*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En un lapso relativamente corto se dan dos reformas constitucionales de gran importancia: la primera, el 6 de junio de 2011, a través de la cual se incorpora, en la fracción I del artículo 107, la figura del interés legítimo como suficiente para promover el juicio de amparo; la segunda, el 8 de febrero de 2012, donde se adiciona un quinto párrafo al artículo 4o., en el que se reconoce el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano. Vistos estos fenómenos legislativos de manera separada, por sí mismos, son de gran trascendencia, pero utilizados de forma conjunta provocan, en buena medida, un parteaguas en la historia de nuestra institución de control constitucional. Esto es, hacen posible la procedencia del juicio de amparo por la violación del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano.

Este fenómeno altamente positivo adquiere especial relevancia cuando los actos reclamados consisten en obras públicas de los gobiernos federal, estatales y municipales, en los que se den o se puedan dar afectaciones importantes en cuestiones ambientales o ecológicas. Piénsese, por ejemplo, en obras monumentales que impliquen la destrucción de un área natural protegida, la deforestación de una zona arbolada, la eliminación de una reserva ecológica o el lanzamiento de desechos tóxicos en ríos, arroyos o lagunas. El juicio de amparo en general y la figura de la suspensión del acto reclamado en particular, se convierten en instrumentos muy importantes para evitar esas calamidades sociales. No hay duda, por tanto, en el carácter altamente positivo del uso de nuestra institución controladora.

Sin embargo, también tiene un aspecto negativo. O para decirlo con mayor propiedad, se puede intentar, y en algunos casos lograr, darle un uso perjudicial. Esto ocurre cuando algunas personas —físicas o morales—, sin que en realidad sufran afectación en su esfera jurídica, interpo-

nen juicios de amparo y solicitan la suspensión de los actos reclamados alegando violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano. Esto es que, sin sufrir agravio alguno, soliciten la medida cautelar como una forma encubierta en su lucha política de oposición al gobierno en turno. Fenómeno en el cual sus verdaderas intenciones son poner obstáculos a las autoridades, impidiéndoles o retrasando las construcciones de obras de trascendencia nacional, o que, inclusive, se les ha calificado como emblemáticas. Estamos pensando, por ejemplo, en varios de los amparos, y de solicitudes de suspensión, contra la construcción del aeropuerto Felipe Ángeles en la base militar de Santa Lucía. A esto es a lo que denominamos abuso, o intento de abuso, de la suspensión del acto reclamado.

Afortunadamente, existen, al menos, tres elementos que ayudan a evitar o atenuar el referido fenómeno negativo: el primero, según la fracción I del artículo 107 constitucional, consiste en el interés legítimo que, aun cuando ciertamente más laxo que el interés jurídico, tiene requisitos estrictos que deben ser cumplidos, y en ausencia de ellos, el juicio de amparo es improcedente; el segundo, se refiere a que el quejoso que solicita la suspensión debe acreditar el daño inminente e irreparable que se le causaría si no se le otorga la medida, en términos del artículo 131 de la Ley de Amparo y, el tercero, que con el otorgamiento de la figura precautoria no se siga perjuicio al interés social, según lo dispone la fracción II del diverso artículo 128 del cuerpo legal en cita.

II. EL ABUSO DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

La posibilidad de promover el juicio de amparo por la violación del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, previsto en el quinto párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,¹ cuando el acto reclamado consiste en la construcción de obras que el Ejecutivo federal ha definido como fundamentales y que considera especialmente benéficas para los mexicanos, arroja una gran paradoja, pues presenta dos aristas, que son contradictorias. Por un lado, tenemos el incuestionable beneficio para los gobernados de evitar, desde la presentación de la demanda, que se generen graves e irreparables daños al medio ambiente y, concomitantemente, impedir la violación a su derecho huma-

¹ Este párrafo fue adicionado el 28 de junio de 1999, y posteriormente, el 8 de febrero de 2012, es reformado con el contenido que actualmente tiene.

no; sin embargo, por el otro, se presta para que ciertas personas —físicas o morales—, intenten y en ocasiones logren el retraso de obras públicas sin que hayan sufrido un daño o afectación en su esfera jurídica, y que su motivante sea, en ciertos casos, meramente política y de oposición al gobierno en turno. Dicho de otra forma, que el motor de su conducta no sea la protección del medio ambiente, sino la lucha en el campo de la arena política, con evidentes perjuicios para la sociedad. Esto nos permite afirmar que en tales casos se está abusando de la figura de la suspensión.

Respecto a la parte positiva, a pesar de que el objeto de este trabajo no es desarrollar un estudio del derecho ambiental, debemos referirnos, al menos, a los orígenes del derecho fundamental a disfrutar de un medio ambiente sano.² En el ámbito internacional, es en la Declaración de Estocolmo, del 16 de junio de 1972, donde por primera ocasión se consideró expresamente dicha prerrogativa como un derecho humano. García Rivera (2017) reproduce el principio 1o. de este importante instrumento:

Principio 1. El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio ambiente de calidad tal que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar, y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras. A este respecto, las políticas que promueven o perpetúan el *apartheid*, la segregación racial, la discriminación, la opresión colonial y otras formas de opresión y de dominación extranjera quedan condenadas y deben eliminarse (p. 1134).

Olarde Bácares (2005) y González Arruti (2015) refieren que a partir de ese momento se da una acentuada tendencia internacional al reconoci-

² El tema del derecho ambiental da para varios artículos, lo cual extralimita con mucho la finalidad de este trabajo. Así, sólo como botón de muestra y limitándonos a mencionar algunos de los aspectos de este tópico, tenemos a varios de los principios que lo rigen en el ámbito internacional: principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas; principio de desarrollo sostenible, principio de equidad, principio de transparencia, principio de buena gobernanza, principio de cooperación y principio precautorio. También, tenemos a los múltiples tratados internacionales que lo regulan, y muchas cuestiones más que giran en torno al tema. Todo ello conforma un *corpus iuris* de gran importancia y que debe ser tomado en cuenta. Si se desea un acercamiento a este tópico, se recomienda entre otras fuentes: Garín, Andrea L. (2019); Castro Bultrago, E. y Calderón Valencia, F. (2018); Wilches Durán, R. E. (2011, pp. 283-313); Pelufo, M. L. (2007, pp. 17-30); Huerta Guerrero, L. (2013, pp. 477-502); Alfire Cohen, M. (2007, pp. 209-222); y García López, T. (2018, pp. 246-258).

miento y fomento de este derecho, destacando la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, del 14 de junio de 1992; la Declaración de Johannesburgo sobre Desarrollo Sustentable, del 4 de septiembre del 2002, y el Protocolo de San Salvador, del 17 de noviembre de 1988.

Garín (2019) explica que los tratados sobre cambio climático tienen mucho que ver, como es natural, con el derecho ambiental, por lo que hace hincapié en la gran importancia que tienen la Convención Marco de la ONU Sobre Cambio Climático de 1992, el Protocolo de Kioto de 1994 y, por supuesto, el Acuerdo de París de 2015.

En el plano nacional, el 8 de febrero de 2012 se reformó el artículo 4o. constitucional, donde en su quinto párrafo se establece: “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” (diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf).

Un dato importante es que el precepto se encuentra en el capítulo primero del título primero, que corresponde a “De los derechos humanos y sus garantías”. Tal circunstancia, junto con otras que prolijo sería reproducir, no dejan lugar a dudas que el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano se constituye como un derecho humano reconocido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ello con independencia de que, como explica Aguilar Cavallo (2017), también se encuentra indisolublemente ligado con el derecho al desarrollo.

En realidad, en nuestro país la legislación secundaria sobre la materia es de más antigua data, pues desde la segunda mitad del siglo pasado encontramos diversos cuerpos legales sobre el tema. Mención especial merece la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 28 de enero de 1988, en la que ya se contempla toda una reglamentación sistemática y armónica sobre este tópico.

Mucho se pudiera hablar sobre la legislación en materia de equilibrio ecológico y de protección al ambiente; sin embargo, en este momento lo que nos interesa destacar son dos datos importantes: por un lado, el ya señalado reconocimiento que hace la Constitución del derecho a disfrutar de un medio ambiente sano como derecho humano y, por el otro, la procedencia del juicio de amparo con base en el interés legítimo, individual

o colectivo, previsto en la fracción I del artículo 107 de la propia carta magna.³ La unión de estos dos aspectos genera el importante resultado de la procedencia del juicio con base en el interés legítimo colectivo por la violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano.

Es por todo eso que sostenemos que aquí encontramos la parte positiva del tema que nos ocupa, pues, con base en el interés legítimo, se genera la posibilidad de que los gobernados puedan impugnar, a través del juicio de amparo, la construcción de grandes obras cuando con ello se viola su derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano. Pero el beneficio está no sólo en el hecho de interponer el juicio, sino también en el de solicitar la suspensión del acto reclamado y, de esa manera, evitar que se ejecute, y con ello impedir desde el inicio la violación del derecho o, si ya se ejecutó, lograr inmediatamente la restitución del derecho violado. El aspecto noble resulta incuestionable; pensemos en casos en los cuales con la medida cautelar se impida la realización de obras que pudieran generar la destrucción de una zona arbolada, la afectación de un área natural protegida o el deterioro de una reserva ecológica y, como consecuencia, también impedir que a los quejosos se les viole su derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano.

A lo anterior hay que agregar, como un elemento que ayuda para el posible éxito del juicio de amparo, que existe una tendencia internacional a evitar actos que dañen o pudieran dañar el medio ambiente, producto de la aplicación del principio de precaución contenido en la Declaración de Río de 1992.⁴ Tal principio provoca que exista la idea general de evitar todo daño grave e irreparable al medio ambiente, procurando actuar antes, incluso sin que sea obstáculo la falta de certeza científica absoluta sobre la afectación.⁵

³ Más adelante hablaremos con mayor detalle del interés legítimo, individual y colectivo, y de la reforma constitucional del 6 de junio del 2011, en donde se le contempló.

⁴ Se trata del principio 15, que tiene el siguiente contenido: “Con el fin de proteger el medio ambiente, los Estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución conforme a sus capacidades. Cuando haya peligro de daño grave o irreparable, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces en función de los costos para impedir la degradación del medio ambiente”.

⁵ Mucho se pudiera hablar sobre el principio de precaución y su impacto en los criterios del Poder Judicial de la Federación. Sobre el particular resultan ilustrativas las

Sin embargo, hay otros casos en los que, como veremos, al menos de entrada, parecen evidentes las consecuencias negativas de la promoción de juicios de amparo y de la suspensión del acto reclamado. Sobre todo, porque no encontramos que en esas hipótesis concretas los quejosos sufran un daño en el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, y a pesar de ello hayan logrado, a través de la suspensión, que no inicien o se retrase el arranque de determinadas obras públicas. Así, por ejemplo, en junio de 2019, la prensa nacional dio cuenta a la opinión pública que el colectivo #NoMásDerroches, integrado por las organizaciones y asociaciones Causa en Común, Comisión Mexicana de Derechos Humanos, Confederación Patronal de la República Mexicana, Consejo General de la Abogacía Mexicana, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad y México Unido Contra la Delincuencia, había iniciado 147 juicios de amparo en contra de la cancelación del aeropuerto de Texcoco y de la construcción del de Santa Lucía.

Aunque ciertamente las fuentes únicamente son periodísticas, por lo que reconocemos que eso le quita robustez a la información, resulta imposible pensar que esas personas morales pudieran sufrir un daño al derecho humano que nos ocupa con la cancelación de la obra Texcoco y el inicio de la de Santa Lucía. Posteriormente, la propia prensa informó de la obtención, en varios casos, de la suspensión de los actos reclamados, lo que en la práctica implicaba que no pudiera iniciar el proyecto del nuevo aeropuerto. Pero inclusive, una nota de la redacción del diario *Ejecentral* (2019) es más específica al describir el daño que se provocaría con la construcción.

Un total de 5 mil 195 árboles de 26 especies diferentes serán tirados por la construcción del Aeropuerto Internacional de Santa Lucía (AISL), ello equivale a mil 814 metros cúbicos de madera, señala la Manifestación de Impacto Ambiental elaborada por el Instituto de Ingeniería de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM).

El estudio de más de 900 páginas señala que las 26 especies diferentes de árboles, cedros y pirules representan el 51.6 por ciento del total de ejemplares que serán desmontados.

Los 5 mil 196 árboles equivalen a 3.6 veces los individuos arbóreos que se encuentran en el Parque Líbano que está en Paseo de la Reforma,

tesis con número de registro 2016753, 2021759, 2022037, 2022038, 2022206, 2022207 y 2022990.

que es de 6.22 hectáreas, de acuerdo con datos del Instituto Nacional de Investigaciones Forestales, Agrícolas y Pecuarias (p. sección de redacción).

Partiendo del supuesto que fuera cierto el posible daño que se causaría con la construcción del aeropuerto de Santa Lucía descrito en la nota, no encontramos la relación que pudiera tener con las organizaciones o asociaciones mencionadas; no apreciamos la posibilidad de que sufrieran un daño o afectación, inclusive, basándonos exclusivamente en sus nombres, pareciera que su objeto social no está relacionado con cuestiones referentes al equilibrio ecológico y a la protección del medio ambiente. Sólo para efectos de claridad en ello, podemos hacer la comparación con la información que aparece también en notas periodísticas de inicios de diciembre de 2020, donde se informa de varias organizaciones que obtuvieron, mediante la promoción de juicios de amparo, suspensiones de actos reclamados que detenían la construcción del tramo 2 del Tren Maya. Pero aquí sí se trata de asociaciones que, a juzgar por sus nombres, tienen interés en el tema. Se menciona, entre otras, al Consejo Regional Indígena y Popular de Xpujil, al Centro Mexicano de Derecho Ambiental, a Defendiendo el Derecho a un Ambiente Sano, a la Asamblea de Defensores del Territorio Maya y a Múuch Xíinbal.

En efecto, basándonos en el mero nombre de este segundo grupo de organizaciones, resulta evidente que éstas tienen interés en la protección al medio ambiente en la zona en que se construye el Tren Maya; en cambio, no pasa lo mismo con las agrupaciones que integran el colectivo #NoMás-Derroches, las cuales no parecen tener relación con el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano en el caso de la construcción del aeropuerto de Santa Lucía. Pero esa incongruencia se acentúa aún más si tomamos en cuenta que varios de los juicios de amparo son promovidos por personas físicas cuya lejanía, para el caso que nos ocupa, con el referido derecho humano es más evidente. Me permito citar, sólo a manera de ejemplo, el amparo indirecto 1206/2019, radicado ante el juez quinto de distrito en materia administrativa de la Ciudad de México, en el que promueven como quejosos el empresario Claudio X. González Guajardo y la política e investigadora María Amparo Casar Pérez.⁶ Ciertamente esgrimen

⁶ Este amparo indirecto se radicó originalmente ante el juez primero de distrito en el Estado de México, con residencia en Naucalpan de Juárez, bajo el número 559/2019; sin embargo, a través de un auto del 21 de agosto de 2019, en cumplimiento del oficio

varios conceptos de violación de diverso contenido, pero también alguno sobre el derecho que nos ocupa. Además, refieren dentro de los preceptos constitucionales violados al artículo 4o. constitucional. Señalan a 22 autoridades responsables, incluido obviamente presidente de la República, y al describir el acto que de cada una reclaman, reproducen en todos los casos la construcción del proyecto de Santa Lucía “sin contar con una autorización en materia de impacto ambiental por parte de las autoridades competentes”.

Por supuesto que sólo en algunos juicios obtuvieron la suspensión;⁷ pero lo cierto es que por virtud de las que se concedieron lograron el retraso en el inicio de la obra por alrededor de cuatro meses.

Ante esa realidad, cabría preguntarse: con la construcción del aeropuerto de Santa Lucía, ¿se estará afectando el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano de varias de esas organizaciones y personas físicas?, ¿cuáles fueron sus verdaderos motivos para promover esos juicios? Creemos que no se les afecta ese derecho humano, y que su motivante fue meramente político; esto es, de la lucha en esa arena y, como opositores, ponerle diques al actual gobierno.⁸ De ser cierta esta afirmación, estaríamos ante la presencia del abuso de la suspensión del acto reclamado, en donde no se buscaría el objeto teleológico de esta figura como medida cautelar, que es de conservar la materia del juicio y hacer posible la ejecución de la sentencia protectora futura,⁹ abuso que pudiera presentarse no sólo en

STCCNO/557/2019, del 12 del mismo mes y año, suscrito por el secretario técnico “A”, encargado del despacho, en ausencia de la secretaria ejecutiva de Creación de Nuevos Órganos del Consejo de la Judicatura Federal, el referido juez quinto de distrito se avocó el conocimiento del asunto, radicándolo bajo el número 1206/2019.

⁷ Largo sería comentar este aspecto, pero nos limitamos a decir que hubo otorgamientos y negativas de la suspensión provisional, otorgamientos y negativas de la suspensión definitiva, recursos de queja y de revisión.

⁸ El carácter de activo opositor al gobierno federal por parte de Claudio X. González Guajardo ha quedado claramente demostrado. Así tenemos, a manera de ejemplos, el protagonismo y liderazgo que ejerció en al menos tres acciones: primera, la construcción de la alianza del PAN, PRI y PRD, para las elecciones de 2021; segunda, las acciones tendientes a oponerse a la reforma constitucional en materia eléctrica, y tercera, los trabajos para continuar la alianza, con el intento de sumar a MC, para las próximas elecciones de 2024.

⁹ Ese objeto teleológico se ve reflejado en los múltiples conceptos que en la doctrina se han formulado sobre la suspensión, en los cuales los autores son coincidentes, agregándole cada uno rasgos peculiares a su definición. Así, como ejemplos tenemos: Bazdresch (1989) destaca que para el otorgamiento de la suspensión se deben evitar perjuicios innecesarios a terceros (p. 216), De la Luz Félix Tapia (2006) que con su otorgamiento se

el caso de la construcción de esta obra, sino de otras de trascendencia que se estén ejecutando o se pretendan ejecutar.

III. ELEMENTOS QUE PUEDEN IMPEDIR EL ABUSO DE LA SUSPENSIÓN DEL ACTO RECLAMADO

Por cuestiones de espacio no podemos referirnos a esos más de 140 juicios de amparo. De hacerlo, encontraríamos que en cada uno se formulan varios conceptos de violación y se alegan infracciones a diversos preceptos constitucionales, no sólo al artículo 4o. que contiene el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano. Por lo tanto, ciertamente sería un error afirmar que en todos los casos en que se concedieron las suspensiones de los actos reclamados se trata de juicios en que se alegue violación exclusivamente a ese derecho humano y a dicho precepto, pero al mismo tiempo podemos afirmar que en la mayoría ese tema está presente.

Creemos que en algunos de esos juicios se dio el abuso en la solicitud de la suspensión del acto reclamado por personas que sin sufrir una afectación en su esfera jurídica tramitaron, y en algunos casos obtuvieron, la medida precautoria.

Afortunadamente para esos y otros casos similares que pudieran presentarse, hay contemplados en la Ley de Amparo al menos tres situaciones o elementos que pueden impedir (y en varias ocasiones han impedido) el abuso en el uso la figura procesal. A saber:

- 1) El interés legítimo. Para que se den esos juicios de amparo es necesario que los quejosos tengan un interés legítimo, en los términos previstos por la fracción I del artículo 5o.

paraliza temporalmente la jurisdicción de las autoridades responsables (p. 131), Carrancá Bourget (2000) dice que se busca evitar al quejoso perjuicios de imposible o difícil reparación (p. 556), Monarque Ureña y Novia Cruz (2009) refieren que puede tener efectos restitutorios (p. 17), Espinoza Barragán (2015) señala que una vez otorgada permanecerá hasta que cause estado la sentencia (p. 230), Ruiz Torres (2007) destaca la teoría de la apariencia del buen derecho y la del peligro en la demora (p. 693), Chávez Castillo (2014) hace hincapié en que la medida paraliza o detiene la ejecución del acto reclamado (p. 340), Castro (2011) refiere que es una providencia cautelar de tipo instrumental (p. 572) y Burgoa (2008) destaca que no se invalidan los estados o hechos anteriores a su otorgamiento (p. 711).

- 2) El daño inminente e irreparable. Los quejosos deben acreditar el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue la medida, como lo dispone el primer párrafo del artículo 131, y
- 3) El perjuicio al interés social. En muchas ocasiones con la paralización de obras de trascendencia nacional se provoca la afectación o perjuicio al interés social, lo que genera la negativa de la suspensión del acto reclamado con base en la fracción II del artículo 128.¹⁰

Son muy importantes estas tres circunstancias, por lo que requieren un tratamiento por separado y más detenido. A ello están destinados los apartados siguientes.

IV. EL INTERÉS LEGÍTIMO

Uno de los elementos que ayudan a evitar el abuso en la figura de la suspensión del acto reclamado es que para la procedencia del juicio de amparo, el quejoso que alega violación a su derecho a disfrutar de un medio ambiente sano debe ostentar un interés legítimo. Éste, aunque más laxo que el interés jurídico, requiere que se cubran una serie de requisitos, que generalmente no son sencillos.

Con la finalidad de entender esto en su adecuada dimensión, debemos hacer historia. Tradicionalmente, para la procedencia del amparo en general, se exigía que el gobernado tuviera un interés jurídico, lo cual se expresó en el principio de la *existencia de un agravio personal* y directo. Sobre el particular, Ferrer Mac-Gregor y Sánchez Gil (2013) señalan:

El interés para obrar en el juicio de amparo ya está definido en la Constitución, la cual antes sólo decía que este proceso comenzaría a “instancia de parte agraviada”. La anterior Ley de Amparo interpretó estos términos restringiendo dicho agravio a la afectación del “interés jurídico” que equivale al “derecho subjetivo”, lo que se conoció como el principio de “agravio personal y directo” (p. 22).

¹⁰ Los tres casos son artículos de la Ley de Amparo.

Así las cosas, se dijo que el quejoso tendría interés jurídico en la medida en que goce del derecho subjetivo. Ambas categorías se consideraban, si no la misma cosa, sí con un alto grado de equivalencia.

En esa tesitura, resulta indispensable aclarar qué es el derecho subjetivo, el cual consiste en la facultad de exigir, que a su vez deriva de la norma jurídica. Ésta no sólo consagra un derecho o prerrogativa de la persona, sino también, y ello es su sello distintivo, la facultad de exigirle a otro el cumplimiento o el respeto del referido derecho. Así las cosas, el propio Ferrer Mac-Gregor (2004) indica:

Se ha entendido que el interés jurídico corresponde al derecho subjetivo, entendiendo como tal la facultad o potestad de exigencia, cuya institución consigna la norma objetiva del derecho, y supone la conjunción de dos derechos inseparables: a) una facultad de exigir y b) una obligación correlativa traducida en el deber jurídico de cumplir dicha exigencia (p. 56).

Incluso Cruz Parceró (2013) habla de un tercer elemento. Refiere que el derecho subjetivo supondrá, además, que exista la legitimación para ejercitar una acción procesal. Esto es, la facultad de exigir no es abstracta, sino que se podrá ventilar en una instancia jurisdiccional (p. 189).

Esta conclusión de que el interés jurídico supone la existencia del derecho subjetivo y que éste, a su vez, requiere dos elementos, la facultad de exigir (jurisdiccionalmente o no) y la obligación correlativa de cumplir con dicha exigencia, está expresada en varias tesis que prolijo sería reproducir. Sólo como botón de muestra tenemos la de rubro “INTERÉS JURÍDICO. INTERÉS SIMPLE Y MERA FACULTAD. CUANDO EXISTEN”,¹¹ a cuyo contenido nos remitimos.

Lo cierto es que la exigencia del requisito del interés jurídico se convirtió en una aduana muy difícil de pasar, generando que durante años se diera la improcedencia de un alto porcentaje de los juicios de amparo; ello en cuanto a los que se promovían, pero lo peor: había muchos otros casos en los cuales, a pesar de que existieran actos de autoridad que dañaran a los particulares, no los impugnaban en vía constitucional por estar conscientes de que se verificaría dicha causal. Así las cosas, con promoción o sin ella, lo cierto es que mucha de la actividad de las autoridades

¹¹ Registro. 233516, *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, tesis aislada, México.

permanecía sin control, porque a pesar de provocar un daño a los particulares no se afectaba su interés jurídico. Aún más grave, una gran cantidad de agravios que sufrían los gobernados no podían ser impugnados en vía constitucional. A manera de ejemplos, Suárez Camacho (2014) se refiere a una serie de actos de autoridad que a pesar de que causen daño a los gobernados, éstos no disponían de un derecho subjetivo por tener como objeto a bienes de dominio público, como lo serían cierres de calles, tala o siembra de árboles, otorgamiento de autorizaciones a terceros en la vía pública, etcétera (pp. 207-210).

Ante esa realidad ominosa, se acentuaba la necesidad de un cambio en la legislación que permitiera ampliar el interés o la creación de uno nuevo en pos de mayores posibilidades de procedencia. Varios años antes de la cristalización de este anhelo, en 2001, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó los proyectos de reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y a la nueva Ley de Amparo, en los que, entre otras cuestiones, contemplaban al interés legítimo.¹² En estos documentos, además de prever el decimonónico y tradicional interés jurídico, se incorporó el moderno interés legítimo.¹³ Sin embargo, tales proyectos no generaron el proceso legislativo correspondiente, pues los órganos del Estado competentes para ello carecieron de sensibilidad y no hubo la voluntad política para que transitaran. Fue hasta el 19 de marzo de 2009 cuando se presentó la iniciativa de reformas y adiciones a la Constitución,¹⁴ las cuales, una vez culminado el proceso legislativo,

¹² Sánchez Valverde (2014), Suprema Corte de Justicia de la Nación (2000), Zaldívar Lelo de Larrea (2001) y Quijano Baz (2002), explican cómo previo a la elaboración de estos proyectos, nuestro máximo tribunal convocó a la comunidad jurídica nacional integrada, entre otros, por poderes judiciales, universidades, académicos, colegios de abogados, etcétera, a reflexionar y aportar sobre el tema. Para ese efecto formó una comisión que coordinara los trabajos, integrada por los ministros Humberto Román Palacio (quien fungió como coordinador general) y Juan Silva Meza; los magistrados Manuel Ernesto Solama Vera y César Esquinca Muñoz, los académicos Héctor Fix-Zamudio y José Ramón Cossío Díaz y los abogados litigantes Arturo Zaldívar Lelo de Larrea y Javier Quijano Baz. Además, se llevaron a cabo congresos y encuentros (p. 11), (pp. 11-69), (pp. 209-228) y (pp. 455-470).

¹³ Esto de “moderno” no impide reconocer que ya en ese momento el concepto de interés legítimo venía de una prolongada tradición en el derecho comparado y de algunas referencias en el derecho mexicano, sobre todo en el administrativo.

¹⁴ Presentada ante el Senado de la República por los senadores Manlio Fabio Beltrones Rivera, Jesús Murillo Karam, Fernando Castro Trento y Pedro Joaquín Coldwell, integrantes del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional.

fueron publicadas el 6 de junio de 2011. Asimismo, el 15 de febrero y el 22 de septiembre de ese mismo año se presentaron las iniciativas que dieron origen a la nueva Ley de Amparo,¹⁵ que fue publicada el 2 de abril de 2013.

Respecto al tema que nos ocupa, el primer párrafo de la fracción I del artículo 107 constitucional quedó en los siguientes términos:

El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por esta Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.¹⁶

Mientras que en el primer párrafo de la fracción I del artículo 5o. de la Ley de Amparo se indica:

El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o. de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.¹⁷

Partiendo de tales preceptos, coincidimos con la ministra en retiro Sánchez Cordero (2017), quien sostiene que estaremos ante el interés legítimo cuando a un particular se le violen sus derechos reconocidos por la Constitución en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Refiriéndose a los dos tipos de interés, señala:

El artículo es claro al establecer que el juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular

¹⁵ El 15 de febrero de 2011 se presentó en el Senado de la República la iniciativa de nueva Ley de Amparo, por los senadores Jesús Murillo Karam, del grupo parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, y Alejandro Zapata Perogordo, del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional; mientras que el 22 de septiembre de ese mismo año, el senador Tomás Torres Mercado presentó una iniciativa de reformas y adiciones a la Ley de Amparo.

¹⁶ Véase, diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitución_Política.pdf

¹⁷ Véase, diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf

de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado vulnera los derechos constitucionales y, con ello, se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera personal y directa (interés jurídico) o por su especial situación frente al ordenamiento jurídico (interés legítimo) (p. 250).

Con base en los anteriores preceptos y consideraciones, decimos que el interés legítimo existe cuando, a través de un acto de autoridad, a un particular se le violan sus derechos reconocidos en la Constitución en virtud de su especial situación frente al orden jurídico. Pero, ¿qué significa esto?, ¿qué alcances tiene?, ¿qué quiere decir la expresión “especial situación frente al orden jurídico?” Responder a estas interrogantes no ha sido fácil, la doctrina sobre el tema no es clara y mucho menos unívoca; así, ante esa incertidumbre, Gómez Bisogno (2012) señala:

Todos hablan del interés legítimo, y cómo no hacerlo si está de moda. El problema viene cuando dichas apreciaciones son, por lo regular, comentarios abstractos, dogmáticos y hasta sacramentales, cuando, por ejemplo, se apela a tal o cual autor para definir la figura. Por el contrario, nunca he escuchado a algún comentarista hablar de una forma concreta, práctica o tópica que me permita advertir, sin discursos pomposos y sin la elucubración de grandes teorías jurídicas, cuál es el impacto específico de una institución como el interés legítimo en el sistema de justicia constitucional (p. 424).

En esta materia son importantes las aportaciones de Zaldívar Lelo de Larrea¹⁸ (2002), quien en esencia sostiene que existe este interés cuando se da un acto de autoridad respecto a un gobernado que se encuentra en una situación especial o diferente de los demás, que le representa una ventaja o desventaja de modo particular. Esto puede ocurrir por dos razones: la primera, en virtud de la particular situación de hecho en que alguna persona se encuentre, que la hace más sensible o más vulnerable que otras

¹⁸ A él le ha tocado jugar un papel primordial en el tema del interés legítimo, al menos en tres campos: primero, fue parte de la comisión integrada por la Corte en 1999, que dio como resultado el proyecto de nueva Ley de Amparo, en la que una de las novedades es la previsión del interés legítimo; segundo, sus aportaciones en la doctrina, y, tercero, como ministro de la Corte le ha correspondido ser ponente en los asuntos que han fijado los principales criterios sobre la materia.

frente a un acto administrativo, y segunda, en virtud de que ciertos particulares sean los destinatarios de dicho acto (p. 42).

Tomando en cuenta lo expresado con anterioridad, resulta que un gobernado tendrá interés legítimo cuando se le causa un daño, a pesar de no ostentar un derecho subjetivo, que afecta su esfera jurídica en general en virtud su especial situación frente al orden jurídico, situación que puede ocurrir en dos hipótesis: la primera, que tenga una situación especial o diferente a los demás frente al acto de autoridad; esto es, que posee una particular circunstancia de hecho que lo hace más sensible o vulnerable frente al referido acto; y la segunda, por virtud de ser el destinatario del acto reclamado. Podemos pensar, por ejemplo, hablando del primer caso, en un particular que vive en el predio contiguo de aquel en el que la autoridad responsable autoriza la construcción de un relleno sanitario que se tiene la certeza de que generará contaminación en un cierto espacio a la redonda. Ese gobernado, claro está, se encuentra en una situación especial, diferente a la de los demás, su circunstancia es especial y de mayor vulnerabilidad; esto lo hace más sensible que el resto de los gobernados, aun de aquellos vecinos cercanos, pero que no sean contiguos al predio en que se construirá la obra.

El Poder Judicial de la Federación ha encontrado su propia forma de enunciar dichos elementos del interés legítimo. Ciertamente, lo expresa de manera diversa, pero, a fin de cuentas, significan lo mismo. Ello, a través, principalmente, de la jurisprudencia por contradicción de tesis P/J 50/2014,¹⁹ de rubro “INTERÉS LEGÍTIMO. CONTENIDO Y ALCANCE PARA LOS EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN I, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS),²⁰ a cuyo contenido nos remitimos.

En ella, fundamentalmente se precisa que estaremos ante el interés legítimo cuando se cubren, entre otros, los siguientes cuatro requisitos:

¹⁹ Surge de la contradicción de tesis 111/2013, entre las sustentadas por la Primera Sala al resolver el amparo en revisión 366/2013 y la Segunda Sala al resolver los amparos en revisión 553/2012, 684/2012 y 29/2013, resuelta por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

²⁰ Tesis P/J. 50/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, tomo 1, libro 12, noviembre de 2014.

- a) Que se dé un vínculo entre el derecho humano de que se trate y el quejoso. Se requiere que, por las circunstancias del caso, no sean dos entes aislados. En el ejemplo que dábamos, existe un vínculo entre el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano y el particular que vive en el predio contiguo a aquel en que se habrá de construir el relleno sanitario que provocará contaminación en cierto espacio a la redonda.
- b) Que el quejoso esté en posibilidad de expresar un agravio diferenciado, distinto del de los demás gobernados. Esto es, que el daño que se le cause sea peculiar, no equiparable al de la generalidad, pero, incluso, diferente al de algunos que tengan una situación con ciertas similitudes o de aparente analogía. Siguiendo con el ejemplo, diríamos que el particular contiguo al relleno sanitario expresará un agravio diferenciado al que pudiera formular la generalidad, los que ocasionalmente pasan por el lugar; pero, incluso, diferente del de aquellos que siendo vecinos no habitan un predio contiguo y, por tanto, entre otras cosas, los olores fétidos no les llegan con la misma intensidad. Por ello también se dice que el interés del quejoso es cualificado, actual y real.
- c) Que se dé una afectación al particular en su esfera jurídica en sentido amplio, a pesar de que no se disponga del derecho subjetivo. Lo que significa una afectación bajo un parámetro de razonabilidad. El quejoso, dueño del predio contiguo, promoverá el amparo con base en el interés legítimo por la violación a su derecho humano de disfrutar de un medio ambiente sano, pero no lo hará por el interés jurídico dado que no dispone del derecho subjetivo, pues no tiene ni la propiedad ni la posesión del predio en que se pretende construir el relleno sanitario, no es dueño, no tiene la posesión originaria, ni la derivada, no es arrendatario, ni usufructuario, etcétera, y
- d) En caso de que se conceda el amparo declarándose la inconstitucionalidad del acto reclamado y se ordene que no se lleve a cabo, o, si ya se efectuó, se decrete su revocación, implicará un real beneficio para el quejoso.

Como podemos observar, aunque el interés legítimo es más amplio que el interés jurídico, tampoco es tan laxo, no es ilimitado y, por el contrario, requiere se colmen una serie de requisitos que no son sencillos de cubrir.

No lo debemos confundir con el interés simple, que es el que tiene cualquier gobernado, sin necesidad de recibir un perjuicio en lo particular, de impugnar un acto de autoridad bajo el único argumento del derecho general y abstracto de que todas las autoridades actúen de acuerdo con la Constitución y la ley. Así las cosas, el interés simple será el que tenga todo particular por el solo hecho de vivir en sociedad, de exigir a las autoridades que actúen con base en la ley y, al no hacerlo así, estará facultado para ejercitar una acción ante la instancia jurisdiccional que implique el desarrollo de un procedimiento. En este caso, si tal interés estuviera permitido,²¹ la acción de amparo implicaría una acción popular que, según Ovalle Favela (2003), es “la que puede ejercer cualquier ciudadano en defensa del interés de una comunidad de personas o del interés público” (p. 595). Esto provocaría la total apertura para la promoción de juicios de amparo y su indiscriminada y perjudicial multiplicación.²²

Se reitera que a pesar de que el interés legítimo es más amplio que el interés jurídico, no lo es tanto como el simple. Como ya se dijo, requiere que se cumplan una serie de requisitos, que no son sencillos de colmar. Por ello es que sostenemos que esta circunstancia, consistente en que se den los requisitos del interés legítimo, es un elemento que ayuda a que no se dé el abuso de la figura de la suspensión del acto reclamado en tratándose de juicios de amparo por violación al derecho humano de disfrutar de un medio ambiente sano. En efecto, para que se otorgue la medida cautelar es necesario, lógicamente, que se admita la demanda de amparo, lo cual sólo es posible, en términos de lo dispuesto por el artículo 113 de la Ley, si no se da una causal manifiesta e indudable de improcedencia. Esa causal ocurrirá si no se dan los requisitos ya mencionados del interés legítimo, y que, por el contrario, estemos ante un caso de interés simple. Esto se encuentra definido en la jurisprudencia emitida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es “INTERÉS LEGÍTIMO. SU AUSENCIA PUEDE CONSTITUIR UN MOTIVO MANIFIESTO E

²¹ Cosa que no es así, pues en el segundo párrafo de la fracción I del artículo 5o. de la Ley de Amparo se indica que el interés simple en ningún caso podrá invocarse como interés legítimo.

²² Por supuesto que el tratamiento del tema relativo a lo perjudicial que se permitiera el interés simple para la promoción del juicio de amparo extralimita el objeto de este trabajo, y requeriría un estudio especial.

INDUDABLE DE IMPROCEDENCIA DEL JUICIO DE AMPARO²³,²³ que en la parte que interesa indica:

...pero si de los hechos y las razones expuestas y/o probadas en la demanda se aprecia con claridad y sin lugar a dudas que la situación del quejoso frente al acto de autoridad implica un mero interés simple, entonces podrá desechar la demanda de amparo, siempre y cuando esto sea manifiesto e indudable.²⁴

En conclusión, tratándose de juicios de amparo por posible violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, la exigencia de tener interés legítimo, con lo difícil de sus requisitos, se convierte en un elemento que ayuda a evitar el abuso de la suspensión del acto reclamado, esto, debido a que al no existir el interés legítimo y tratarse de un caso de mero interés simple, se da una causal manifiesta e indudable de improcedencia, lo que generará el desechamiento de la demanda de amparo y, lógicamente, que no tenga lugar el incidente de suspensión.

Pensemos en los juicios de amparo promovidos por Claudio X. González en contra de la construcción del nuevo aeropuerto de Santa Lucía, en la parte en que se alegaron violaciones al citado derecho humano previsto en el quinto párrafo del artículo 4o. constitucional.²⁵ No existen elementos para afirmar que se encuentre en una situación especial frente al orden jurídico y, derivado de ello, no se aprecia que esté en una circunstancia diferente a la de los demás gobernados que le represente una ventaja o desventaja de modo particular; tampoco, por tanto, se puede afirmar que se encuentre en una posición más sensible o más vulnerable frente al acto de autoridad que los demás ciudadanos. Dicho de otra forma, en términos de la jurisprudencia del Pleno de la Corte, no observamos que exista un vínculo entre el derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano de

²³ Se origina por motivo de la contradicción de tesis 331/2016, entre las sustentadas por los tribunales colegiados Primero en Materia Administrativa del Cuarto Circuito y Vigésimo en Materia Administrativa del Primer Circuito.

²⁴ Tesis 2a./J 57/2017, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, tomo II, libro 43, junio de 2017.

²⁵ Es importante hacer la aclaración de que en dichos juicios también se alegaron violaciones a otros preceptos constitucionales que contienen diversos derechos humanos, lo que provocó que se formularan múltiples conceptos de violación. Por tanto, en la práctica no se dio el caso de un juicio de amparo en que sólo se planteara la violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano.

tal gobernado y la construcción del nuevo aeropuerto; tampoco que esté en condiciones de expresar un agravio diferenciado al de otros particulares que nos lleve a afirmar que es cualificado, actual y real; por consecuencia, no nos percatamos de que sufra una afectación en su esfera jurídica en sentido amplio; por último, no hay elementos que nos permitan sostener que una posible sentencia favorable le causaría un beneficio. En resumen, no tiene un interés legítimo; en todo caso, tendrá sólo un interés simple, por lo que si ese hubiera sido el único concepto de violación alegado,²⁶ se generaría el desechamiento de la demanda por una causal manifiesta e indudable de improcedencia y, por tanto, ni siquiera se hubiera iniciado el incidente de suspensión.

Como corolario de todo lo anterior, tenemos que el interés legítimo se convierte en un elemento que ayuda a evitar el abuso de la suspensión del acto reclamado en tratándose de amparos por posible violación del derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano.

Amparo en revisión 307/2016

Los razonamientos vertidos en el punto anterior resultan perfectamente vigentes a pesar de lo resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 307/2016, o, dicho con más propiedad, precisamente por virtud del contenido de ese fallo confirmamos tales lineamientos.

Este es un caso especialmente importante para el tema que nos ocupa, pues marca una serie pautas en la materia.²⁷ En él, el máximo tribunal explica en qué consiste el interés legítimo para promover el juicio de amparo por violación al derecho humano al medio ambiente.²⁸ Inicia, como

²⁶ Que, como ya se dijo, no fue así.

²⁷ Dio origen a ocho tesis: 1a. CCLXXXVIII/2018 (10a.), 1a. CCLXXXIX/2018 (10a.), 1a. CCXC/2018 (10a.), 1a. CCXCI (10a.), 1a. CCXCII/2018 (10a.), 1a. CCXCIII/2018 (10a.), 1a. CCXCIV/2018 (10a.) y 1a. CCXCV/2018 (10a.).

²⁸ Consideramos que si se pretende hacer un estudio serio de este derecho humano, será de mucha utilidad acudir a esta sentencia, lo cual, por supuesto, extralimita el objeto de este artículo. Sólo nos limitaremos a señalar que la Sala trata, al menos, 16 puntos respecto al derecho humano al medio ambiente: 1. Constituciones que lo contemplan, 2. Instrumentos internacionales que lo regulan, 3. Su núcleo esencial de protección, 4. Su carácter de derecho autónomo, 5. Las obligaciones ambientales correlativas para los estados, 6. Sus tres etapas, 7. Su doble dimensión, 8. Su naturaleza individual y colectiva,

es natural, reconociendo que independientemente del derecho humano de que se trate, tendrá interés legítimo el gobernado que se encuentra en una situación especial frente al orden jurídico, lo cual le representa una ventaja o desventaja de modo particular, que lo hace más vulnerable. Eso le permitirá expresar un agravio diferenciado, distinto del de los demás gobernados, por lo que será cualificado, actual y real, y que, de dictarse un fallo favorable, le representará un verdadero beneficio.

Esos lineamientos generales los reitera en tratándose del interés legítimo por violación del derecho humano ambiental. Inicia reconociendo que el ser humano convive con diversos ecosistemas, de los cuales obtiene varios beneficios, sea porque lo proveen de bienes y condiciones necesarios para el desarrollo de su vida, o bien porque impiden eventos que lo ponen en riesgo. Tales beneficios son los llamados *servicios ambientales*.

Ahora bien, uno de los criterios más importantes para determinar si una persona recibe o es beneficiaria de los servicios ambientales de un ecosistema es el concepto del *entorno adyacente*. Éste consiste en el área geográfica —que puede ser pequeña, amplia o muy extensa, dependiendo del caso—, en la cual las funciones de un ecosistema, entendidas como los procesos biofísicos que ahí se generan, impactan en beneficio de los seres humanos.

Así las cosas, la secuencia lógica es clara: primero, tenemos la existencia de un ecosistema; segundo, los beneficios que de éste se obtienen, llamados servicios ambientales; y, tercero, el entorno adyacente, que es el área en la que se cristalizan esos beneficios. Por tanto, es el hecho de que una persona viva o utilice ese entorno adyacente lo que la hará beneficiaria de los servicios ambientales y, por tanto, le dará interés legítimo para promover el juicio de amparo en contra de los actos de autoridad que afecten ese ecosistema, violándose su derecho humano ambiental. Así, la Sala sostiene que estaremos ante el interés legítimo cuando

...se acredita que existe un vínculo entre quien alega ser titular del derecho ambiental y los servicios ambientales que presta el ecosistema presuntamente vulnerado; vínculo que puede demostrarse —como una de los criterios

9. Su naturaleza colectiva y difusa, 10. La enumeración de al menos 14 de sus principios rectores, 11. Explicación del principio de precaución, 12. Explicación del principio *in dubio pro natura*, 13. explicación del principio de participación ciudadana, 14. Explicación del principio de no regresión, 15. Los servicios ambientales, y 16. Algunos ecosistemas y los servicios ambientales que prestan.

de identificación, mas no el único— cuando el accionante acredita habitar o utilizar el “entorno adyacente” del ecosistema, entendiéndolo éste como su área de influencia a partir de los servicios ambientales que presta.

Así las cosas, es el hecho de habitar o utilizar el entorno adyacente lo que genera que un particular se encuentre en una situación especial frente al orden jurídico. Ello nos lleva a reiterar que el interés legítimo es un elemento que ayuda a atenuar el abuso de la suspensión del acto reclamado, pues puede ocurrir que un gobernado promueva un juicio de amparo y solicite la medida cautelar, sin habitar o utilizar el referido entorno adyacente, y que sus motivantes sean meramente políticos para evitar que el gobierno en turno realice ciertas obras de infraestructura, con el argumento, simulado, por supuesto, de que se afecta su derecho humano a un medio ambiente sano.

V. EL DAÑO INMINENTE E IRREPARABLE EN CASO DE QUE SE NIEGUE LA SUSPENSIÓN

En estrecha relación con el interés legítimo como elemento para evitar el abuso de la suspensión del acto reclamado en los amparos por violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, tenemos el de la exigencia de que el quejoso acredite el daño inminente e irreparable en caso de que se niegue la medida cautelar. Este requisito se encuentra previsto en el primer párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo, que indica: “...cuando el quejoso que solicita la suspensión aduzca un interés legítimo, el órgano jurisdiccional la concederá cuando el quejoso acredite un daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue, y el interés social que justifique su otorgamiento” (diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_150618.pdf).

Se trata de dos aspectos que, aunque íntimamente relacionados, son distintos, y no se deben confundir. Primero, tenemos el interés legítimo con sus requisitos estrictos a que nos referimos en el punto anterior, el cual es necesario para la procedencia del juicio de amparo, pues de no existir, si ello es manifiesto e indudable, generará el desechamiento de la demanda; y, en segundo lugar, como requisito posterior, nos encontramos con que, para el otorgamiento de la suspensión, tanto en la provisional como

en la definitiva, se debe acreditar el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue.

Vistas así las cosas, nos encontramos con que, si de entrada son de difícil cumplimiento los elementos del interés legítimo, esto se ve acentuado o la exigencia tiene un plus en virtud de los extremos previstos en el primer párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo. El quejoso deberá demostrar, de forma indiciaria para la suspensión provisional,²⁹ y más objetiva para la definitiva, el daño inminente e irreparable que se le provocaría si no se le concediera la medida precautoria. El entendimiento de los verdaderos alcances de esta exigencia se clarifican de mejor manera si pensamos en casos prácticos, en hipótesis que han ocurrido en la realidad. Uno muy ilustrativo lo encontramos en la jurisprudencia de rubro “SUSPENSIÓN EN EL AMPARO CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DE LA LICENCIA, PERMISO Y/O AUTORIZACIÓN PARA REALIZAR UNA CONSTRUCCIÓN VERTICAL. EXTREMOS QUE DEBEN JUSTIFICAR LOS VECINOS DEL LUGAR EN QUE ÉSTA SE EFECTÚA, PARA COMPROBAR EL INTERÉS LEGÍTIMO PARA EL OTORGAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR”,³⁰ cuyo fragmento que nos interesa señala respecto a la forma de acreditar la “vecindad”:

... proporcionando elementos fácticos sobre la distancia aproximada entre el inmueble que dice ocupar y la construcción a la que se opone, así como las dimensiones o entidad de ésta, en correlación con las afectaciones que deberá identificar... En tales condiciones, quedará a la prudente valoración del juez de amparo determinar en qué casos y con qué probanzas el quejoso acredita de manera indiciaria el daño inminente e irreparable que se podría

²⁹ Así se desprende, entre otras tesis, de la de jurisprudencia establecida por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuyo rubro es: “INTERÉS LEGÍTIMO. PARA EL OTORGAMIENTO DE LA SUSPENSIÓN PROVISIONAL EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 131 DE LA LEY DE AMPARO, BASTA QUE EL QUEJOSOS LO DEMUESTRE DE MANERA INDICIARIA”. Surge de la contradicción de tesis 299/2015, entre las sustentadas por los tribunales colegiados Segundo en Materia Administrativa del Sexto Circuito y Segundo y Tercero, ambos en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Tesis 2a./J. 61/2010 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 31, junio de 2016, tomo II, p. 956.

³⁰ Derivada de la contradicción de tesis resuelta por el Pleno en Materia Administrativa del Tercer Circuito, entre las sustentadas por los tribunales colegiados Segundo, Tercero, Cuarto, Quinto y Séptimo en Materia Administrativa, así como Primero y Segundo, ambos en Materia de Trabajo, todos del Tercer Circuito.

causar con la negativa de la suspensión conforme al segundo (*sic*) párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo...³¹

Como se puede observar, el contenido de la jurisprudencia es demasiado claro, explica con nitidez el caso práctico y las circunstancias que lo rodean. Pero inclusive si acudimos a la ejecutoria que la produjo nos encontramos con que el quejoso que solicita la suspensión deberá señalar en qué consiste la posibilidad de afectación con la edificación de la obra vertical, como podría ser la vista, el agotamiento de recursos específicos, la afectación ecológica, la salud o integridad física, entre otros. En forma adicional, pero en estrecha relación con lo anterior, deberá demostrar la distancia que existe entre la casa o local que habita u ocupa, con aquel en que se pretende ejecutar la referida obra vertical. Sólo en la medida en que se cumpla con esos extremos acuciosos se dirá que se dan las exigencias del primer párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo, consistente en el daño inminente e irreparable.

Otro caso que resulta ilustrativo es el de la jurisprudencia contenida en la Tesis PC.XI. J/6 A,³² a cuyo contenido nos remitimos, donde se explica que cuando el acto reclamado consista en la remodelación de una calle por parte de la autoridad responsable y se solicita la suspensión, el quejoso deberá demostrar que tiene su residencia en esa calle o, en el peor de los casos, que es vecino contiguo. Así las cosas, tal exigencia se acreditará de forma indiciaria cuando, por ejemplo, se aporta la credencial de elector y el oficio que informa de la obra pública en un lugar determinado, que coincide con el domicilio de la credencial. Es indispensable que exista esa coincidencia en los domicilios que indican el oficio y la credencial; sólo de esa forma se dirá que se acredita el daño inminente e irreparable que señala el *multicitado* primer párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo.

Los anteriores son dos casos concretos que nos ayudan a tener un criterio general respecto a lo riguroso de la exigencia que nos ocupa, consistente en que para que se otorgue la suspensión del acto reclamado es indispensable que el quejoso acredite el daño inminente e irreparable a

³¹ Tesis PC.III.A. J/57 A (10a), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 62, enero de 2019, tomo III, p. 1780.

³² Tesis PC.XI. J/6 A, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 66, mayo de 2019, tomo II, p. 1950.

su pretensión en caso de que se le niegue la medida. Esa regla o criterio general también resultará aplicable, por lógica, a las solicitudes de suspensión en aquellos juicios de amparo promovidos por la violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, previsto en el quinto párrafo del artículo 4o. constitucional. En especial, cuando el acto reclamado consista en la construcción de obras de trascendencia nacional. En tales casos, el quejoso deberá ser lo suficientemente cuidadoso de acreditar que el acto de autoridad que reclama afecta de tal forma su derecho a un medio ambiente sano que, de no concedérsele la medida cautelar, se le causarían daños inminentes e irreparables. Estamos pensando, por ejemplo, que requerirá acreditar que tiene su domicilio en un lugar inmediatamente contiguo a la fuente de contaminación, que vive junto a la zona arbolada que se pretende deforestar o que su casa está en la ribera del río donde se habrán de arrojar los residuos tóxicos. Por consecuencia, en ausencia de tales elementos se le deberá negar la medida.

Aplicando los anteriores razonamientos a los juicios de amparo promovidos por Claudio X. González en contra de la construcción del nuevo aeropuerto en la base militar de Santa Lucía, en la parte que alegó violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano,³³ nos encontramos con que no se cumple con las exigencias contenidas en el primer párrafo del artículo 131 de la Ley de Amparo para el otorgamiento de la suspensión, consistentes en el daño inminente e irreparable a su pretensión en caso de que se niegue la medida. Por supuesto que, por ejemplo, no está acreditado que viva o resida cerca o que sea vecino del lugar, ni que tenga ahí su domicilio o su fuente de trabajo que lo mantenga permanentemente en el sitio, como para que se vea afectado, y menos de esa forma tan terminante, con el impacto ambiental que supuestamente genera la obra. Por consecuencia, si se hubiera tratado de juicios en los que sólo se alegara violación al derecho humano previsto en el quinto párrafo del artículo 4o. constitucional,³⁴ la suspensión del acto reclamado habría sido improcedente.

³³ Como ya se dijo con anterioridad, es importante hacer la aclaración de que en dichos juicios también se alegaron violaciones a otros preceptos constitucionales que contienen diversos derechos humanos, lo que provocó que se formularan múltiples conceptos de violación. Por tanto, en la práctica no se dio el caso de un juicio de amparo en que sólo se plateara la violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano.

³⁴ Insistimos que no fue así.

Con base en los razonamientos vertidos, podemos concluir que los multicitados requisitos de demostrar el daño inminente e irreparable previstos en el artículo 131 de la Ley de Amparo, se convierten en elementos que impiden el abuso de la suspensión del acto reclamado en aquellos juicios en que se alegue la violación al derecho humano de disfrutar de un medio ambiente sano, contemplado en el quinto párrafo del artículo 4o. constitucional. En especial, cuando el acto reclamado consiste en la construcción de obras de trascendencia nacional.

VI. EL PERJUICIO AL INTERÉS SOCIAL CON LA SUSPENSIÓN DE OBRAS DE TRASCENDENCIA NACIONAL

Un tercer elemento que ayuda a que no se abuse de la suspensión en los juicios de amparo promovidos por la violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, especialmente cuando el acto reclamado consiste en la construcción de grandes obras de relevancia nacional, es que para su otorgamiento se exige que no se siga perjuicio al interés social. Decimos esto porque generalmente la paralización de este tipo de obras genera tal perjuicio.

En el primer párrafo de la fracción X del artículo 107 constitucional se precisa que para el otorgamiento de la suspensión el juez deberá hacer un análisis del interés social. Dice el precepto:

Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social (diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Constitucion_Politica.pdf).

Mientras que en la fracción II del artículo 128 de la Ley de Amparo, ya de manera tajante se establece como uno de los requisitos para concederla que no se siga perjuicio al interés social.

Ahora, cabe preguntarse: ¿qué es el interés social? De inicio debemos reconocer que es difícil dar una respuesta satisfactoria. Resulta muy complicado establecer un concepto que sea aplicable a los múltiples casos que se presentan o se puedan presentar en la realidad. Pero si desde el punto

de vista doctrinal es difícil, desde la visión normativa es empresa más alejada. Resulta imposible que algún precepto legal lo defina, incluso el artículo 129 de la Ley de Amparo, a través de XIII fracciones, sólo realiza un catálogo enunciativo, mas no limitativo, de casos que lo infringen.³⁵ Por tanto, no son los únicos que pueden ocurrir en la realidad. Es un concepto indeterminado, que no se puede configurar a partir de la declaración formal contenida en la ley, sino que corresponderá al juez determinarlo con base en cada caso concreto, para lo cual habrá de tomar en cuenta las circunstancias de tiempo, modo y lugar y, por supuesto, su arbitrio judicial. En este sentido, resulta ilustrativa la siguiente jurisprudencia:

SUSPENSIÓN, NOCIONES DE ORDEN PÚBLICO Y DE INTERÉS SOCIAL PARA LOS EFECTOS DE LA... El orden público y el interés social, como bien se sabe, no constituyen nociones que puedan configurarse a partir de la declaración formal contenida en la ley en que se apoya el acto reclamado. Por el contrario, ha sido criterio constante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que corresponde al juez examinar la presencia de tales factores en cada caso concreto. El orden público y el interés social se perfilan como conceptos jurídicos indeterminados, de imposible definición, cuyo contenido sólo puede ser delineado por las circunstancias de modo, tiempo y lugar prevaletentes en el momento en que se realice la valoración.³⁶

Tratando de encontrar si no una definición, sí al menos el establecimiento de líneas orientadoras que permitan determinar cuándo estaremos ante el interés social y las disposiciones de orden público y, por tanto, de hipótesis en las que se infringen, es altamente ilustrativo acudir a la ya tradicional tesis de rubro “INTERÉS SOCIAL Y DISPOSICIONES DE ORDEN PÚBLICO. SU APRECIACIÓN”,³⁷ en la que se precisa que habrá esa afectación cuando con el otorgamiento de la suspensión se produce cualquiera de los siguientes dos fenómenos negativos:

³⁵ En realidad, se refiere a casos en los que se sigue perjuicio al interés social o se contravienen disposiciones de orden público.

³⁶ Tesis I.3o.A. J/16 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, tomo V, enero de 1997, p. 383.

³⁷ Dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación*, vol. 47, tercera parte, p. 58.

- 1) Se prive a la colectividad de un beneficio que le otorguen las leyes, o
- 2) Se le infiera un daño que de otra manera no resentiría.

Por supuesto que con esas líneas generales de perjuicio al interés social, en la práctica se han ido dando casos que se adecúan a dichas pautas. Una de las áreas en que ha sido reiterado el criterio de interés social es lo relativo a la prestación o el otorgamiento de los servicios públicos. Existe unanimidad en considerar, como es lógico, que la sociedad está interesada en que éstos sean de calidad, que se brinden en las mejores condiciones, que abarquen al mayor número de personas, etcétera. Por consecuencia, también existe consenso en que la paralización de aquellas obras o acciones que estén orientadas a brindarlos causa perjuicio al interés social. Es por lo que generalmente se declara la improcedencia de la suspensión del acto reclamado, cuando de concederse implicaría que no se otorgue un servicio público o se haga de manera deficiente. En tales casos se sostiene que no se concederá la medida cautelar por no cumplirse el requisito previsto por la fracción II del artículo 128 de la Ley de Amparo.

En este sentido, resulta ilustrativa la siguiente jurisprudencia establecida por la Segunda Sala de nuestro máximo tribunal del país,³⁸ donde ciertamente refiere el tema de las licitaciones y sus objetivos de optimización de los recursos económicos, pero sobre todo nos interesa su parte final, en que se hace hincapié en que la sociedad tiene interés en la defensa y mejoramiento de los servicios públicos por ser una cuestión que tiene que ver con el interés social y, por tanto, que será improcedente la suspensión que los afecte.

...así, si se lleva a cabo una licitación para la mejora y mantenimiento en la prestación de un servicio público, resulta evidente que responde a disposiciones de orden público y al interés social, pues atiende a la demanda de un mejor servicio en beneficio de la colectividad. Con base en esta circunstancia, por regla general es improcedente otorgar la suspensión solicitada por el quejoso, contra la formalización y ejecución del contrato respectivo, al no

³⁸ Se trata de la jurisprudencia surgida de la contradicción de tesis 173/2018, entre las sustentadas por el Pleno en Materia Administrativa del Tercer Circuito y el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito, cuyo rubro es: “SUSPENSIÓN. POR REGLA GENERAL, ES IMPROCEDENTE OTORGARLA CONTRA LA FORMALIZACIÓN Y EJECUCIÓN DE UN CONTRATO DE CONCESIÓN PARA LA MEJORA Y MANTENIMIENTO DE LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO”.

colmarse los requisitos del artículo 128, fracción II, de la Ley de Amparo, pues de concederse la medida cautelar, se contravendrían disposiciones de orden público y se seguiría perjuicio al interés social, en tanto que la colectividad tiene interés en la defensa y mejoramiento en la prestación de los servicios públicos.³⁹

Todavía más clara en el tema del interés social que impera en la construcción de obras para brindar, mantener o mejorar los servicios públicos, es la tesis XXVII.3o.62 A (10a.), en la que más que su rubro,⁴⁰ nos interesa destacar el siguiente fragmento.

...en ese sentido, ha sido criterio reiterado que la construcción de calles, caminos, avenidas, carreteras y, en general, de vías públicas e, incluso, de obras de mantenimiento, son actos que, de paralizarse, afectarían al orden público y al interés social, ya que ese tipo de vialidades comunican colonias, poblados, ciudades o entidades federativas. Por tal motivo, la realización de la obra actualiza el concepto de interés social, pues se hace en beneficio de la propia colectividad, al constituir un equipamiento vial que proporcionará un instrumento idóneo para el tránsito de vehículos con seguridad y, además, tiende a solucionar y evitar problemas concretos, como el congestionamiento vehicular, los percances con resultados lesivos, agilizar la circulación, entre otros.⁴¹

Dicho lo anterior, es lógico reconocer que generalmente la construcción de las grandes obras de relevancia nacional están orientadas a la prestación de servicios públicos. Comúnmente tienen como objetivo el otorgamiento de un servicio que no existía, el mejoramiento de uno existente, la ampliación en su cobertura o mejorarlos en términos ya sea de cantidad, de calidad o de ambos. Por consecuencia, aunque deben tomarse en cuenta las peculiaridades de cada caso particular, normalmente podemos decir que la realización de esas obras implica hechos y actos de interés social, y, por tanto, el otorgamiento de la suspensión para que se interrumpan o no inicien representa una afectación o perjuicio a tal interés.

³⁹ Tesis 2a./J. 98/2018, *Semanario Judicial de la Federación*, libro 58, septiembre 2018, t. I, p. 1207.

⁴⁰ “ESTACIONAMIENTO PÚBLICO CONSTRUIDO POR UN MUNICIPIO. PROCEDE CONCEDER LA SUSPENSIÓN EN EL AMPARO PROMOVIDO CONTRA SU DEMOLICIÓN”.

⁴¹ Tesis XXVII.3o.62 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, libro 55, junio de 2018, t. IV, p. 3052.

En muchos de los juicios de amparo que se promueven contra la construcción de esas obras se alega violación al derecho humano a disfrutar de un medio ambiente sano, previsto en el quinto párrafo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Con independencia que se dé o no esa violación, lo cual constituye el fondo del amparo que se deberá resolver en la sentencia, generalmente para el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado se presenta la dificultad de que se pueda seguir perjuicio al interés social, en virtud de que, como ya se explicó, al impedirse el inicio o la continuación de la obra evita o dificulta la prestación y mejoramiento de un servicio público, o de una actividad que está orientada a producir un beneficio a la sociedad.⁴² En consecuencia, se convertirá también en un obstáculo para que el amparo en general y la suspensión en particular se utilicen como un mero instrumento en la lucha política de grupos y personas opositoras al gobierno en turno. Por ello sostenemos que este es otro elemento que ayuda a atenuar el abuso de la figura suspensión del acto reclamado.

VII. CONCLUSIÓN

Existen casos en los que, por razones políticas, se da el abuso de la suspensión del acto reclamado en tratándose de juicios de amparo por violación al derecho humano ambiental, cuando el acto reclamado consiste en grandes obras de infraestructura. Pero hay, al menos, tres elementos que ayudan a atenuarlo:

- 1) El interés legítimo. En virtud de que, aunque más laxo que el interés jurídico, presenta requisitos estrictos. Se requiere que el quejoso se encuentre en una situación especial frente al orden jurídico, que le permita expresar un agravio diferenciado respecto a los demás gobernados. Estos elementos, cuando estamos ante el juicio

⁴² Aquí existe una cuestión muy importante a resolver, consistente en que para el otorgamiento o la negativa de la suspensión se puede dar una colisión de derechos: por un lado, el del interés social y, por el otro, el de disfrutar de un medio ambiente sano. Ambos son derechos humanos que pueden generar una confrontación. Ante esa colisión, resulta indispensable remitirnos a la teoría de la ponderación de principios, tema que requiere un tratamiento especial, y que extralimita con mucho el objeto de este trabajo. Si se quiere interiorizar en este tópico, se recomienda, de inicio, la consulta de las tesis 2021461, 2016062, 169491, 171901, 174338 y 174337.


de amparo por violación al derecho humano ambiental, consisten en que habite o utilice el entono adyacente del ecosistema que se trate, y que, como consecuencia, sea beneficiario de sus servicios ambientales;

- 2) El daño inminente e irreparable. Es necesario que se genere éste si se niega la medida, y
- 3) El perjuicio al interés social, que generalmente se provoca con la suspensión de obras de trascendencia nacional.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar Cavallo, G. (2017). Las fuentes y el alcance del derecho al desarrollo y su indivisibilidad con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. *Ius et Praxis, Revista de la Universidad de Talca*, Chile, vol. 23, núm. 1.
- Alfire Cohen, M. (2007). Una nueva gestión ambiental: El riesgo y el principio precautorio. *Espacio Abierto, Revista de la Universidad del Zulia, Maracaibo*, Venezuela, vol. 16, núm. 2, abril-junio.
- Bazdresch, L. (1989). *El juicio de amparo: curso general* (5a. ed.). México. Trillas.
- Burgoa, I. (2008). *El juicio de amparo* (42a. ed.). México. Porrúa.
- Carrancá Bourget, V. (2000). *Teoría del amparo y su aplicación en materia penal* (2a. ed.). México. Porrúa.
- Castro, J. (2011). *Garantías y amparo* (15a. ed.). México. Porrúa.
- Castro Bultrago, E. y Calderón Valencia, F. (2018). Un derecho ambiental democrático para Latinoamérica y el Caribe: los retos de la negociación del Acuerdo Regional sobre el Principio 10 de Río 92, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional, Universidad de Rosario*, Colombia, vol. 11.
- Chávez Castillo, R. (2014). *Derecho procesal de amparo conforme a la nueva ley*. México. Porrúa.
- Cruz Parcero, J. (2013). El concepto de interés legítimo y su relación con los derechos humanos: observaciones críticas a Ulises Schmill y Carlos de Silva. *Isomia, Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, núm. 39, octubre.

- De la Luz Félix Tapia, R. (2006). *Juicio de amparo: doctrina, ley, práctica y jurisprudencia*. México. Porrúa.
- Espinoza Barragán, M. (2015). *Juicio de amparo* (2a. ed.). México. Oxford.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2004). *Juicio de amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos*. México. Porrúa.
- Ferrer Mac-Gregor, E. y Sánchez Gil, R. (2013). *El nuevo juicio de amparo*. México. Porrúa.
- García López, T. (2018). Instrumentos económicos para la protección ambiental en el derecho ambiental mexicano. *Sociedad y Ambiente, Revista del Colegio de la Frontera Sur*, México, núm. 17.
- García Rivera, E. (2017). Las ampliaciones regionales de la reforma constitucional de los hidrocarburos en el goce y ejercicio del derecho fundamental al medio ambiente sano. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. México, núm. 150, septiembre-diciembre.
- Garín, Andrea L. (2019). Principios del derecho ambiental en el Acuerdo de París sobre Cambio Climático. *Derecho del Estado, Revista de la Universidad Externado*, Colombia, núm. 44.
- Gómez Bisogno, F. (2012). El proceso al servicio de los derechos alcance del interés legítimo en el derecho comparado. *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 26, enero-junio.
- González Arruti, C. (2015). El derecho internacional al medio ambiente y el principio de precaución: una atención a los organismos vivos modificados (OVM). *Dikaion, Revista de la Universidad de la Sabana*, Colombia, vol. 24, núm. 2, diciembre.
- Huerta Guerrero, L. (2013). Constitucionalización del derecho ambiental. *Derecho PUCP, Revista de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, Perú, núm. 71, julio-noviembre.
- Monarque Ureña, R. y Novia Cruz, I. (2009). *La suspensión en el juicio de amparo: planteamiento esquemático*. México. Porrúa.
- Olarde Bácares, D. (2005). La efectividad del derecho internacional del medio ambiente. *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Colombia, núm. 5, junio.
- Ovalle Favela, J. (2003). Acciones populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, vol. XXXVI, núm. 107, mayo-agosto.

- Peluso, María L. (2007). Las acciones ambientales en el derecho argentino. Amparo ambiental y acción popular. *Dikaion, Revista de la Universidad de la Sabana Cundinamarca*, Colombia, vol. 21, núm. 16, noviembre.
- Quijano Baz, J. (2002). Proyecto de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de la ley de amparo. En J. Vega Gómez y E. Corzo Sosa (Coords.), *Instrumentos de tutela y justicia constitucional: memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Redacción. (2019). Santa Lucía desmontarán más de 5 mil árboles de 26 especies. *Ejecentral*. <https://www.ejecentral.com.mx/por-santa-lucia-desmontaran-mas-de-5-mil-arboles-de-26-especies/>
- Ruiz Torres, H. (2007). *Curso general de amparo*. México. Oxford.
- Sánchez Cordero Dávila, O. (2017). *Interés legítimo en la nueva Ley de Amparo*. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García (Coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917, pasado, presente y futuro*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Sánchez Valverde, M. (2014). *Regulación de juicio de amparo a través de los acuerdos generales emitidos por el Poder Judicial de la Federación*. México. Tirant lo Blanch.
- Suárez Camacho, H. (2014). *El sistema de control constitucional en México*, México. Porrúa.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2000). *Proyecto de ley de amparo reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Wilches Durán, R. E. (2011), Principio Ambiental de Precaución y Contratación Mercantil en el Derecho Colombiano. Planteamiento del Problema. *Vniversitas, Revista de la Pontificia Universidad Javerina*, Colombia, núm. 123, julio-diciembre.
- Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2001). Breves comentarios al proyecto de nueva ley de amparo. En D. Valadés y R. Gutiérrez Rivas (Coords.), *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2002). *Hacia una nueva ley de amparo*. México. UNAM. 



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

El lugar del derecho comparado en la despenalización del aborto en el sur global*

The Place of Comparative Law in the Decriminalization of Abortion in the Global South

Todo tiene su tiempo bajo el cielo:
un tiempo para nacer y un tiempo para morir

Del Eclesiastés

Recepción: 22 de noviembre de 2021

Aceptación: 16 de mayo de 2023

Tania Giovanna VIVAS-BARRERA**

RESUMEN: El debate constitucional sobre el reconocimiento del derecho innominado al aborto y la disminución ponderada del derecho a la vida del *nasciturus* parece no menguar con el paso del tiempo tras décadas de fallos históricos. Tras quince años de la icónica sentencia de la Corte Constitucional colombiana, la cuestión se ha reabierto con nuevas demandas que invocan la revisión de la posición del tribunal constitucional que hace algún tiempo aceptó la despenalización del delito de aborto en determinadas circunstancias. El derecho comparado ha sido parte fundamental de la

ABSTRACT: *The constitutional debate on recognizing the innominate right to abortion and the weighted diminution of the right to life of the nasciturus seems not to diminish with the passage of time after decades of historical rulings. After 15 years of the iconic sentence of the Colombian Constitutional Court, the constitutional debate has been opened with new demands invoking a review of the position of the constitutional court that once accepted the decriminalization of the crime of abortion in certain circumstances. Comparative law has been a fundamental part of the consti-*

* El artículo recoge resultados de la investigación desarrollada por la autora en su calidad de investigadora asociada al Grupo de Investigación “Persona, Instituciones y Exigencias de Justicia” adscrito y financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Colombia.

** Abogada y especialista en derecho constitucional de la Universidad Nacional de Colombia; magíster en derecho público de la Universidad de Lyon 3, Francia; magíster en derechos humanos de la Universidad de Grenoble II, Francia. Doctorado en derecho público en la Universidad de Pau, Aquitania, Francia (en curso) ORCID 0000-0002-9105-7330 Contacto: tgivivas@ucatolica.edu.co

controversia constitucional en los países del sur global, así como la trascendencia de decisiones extranjeras en la decisión local, por ello la metodología comparatista y el diálogo judicial serán corazón y latido de este artículo.

Palabras claves: aborto, diálogo judicial, sur global, derecho comparado, derecho constitucional comparado.

tional controversy in the countries of the global south, as well as the transcendence of foreign decisions in the local decision, so the comparative methodology and the judicial dialogue will be the heart and beat of this article.

Keywords: *abortion, judicial dialogue, global south, comparative law, comparative constitutional law.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El uso del derecho comparado por los tribunales constitucionales.* III. *El rol del derecho comparado en la decisión de despenalización del aborto en Colombia.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Las decisiones de los tribunales constitucionales en el mundo entero suscitan gran controversia, pero ninguna tanto como aquella que somete al escrutinio judicial el reconocimiento de derechos sexuales reproductivos y la posibilidad de disminuir el gozo y disfrute del derecho a la vida del que está por nacer. Ian Shapiro recuerda cómo Ronald Dworkin, refiriéndose al fallo de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos en el caso *Roe vs. Wade* de 1973, indicaba que ningún fallo había “suscitado tanta indignación, pasión y violencia física por parte del público, o tanta intemperante crítica profesional” (Shapiro, 2008, p. 437). Discusión inacabada para Colombia (Durán-Núñez, 2020) como para Estados Unidos (Kelley, 2020; *The New York Times*, 2020), pues tanto la corte norteamericana como la colombiana han revivido el debate constitucional sobre el aborto en el pandémico del 2020. Actualidad a la que se suma la decisión de la Corte Suprema de Justicia de México de septiembre de 2021, al despenalizar el aborto gracias a la declaratoria de inconstitucionalidad de las legislaciones de estados de Coahuila y Sinaloa.

La ola expansionista de la discusión del derecho a abortar y la retracción del derecho a la vida del *nasciturus* en instancias judiciales impulsó a los jueces constitucionales hacia la revisión de las decisiones de sus homólogos. El estudio de las consideraciones sometidas a los jueces así como

sus juicios de ponderación de derechos para responder a la demanda de protección de un derecho innominado a abortar de la mujer y de la extrema y desproporcionada consecuencia de penalización al delito de aborto. En consecuencia, los jueces proceden a examinar de manera inspiracional las decisiones previas de sus pares en otras jurisdicciones, y las fronteras de las tradiciones jurídicas distintas no parecen ser una barrera insuperable; en definitiva, el juez constitucional actúa siguiendo el impulso comparatista, según Ronald Drago, propio de los constitucionalistas (Sauvé, 2015, p. 293).

Es de esta manera que la discusión judicial a nivel constitucional y el derecho comparado usado como argumento de la decisión judicial se encuentran. Y aunque no parece ser una correlación espuria, sino una convergencia históricamente recurrente, tras quince años de la decisión de la Corte Constitucional colombiana y la renovación de la discusión gracias a una nueva demanda que generó en 2020, una sentencia que mantiene la decisión de 2006, parece válido preguntarse qué tan fiel a la metodología comparatista es el uso de decisiones de otras jurisdicciones constitucionales ¿Qué tan ajustada al deber de justificación de lo comparado es el análisis incluido en la decisión de la Corte Constitucional de 2006? De esto tratará el artículo que se desarrolla en lo que sigue, no sin antes hacer una revisión del uso del derecho comparado por los tribunales constitucionales en general.

II. EL USO DEL DERECHO COMPARADO POR LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

El derecho comparado creció en el campo del derecho público como una construcción fundamentalmente metodológica que permitiría realizar análisis inicialmente de legislación comparada; sin embargo, ha ido evolucionando hacia una mayor gama de usos e importancia. El derecho comparado inició con la titánica idea de clasificar los derechos existentes en familias jurídicas, metodología impulsada por René David (David, 1964; David y Jauffret-Spinosi, 2010) seguido por otros tantos autores desde entonces (Cuniberti, 2011; González-Martín, 2010). Tal ejercicio supuso pararse en los hombros de otros comparatistas que se habían afianzado en el estudio de derechos extranjeros, permeando el conocimiento de modelos jurídicos existentes en el mundo gracias a la comprensión de un

sistema jurídico nacional desde adentro. Los estudios de derecho extranjero nos han permitido conocer los rasgos más relevantes de las tradiciones jurídicas talmúdicas, hindúes, islámicas claramente ajenas al sistema de pensamiento de occidente; otros estudios se han concentrado en las tradiciones más expandidas en el mundo occidental, tales como la tradición del derecho civil y del derecho anglosajón (Glenn, 2010).

Acercarse a un derecho distinto al propio puede ser una empresa bastante difícil de llevar a feliz término, y por ello requiere de una exigente metodología de estudio. El estudio de una institución o un modelo específico extranjero debe en todo caso tender puentes entre el derecho estudiado y el derecho de donde parte la comparación o el público objetivo. La tarea del experto en derecho extranjero será un trabajo de construcción o, más exactamente, de reconstrucción y no una simple acumulación de datos (Ponthoreau, 2015, p. 300). Curiosamente, al experto en el derecho extranjero no se le conoció como comparatista siendo el primer promotor del derecho comparado, de allí los fuertes lazos que unen las dos disciplinas. Aunque para algunos expertos comparatistas el estudio de derecho extranjero se distancia del derecho comparado propiamente dicho, pues tiene objetos, fines y métodos distintos. Si bien el objeto de estudio del experto en derecho extranjero y el comparatista es compartido, el comparatista siempre deberá justificar la comparación misma, evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados, evidenciar la circulación del modelo comparado y, si se quiere, la distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación (Ponthoreau, 2015, p. 303).

En efecto, un comparatista deberá dar cuenta de las condiciones de la comparación y es, por contrario, aquello que un estudio de derecho extranjero no debe cuidar. Dependiendo de las respuestas a las siguientes preguntas metodológicas previas a la comparación tendremos la dimensión y el alcance de la comparación a realizar: ¿cuáles son o cuáles deben ser los objetos de comparación?, igualmente ¿cuáles son o cuáles deben ser el rol y los métodos de esta comparación?, ¿cuáles son o cuáles deben ser los fines o los resultados esperados de la comparación? (Picard, 2015). Un experto en derecho extranjero no deberá justificar tales decisiones metodológicas, pues su tarea será la de reconstrucción más fiel posible del derecho estudiado.

La diferencia nace de los objetivos, pues los expertos en derecho extranjero buscan “mirar desde el interior y por ellos mismos” (Zoller, 2000, p. 34, citado por Ponthoreau, 2015, p. 300), es decir, se trata de un ejerci-

cio experiencial, interactuando desde adentro con la cultura jurídica bajo estudio. Mientras el comparatista pone al derecho extranjero bajo la lupa “ocupándose de él desde afuera, al estudiar de manera diferente eso que es ajeno en lo que nos es familiar” (Ponthoreau, 2015, p. 300). En efecto, el experto en el derecho extranjero busca reconstruir el derecho que le es extranjero aclarando las fuentes de derecho y la ejecución de las reglas de derecho, ya sea en las decisiones de derecho o que involucren las demás autoridades existentes en el sistema jurídico que estudie. Por el contrario, el comparatista tiene como principio esencial realizar una contrastación de derechos, lo que le permite lanzar una mirada crítica sobre las reglas e interpretaciones de los derechos comparados. Muchos estudios comparados pueden ser contestatarios y no condescendientes con el derecho o la institución que se compara, algo extraño de encontrar en estudios delimitados a sólo la presentación de un derecho extranjero. No obstante, cualquiera que sea la vía escogida, la reconstrucción del derecho extranjero y el análisis comparado exigen el rigor metodológico necesario para evitar deformar la realidad jurídica, que en todo caso es ajena al investigador.

Hoy, los usos modernos del derecho comparado se abren a un universo más amplio, superando la misión de clasificación en familias jurídicas y de los estudios de derechos extranjeros en materia constitucional; el derecho comparado se extiende hacia el diálogo judicial transnacional, el estudio de la migración de ideas constitucionales y la técnica de trasplantes constitucionales, entre otros.

En materia constitucional, según Michel Rosenfeld y Andreas Sajó (2012), existen dos focos de interés en el derecho comparado; el primer foco ubica a productores del derecho, principalmente concentrados en dos poderes estatales: legisladores y jueces constitucionales. Un segundo foco posiciona a los observadores de la actividad constitucional, es decir, aquellos ubicados en el mundo académico, cuyo interés no está supeditado por el término judicial, y que cuentan con la posibilidad de realizar una amplia o vasta actividad comparatista, cuyas posibilidades de comparación son ilimitadas. Es desde el segundo foco de donde se plantea la investigación contenida en este artículo.

Con respecto a los productores del derecho, primeros interesados en realizar estudios comparados, los legisladores concentran su interés en la valoración de modelos constitucionales exitosos y en la contemplación del uso de cláusulas constitucionales y de instituciones célebres en el mundo. La reflexión desde el derecho comparado en este caso les permite conocer

el registro de las consecuencias del empleo de tal o cual modelo, particularmente en miras a una reforma parcial o total de la Constitución. Ahora, naturalmente la revisión comparada alimenta la decisión y provee argumentos que se discutirán en el debate democrático cuando existe un proyecto de reforma constitucional; el derecho comparado alimenta una posición informada previa y plantea los posibles escenarios en caso de implementar la reforma. El éxito o fracaso de una reforma bajo análisis comparado resulta ser, a manera de extrapolación científica en tiempos pandémicos, el laboratorio que prueba el beneficio o perjuicio de la institución, cláusula o modelo constitucional. Una clara ventaja ante escenarios de reforma constitucional.

El juez constitucional ha recurrido al derecho comparado como herramienta de apoyo argumentativo en su rol de intérprete constitucional; es, en efecto, una particular manera de permitirse relacionar puntos de referencia posibles dentro del mar de posibilidades interpretativas. El intérprete constitucional más informado sobre los modelos comparados podrá anclar su posición aún más firmemente, o podrá también avanzar de manera afianzada en la consideración del rechazo de tal interpretación por encontrarla abiertamente lejana a su sistema constitucional. En este caso, el derecho comparado es utilizado para entablar diálogos judiciales permitiendo propiciar eso: un diálogo entre jueces de su misma jerarquía, pero en otras latitudes. Es en gran medida una aproximación sobre la diversidad de formas de enfrentar problemas interpretativos sobre cuestiones constitucionales cercanas aunque, claro, bajo parámetros de otros sistemas jurídicos; el uso en este sentido del derecho comparado puede llegar a ser enriquecedor. Recorrer los senderos que otros han caminado puede hacer el trayecto más seguro; el resultado también puede proponer al juez constitucional alejarse de los caminos transitados, adentrarse en el bosque y abrirse a su propio destino.

En no pocas ocasiones el diálogo judicial es el resultado buscado en la estrategia de litigio sobre un tema específico en la agenda de una comunidad o colectivo internacional, con el propósito de dar la discusión a nivel constitucional de lo que se considera una abierta situación inconstitucional, e incluso violatoria de los derechos humanos. En materias de amplio debate social, los tribunales constitucionales del mundo entero, sin importar la tradición jurídica, la lengua ni la ubicación geográfica, han debido discutir la necesidad de ampliar la protección constitucional a eventos no considerados por los padres fundadores de la Constitución, la interpreta-

ción actualizada de principios constitucionales antes pensados de distinta manera y la consecuente existencia de derechos no inscritos textualmente en el texto constitucional, produciendo al final una geometría variable del texto constitucional (Vivas-Barrera, 2018). Un ejemplo de este ejercicio comparado es la búsqueda de tribunales nacionales como internacionales de soluciones judiciales y legisladas sobre el reclamo a un derecho a la reproducción humana (Escobar-Fornos, 2007).

En el caso del aborto, la agenda del litigio estratégico ha puesto a muchos de los tribunales constitucionales modernos a discutir sobre la arbitraria penalización de una mujer que no ha querido guardar la vida concebida por constituirse una exigencia insuperable para la madre, por la vía violenta de la concepción o por la puesta en peligro de su sanidad mental o física, conllevando la necesaria ponderación de derechos de la mujer con los derechos de aquel cúmulo de células que no podrán reclamar su derecho a la vida, ponderación que discutiremos más adelante; por ahora concentrémonos en el uso del derecho comparado por tribunales constitucionales.

Este diálogo judicial transnacional ha alcanzado una amplitud de los tribunales constitucionales antes desconocida por los tribunales del derecho administrativo, los consejos de Estado. En efecto, el derecho administrativo conoció su grandiosidad doctrinal entre el primer tercio del siglo XX y la década de 1970 (Picard, 2015, p. 317). Según la jurista francesa Étienne Picard, el derecho administrativo durante esta época concentró la cúspide de la producción jurídica que enfrentaba las grandes discusiones del derecho del Estado (2015, p. 318). Situados en el centro de los más importantes debates jurídicos, los consejos de Estado de otras latitudes sin duda mantuvieron un diálogo judicial transnacional continuo con las decisiones del Consejo de Estado francés (Rivero, 1980), esta es una realidad registrada por la doctrina nacional e internacional (Neyrat, 2016; Rodríguez-Rodríguez, 2005). En efecto, en muchas decisiones de los consejos de Estado del mundo podría rastrearse la adopción de nociones tales como servicio público y la readaptación del contenido de *l'arrêt Blanco* en su derecho nacional (Penagos, 1993). No obstante, con el paso del tiempo, y luego de las transformaciones constitucionales tras la caída de los regímenes totalitarios en Europa y en América Latina, las grandes problemáticas sobre los derechos fundamentales fueron trasladadas del derecho administrativo al derecho constitucional, traslado que influyó igualmente la mirada del derecho comparado.

En términos prácticos, los jueces, al apreciar soluciones extranjeras, tienden un puente a través del diálogo judicial con sus homólogos en otras jurisdicciones, considerando y evaluando comparadamente decisiones emitidas en otras latitudes (Rosenfeld y Sajó, 2012, p. 6). Hoy no es ajena la idea del diálogo judicial transnacional entre cortes regionales de derechos humanos y las estancias cortas de jueces en las sedes de sus homólogos incentiva la profundización de dicho diálogo (Vivas-Barrera y Cubides-Cárdenas, 2012). A nivel constitucional, la idea de contemplar el uso de nociones judiciales extranjeras en decisiones caseras ya no es objeto de rechazo, incluso es algo querido e impulsado. De hecho, Roland Drago, uno de los grandes comparatistas franceses del siglo XX (Fauvarque-Cosson, 2015, p. 343), sostenía que “es una verdad evidente que los constitucionalistas debieron ser o siempre fueron comparatistas” (Sauvé, 2015, p. 283).

Consciente de la riqueza del derecho constitucional comparado, el Consejo Constitucional francés impulsó estudios de los modelos, decisiones e instituciones constitucionales alrededor del mundo a través de la edición de la revista dirigida por el secretario general del Consejo Constitucional *Les nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel*. En sus páginas, existe una vasta dedicación a estudios de derechos constitucionales extranjeros cercanos como lejanos, las discusiones de decisiones controversiales de sus homólogos, y la reflexión del análisis comparado con la visión francesa, dentro de los estudios comparados se encuentran el derecho ruso, el polaco, el croata, el norteamericano, el italiano, el búlgaro, el canadiense, el brasileño, el israelí, el camboyano, entre muchos otros. Notablemente, Francia no es el único país en impulsar ejercicios comparados en derecho constitucional. El empleo de materiales o la inspiración constitucional en instituciones, cláusulas constitucionales como modelos de interpretación, que tienen origen en una jurisdicción distinta de aquella en la que es empleada, resulta ser un ejercicio más que común. Uno de los ejemplos de la trascendencia en la inspiración de un texto constitucional extranjero sobre otro ha sido la influencia de la Carta Canadiense de Derechos y Libertades —*Constitution Act of 1982, Pt I*— sobre la Constitución de Sudáfrica, Nueva Zelanda, Hong Kong y la Ley Básica en Israel (Rosenfeld y Sajó, 2012, p. 6).

El diálogo judicial del que hemos venido hablando encuentra una mayor explosión cuando de la interpretación de derechos humanos se trata. En efecto, los tribunales constitucionales están expuestos al debate de la

protección nacional de los compromisos internos e internacionales sobre derechos humanos. Resulta claro que cada Constitución se da su propia carta de derechos; sin embargo, esta Carta en los países europeos y aquellos de Centro y Sudamérica está recompuesta o integrada por las convenciones regionales de derechos humanos; por tanto, la recepción interna de las decisiones del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expandido el estudio comparado de la adopción de las decisiones de los tribunales de derechos humanos a través de sus jueces constitucionales. Al respecto, podemos citar la investigación comparada sobre la temática dirigida por Esin Örüçü, una de las más reconocidas comparatistas al día de hoy. En su obra colectiva se plantea el análisis del tipo de recepción de condenas dictadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en varios países tanto de Europa central como el estado de la cuestión en Turquía y Rusia (Örüçü, 2003), y el análisis comparado de la situación. En América Latina, el desarrollo de la teoría del control de convencionalidad (Carpizo y MacGregor, 2006) ha puesto un margen de presión sobre los tribunales constitucionales de la región al suponer que éstos deben incorporar en sus decisiones de constitucionalidad los parámetros desarrollados por la Corte Interamericana (Cubides-Cárdenas y Vivas-Barrera, 2016). Por ello, no es de extrañar que para algunos estudiosos de América Latina pudiésemos llegar a hablar de un *ius constitutionale commune* (Von Bogdandy *et al.*, 2014; Von Bogdandy, 2015), claramente esto sería imposible sin el diálogo que efectivamente realizan los jueces constitucionales en sus decisiones en la región. En fin, bien decía Laurence Burgorgue-Larsen, que en todo caso es más deseable en términos de realización de justicia el diálogo y no la guerra entre jueces (Burgorgue-Larsen y Úbeda de Torres, 2009, p. 95).

Ahora, si convenimos en aceptar, como Roland Drago, que los constitucionalistas debieron ser o siempre fueron comparatistas, y que el diálogo judicial transnacional es una actividad muy aceptada y practicada en épocas modernas tratándose de asuntos de protección y garantías de derechos, los jueces constitucionales a la hora de implementar un ejercicio de derecho comparado deberán en todo caso “justificar la comparación misma, evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados, la circulación del modelo comparado y si se quiere, la distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación” (Ponthoreau, 2015, p. 303). Con esto en mente, adentrémonos ahora en el análisis del derecho comparado en las sentencias de despenalización del aborto en Colombia.

III. EL ROL DEL DERECHO COMPARADO EN LA DECISIÓN DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO EN COLOMBIA

En Colombia han transcurrido 14 años tras la decisión de la Corte Constitucional que despenalizara en determinadas circunstancias el delito de aborto contenido en el artículo 122 del Código Penal colombiano —Ley 599 de 2000, Sentencia C-355 de 2006, dictada el 10 de mayo de 2006—. En el pandémico año 2020, el debate fue reabierto luego de la revisión de la Corte de una nueva demanda inconstitucional que esperaba retornar a la situación de penalización anterior a la Sentencia de 2006. El 2 de marzo de 2020, la Corte Constitucional en la Sentencia C- 088 de 2020 admite la existencia de cosa juzgada constitucional y se declara inhibida para pronunciarse sobre los cargos, entendiendo que “la demandante no presentó argumentos suficientes para desvirtuar la existencia de cosa juzgada constitucional”. Ahora, pese a que el debate se presenta muy actual y evidencia una clara división de apoyos a las dos posturas extremas y absolutas entre una abierta oposición o una férrea demanda de despenalización, e incluso con la exigencia de prestación institucional de los servicios de salud, la Corte optó por una posición de apertura limitada con la idea de despenalización de causales precisas. Por ello, valga la precisión que el estudio que ahora se realiza retoma la argumentación sostenida en la Sentencia de 2006, no sólo porque es la decisión que estableció la posibilidad de despenalización; es decir, por ser la sentencia fundadora de la línea decisional, sino además se ha fijado como *leading case* en tanto las subsiguientes no han hecho más que confirmar el precedente judicial de la Corte sobre la despenalización por causales excepcionales de la C-355 de 2006.¹ Además,

¹ Dentro de línea decisional podemos citar como las sentencias más relevantes las siguientes: la T-388 de 2009 enfrentó la colisión de la práctica del aborto con la objeción de conciencia de médicos, sobreponiendo el deber de la práctica sobre el derecho de médicos y prestadoras de servicio de salud. En la Sentencia C-445 de 2009 la Corte reitera su precedente de la C-355 de 2006, al indicar que las excepciones no liberan la penalización del infanticidio que continúa penado en la legislación colombiana. En la T-585 de 2010 ordenó a la Superintendencia la adopción de un protocolo para la atención de la práctica del aborto en los casos despenalizados. En la T- 636 de 2001, la Corte reclamó del personal médico y las empresas prestadores de salud “la práctica del aborto bajo parámetros científicos y con apego al orden jurídico vigente” T-532 de 2014, donde la Corte invita al legislador a definir límites temporales para la práctica del IVE; en la T-694 de 2016 la Corte señala la existencia dentro del código laboral sobre la posibilidad de aplicar el descanso remunerado en caso de un aborto o parto prematuro. Finalmente,

en la más reciente decisión C-088 de 2020, aquella que podemos marcar como punto arquimédico² (Agencia Nacional de Defensa del Estado, 2017; López Medina, 2006), la Corte Constitucional, al declararse inhibida, ha mantenido la cosa juzgada a la luz de la sentencia de 2006.

En términos de la línea argumentativa, la decisión de 2006 partió de reconocer que la persecución penal no debería suprimir el derecho al aborto en cabeza de la mujer embarazada obligándola a permanecer con el hijo concebido en circunstancias consideradas insoportables e inexigibles para la mujer. Por tanto, considerada la existencia de un conflicto de derechos, el juez constitucional debía proceder a un ejercicio de ponderación del derecho a la vida con los otros valores, principios y derechos constitucionales que se le opondrían, en este caso el derecho al aborto (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-355, 2006, fundamento jurídico 5). Como resultado del ejercicio de interpretación y ponderación, se consideró viable limitar el derecho a la vida del que está por nacer o *nasciturus*, al establecer su carácter no absoluto del derecho a la vida pese a la inviolabilidad prescrita en el artículo 11 de la Constitución, y del deber de todas las autoridades públicas de proteger la vida de los ciudadanos inscrita en el artículo 2o. constitucional, dando lugar a tres causales de despenalización en la práctica del aborto; es decir:

- (i) cuando la continuación del embarazo constituya peligro para la vida o la salud de la mujer, certificada por un médico;
- (ii) cuando exista grave malformación del feto que haga inviable su vida, certificada por un médico, y
- (iii) cuando el embarazo sea el resultado de una conducta, debidamente denunciada, constitutiva de acceso carnal o acto sexual sin consentimiento, abusivo o de inseminación artificial o transferencia de óvulo fecundado no consentidas, o de incesto (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, parte resolutive).

en la Sentencia T-731 de 2016 la Corte lamenta la inexistencia de un marco regulatorio preciso para la práctica del aborto, e invita al legislador a proceder a definir el marco legal para su práctica.

² Para la Agencia de Nacional de Defensa del Estado, siguiendo la teoría de Diego López Medica, la sentencia aquimédica es la decisión “más reciente y cuyos hechos relevantes tengan el mismo patrón fáctico, o al menos lo más cercano posible con relación al caso sometido a investigación”.

Existen varios contradictores de la despenalización del aborto; entre ellos se encuentran aquellos que consideran que la decisión hace parte de un movimiento mundial que ve en el aborto un genocidio global (Sebastián Argueta, 2007). Otro movimiento de origen social con representación regional y local autodenominado movimiento por “Las dos vidas”³ (Durán-Núñez, 2020; Safatle, 2020; Uncuyo, 2019). Estos movimientos, puntualmente este último, están en el origen de la nueva demanda que reabre el debate constitucional en Colombia 15 años después de la admisión de las tres causales de despenalización en el derecho colombiano por vía judicial; señalan que la ausencia de intervención del órgano legislativo en el proceso de despenalización rompe con el equilibrio de poderes y deshace la facultad de definición de política criminal reconocida como exclusiva del legislador. Entienden, por tanto, que la conversión de un delito en un derecho con virtud constitucional debe transitar el debate ante el órgano de representación democrática. Posición minoritaria vencida en la Corte en la Sentencia C-088 de 2020 y plasmada en la aclaración de voto del magistrado Carlos Bernal Pulido.

Los jueces constitucionales colombianos en 2006 decidieron afrontar la discusión democrática sobre la determinación de los delitos y las penas ante una sala y una mayoría de nueve jueces y aceptar la discusión de la constitucionalidad de la sanción penal considerando la inexistencia de derechos absolutos; debido a ello, el argumento contramayoritario aparece en escena, y la búsqueda de apoyos resulta ser una necesidad para fortalecer la posición del defensor de la Constitución.

Por lo anterior, no resulta descabellado afirmar que la Corte se deshace de la inviolabilidad del derecho a la vida fácilmente no obstante la claridad de la literalidad que se desprende del artículo 11 de la Constitución: “El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte”. De manera sistemática, el juez constitucional recurre a la inexistencia dentro del marco del derecho internacional de los derechos humanos de un contenido explícito de protección del derecho a la vida del que está por nacer y, por lo tanto, de la ausencia del deber del Estado colombiano a garan-

³ Existen varios movimientos contrabortistas y varias iniciativas de gran impacto en América Latina; el principal movimiento es un colectivo denominado “Salvemos las dos vidas”, conocida por el uso de pañuelos celestes en sus manifestaciones públicas en República Dominicana, Argentina, Chile, México, Ecuador, Colombia. Entre los respaldos más importantes en Colombia podemos señalar la postura institucional de la Universidad de la Sabana liderada por la directora de su Clínica Jurídica Juana Acosta.

tizar protección a toda costa y a todo nivel. Tal argumento hace viable la desmitificación del derecho a la vida, a todas luces necesario para la admisión de la despenalización limitada a tres causales.

Tal solución judicial no es una posición exclusiva del juez constitucional colombiano,⁴ que resuelto a realizar un control constitucional ha decidido tomar partido adoptando una apertura restringida de acceso al aborto delimitada a causales determinadas. Ahora, el debate de acceso al aborto no ha sido generalmente un debate ubicado en la sala de decisión de un tribunal constitucional; como el movimiento de “las dos vidas”, existen movimientos en el panorama mundial que pretender situar el debate sobre el aborto en la arena política, y no en el estamento judicial, como ocurre en Colombia; así, además de permitir el debate democrático abierto a todas las corrientes políticas y sociales, se podrá, tras un proceso legislativo, producir la despenalización y/o el reconocimiento de derechos en torno al aborto.

No obstante la dificultad hermenéutica en el paso de un delito a un derecho y a la dificultad política de suplantación de legislador en el reconocimiento de un derecho constitucional producto de la despenalización de un delito, en 2010 una sala de revisión de acciones de Tutela de la Corte Constitucional afirmó que

A partir de la Sentencia C-355 de 2006, existe en Colombia un derecho fundamental a la interrupción voluntaria del embarazo en cabeza de las mujeres que se encuentran incursas en las tres hipótesis despenalizadas, derivado del contenido de los derechos fundamentales a la dignidad humana, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida y a la salud física y mental y que se inscribe en la categoría de los derechos reproductivos (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-585, 2010, fundamento jurídico 23).

Sin embargo, tal afirmación no respeta los límites funcionales de las facultades reconocidas a salas de revisión integradas por tres magistrados, pues tales manifestaciones y aseveraciones deben ser discutidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, y dar lugar, ya sea a una sentencia de unificación o a una sentencia de constitucionalidad, que no es el caso. El desmán de la sala de revisión fue luego corregido por la Corte en la más

⁴ Tal posición también ha sido sostenida entre otros jueces por los tribunales constitucionales de España, Canadá, Hungría y Polonia.

reciente decisión de 2020, al reconocer como único precedente jurisprudencial en la materia a la sentencia de 2006.

Volviendo al examen de la sentencia que despenaliza las tres causales, la Corte Constitucional, tras consentir la posibilidad de retraer el derecho a la vida en pro de los derechos reproductivos de la mujer embarazada, recurre a un afianzamiento argumentativo utilizando como referente judicial el derecho comparado. Lo hace apelando a unas de las metodologías que hemos identificado más arriba como un recurso bastante utilizado por los jueces constitucionales: el diálogo judicial transnacional. La tarea será entonces a partir de ahora analizar el ejercicio de derecho comparado realizado en la Sentencia C - 355 de 2006; esto es, verificar el buen uso de la herramienta argumentativa constatando la existencia de los pasos mínimos definidos para considerarlo un análisis correcto de derecho comparado, esto es:

- 1) Justificar la comparación misma.
- 2) Evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados y la circulación del modelo comparado, y
- 3) La distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación (Ponthoreau, 2015, p. 303).

Estos pasos metodológicos son una exigencia para el ejercicio judicial de un tribunal constitucional que, como intérprete de la Constitución, debe justificar el empleo de comparaciones con Constituciones y decisiones de sistemas jurídicos distintos al que debe su rango y poder. El correcto empleo de la metodología no persigue la sistematicidad de las etapas del análisis comparativo, pero sí la conciencia en el juez de la necesidad de justificar su comparación y, por tanto, la consistencia del buen empleo de la herramienta como sustento argumentativo de una decisión de revisión de constitucionalidad.

Para entrar en materia, es ahora propicio precisar un paso previo a los ya señalados. En otros escenarios, en los que se han desarrollado distintos ejercicios de derecho comparado (Vivas-Barrera, 2012; Vivas-Barrera, 2014) he planteado la necesidad de superar bloqueos, predisposiciones o prejuicios en las mentes de aquellos que realizan estudios de derecho comparado. La conciencia de tales prejuicios o bloqueos preparan al comparatista ante una posibilidad de ver al instituto jurídico, modelo o cláusula constitucional comparada por fuera de sus proporciones reales e

idealizarla. Así que, bien puede incorporarse como un evidente paso previo a la comparación la posible existencia de estos bloqueos y la búsqueda de su contención. Esta advertencia fue definida por el profesor Bernd Marquardt como bloqueadores en los investigadores a la hora de realizar análisis de derecho comparado en materia constitucional, específicamente cuando tiene por propósito los sistemas constitucionales de América Latina, ya sea partiendo de ella o estudiándola desde afuera. Marquardt distingue entonces tres principales bloqueadores: *i)* la influencia del primer-tercermundismo hegemónico y el síndrome de los ayudantes al desarrollo; *ii)* la equívoca autoestima en América Latina, y *iii)* la idealización de “las democracias europeas [y norteamericanas] como perfectas y desacreditar las sudamericanas como defectuosas” (Marquardt, 2011, p. 86).

Sobre el primer bloqueador, *i)* la influencia del *primer-tercermundismo hegemónico* y el síndrome de los ayudantes al desarrollo, Bernd Marquardt estima que a nivel científico debe reconocerse que cuando alguien se ubica en el concepto de constitucionalismo en el tercer mundo provoca “queriéndolo o no, la impresión de una tercera clase de Estados constitucionales o de un constitucionalismo subdesarrollado” (Marquardt, 2011, p. 78). El esquema del primer-tercermundismo ha sido denunciado como una teoría marginalista y hegemónica, supeditando el criterio de definición de la política mundial unilateralmente desde el norte hacia el sur subdesarrollado y dependiente; este concepto superado más en términos del lenguaje que reales, ha mudado hacia el concepto del *sur global*, concibiendo a los países del sur como economías emergentes y países en vías de desarrollo; por tanto, las comparaciones han tendido a llevarse a cabo entre sur-sur y disipando el prejuicio geográfico dominante sur-norte o norte-sur. Por ello, no son escasos los estudios que comparan la política, la economía la cultura, e incluso la historia (Debord, 2018) entre los países del sur global. Colombia, por ejemplo, se compara ahora con Sudáfrica y la India (Giménez-Auge, 2011), y otros estudios constitucionales con el enfoque sur-sur en materia constitucional se han realizado como ejercicios exitosos y de alta relevancia regional; por ejemplo, *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico* (Rodríguez Garavito y Garavito, 2011), y otro estudio que sin duda será materia de referencia en las páginas que siguen sobre el aborto en América Latina (Bergallo et al., 2018). Sin embargo, el lenguaje cambia más rápido que las mentes, y en efecto, el síndrome de los ayudantes del desarrollo persiste, y el comparatista debe estar consciente de ello. El segundo bloqueo se concentra en *ii)*

“los efectos de la equívoca autoestima en América Latina: la perspectiva de la pobre víctima perpetua de la historia universal, subordinada inevitablemente a los centros del norte”(Marquardt, 2011, p. 82).

Marquardt, en su estudio de los dos siglos del Estado constitucional en Latinoamérica (1820 a 2010), cree que

...aunque el estímulo original ha venido desde afuera, saliendo del autoproclamado primer mundo, el victimismo ha empezado a reproducirse al estilo de un sistema autorreferencial por dentro de la cultura latinoamericana, conduciendo a tendencias de autotercermundialización o, en término más cercanos a la teoría poscolonial, a una autocolonización (Marquardt, 2011, p. 83).

Íntimamente ligado al tercer bloqueo, que aunque Marquardt lo define como “el estigma del autocratismo u caudillismo notorio” (2011, p. 84), dado que las democracias fueron desacreditadas por los mismos pueblos tras una persistencia del autocratismo y del caudillismo latinoamericanas, las democracias europeas se presentan como un ideal anhelado y perseguible; sin embargo, ésta no es más que una lectura sesgada de las democracias europeas, que sin lugar a duda, y la historia lo corrobora, han tenido graves interrupciones y algún grado de autoritarismo en un pasado no tan lejano. Bernd Maquardt trata el elemento sustancial como una consecuencia; sin embargo, se estima aquí que en realidad la consecuencia interviene realmente como el bloqueo específico, esto es, *iii*) la idealización de las democracias europeas y norteamericanas como perfectas y la desacreditación de los modelos democráticos sudamericanos como defectuosos (2011, p. 86).

Si quien emprende un ejercicio de derecho comparado reconoce estos bloqueos y está consciente de la afectación que pueden producir en su estudio, podrá de alguna manera neutralizarlos, alcanzar más objetividad y realizar su tarea con mayor cautela y éxito, imponiéndose una autorreflexión sobre el carácter temporal de nuestra existencia sometida a un hilo histórico imborrable.

Ahora, puestos sobre la mesa los necesarios pasos previos o la toma de conciencia de los posibles traspies antes de iniciar un proceso comparado, adentrémonos al análisis de los mínimos pasos que consideramos debería contener un estudio de derecho comparado. Aunque esto no significa que los pasos deban ser postulados uno tras de otro de manera progresiva y

sistemática, sino que el análisis previo permita extraer que efectivamente la reflexión sobre la cuestión fue dada. El primero de los pasos nos dirige hacia la justificación de la comparación misma. Quiere esto decir que debe explicarse el porqué de la reflexión comparada y la razón de la elección de los institutos, países, cláusulas y/o modelos de derecho constitucional a comparar. Conocido con el refrán o dicho que recomienda no comparar peras con manzanas, en ciertas condiciones esa comparación podría ser válida si lo que buscas es hacer un *collage* o realizar una correlación espuria. Según Marie Claire Ponthoreau, es primordial determinar la dificultad de toda tarea comparatista, y básicamente podrá definirse respondiendo a estos dos cuestionamientos:

Primero: ¿cuáles son los criterios que permiten reconocer dos cosas comparables?, ¿cuáles son los criterios que permiten reconocer que dos cosas son incomparables?

Segundo: ¿cuál es el nivel mínimo de similitud para aceptar una comparación? (Ponthoreau, 2015, p. 307).

En efecto, la selección de los casos bajo los cuales se plantee una comparación deberá resolver la problemática de la comparabilidad; en realidad, el criterio de comparabilidad depende en mucho de la concepción del experto y del reto que quiera enfrentar. Para aquellos más avezados, con mayores recursos y un equipo multidisciplinario será más fácil defender lo que a ojos de otros resulta poco comparable, pero que para el investigador tiene toda justificación (Vivas-Barrera y Moreno-Molina, 2015).

La similaridad de los casos puede generar un criterio de selección, y responderá al parámetro de definición de los casos *más similares y cercanos posibles*. La idea opuesta será guiarse por el criterio totalmente negativo; es decir, por los *casos más lejanos y más diferentes posibles*. A este criterio generalmente responden las investigaciones de familias jurídicas, pues el estudio de un derecho de tradición socialista podrá tener poco o nada cercano con un derecho de tradición islamista, y pese a esto los estudios comparados entre sistemas de derecho son practicables, muchos de ellos terminarán definiendo la diversidad de derechos posibles, tal como lo hace Patrick Glenn “sustainable diversity in law” (2010).

Sin embargo, si pese al haber resuelto la necesaria o superable familiaridad o la lejanía de los objetos, institutos o sistemas comparados, y se insiste en comparar elementos que pueden ser considerados completamente lejanos, dependerá del *tertium comparationis* apoyar y definir la decisión de la elección en la comparación. Generalmente la ecuación (o

indecisión) es resuelta por aquello que la doctrina llama *tertium comparationis*, es decir, por el tercer elemento que permite precisamente poner en relación los elementos comparados en un marco común. Ese tercer elemento podrá ser el tiempo de investigación disponible, los recursos, la dificultad de la lengua y el pobre o amplio acceso a la información. En fin, para algunos el problema de comparabilidad simplemente sólo se resolverá luego de realizar comparación y, por tanto, “la similitud y la diferencia son posibles conclusiones y no condiciones del proceso comparativo” (Valcke, 2004, p. 721).

Luego de esta breve explicación sobre la justificación de la comparación y el modo de enfrentar los dilemas de elección, veamos cuál fue el ejercicio de la Corte Constitucional en la Sentencia C- 355 de 2006. Varios de los intervinientes, incluido el procurador general de la Nación y el Defensor del Pueblo, incorporaron en su concepto un análisis de derecho comparado presentando en su gran mayoría las posturas de países cuya legislación y jurisprudencia ha apoyado la despenalización del delito de aborto y una aceptación de criterios excepcionales de abortar. Curiosamente, la presentación de la legislación comparada y las decisiones de los tribunales constitucionales relacionan a países occidentales fundamentalmente de Europa central y norteamericanos, en específico Estados Unidos y Canadá. México, para entonces no tenía una posición abierta hacia el aborto, a excepción de la Ciudad de México. En su reflexión, la Corte reconoce la importancia del análisis comparado de la discusión e incorpora un apartado que titula “La cuestión del derecho comparado” (fundamento jurídico 9). En su análisis precisa que no pretende agotar una presentación del panorama de la discusión, pero sí resalta que existe una amplia legislación extranjera, así como decisiones jurisprudenciales sobre la materia, pasa en seguida a aceptar la disparidad de criterios en los sistemas jurídicos occidentales a partir de los años noventa y precisa la diversidad de posiciones en América Latina con legislaciones en las que admite eventos en los cuales la interrupción del embarazo no es delito, como ocurría para la época en Argentina, México, Bolivia, Cuba y ocho estados brasileños, pero a la vez menciona los países donde existe prohibición total del aborto, como Chile, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala y Honduras (Cossío- Díaz y otros, 2012). Esto podría significar para la Corte ubicarse en el panorama de la región, permitiéndole considerar su postura en alguna de las dos existentes, y realmente así ocurrió.

Posteriormente, la Corte relaciona las decisiones sobre la materia de los tribunales constitucionales de Estados Unidos de 1973, Alemania de 1975 y 1985 y España 1985, precisando que esta mención sólo se realiza “a título meramente ilustrativo” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, fundamento jurídico 9). Sin embargo, la elección de los países referenciados tiene un propósito más allá de la ilustración; la Corte se encuentra en la búsqueda de apoyo a su decisión, y relaciona las decisiones de estos tres países del norte global, que claramente le aportarían más apoyo que crítica. De esta manera, la Corte Constitucional se ubica en el criterio primer-tercermundista que señalábamos como un lugar común de los agentes primarios llamados a realizar comparaciones en el derecho, como son los jueces constitucionales.

Ahora, en efecto, los países referenciados son conocidos parámetros del derecho constitucional latinoamericano desde siglos atrás; la Corte, a manera ilustrativa, había podido mencionar otros países, pero no tendrían el peso argumentativo suficiente ni permitirían la adhesión al concepto definido por la mayoría de la Corte Constitucional colombiana como una despenalización basada en criterios específicos. *A contrario sensu*, si su intención hubiera sido una total despenalización, muy probablemente los ejemplos ilustrativos hubieran sido los fallos evolutivos de la Corte Suprema de Justicia canadiense (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, fundamento jurídico 7), y que estaban en su conocimiento según la aclaración de voto del magistrado Manuel José Cepeda Espinosa. De igual manera, si lo que la Corte buscaba con el derecho comparado era la búsqueda de apoyo al sentido de la decisión sobre una constitucionalidad restringida a ciertas circunstancias, también había podido haber relacionado las decisiones de la Corte Suprema de Justicia irlandesa de 1992, de la Corte Constitucional húngara de 1991 y 1998 y la decisión de 1996 de la Corte Constitucional polaca (2016, fundamentos jurídicos 8, 9 y 10). Los tres casos sin lugar a dudas coincidentes en decisiones de tribunales constitucionales con el mismo sentido del fallo de 2006, pero sin el peso histórico de referencia comparada norte-sur en el constitucionalismo colombiano.

Ahora siguiendo el criterio ilustrativo de la Corte Constitucional, parece bastante curioso que al plantear el modelo de decisión de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos sólo relacione el caso *Roe vs. Wade* de 1973, y evite la mención a casos que revisaron las bases del discurso pro

abortista posteriores a *Roe vs. Wade*. La doctrina jurídica norteamericana coincide en aceptar que en efecto, “aunque el caso *Roe vs. Wade* sigue dominando la retórica de este debate, la resolución tomada en 1973 ya no es el norte de la jurisprudencia de la Suprema Corte en materia de aborto; en su lugar, la Corte colocó en 1992 el caso *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania vs. Casey*” (Laurence H. Tribe, 2013b, p. 97). El cambio de paradigma con el caso *Casey* (Laurence H. Tribe, 2013a, p. 121) responde al “rechazo a la lógica subyacente a *Roe*, no sólo porque fue abandonado explícitamente el análisis basado en trimestres, sino también porque se sostuvo inequívocamente que el interés del Estado en la vida potencial empieza después del momento en el cual el feto es viable” (Shapiro, 2008, p. 448). Así, la decisión de la Corte Constitucional colombiana, no ignorando los cambios jurisprudenciales que le siguieron al caso *Roe*, pues fueron presentados en la aclaración de voto ya mencionada, decidió no profundizar ni mencionar tampoco el caso *Stenberg vs. Carhart* de 2000, famoso por la discusión sobre una práctica conocida como “aborto con nacimiento parcial o D&E Dilación y evacuación”, procedimiento en el cual “el doctor tira del cuerpo del feto a través del cuello del útero (de allí el término nacimiento parcial), destruye el cráneo y extrae el feto a través del cuello del útero” (Shapiro, 2008, p. 450). La incorporación de estos casos en la presentación ilustrativa de la Corte hubiera implicado un mayor rechazo social a la decisión y la apertura a la discusión sobre la definición de los trimestres o semanas de embarazo o de la vida del feto en los que el aborto es permitido en Colombia, y que la Corte no quería entrar a definir. Motivo de gran controversia de la decisión, pues la ausencia de definición de los tiempos en los que se podría practicar el aborto en el país se traduce en la situación que precisa Juan Acosta “libera la práctica de límites exigibles sin ninguna consecuencia en la aplicación de las causales” (Durán-Núñez, 2020).

Ahora, si nos dirigiéramos a la superación de la hegemonía comparatista norte-sur, si comparáramos con el criterio del sur global, dirección sur-sur, la comparación hubiera partido en dirección hacia Sudáfrica o India o nuestros pares en la región. Sin embargo, la comparación no hubiera resultado exitosa, pues en Sudáfrica (Ley de Determinación de Terminación del Embarazo, 1996), en la India (Ley de Terminación Médica del Embarazo, 1971, Acto 34, 1971, reformado por la Ley 64, 2002) como ha ocurrido recientemente en Argentina (Ley 27610, publicada en el *Boletín Oficial*,

15/01/2021, número 34562), la reglamentación del aborto está dada por un marco legislativo. De realizar la comparación con estos países hubiera implicado respetar la libertad de configuración del Congreso para discutir el tratamiento del aborto en el país, pero no coincidía con lo aprobado por la mayoría de la Sala Plena de la Corte en 2006 ni en 2020. Dando alcance al principio sur-sur, la comparación debía partir en dirección de los países de la región; sin embargo, hubiera significado igualmente liberar la discusión al espacio legislativo e inhibirse para tomar una decisión, tesis tampoco aceptada en 2006.

Sobre los pasos 2 y 3 de la metodología comparatista. 2. Evidenciar los posibles préstamos de los derechos comparados y la circulación del modelo comparado, y 3. Realizar la distinción entre las tradiciones o culturas jurídicas en comparación (Ponthoreau, 2015, p. 303), podríamos advertir que efectivamente, ni la sentencia ni la aclaración de voto que profundizó en el derecho comparado tuvo consciencia de la necesidad de verificar y/o justificar el préstamo del criterio de los derechos sexuales reproductivos de la mujer, tal vez porque en efecto no se consideraba un préstamo, como tampoco progresó sobre la verificación de su circulación, pues hubiera advertido que tal concepto no circulaba sin tropiezos en países de la región, quienes se adherían principalmente al criterio de respeto de la libertad de configuración del legislador y de agenda política (Adalid, 2009).

Sobre la distinción entre tradiciones o culturas jurídicas objeto de la comparación, se advierte cómo la Corte sí distingue entre la tradición jurídica de occidente (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C -355, 2006, fundamento jurídico 9) y otras tradiciones jurídicas, ubicando al sistema jurídico colombiano en un orden mayormente reconecedor de derechos individuales y, por tanto, de los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, así como de un deber exigible al Estado de protección de la vida aún eliminando su carácter inviolable dispuesto literalmente en el artículo 11 constitucional. La cultura jurídica colombiana se aleja de la tradición jurídica de los países de Medio Oriente y de la tradición de países de oriente, tales como Japón, China e India, donde según el mapa mundial del aborto de Laurence Tribe existe una historia de aceptación social del infanticidio, en particular del rechazo a bebés con sexo femenino, además de la consideración del aborto como política alentada estatalmente como mecanismo de control de la natalidad, es decir, no criticado socialmente ni penalmente sancionable (2012, p. 197).

Existe, sin embargo, una corriente judicial que con posterioridad al fallo de la Corte Constitucional de 2006 ha propiciado un giro en las decisiones en los tribunales de la región. A nivel interamericano, un caso emblemático le permitió a la Corte Interamericana entender contrario a los postulados de la Convención Americana, condicionamientos a los procesos de fecundación *in vitro*, señalando que la limitación de acceso a tratamientos científicos para lograr la fecundación son una violación a los derechos reproductivos, y una intrusión del Estado en ese ámbito puede representar una amenaza al derecho a la intimidad (caso *Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica*, 2012). La Corte, además, sostiene que la protección del derecho a la vida tal como está inscrita en el artículo 4.1 inicia desde el momento en que el embrión es ubicado en el útero de la madre considerando a la concepción como el punto de partida de protección, y no antes, según el resumen oficial del caso realizado por la misma Corte (Caso *Artavia Murillo y otros (Fecundación in vitro) vs. Costa Rica. Resumen Oficial*, 2012). Ésta es su correcta interpretación, y no aquella que ve en las apreciaciones de la Corte la admisión de acceso el aborto como consecuencia de la protección gradual e incremental de la vida del embrión. Por lo que es erróneo concluir que la Corte Interamericana está admitiendo el derecho al aborto cuando el caso y sus consideraciones van dirigidas a la defensa de la vida en los casos de fecundación *in vitro* desde el momento en que el embrión es implantado en el útero de la madre. Debe precisarse, sin embargo, que la Corte remarca su valor no absoluto, y señala la posibilidad abierta a excepciones.⁵

Aunque el propósito de este artículo está enfocado en el análisis comparado realizado en la decisión colombiana de 2006, en aras de presentar un panorama de la situación en la región y desarrollar un ejercicio comparado sur-sur, señalamos que a nivel de tribunales constitucionales las decisiones sobre la materia en su amplia mayoría han seguido la opción adoptada

⁵ Existe en curso otro caso que ha tenido informe final de la Comisión Interamericana, y que está en proceso de análisis en el seno de la Corte Interamericana. Se trata del caso *Manuela y otros vs. El Salvador* donde se investiga la muerte de Manuela en manos del Estado hondureño y la condena excesiva con ocasión del aborto practicado, además de otras violaciones a las garantías judiciales de la víctima, condenada por la práctica del aborto reconocido como ilegal en El Salvador, además de la discriminación por varios estereotipos de género en el tratamiento de la condena contra la víctima. El caso cuenta con audiencia pública el 10 y 11 de marzo de 2021 y la apertura a alegatos y observaciones finales el 12 de abril de 2021. En el momento en que se escribe este artículo aún no se cuenta con un fallo definitivo.

por la Corte colombiana en 2006. Este es el caso de las decisiones de los tribunales constitucionales de Argentina, Brasil, Chile y Ecuador,⁶ que han escogido la despenalización de circunstancias y/o causales de excepción a la penalización del aborto.⁷ Ahora, si el objetivo de esta investigación fuera realizar un análisis comparado de la situación en la región a nivel de tribunales constitucionales, el resultado mostraría que la opción más expandida ha sido la excepcionalidad, teniendo como primer referente la decisión de 2006 de la Corte Constitucional colombiana, razón que respalda su estudio. Sea el caso precisar que las decisiones de los otros tribunales constitucionales han sido tomadas con posterioridad a la decisión colombiana de 2006 y, por tanto, no pueden integrar el análisis comparado de una decisión adoptada, en algunos casos, más de una década antes y que pese a continuas demandas posteriores la Corte colombiana ha mantenido su línea decisional, lo que ha impulsado que la decisión se mantenga vigente.⁸

Ahora, otras corrientes impulsan al caso mexicano, pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN), desde su fallo en 2008, y ahora con su decisión en 2021, se aleja de la decisión de despenalización por excepción ampliamente mayoritaria en América Latina. Para 2008, la SCJN⁹ determinó que en el caso de la despenalización y regulación del

⁶ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina del 13 de marzo de 2012 en el caso F. A. L. Medida autosatisfactiva que admite el derecho de acceso al aborto como consecuencia de violación en una niña; la sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil ADPF 54, del 11/12 de abril de 2012 que admite la excepción del aborto en caso de feto anencefálico; la sentencia ROL 3729-17 del Tribunal Constitucional de Chile del 28 de agosto de 2017, que estudia un proyecto de ley que despenaliza por tres causales el aborto: peligro de la vida de la madre, que el feto padezca de una patología congénita y que sea el resultado de una violación, y la sentencia 34.19. IN/21 de la Corte Constitucional de Ecuador del 28 de abril de 2021, que despenaliza el aborto en mujer que padezca discapacidad mental.

⁷ Para un análisis alternativo sobre los decisiones pro aborto en la región, véase Bergallo *et al.* (2018).

⁸ Una nueva demanda posterior a la que diera lugar a la Sentencia C- 088 de 2020 está en curso ante la Corte Constitucional, según reportes periodísticos existe una ponencia en favor de la despenalización y deshaciendo la cosa juzgada constitucional de la Sentencia C- 355 de 2006; sin embargo, el debate de la Sala Plena de la Corte Constitucional no se ha dado, y la votación tampoco.

⁹ Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de México de 2008 en la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007 tras demanda de inconstitucionalidad del presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos contra los artículos que penalizan el aborto del Código Penal del Distrito Federal

aborto hasta las doce semanas de gestación establecida en la reforma al Código Penal para el Distrito Federal y en la adición a la Ley de Salud para el Distrito irrumpía “con la competencia sobre salubridad general de la República que compete en exclusiva al Congreso de la Unión” (SCJN, 2008, p. 133), particularmente en lo relacionado con la definición del concepto de embarazo y la limitación de acceso al aborto hasta las doce semanas de gestación. Adicionalmente, declara que el derecho a la vida no está inscrito como derecho consagrado en su catálogo de derechos, sin duda argumento sólido en el proceso de despenalización del aborto, pero problemático hacia un análisis que en el futuro pudiera dar lugar a una interpretación sobre la inexistencia también como deber a cargo del Estado. Añade que en todo caso no hay preeminencia de la vida sobre otros derechos ni tampoco lo reconoce como previo al goce de los demás derechos constitucionales. Esta abierta posición hacia el aborto fue reiterada en decisión recientemente fallada. La SCJN, el 7 de septiembre de 2021, establece por el voto unánime de diez ministros la obligatoriedad del precedente para casos futuros al declarar la inconstitucionalidad de los artículos del Código Penal del Estado de Coahuila a la práctica del aborto voluntario, estableciendo que es inconstitucional criminalizar el aborto de manera absoluta; como también la limitación a doce semanas en caso de violación, inseminación o implantación artificial (Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 2021). La SCJN acoge dentro de su argumentación la tesis sostenida en el caso *Artavia vs. Costa Rica* de la Corte Interamericana sobre la protección gradual e incremental de la vida prenatal (SCJN, 2021, párr. 205), deja de lado la argumentación sobre la inexistencia de un deber de protección de la vida y hace mención a decisiones de tribunales constitucionales de la región sobre los que no profundiza, quizá más que referirse a los tribunales constitucionales latinoamericanos esté indicando hacia el norte de sus fronteras legales. Finalmente, está abierta la cuestión sobre la influencia comparada de las decisiones de la Corte Suprema los Estados Unidos y Canadá en las decisiones mexicanas sobre el aborto y la reflexión sobre la correcta elaboración de los pasos del análisis jurídico comparado que hemos anunciado a lo largo de este artículo.

IV. CONCLUSIONES

El análisis comparado es una herramienta al servicio del derecho; no obstante, su uso requiere de compromisos de transparencia metodológica. Este ejercicio de análisis no pretendió más que ilustrar el uso correcto e incorrecto en una decisión judicial de amplia controversia social y jurídica que utilizó al derecho comparado como apoyo argumentativo. En el recorrido histórico sobre el uso del derecho comparado en materia de derecho público pudimos apreciar de qué manera el derecho administrativo avanzó sobre la reconstrucción de un tejido comparado con la extensión del modelo expandido del Consejo de Estado alrededor del mundo sobrepasando incluso tradiciones jurídicas, fortalecido luego con el diálogo judicial de los consejeros de Estado que discutían y reproducían las decisiones del Consejo de Estado francés en sus propios sistemas jurídicos. Primigeniamente en el derecho administrativo, el diálogo judicial llegó al derecho constitucional con una mayor expansión de los análisis comparados entre decisiones de rango constitucional, razón que explica la apreciación de Roland Drago al considerar que los constitucionalistas debieron ser o siempre fueron comparatistas.

Ahora, en efecto, el derecho comparado puede en su forma más básica propiciar un análisis de legislación comparada para luego trascender a un posible préstamo de modelos, cláusulas o instituciones constitucionales de un sistema jurídico a otro. La práctica de los ejercicios comparados de los tribunales constitucionales; es antigua, y el diálogo judicial ha sido una práctica recurrente de los tribunales regionales de derechos humanos como de los tribunales constitucionales, creemos haber aportado en su demostración. También es indudable que desde tiempo atrás los expertos comparatistas han fijado unos mínimos para lograr con éxito los ejercicios comparados. Entre esos mínimos, la más relevante en razón a la transparencia exigible al ejercicio judicial es la justificación de la elección de los sistemas o decisiones comparadas. En materia del reconocimiento del derecho al aborto, la apelación al uso del derecho comparado en los tribunales del sur global resulta ser una práctica constante, pues en efecto llegan a la discusión luego de que ya ha sido reconocido en el norte global como derecho constitucional. Así ha operado la Corte Constitucional en Colombia en la Sentencia C-355 de 2006, buscando a manera de ilustra-

ción el apoyo en las decisiones de sus homólogos en países de conocido reconocimiento en la historia constitucional del mundo.

La trascendencia del diálogo judicial va más allá de plantear un panorama mundial en la materia. En el caso de la decisión de despenalización del aborto en Colombia la mención a decisiones previas de los tribunales constitucionales de España, Alemania y de la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, fortaleció la posición de la Corte Constitucional en el camino a la despenalización basada en causales precisas de la práctica del aborto en el país. Ciertamente, el derecho comparado está al servicio de los jueces, quienes operando como guardianes de la Constitución pueden usarlo en aras de su tarea interpretativa. De hecho, la propia naturaleza de su labor exige que éste opere de manera transparente y honesta en sus ejercicios comparados. Esta sincera y transparente determinación puede guiar un camino más fiel a la verdad del uso de modelos comparados puestos como ejemplos en decisiones caseras, y tal vez ayude a crear consciencia sobre nuestro apegado sometimiento al norte global constitucional.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Adalid, M. M. (2009). La Suprema Corte de Obama. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, vol. 1, 21. www.juridicas.unam.mx
- Agencia Nacional de Defensa del Estado. (2017). *Los ocho pasos para elaborar una línea jurisprudencial*. <https://conocimientojuridico.defensasajuridica.gov.co/los-ochos-pasos-elaborar-una-linea-jurisprudencial/>
- Bergallo, P., Jaramillo Sierra, I. C. y Vaggione, J. M. (2018). El aborto en América Latina. Estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras. *El aborto en América Latina. estrategias jurídicas para luchar por su legalización y enfrentar las resistencias conservadoras*. Siglo XXI Editores. <https://www.cmi.no/publications/file/6584-movimiento-transnacional-contr-el-derecho-al.pdf>
- Burgorgue-Larsen, L. y Úbeda de Torres, A. (2009). *Las decisiones básicas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estudio y jurisprudencia*. Civitas- Thomson Reuters.

- Carpizo, J. (2006). Derecho constitucional latinoamericano y comparado. *Anuario de Derechos Humanos*, 7(7), 265-308. https://doi.org/10.5209/rev_ANDH.2006.v7.21749
- Corte Constitucional de Colombia. (2020) Sentencia C - 088. <https://www.corteconstitucional.gov.co/comunicados/Comunicado No. 11 del 02 de marzo de 2020.pdf>
- Sentencia C -355 de 2006, (2006). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/c-355-06.htm>
- Corte Constitucional de Colombia. (2010) Sentencia T-585. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/T-585-10.htm>
- Caso Artavia Murillo y otros (Fecundación In Vitro) vs. Costa Rica. Resumen Oficial. (2012). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_257_esp.pdf
- Caso Artavia Murillo (fecundación in vitro) y otros vs. Costa Rica, (2012). https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Cossío- Díaz y otros. (2012). Estudio preliminar. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 9-91). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Cubides-Cárdenas, J. A., Vivas-Barrera, T.-G. (2016). Justicia transicional y el rol de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. A propósito del posible acuerdo de paz en Colombia. *Fundamentación y aplicabilidad de la justicia transicional en Colombia* (pp. 67-98). Universidad Católica de Colombia.
- Cuniberti, G. (2011). Grands systèmes de droit contemporains. In *Grands systèmes de droit contemporains* (2a. ed.). https://www.persee.fr/doc/ridc_0035-3337_2012_num_64_1_20198_t21_0356_0000_1
- David, R. (1964). *Les grands systèmes de droit contemporains* (Collection). Dalloz.
- David, R., y Jauffret-Spinozi, C. (2010). *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://bibliotecavirtualceug.files.wordpress.com/2017/06/los-grandes-sistemas-juridicos-contemporaneos.pdf>
- Debord, B. (2018). Historias e historiografías desde el sur global. *Nuestra América*, 6(12). <https://www.redalyc.org/jatsRepo/5519/551957465012/html/index.html>

- Durán-Núñez, D. (2020, 17 de febrero). Aborto en Colombia: la postura de la Universidad de la Sabana en el nuevo debate. Entrevista a Juana Acosta. *El Espectador*. <https://www.elespectador.com/noticias/judicial/no-hay-fundamento-juridico-para-afirmar-que-el-aborto-es-derecho-fundamental-unisabana-articulo-905118>
- Escobar-Fornos, I. (2007). Derecho a la reproducción humana (inseminación y fecundación in vitro). *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(16), 137-158. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5790/7633>
- Fauvarque-Cosson, B. (2015). Roland Drago et et Droit Comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 341-345.
- Giménez-Auge, F. P. (2011). Justicia constitucional y protección de derechos en América Latina: el debate sobre la regionalización del activismo. *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico* (pp. 231-250). Siglo del Hombre Editores.
- Glenn, P. (2010). *Legal Traditions of the World: Sustainable Diversity in Law* (4a. ed.). Oxford University Press.
- González-Martín, N. (2010). *Sistemas jurídicos contemporáneos*. Universidad Nacional Autónoma de México. www.juridicas.unam.mx
- Kelley, L. (2020). What if the Supreme Court Rules on Abortion and the Country Shrugs? *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/06/21/opinion/supreme-court-abortion-june-medical.html>
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Legis.
- Marquardt, B. (2011). *Los dos siglos del Estado constitucional en América Latina (1810-2010). Historia constitucional comparada. Tomo I*. Universidad Nacional de Colombia.
- Neyrat, A. (2016). *Le rapport du droit administratif national aux droits administratifs étrangers : les cas de la France et de l'Espagne* [Université de Bourdeaux]. <https://tel.archives-ouvertes.fr/tel-01654677>
- Örücü, E. (2003). Whither Comparativism in Human Rights Cases? En E. Örücü (Ed.), *Judicial Comparativism in Human Rights Cases* (United Kin, pp. 229-242).
- Penagos, G. (1993). *Fundamentos del derecho administrativo: origen francés en el mundo*. Librería El Profesional.

- Picard, E. (2015). La comparaison en droit constitutionnel et en droit administratif : du droit comparé comme méthode au droit comparé comme substance. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 67(2), 317-329. <https://doi.org/https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20503>
- Ponthoreau, M.-C. (2015). Droits étrangers et droit comparé : des champs scientifiques autonomes? *Revue Internationale de Droit Comparé*, 67(2), 299-315. <https://doi.org/10.3406/ridc.2015.20502>
- Rivero, J. (1980). Droit administratif français et droits administratifs étrangers. *Pages de doctrine. L'Administration et le droit. Regards sur la société internationale* (pp. 475-485). Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- Rodríguez-Rodríguez, L. (2005). La explicación histórica del derecho administrativo. En D. Cienfuegos-Salgado (Ed.), *Estudios en homenaje a Don Jorge Fernández Ruiz* (pp. 293-315). UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. www.juridicas.unam.mx<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>Librocompletoen:<https://goo.gl/9UNWsi>
- Rodríguez Garavito, C. y Garavito, C. (Coords.). (2011). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico*. Siglo del Hombre Editores.
- Rosenfeld, M., y Sajó, A. (2012). Introduction. En A. Rosenfeld, Michel y Sajó (Eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law* (pp. 1-19). Oxford University Press. <https://doi.org/10.1093/oxford-hb/9780199578610.013.0001>
- Safatle, P. (2020, 8 de marzo). Contra las violencias hacia la mujer y a favor de “las dos vidas”: una multitud se reunió en Luján para rechazar la legalización del aborto. *Infobae*. <https://www.infobae.com/sociedad/2020/03/08/contra-las-violencias-hacia-la-mujer-y-a-favor-de-las-dos-vidas-una-multitud-se-reunio-en-lujan-para-rechazar-la-legalizacion-del-aborto/>
- Sauvé, J.-M. (2015). Allocution d’ouverture Droit Comparé. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 2, 281-291. <http://marseille.tribunaladministratif.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-comparaison-des-droits>
- Sebastián, Argueta, A. (2007). *Aborto legal, genocidio global*. Bubok Publishing S. L. <https://ebookcentral.proquest.com/lib/biblioucatolicasp/>

- reader.action?docID=5425524&query=aborto+legal%2C+genocidio+global
- Sentencia. (2008). Acción de Inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007.
- Sentencia. (2021). Acción de Inconstitucionalidad 148/2017.
- Shapiro, I. (2008). El derecho constitucional del aborto en los Estados Unidos: Una introducción. *Doxa, Cuadernos de Filosofía Del Derecho*, 21, 437-464.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación de México. (2021). Comunicado de Prensa Núm. 271 de 2021. *Comunicados de Prensa*. <https://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=6579>
- The New York Times. (2020). Trump's High Court Hears Its First Abortion Case. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/03/02/opinion/trumps-high-court-hears-its-first-abortion-case.html>
- Tribe, Laurence H. (2012). El aborto en el mapa mundial. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 180-218). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Tribe, Laurence H. (2013a). Del caso Roe al caso Webster. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 116-141). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Tribe, Laurence H. (2013b). Prefacio a la edición en español. *El aborto: guerra de absolutos* (pp. 41-44). Fondo de Cultura Económica. <https://doi.org/10.2307/j.ctvkjb2ts.6>
- Uncuyo, U. del C. (2019). *Día internacional de acción por las dos vidas*. Atardecid@s. <http://www.universidad.com.ar/dia-internacional-de-accion-por-las-dos-vidas56>
- Valcke, C. (2004). Comparative Law as Comparative Jurisprudence - The Comparability of Legal Systems. *American Journal of Comparative Law*, 52, 713-740. <https://doi.org/10.2139/ssrn.385861>
- Vivas-Barrera, T.-G. (2012). El amparo mexicano y la acción de tutela colombiana. Un ejercicio de derecho constitucional comparado en Latinoamérica. *Pensamiento Jurídico*, 33, 13-66. <http://www.bdigital.unal.edu.co/36820/1/37883-168738-2-PB.pdf>
- Vivas-Barrera, T.-G. (2018). Le droit constitutionnel colombien à géométrie variable. *Utopia y Praxis Latinoamericana*, 23(Extra2), 140-150. <https://doi.org/10.5281/zenodo.1801330>

- Vivas-Barrera, T.-G. y Cubides-Cárdenas, J. A. (2012). Diálogo judicial transnacional en la implementación de las sentencias de la Corte Interamericana. *Entramado*, 8(2). <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265425848012>
- Vivas-Barrera, T.-G. y Moreno-Molina, L. P. (2015). Conflicto humanitario en la República Democrática del Congo: más allá de una guerra por los recursos. En B. Marquardt (Ed.), *El Estado constitucional en el tiempo y en el espacio* (pp. 405-432). Universidad Nacional de Colombia.
- Vivas-Barrera, T. G. (2014). Comparar: un método de análisis jurídico. *Constitucionalismo científico II. Entre el Estado y el mercado* (pp. 429-450). Temis.
- Von Bogdandy, A. (2015), Ius constitutionale commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador. *Revista Derecho del Estado*, 34, 3. <https://doi.org/10.18601/01229893.n34.01>
- Von Bogdandy, A., Fix-Fierro, H. y Morales-Antoniuzzi, M. (Coords). (2014), *Ius constitutionale commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*, UNAM, Instituto Max Planck de Derecho Público Comparado y Derecho Internacional. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3655/22.pdf>



COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Albert y otros contra Hungría: el Tribunal de Estrasburgo frente a la limitación de los derechos de participación corporativa

Albert and others v. Hungary: the Strasbourg Court Facing the Limitation of Corporate Participation Rights

Gustavo GARDUÑO DOMÍNGUEZ*

RESUMEN: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos es competente para resolver las demandas presentadas por personas físicas, grupos de particulares u organizaciones no gubernamentales que acusen la violación de los derechos humanos previstos en el respectivo Convenio Europeo y sus protocolos. En el caso *Albert y otros contra Hungría*, los quejosos adujeron que el Estado violó su derecho a la propiedad tras aplicar rigurosas regulaciones a los bancos de los que eran accionistas. Este asunto obliga a cuestionar cuál es el grado de legitimación que posee una persona física para demandar ante dicho Tribunal la afectación de su derecho a la propiedad, específicamente cuando las autoridades nacionales actúan sobre una empresa, y no directamente sobre la esfera jurídica de un ser humano. Esta sentencia también invita a reflexionar acerca de los argumentos que pudieron esgrimirse para responder al fondo del asunto, como la proporcionalidad, el margen nacional de

ABSTRACT: *The European Court of Human Rights may resolve claims filed by natural persons, groups of individuals or non-governmental organizations accusing the violation of human rights protected in the European Convention and its protocols. In Albert et al v. Hungary, the complainants argued that the state disturbed their right to property by applying stringent regulations to the banks in which they participated as shareholders. This case is about the degree of legitimacy that a person has to sue before the Strasbourg Court the affectation of their right to property, specifically when the national authorities act over a company. In addition, the judgement leads to reflect on the arguments to respond a substantive study, such as proportionality test, the national margin of appreciation and the regional consensus in the regulation of a right.*

* Doctor en derecho, *cum laude*, por la Universidad de Navarra; maestro en derecho procesal constitucional y maestro en derecho económico. Profesor investigador de la Universidad Panamericana. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4027-456X>, ggarduno@up.edu.mx

apreciación y el consenso regional en la regulación de un derecho.

Palabras clave: legitimación, Tribunal Europeo de Derechos Humanos, derechos humanos, derechos de participación corporativa, subsidiariedad, margen de apreciación, consenso regional, velo corporativo

Keywords: *Standing, European Court of Human Rights, human rights, corporate participation rights, subsidiarity, margin of appreciation, regional consensus, corporate veil.*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El fallo en Albert y otros contra Hungría.* III. *Análisis crítico de la sentencia.* IV. *Recapitulación y conclusiones.* V. *Referencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede ejercer su competencia para declarar la violación de los derechos humanos cuando una persona física, un grupo de individuos o una organización no gubernamental presentan una demanda que acuse dicha transgresión. Así lo establece el artículo 34 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo “el Convenio”).

Esa forma típica de actuación difiere de aquella en la que un grupo de personas físicas solicitan al Tribunal que determine la probable violación de los derechos humanos como consecuencia de la aplicación de diversas normas para regular el funcionamiento de la empresa en la que tienen el carácter de accionistas. Dicho escenario es el sucedido en el caso *Albert y otros contra Hungría*, en el que una amplia reforma legal provocó que los accionistas de dos bancos vieran limitados sus derechos de participación corporativa.

Como puede intuirse, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tuvo en esas circunstancias el problema de definir si los accionistas poseían la legitimación necesaria para demandar a Hungría. Además, se vio en la necesidad de responder a la pregunta de si existía alguna excepción para ampliar el concepto de afectación jurídica, toda vez que la regulación incidía directamente en los derechos de los bancos, pero se dudaba si también afectaba los de los accionistas.

A esa cuestión que se analizará aquí se suma otra, consistente en los argumentos que el Tribunal habría esgrimido para responder sobre el fondo

el asunto —que, habiéndolo abordado desde la perspectiva de la legitimación procesal, conoció en dos instancias—. En específico, se trata de la referencia al margen de apreciación y al concepto de consenso regional, que usados conjuntamente habrían servido para reconocer al Estado la libertad interpretativa para aplicar el Convenio de acuerdo con las necesidades locales.

Una de las conclusiones que pueden adelantarse hasta aquí es que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene la obligación de vigilar que la afectación provocada por la acción estatal en la esfera jurídica de las personas sea legítima, y para ello debe estudiar el fondo de los casos que se le plantean sin que el concepto de legitimación se vuelva un impedimento para ejercer plenamente su labor. Eso lleva a una conclusión adicional: que, como lo ha hecho en algunos casos, el Tribunal debería flexibilizar el concepto de legitimación, aunque sea de forma excepcional, para cumplir la función que tiene conferida.

II. EL FALLO EN *ALBERT Y OTROS CONTRA HUNGRÍA*

1. *Los hechos que motivaron la demanda*

Los demandantes fueron 237 personas que tenían la calidad de accionistas en dos cajas de ahorro; una, Kinizsi Bank Zrt, en lo sucesivo “Banco Kinizsi”, y la otra, Mohácsi Takarékk Bank Zrt, en lo sucesivo “Banco Mohácsi” (*Albert y otros contra Hungría*, Gran Sala, TEDH, 5294/14, § 11, 7 de julio de 2020). Al momento de presentación de la demanda ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el conjunto de las acciones de los quejosos representaba el 98.28% del total del Banco Kinizsi, y el 87.65% de las acciones del Banco Mohácsi (*Albert y otros contra Hungría*, § 12).

Mediante la Ley CXXXV/2013 sobre Integración de las Instituciones de Crédito Cooperativo y Modificación de determinadas Leyes en Materia Económica (en lo sucesivo “Ley de Integración”), se creó el Organismo de Integración de las Entidades Cooperativas de Crédito y de las Cajas de Ahorros, y se efectuó una integración forzosa de los bancos bajo estrictas condiciones financieras, formales y temporales, cuyo incumplimiento podía provocar sanciones, como la exclusión de los miembros y la cancelación de las licencias (*Albert y otros contra Hungría*, §§ 73 y 162).

Adicionalmente, en virtud de dicha reforma, el banco central fue dotado de facultades más amplias; se creó la empresa estatal “Correos de Hungría”, que fungiría como nuevo tenedor del 20% de las acciones —por lo que la mayoría de los votos en la asamblea general de la Caja de Ahorros estaría bajo el control de instituciones estatales—; se recapitalizó el Organismo de Integración; se limitó la independencia económica y la autonomía de las antiguas cooperativas de ahorro, afectando, entre otros, a los bancos Kinizsi y Mohácsi, y se previeron posibles restricciones de los derechos de los socios y accionistas de las cooperativas de ahorro y otros bancos regulados por la Ley de Integración (*Albert y otros contra Hungría*, §§ 16 y 22).

2. El itinerario procesal en el Tribunal de Estrasburgo

La demanda se hizo con fundamento en el artículo 34 del Convenio. En suma, se presentó bajo el argumento de que la restricción a los derechos de los accionistas para dirigir los bancos establecida en la Ley de Integración de 2013 violaba el derecho a la propiedad de las personas tenedoras de las acciones, tutelado en artículo 1 del Protocolo 1 del Convenio en cita (*Albert y otros contra Hungría*, §§ 1 y 3).

La demanda fue turnada a la sección cuarta del Tribunal, que la declaró admisible el 29 de enero de 2019 y resolvió por mayoría de votos que la ley no había conculcado los derechos de los accionistas (*Albert y otros contra Hungría*, §§ 4 y 6). Ulteriormente, los accionistas inconformes solicitaron la remisión del asunto a la Gran Sala, que el 24 de junio de 2019 lo radicó para su conocimiento (*Albert y otros contra Hungría*, § 7).

3. Los argumentos del Tribunal

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos determinó que, en virtud del artículo 34 del Convenio, debe demostrarse la afectación directa de los derechos para que ésta pueda ser reclamada ante dicho órgano (*Albert y otros contra Hungría*, Gran Sala, TEDH, no. 5294/14, § 120). Al respecto, y aunque el Tribunal reconoció que la reforma legal afectó ampliamente el funcionamiento y provocó la pérdida de autonomía de los bancos (*Albert y otros contra Hungría*, §§ 16 y 148), la interferencia en los derechos de

los accionistas era “incidental e indirecta” (*Albert y otros contra Hungría*, § 155). De tal forma, se resolvió que no existió alguna transgresión a los derechos de los accionistas.

Los quejosos, por otra parte, habían solicitado que el Tribunal levantara el velo corporativo (*Albert y otros contra Hungría*, § 109). Al respecto, éste reconoció que los bancos no eran entidades familiares o de propiedad cerrada, sino empresas públicas con responsabilidad limitada, numerosos accionistas y una gestión totalmente delegada (*Albert y otros contra Hungría*, § 157). Por ello, se resolvió que los derechos limitados habían sido los de los bancos, y sus accionistas no podían reputarse como víctimas de conformidad con el artículo 34 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (*Albert y otros contra Hungría*, § 166).

Otro de los argumentos que el Tribunal utilizó para declarar inadmisibles *ratione personae* la demanda, es que el estándar de la regulación del sector bancario en muchos Estados miembros del Consejo de Europa es muy severo, dado que es necesario evitar los riesgos que una insuficiente normatividad podría provocar en la economía de los respectivos países (*Albert y otros contra Hungría*, §§ 167 y 169).

4. El voto separado del juez Dedov

Aunque se resolvió por unanimidad archivar la demanda, el juez Dmitry Dedov emitió un voto particular, en el que se refirió a los siguientes razonamientos:

En primer lugar, afirmó que, en virtud de la democracia corporativa, los intereses de los accionistas pueden resultar afectados por una ley, pues a pesar de que los porcentajes de participación en el capital fueran mínimos, los votos de cada uno de ellos sirven para decidir sobre la empresa. De esa forma, aun cuando los accionistas individuales carecen de una participación que les permita el control de la entidad, sus derechos pueden quedar afectados. Por ello, dijo el juez Dedov, “un enfoque diferente llevaría a una discriminación de los pequeños accionistas” (*Albert y otros contra Hungría*, voto separado del juez Dedov, §§ 6 y 7).

En segundo lugar, estimó que habría sido “contrario al derecho de sociedades” afirmar que la afectación de los derechos de los accionistas fue indirecta, y que el Tribunal debió tener en cuenta que el objeto de la ley era la regulación de los derechos de los bancos, pero también los de los

accionistas. Al respecto, el juez Dedov aclaró que incluso habiendo tenido legitimación para demandar, resultaba imposible dar la razón a los demandantes, pues no pudieron probar que la afectación legal de sus derechos fuera desproporcionada (*Albert y otros contra Hungría*, voto separado del juez Dedov, §§ 9 y 10).

El argumento anterior se suma a que, como señaló el juez Dedov, la proporcionalidad de la intervención estatal en la regulación de la propiedad podría haber sido cuestionable; sin embargo, tal determinación habría de hacerse en función de si el examen respectivo se planteó en los procesos seguidos ante las sedes nacionales (*Albert y otros contra Hungría*, voto separado del juez Dedov, §18).

Adicionalmente, en el voto separado se subrayó que en el procedimiento nacional no se verificó si se excedió el objetivo legítimo de asegurar la estabilidad financiera de las entidades reguladas —lo que también deja en duda la verdadera eficacia de los recursos domésticos— (*Albert y otros contra Hungría*, voto separado del juez Dedov, § 11).

III. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA

Este caso obliga a plantear dos preguntas principales, una más explícita que la otra, que se sistematizan y comentan abajo:

- 1) La más explícita es la relativa a la determinación de quiénes son las víctimas y a delimitar cuáles son los derechos en juego. Esta cuestión resulta relevante porque la demanda arribó la confirmación de un precedente que ya se venía gestando en otras sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, concerniente a la imposibilidad de retirar el velo corporativo para proteger los derechos de los accionistas. Además, se refiere a un impedimento relativo a la legitimación en razón de persona para resolver de fondo un asunto en perjuicio de la efectiva protección de los derechos humanos.
- 2) La segunda, que aparece mencionada tangencialmente en la sentencia, es si podría haberse reconocido el margen de apreciación a favor de Hungría. Dicho interrogante debería haberse respondido obligatoriamente en el fallo si se hubiera estudiado el fondo del asunto.

- 3) La cuestión anterior se suma tanto a la argumentación del Tribunal Europeo relativa a la homogeneidad de la regulación bancaria entre los Estados miembros del Consejo de Europa como a la ausencia de un examen de proporcionalidad de las limitaciones de los derechos —test cuya real aplicación fue eludida tras haberse declarado la inadmisibilidad de la demanda—.

Las preguntas enlistadas se responderán en los siguientes apartados, poniendo énfasis en el modo en que se hizo determinación de las víctimas —y de los correspondientes derechos en juego—, así como en la forma en que debería haberse aplicado el margen nacional de apreciación si se hubiera analizado el fondo del caso.

1. *La determinación de las víctimas y de los derechos humanos en juego*

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos maniobró cuidadosamente para determinar los derechos afectados y, de la mano de dicha calificación, especificó quién tuvo la calidad de víctima en el caso concreto.

Como se estableció en el fallo, el Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que en los casos iniciados por los accionistas de una empresa es necesario distinguir entre la afectación a los derechos de aquéllos frente a los de la sociedad o empresas que ellos conforman. Ese criterio, comprometido previamente en diversas sentencias (*Agrotexim y otros contra Grecia*, TEDH, 24 de octubre de 1995, §§ 65 y 66, Serie A n° 330 A; *Olczak contra Polonia*, CEDH, 30417/96, § 61, y *Lekić contra Eslovenia*, Gran Sala, TEDH, no. 36480/07, § 111, 11 de diciembre de 2018), deja ver que el Tribunal de Estrasburgo ha sido consistente en separar para su análisis la limitación sufrida por los derechos de las empresas y los de sus respectivos accionistas países (*Albert y otros contra Hungría*, Gran Sala, TEDH, 5294/14, § 122).

No obstante, el Tribunal también ha establecido que el principio general expuesto en el párrafo anterior puede llegar a matizarse en dos hipótesis: una, cuando la empresa y sus accionistas se encuentran tan identificados entre sí que es artificial distinguir entre ellos; y, otra, cuando así se justifica excepcionalmente (como lo hizo, sin una prístina justificación, en los casos *Feldman y Slovyanskyy Bank contra Ucrania*, TEDH, no. 42758/05,

21 de diciembre de 2017, §§ 28 y 29, y *Vladimirova contra Rusia*, TEDH, 21863/05, §§ 40 y 41, 10 de abril de 2018), y como se hizo constar en el fallo que se estudia aquí (*Albert y otros contra Hungría*, Gran Sala, TEDH, 5294/14, § 122).

La dicotomía entre esas formas de resolver resulta contraproducente en la construcción de precedentes jurisdiccionales estables y razonables, porque derivan en una amplia discrecionalidad para que las autoridades estatales resuelvan en el seno doméstico, y también porque denotan que las decisiones de los órganos supranacionales se edifican desde criterios divergentes, incluso en casos similares que deberían resolverse de forma análoga. Esta forma de proceder acarrea dudas sobre la legítima confección de las respuestas disponibles y deja ver que los tribunales pueden elegir cualquier camino decisorio sin transparentarlo.

Frente a la limitación de los derechos de una empresa, particularmente los relativos a la posibilidad de gobernarla y dirigirla, resulta casi insostenible afirmar que sus accionistas no habrían de sufrir también una afectación en su esfera jurídica cuando se aplica una limitación a la persona moral de la que forman parte. Una consideración diferente —esto es, que existe una separación evidente entre las afectaciones causadas por la limitación de los derechos de la empresa— resulta parcialmente admisible, pero solamente en el plano teórico, mas no en el práctico. Especialmente en el caso *Albert y otros contra Hungría*, que ante la negativa de analizar el fondo del asunto y de levantar el velo corporativo no se estudió el fondo del asunto caben muchas dudas sobre si el Tribunal atinó al considerar que existe una real separación entre los derechos en cita.

Aquí se sostienen, por tanto, dos conclusiones parciales. La primera es que, en un escenario como el del caso en estudio, la intervención estatal en los derechos de los accionistas es ineludible cuando se regulan los de la empresa que conforman, más allá de que las normas en juego resulten proporcionales —examen cuya aplicación, en este caso, resultaba infructífera—. Y, la segunda, es que para decidir acertadamente en litigios como el que ahora se analiza debe ampliarse el alcance de la admisibilidad *ratione persoane*, con la finalidad de que se logre abordar el fondo del asunto, y lograr así que más litigios como éste, que ameritan la realización de un análisis sustancial y dilatado, sean resueltos ciñéndose a razonamientos sustantivos, y no meramente procesales.

2. *El margen de apreciación y el consenso regional en el caso Albert y otros contra Hungría*

El análisis de esta sentencia obliga a revisar diversos argumentos y principios que, de haberse estudiado el fondo del asunto, podrían haberse utilizado para evaluar la legitimidad de las medidas estatales aplicadas a los derechos de los bancos. En especial, debe analizarse la referencia que hizo el Tribunal de Estrasburgo a la sentencia del Tribunal Constitucional de Hungría, especialmente en lo referente al margen de apreciación países (*Albert y otros contra Hungría*, § 122).

El derecho internacional público posee una función subsidiaria respecto del orden jurídico interno. Por ello, el contenido de las normas domésticas y la función de las autoridades nacionales solamente pueden complementarse por los órganos supranacionales en aquellos aspectos y casos que las primeras sean deficientes para proteger los derechos humanos. Así, en virtud de dicha subsidiariedad, los tribunales internacionales se encuentran impedidos para sustituir a los nacionales (García Roca, 2010, p. 95), y exclusivamente pueden actuar en los casos en que las funciones de los tribunales y las autoridades locales resulten omisas (Letsas, 2006, p. 722).

El margen nacional de apreciación es una pauta de interpretación que reafirma la mencionada subsidiariedad, que debe ser guardada celosamente en las relaciones entre los órganos supranacionales y los Estados cuya actuación se encuentre dentro de su competencia. Dicho margen también ayuda a flexibilizar la argumentación al dictar una sentencia en una sede internacional (Iglesias Vila, 2013) y se convierte en una “deferencia de los tribunales internacionales hacia las autoridades nacionales para que éstas decidan sobre una controversia jurídica concreta” (Universidad de Alcalá-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo, 2011).

En el caso *Albert y otros contra Hungría*, el análisis del margen de apreciación en el fondo de la sentencia habría significado la elección de alguna de las siguientes opciones dispares: una, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconociera un amplio margen al Estado húngaro y admitiera la legitimidad de las medidas, y otra, opuesta a la anterior, que rechazara la existencia de tal margen y declarara la ilegitimidad de las restricciones de los derechos de los bancos.

La acusada violación del artículo 1o. del Protocolo 1 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos radicaba, en síntesis, en que el Estado

había limitado ilegítimamente los derechos de los bancos y, con ello, también los de los accionistas. Un adecuado análisis de fondo habría obligado a revisar, primero, la proporcionalidad de las medidas y, segundo, de conformidad con el margen de apreciación, a verificar si las acciones del Estado húngaro se encontraban dentro del campo de actuación dispuesto a su favor en virtud de la subsidiariedad.

El margen de apreciación también es un principio que permite a las autoridades domésticas analizar con libertad las circunstancias fácticas locales al aplicar los tratados internacionales (Arai-Takahashi, 2001, p. 4). Por ello, el margen de apreciación, concatenando la pretendida uniformidad países (*Albert y otros contra Hungría*, Gran Sala, TEDH, 5294/14, sobre todo §§ 93 y 167) del rigor de las regulaciones bancarias dentro de los Estados miembros del Consejo de Europa, habría servido para reconocer flexibilidad para maniobrar al Estado húngaro, específicamente en la limitación del derecho a la propiedad de los bancos —o de los accionistas de los bancos—.

El reducido consenso regional sobre la regulación de un derecho, como lo dejó ver el Tribunal, tiende a incrementar el margen de apreciación a disposición del Estado, y viceversa. De tal forma, en este caso el margen se habría visto reducido, como lo afirmó el propio Tribunal, ante el “contexto de muchos de los Estados del Consejo de Europa” cuyas regulaciones bancarias son similares en cuanto a la severidad de la intrusión en esa clase de empresas países (*Albert y otros contra Hungría*, § 167).

Por lo visto, puede percibirse que las afirmaciones del Tribunal de Estrasburgo habrían estado dirigidas a sostener que en un análisis de fondo pudo haber reconocido el margen de apreciación a Hungría, tomando en cuenta que el rigor de las medidas restrictivas aplicadas a los derechos de los bancos era similar al que tenían en otros Estados.

No obstante, el Tribunal optó por declarar la inadmisibilidad de la demanda, lo que a su vez causó que no pudieran analizarse con más profundidad otros aspectos del caso, como la razonabilidad de las medidas restrictivas de los derechos de los bancos, la incidencia efectiva de aquéllas en la esfera jurídica de los accionistas y, en suma, la legitimidad de la interferencia provocada por la acción estatal en el derecho a la propiedad.

De tal forma, hay que concluir este apartado subrayando que existían diversos argumentos con los que el Tribunal de Estrasburgo pudo dar la razón al Estado; sin embargo, al haber optado por responder desde una perspectiva meramente procesal, el Tribunal quedó vedado para resolver

en este sentido. Esta es la confirmación de que, como se mencionó en el apartado anterior, el asunto debió estudiarse de fondo, aunque fuera excepcionalmente, retirando el velo corporativo y, por ello, reconociendo que la acción estatal incidía en los derechos de los accionistas, y no sólo en los de los bancos.

IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

Como se leyó arriba, este caso provocó dos disyuntivas principales. La primera, consistía en definir si los derechos de los accionistas efectivamente se vieron afectados por la regulación legal aplicada al funcionamiento de los bancos, mientras que la segunda radicaba en los argumentos de los que podría haber echado mano el Tribunal para resolver el asunto de fondo.

En cuanto a la primera de las cuestiones, aquí se sostuvo que, incluso considerando la efectiva separación entre los derechos de una empresa y sus accionistas, es difícil comprobar que la limitación de la esfera jurídica de aquélla no conlleve también la afectación de las prerrogativas de los individuos que la componen.

Por lo anterior, una de las conclusiones a las que puede arribarse es que el Tribunal debió levantar el velo corporativo para reconocer la legitimación a los demandantes, sobre todo tomando en cuenta que así lo ha hecho en otros asuntos que resultan esencialmente idénticos al que se analizó aquí. Esa actitud judicial habría implicado la flexibilización —o la ampliación excepcional— del concepto de la legitimación procesal, lo que habría permitido dotar de mayor fuerza material al trabajo del Tribunal.

El segundo de los problemas centrales consistía, fundamentalmente, en determinar cuáles eran los argumentos que el Tribunal podría haber dado si hubiera respondido el fondo del asunto. Uno de ellos es el “amplio consenso” regional que prevalece entre los Estados del Consejo de Europa sobre el rigor de las regulaciones bancarias. El otro, consistente en la referencia al margen nacional de apreciación, fue hecho propio por el Tribunal Constitucional de Hungría, y tuvo un peso específico mínimo en la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, a pesar de que se encuentra ampliamente relacionado con el consenso regional.

Desde luego, al examen sobre el margen nacional de apreciación y el consenso regional sobre la regulación de los derechos humanos se añade un argumento que debería haberse utilizado al estudiar el fondo del asunto.

to: el análisis sobre la subsidiariedad de la función del Tribunal Europeo. En virtud de dicha exigencia, debería haberse estudiado la legitimidad de la intervención del Tribunal en la acción estatal y, por tanto, tendría que haberse verificado el alcance que podría haber tenido el control de convencionalidad ejercido por dicha Corte. Desafortunadamente, tal examen no llegó a realizarse en el caso concreto, porque, como se ha reiterado, la sentencia no resolvió la litis de fondo.

Conviene expresar una conclusión relativa al concepto de consenso regional, pero formulando un cuestionamiento adicional —que abre una nueva línea de investigación—: si la relativa homogeneidad que existe entre los modos en que diversos Estados regulan un derecho humano constituye, efectivamente, una causa para legitimar las restricciones aplicadas a la esfera jurídica individual. La respuesta a esa pregunta excede el objeto de este trabajo, sin embargo, puede adelantarse, tras una mirada rápida, que tal acuerdo regional puede significar una coincidencia sobre un error, y no necesariamente sobre un acierto en la forma de limitar el ejercicio de un derecho humano.

V. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albert y otros contra Hungría, Gran Sala, TEDH, no. 5294/14, 7 de julio de 2020.
- Agrotexim y otros contra Grecia, TEDH, 24 de octubre de 1995, Serie A no. 330 A.
- Arai-Takahashi, Y. (2001). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Oxford. Hart Publishing.
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*, Navarra. Cizur Menor, Cívitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thompson Reuters.
- Iglesias Vila, M. (2013). Una doctrina del margen de apreciación estatal para el Convenio Europeo de Derechos Humanos: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional. https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf

Lekić contra Eslovenia, Gran Sala, TEDH, no. 36480/07, 11 de diciembre de 2018.

Letsas, G. (2006). Two Concepts of the Margin of Appreciation, *Journal of Legal Studies*, 26, 4.

Olczak contra Polonia (decisión), CEDH, no. 30417/96, Reportes, 2002-X.

Universidad de Alcalá-Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo. (2011). Diccionario Iberoamericano de Derechos Humanos y Fundamentales, Alcalá de Henares-Madrid. España. http://diccionario.pradpi.org/inicio/index.php/terminos_pub/view/94





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

La figura de las repreguntas: un mecanismo epistemológico necesario para la debida integración de la prueba pericial en el juicio de amparo

Cross-Examination: A Necessary Epistemological Mechanism for the Successful Integration of the Expert Evidence in the Amparo Trial

Verónica Lorena OSORNIO PLATA*

RESUMEN: El artículo tiene como objetivo realizar un análisis crítico, a la luz de la teoría racional de la prueba, respecto de la jurisprudencia conforme a la cual las partes en el juicio de amparo no puedan formular repreguntas al perito o a los peritos una vez que han rendido su dictamen. Lo anterior, con la finalidad de visibilizar que tal prohibición afecta el derecho de defensa de las partes, impide que se respete el principio de contradicción y merma los poderes probatorios del juez de amparo.

Palabras clave: prueba pericial, razonamiento probatorio, amparo, valoración racional, perito oficial, principio de contradicción, repreguntas, mecanismos dialógicos, poderes probatorios, juez.

ABSTRACT: This article aims to realize a critical analysis according to the rational evidence theory, related to the jurisprudence which provides that in the amparo law, the parties cannot ask cross-examination to the expert or experts once they have rendered their expert opinion. The above, in order to make visible that such prohibition affects the right of defence of the parties, prevents the contradictions principle from being respected and reduces the evidential faculties of the amparo judge.

Keywords: expert evidence; evidential reasoning; amparo; rational evaluation; official expert; contradiction principle; cross-examination; dialogic mechanisms; evidential faculties; judge.

* Universidad Panamericana, México. Maestra en razonamiento probatorio por la Universidad de Girona, España. vosornio@up.edu.mx ORCID ID: <https://orcid.org/0009-0006-4231-5184>

SUMARIO: I. *Reglas básicas de integración de la prueba pericial.* II. *La figura de las repreguntas y sus implicaciones en la práctica judicial.* III. *Consideraciones centrales del precedente.* IV. *Análisis crítico del precedente.* V. *La valoración probatoria sólo incumbe al juzgador.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. REGLAS BÁSICAS DE INTEGRACIÓN DE LA PRUEBA PERICIAL

La incorporación del conocimiento experto en el juicio de amparo, a través de la prueba pericial, es un tema que al menos durante los últimos diez años¹ encuentra un desarrollo jurisprudencial no alto (en número), pero sí importante, que busca hacer frente a los desafíos que se presentan en la práctica judicial con motivo de su admisión, y que la Ley de Amparo no solventa ante la falta de una regulación explícita.

En la ley reglamentaria de referencia se prevé que en el juicio de amparo serán admisibles toda clase de pruebas (con excepción de la confesional por posiciones) y en relación con la prueba pericial, en específico, en los artículos 119 y 120, se aprecian reglas específicas sólo en relación con los siguientes tópicos:

- a) Plazo para su ofrecimiento (cinco días hábiles antes de la audiencia constitucional, sin contar con el del ofrecimiento ni el señalado para la propia audiencia).
- b) Prohibición de ampliar dicho plazo con motivo del diferimiento de la audiencia (salvo que se trate de hechos que no hayan podido ser conocidos por las partes con oportunidad legal).
- c) Requisitos para su ofrecimiento (exhibir en original y copia para cada una de las partes el cuestionario que han de responder los peritos).
- d) Requerimiento del juzgador al oferente ante la ausencia total o parcial de las copias del cuestionario.
- e) Ampliación del cuestionario (se entrega copia a cada una de las partes para que en el plazo de tres días puedan ampliar por escrito).

¹ Periodo coincidente con la vigencia de la actual Ley de Amparo, publicada el 2 de abril de 2013.

- f) La forma de integración de la prueba (admitida ésta se hace la designación de un perito o peritos que se estimen convenientes para la práctica de la diligencia, sin perjuicio de que cada parte pueda designar uno para que se asocie al nombrado por el juzgador o rinda su dictamen por separado), y
- g) La no recusación de los peritos; las causales de impedimento y obligación de protestar el cargo.

Reglas cuya interpretación han generado que tanto las salas como el Pleno de la SCJN hayan establecido, al menos, cuatro directrices generales para su ofrecimiento, desahogo y valoración:

- 1) La prueba pericial se regula por lo dispuesto en la Ley de Amparo, y no es aplicable supletoriamente el Código Federal de Procedimientos Civiles (P./J.33/2018² y 2a./J.102/2017).³
- 2) Si al ofrecer la prueba pericial se omite exhibir el cuestionario original para cada una de las partes, al tenor del cual deberá desahogarse, habrá de desecharse aquélla (P./J. 18/2018).
- 3) La motivación del perito es un criterio útil para valorar su dictamen. Esto es, la explicación que realice de los métodos (científico, artístico o técnico) que respaldan su opinión, así como de la forma en que conducen a la conclusión a la que arriba (1a. CII/2011).⁴

² En la ejecutoria respectiva (contradicción de tesis 80/2018), al pronunciarse en concreto respecto de la prueba pericial en el incidente de falsedad de firma de la demanda de amparo, se concluyó que es improcedente la aplicación supletoria del Código Federal de Procedimientos Civiles en lo relativo a la prueba pericial, porque en dicha codificación la prueba es “colegiada” y en el juicio de amparo no. En cuanto a la naturaleza “no colegiada” de la prueba pericial en el juicio de amparo, la Segunda Sala de la SCJN concluyó, durante la vigencia de la anterior Ley de Amparo, que ello obedecía a que para la debida integración y desahogo de la prueba pericial el único dictamen indispensable es el del perito nombrado por el juzgador, por lo que ante la divergencia en los dictámenes periciales es indebido designar perito tercero (2a./J. 81/2011).

³ Al pronunciarse, de forma específica, respecto de la prueba pericial desahogada en el incidente del cumplimiento de sentencias de amparo.

⁴ Una tesis que, si bien no tuvo como origen el trámite de un juicio de amparo, sino de un juicio ordinario civil federal, constituye un criterio temático orientador para las y los jueces de amparo que les facilita valorar el contenido de los dictámenes periciales, en tanto que su línea argumentativa es coincidente, en parte, con lo que la doctrina ha identificado como el contenido esencial que debe contener un informe pericial. Así, por ejemplo, en la más reciente “Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto

- 4) La valoración de la prueba pericial es libre, lo que no implica que el juzgador esté exento de dar una exposición razonada en la que desarrolle las conclusiones a las que llegue (motivación) (2a./J. 97/2015).⁵

II. LA FIGURA DE LAS REPREGUNTAS Y SUS IMPLICACIONES EN LA PRÁCTICA JUDICIAL

En el contexto del marco legal y jurisprudencial antes referido, dos tribunales colegiados, en la práctica judicial, se enfrentaron ante la siguiente interrogante: ¿es factible diferir la audiencia de desahogo de pruebas cuando lo soliciten las partes a efecto de repreguntar a los peritos que tuvieron a cargo el desahogo de la prueba pericial durante la sustanciación del juicio de amparo? Sin embargo, adoptaron posturas contrarias, como en seguida se verá.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito (Boca del Río, Veracruz) conoció de un recurso de queja (13/2020) interpuesto contra lo resuelto en un incidente de falsedad de firmas, en el que se ofreció la prueba pericial en caligrafía (la cual fue desahogada por el perito oficial), y en el que la parte quejosa solicitó, por escrito, en la audiencia respectiva, que ésta fuera diferida a fin de que se le permitiera cuestionar al perito, en términos del artículo 148 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Petición que no fue acordada favorablemente.

en el debido proceso” publicada por el Consejo de la Judicatura Federal en coordinación con la Escuela Federal de Formación Judicial, se identifican como elementos del informe pericial compatible con el debido proceso los siguientes elementos: “...4. La descripción clara y comprensible de los métodos, técnicas, teorías, etc[étera]. empleadas para analizar los hechos concretos del caso y, además, se debe señalar cuál es la mejor evidencia disponible sobre la validez y fiabilidad de aquéllos... 6 Las conclusiones a las que llegó el perito... todo el razonamiento pericial ha de ser explicado de tal forma que debe permitir que otros peritos puedan contrastarlo a partir de la información dada en el informe...” (Vázquez, 2023, pp. 27 y 28).

⁵ Es importante destacar que en la ejecutoria fue analizado el artículo 151, párrafo último, de la Ley de Amparo vigente hasta el 2 de abril de 2013, que establecía que la prueba pericial será calificada por el juez según “prudente estimación”. Ahora, en la Ley de Amparo vigente dicha porción normativa no fue reiterada; sin embargo, se estima que lo interpretado en ese entonces cobra aplicación, ya que tampoco se estableció ningún otro sistema (diverso al de la libre valoración) para la valoración de la prueba pericial.

Al resolver, el tribunal colegiado estimó que fue legal tal negativa, pues, como ya lo había determinado el Pleno de la SCJN, dicha codificación no resultaba aplicable en el juicio de amparo, en términos de la jurisprudencia P./J. 33/2018.

Por su parte, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito (antes Segundo Tribunal Colegiado Auxiliar, con residencia en Guadalajara, Jalisco) resolvió un recurso de revisión (739/2010), que tuvo como origen un juicio de amparo indirecto, en el que se reclamó un acto de desposeimiento de una fracción de terreno y se ofreció la prueba pericial en materia de ingeniería civil, topografía y planimetría, la cual fue desahogada tanto por el perito de la parte quejosa como por el de las autoridades responsables y el perito oficial. El día de la audiencia constitucional, la autoridad responsable solicitó, por escrito, que le fuera permitido formular repreguntas al perito oficial en dicha audiencia. Petición que le fue negada.

El Tribunal ordenó reponer el procedimiento a efecto de que el juzgador suspendiera la audiencia constitucional y citara a los peritos a fin de que comparecieran a ésta, y de esa forma las partes pudieran repreguntar a los peritos de forma verbal.

La anterior determinación se sustentó en el contenido del segundo párrafo del artículo 151 de la Ley de Amparo abrogada (cuyo equivalente actualmente se localiza en el último párrafo del artículo 119 de la Ley de Amparo vigente),⁶ que, según explicó el Tribunal Colegiado, habilita a las partes para repreguntar verbalmente a los peritos sin necesidad de anunciar tal intención con la anticipación que se exige cuando se ofrece la prueba. De dicha contradicción de criterios correspondió conocer a la Segunda Sala de la SCJN, la cual fue registrada en su índice con el número 145/2020.⁷

⁶ Del contenido siguiente: “El órgano jurisdiccional ordenará que se entregue una copia a cada una de las partes para que puedan ampliar por escrito, en un plazo de tres días, el cuestionario, el interrogatorio o los puntos sobre los que deba versar la inspección, para que puedan formular repreguntas al verificarse la audiencia”.

⁷ Se aclara que también formaron parte de la contradicción denunciada las decisiones adoptadas por otros tribunales colegiados; sin embargo, respecto de éstos se declaró inexistente la contradicción, razón por la cual no se hace mayor mención al respecto.

III. CONSIDERACIONES CENTRALES DEL PRECEDENTE

La contradicción en comento fue resuelta en sesión del 12 de enero de 2022, con cinco votos a favor, en el sentido de que en el desahogo de la prueba pericial en el juicio de amparo es inaplicable la figura de las “repreguntas” prevista en la parte final del artículo 119 de la Ley de Amparo, y que, por tanto, no es procedente diferir la audiencia constitucional para tal fin (2a./J. 8/2022).⁸ Las consideraciones que sirvieron de sustento a tal determinación fueron las siguientes:

a. Que en términos de lo previsto en el artículo 17 constitucional y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, todas las actuaciones procesales deben desahogarse con prontitud, sin causar dilaciones injustificadas, pues los medios de defensa deben desenvolverse de manera pronta (breve lapso) y expedita (sin obstáculos);

b. La naturaleza sumaria del juicio de amparo,⁹ la cual obedece a que las violaciones recaen en derechos humanos, exige que la normativa que regula su tramitación se rijan por los principios de economía procesal, concentración y expeditéz;

c. Que tanto la Ley de Amparo anterior como la vigente establecen que son admisibles toda clase de pruebas, las cuales deben desahogarse en la audiencia, con excepción, entre otras, de la prueba pericial, cuya integración está sujeta a la presentación del dictamen o dictámenes que se hubiesen anunciado; lo que acontece con anterioridad a aquélla;

d. Que la posibilidad de formular repreguntas en la audiencia sólo opera respecto de la prueba testimonial, dado que ésta es la única que se desahoga en esa etapa procesal. Y que, por tanto, la porción normativa contenida en la última parte del párrafo final del artículo 119 de la Ley de Amparo (equivalente al párrafo segundo del artículo 151 de la anterior) que dice: “*para que puedan formular repreguntas al verificarse la audiencia*” se refiere únicamente a la testimonial; lo que es consistente con el carácter sumario del juicio de amparo.

⁸ De dicha contradicción derivó la jurisprudencia 2a./J.8/2022 de rubro: “PRUEBA PERICIAL EN EL JUICIO DE AMPARO. EN SU DESAHOGO ES INAPLICABLE LA FIGURA DE LAS «REPREGUNTAS» PREVISTAS EN LA PARTE FINAL DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DEL ARTÍCULO 119 DE LA LEY DE LA MATERIA (EQUIVALENTE AL PÁRRAFO SEGUNDO DEL ARTÍCULO 151 DE LA LEGISLACIÓN ABROGADA), POR LO QUE NO PROCEDE DIFERIR LA AUDIENCIA PARA SU PREPARACIÓN Y/O FORMULACIÓN”.

⁹ Como intención originaria del Constituyente.

e. Para que las repreguntas fueran factibles en la pericial se requeriría de manera forzosa la citación a una reunión de peritos, lo que no está regulado en la ley de la materia y sin que en el caso resulte aplicable de forma supletoria la diligencia de aclaración de dictámenes que prevé la codificación civil supletoria;

f. Que la forma en que la ley de la materia permite a las partes exponer una eventual oposición al contenido de los dictámenes rendidos por sus contrapartes es a través de la prerrogativa que tienen de presentar un informe por separado, en el cual profundizan hasta donde les sea conveniente;

g. Que para integrar la prueba pericial es suficiente con el dictamen rendido por el perito oficial “cuya imparcialidad queda patente”, pues al aceptar el cargo debe manifestar bajo protesta que no está en algún impedimento legal; y que su “idoneidad” se “infiera” de que es designado del cúmulo de expertos con que cuentan las instituciones públicas, educativas o colegios o en su defecto de los acreditados ante el Consejo de la Judicatura Federal;

h. Que si la intención es “convencer” al juzgador de que el perito acierta o no en sus conclusiones, las partes cuentan con la figura de los alegatos, los que si bien no deben ser contestados expresamente en el fallo sí deben ser analizados por el juzgador; y,

i. Que la valoración de los dictámenes para otorgarles su justo alcance probatorio es una cuestión que atañe en exclusiva al juzgador.

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DEL PRECEDENTE

1. *La naturaleza sumaria del amparo y la fiabilidad del conocimiento experto*

Como se observa, un pilar central que justifica la decisión adoptada en el fallo analizado es la naturaleza sumaria del juicio de amparo. En relación con ese punto, cabe cuestionarse si el hecho de que las actuaciones judiciales deban ser practicadas de manera “pronta” (una justicia imparitada en breve lapso) y “expedita” (emitida sin obstáculos) justifica que al juicio de amparo se le incorpore conocimiento experto, sin que éste pueda ser cuestionado ni controvertido por las partes, o incluso por el juez, en ejercicio de sus facultades oficiosas.

Esta interrogante no puede dejarse de lado si lo que se pretende es garantizar que las partes ejerzan de manera plena y efectiva su “derecho a la

prueba”,¹⁰ el cual no se agota en la posibilidad de ofrecer y desahogar una prueba, sino que además salvaguarda que ésta sea objeto de una “valoración racional” por parte del juzgador en la sentencia respectiva.

“Valoración racional” que será el resultado, entre otras cuestiones, de que una vez presentado el o los dictámenes respectivos se hubieran salvaguardado los “mecanismos dialógicos”¹¹ necesarios para comprender no sólo de mejor manera su contenido, sino también para poder cuestionar o combatir éste. Mecanismos entre los que destacan los siguientes:

- La contradicción de las partes, y
- Las preguntas aclaratorias de las juezas y los jueces.

Ahora bien, la aplicación de tales mecanismos en el juicio de amparo —dada su específica tramitación e integración de la prueba pericial— exigirían que una vez recibido y ratificado el dictamen o los dictámenes respectivos:

- 1) Las partes (la contraparte del oferente, la autoridad responsable y el tercero interesado) estuvieran en posibilidad de formular, por escrito,¹² preguntas a los expertos¹³ (que en esta fase tendrían que

¹⁰ Ferrer (2007) sostiene que los elementos que integran el derecho a la prueba son cuatro: a) el derecho a utilizar todas las pruebas de que se dispone para demostrar la verdad de los hechos en que se funda la pretensión; 2) el derecho a que las pruebas sean practicadas en el proceso; 3) el derecho a una valoración racional de las pruebas practicadas; 4) la obligación de motivar las decisiones judiciales (pp. 54-57).

¹¹ Vázquez (2022b) identifica como “mecanismos dialógicos” que pueden contribuir a que se incorpore información relevante sobre el razonamiento pericial (aunque refiriéndose fundamentalmente a los juicios orales) los siguientes: la deposición conjunta de las personas expertas; la contradicción de las partes; las preguntas aclaratorias de las juezas y los jueces; el debate entre personas peritas que tienen desacuerdos, y las metapericiales (p. 118).

¹² La forma escrita se justifica en lo dispuesto en el artículo 119 de la Ley de Amparo, en razón de que el numeral no hace una distinción entre la forma de ampliar el cuestionario y de formular repreguntas, lo cual es acorde con la forma tradicional de sustanciar el juicio de amparo.

¹³ Las partes podrían cuestionar incluso al experto designado por el juez, pues, como afirma Vázquez (2022b), es una creencia o práctica inadecuada considerar que al interrogar al experto se cuestiona a quien lo nombró, máxime que, como se explicará más adelante, el dictamen del perito oficial no goza *a priori* de mayor valor probatorio sobre

ser denominadas “repreguntas”),¹⁴ que permitieran aclarar y explicitar el contenido del informe pericial, e incluso facilitarían la discusión en torno a sus conclusiones o la fiabilidad de las técnicas o métodos utilizados para sustentarlo, lo cual, sin duda, tendría un impacto significativo al momento de plantear los alegatos en torno a la valoración probatoria que le debe ser atribuido, y con lo cual, por consecuencia, aumentarían las probabilidades de corrección en la toma de la decisión.

- 2) Las y los juzgadores federales también podrían formular repreguntas a los expertos para el mejor entendimiento del informe pericial. Lo anterior, tomando en cuenta que se trata de “jueces legos” en el conocimiento experto, y que la exigencia de valorar racionalmente el o los dictámenes periciales supone tener acceso al mayor número de información relevante sobre la ciencia, técnica o arte que pretenda usar en su razonamiento probatorio.

Máxime que habrá casos (piénsese, por ejemplo, en aquellos vinculados con temas más técnicos, como las telecomunicaciones o la competencia económica), en los que la simple lectura del informe pericial no sea suficiente para comprender la inferencia pericial,¹⁵ no obstante que es un aspecto necesario si defendemos que las y los juzgadores deben atribuirle “racionalmente” valor probatorio.¹⁶

el dictamen de los peritos designados por las partes por el solo hecho de que aquél lo haya designado (p. 119).

¹⁴ Ello, sobre la idea de que sólo serían denominadas “preguntas” aquellas que inicialmente se plantean en el cuestionario inicial que se exhibe con el ofrecimiento de la prueba.

¹⁵ Vázquez (2012b) afirma que es factible reconstruir el razonamiento pericial de forma análoga al razonamiento judicial. La premisa mayor sería “una generalización con fundamento experto”, la premisa menor serían los hechos del caso concreto que el experto haya utilizado, y la conclusión la inferencia que va de las premisas a la conclusión. Aunque reconoce que la reconstrucción de tales premisas amerita, en algunas ocasiones, más discusión (p. 102).

¹⁶ Con el ánimo de dimensionar cuán importante es el conocimiento experto en la toma de decisiones, se estima oportuno referir que en algunos sistemas jurídicos, como afirma Vázquez (2022 a), se han creado jueces expertos, como es el caso de la jurisdicción ambiental y la de la libre competencia, en el caso de Chile, cuyos tribunales están integrados tanto por jueces expertos como por jueces legos, esto es, expertos únicamente en derecho (p. 27). Incluso, ante dificultades serias en la comprensión de un informe pericial, refiere la autora (2022 b) que existen sistemas, como el danés, en los que se ofrece

En tal sentido, Gascón (2013), por ejemplo, sostiene que “escrutar de manera más estricta muchas pruebas científicas que hasta ahora no habían sido cuestionadas conduce así a que éstos (los jueces) recuperen su papel de «gatekeeper» (vigilante o custodio)” (p. 192), evitando con ello que la decisión esté determinada por una y simple *junk science* (ciencia basura).

Negar esa potestad a cargo del juez de amparo implicaría soslayar que, como afirma Nieva (2010), en la práctica es común que el juzgador no cuente con la información necesaria para entender debidamente el dictamen, y ello provoca que se limite a transcribir las razones del perito sin entenderlas realmente (p. 285), con lo que se fortalece una indebida actitud deferencial hacia los dictámenes periciales, en tanto acepta lo que el experto declara en éstos sin mayor control.¹⁷

Para Taruffo (2008), esta actividad que se demanda del juzgador no busca que éste

...deba transformarse en científico —lo que evidentemente sería imposible— y mucho menos que repita los análisis y experimentos que conforman la propia prueba científica. Lo que se exige, en cambio, es que el juez sea capaz de valorar si está en el ámbito de una forma de conocimiento dotada de dignidad y validez científica, y si los métodos de investigación y control típicos de esa ciencia han sido correctamente aplicados en el caso particular que debe juzgar (p. 294).

Esta práctica (someter o escrutar la información experta que presentan los expertos) dice Vázquez (2012b) es mucho mejor que un “soliloquio judicial” en el que el juzgador “en los confines de su despacho o en la comodidad de su asiento, intente, en el mejor de los casos, comprender a

como *ultima ratio* que una persona experta sea incorporada como miembro del tribunal al momento de resolver (p. 134). Con independencia de lo efectivo o no de tales sistemas, lo cierto es que invitan a la reflexión y a cuestionar sobre lo que habrá de hacer el juez lego en aquellos casos cuya alta especialización le impida la comprensión del informe pericial con una mera lectura a éste, sobre todo si, como se propone en la ejecutoria analizada, se prohíbe a las partes la oportunidad de cuestionar a los expertos.

¹⁷ Consciente de que un informe pericial completo y riguroso puede, en ocasiones, no ser suficiente, Gascón (2021) propone pensar, incluso, como una vía alternativa, la posibilidad de establecer alguna instancia consultora independiente que pueda ayudar a los jueces a decidir en los casos difíciles o complicados, como la propuesta por The Law Commission para Reino Unido (pp. 80 y 81).

detalle lo que dice un informe pericial —que pudiera ser escueto y poco o nada informativo—” (p. 133).

Como se aprecia, subsiste una exigencia a cargo de las y los juzgadores de controlar la calidad del conocimiento experto que se incorpora al juicio de amparo, lo que demanda que aquéllos estén mejor instruidos en cuanto al tema. En esa línea, por ejemplo, Gascón (2021) propone fortalecer su formación judicial, a través de cursos organizados por el Poder Judicial, e incluso, anticiparse desde los planes de estudios universitarios, en los que se incluya el estudio de la ciencia forense (pp. 79-85).¹⁸

Lo hasta aquí expuesto permite concluir que si lo que se pretende es una valoración racional de la prueba pericial no se puede hacer nugatorio el “derecho de defensa” de las partes, que les permita cuestionar o debatir las conclusiones que les perjudican en el contenido de un dictamen, tampoco se puede impedir que el juez, en pleno ejercicio de los poderes probatorios que tiene, disipe cualquier duda que sea necesaria para el mejor entendimiento del dictamen.

Por lo que aun cuando todos estamos interesados en que los juicios de amparo se resuelvan de manera pronta, ya que lo que está en juego es una eventual vulneración de derechos fundamentales, cierto es también que en razón precisamente de ese alto valor en la *litis* constitucional, es que la premura por resolver un juicio no puede justificar que se incorporen a éste pruebas cuya fiabilidad científica o técnica no haya sido controvertida, en detrimento del derecho de defensa de las partes y de hacer nugatoria la actividad del juzgador de fungir como *gatekeeper*.

Estimar lo contrario implicaría identificar al juicio de amparo como un proceso en el que la determinación de la “verdad”¹⁹ de los hechos del

¹⁸ Vinculado con el tema de la especialización de los juzgadores, Clara Luz Álvarez (2020) afirma que en México, en cumplimiento a la reforma constitucional en telecomunicaciones, el 10 de agosto de 2013 fueron creados los tribunales especializados, en cuyas primeras integraciones, jueces y magistrados fueron invitados, a través de diversos acuerdos emitidos por el Consejo de la Judicatura Federal, a expresar su interés para formar parte de éstos, pero que con posterioridad no existieron dichos acuerdos, sumado a que ya no se exigieron los requisitos iniciales para los nombramientos sucesivos, entre los que destaca la de “contar con estudios o reconocimientos en materia administrativa, competencia económica, radiodifusión o telecomunicaciones” (p. 24).

¹⁹ El concepto de verdad al que se hace referencia es al de “verdad como correspondencia”, que permite sostener que un enunciado sobre los hechos (formulado en el proceso y sujeto a prueba) es verdadero si y sólo si se corresponde con el mundo (externo del proceso) (Ferrer, 2021, p. 18).

caso no constituye una de sus finalidades esenciales, no obstante que tal aspecto constituye, como afirma Taruffo (2010), una condición necesaria para la corrección jurídica de la decisión (pp. 132 y ss.). De modo que si se reduce su finalidad a la mera solución de la controversia, y la determinación de la verdad no interesa, dice el autor (2008), sería difícil justificar “por qué las partes y el juez habrán de perder tiempo en proponer y practicar las pruebas” haciendo del proceso una mera “representación ritual” que ha de servir para hacer creer a las partes que se ha hecho justicia (p.176).

Con base en lo anterior se concluye que las consideraciones de la Segunda Sala sustentadas en la naturaleza sumaria del juicio de amparo no son acordes con las exigencias que, según se explicó, implicarían una valoración racional de la prueba pericial, en detrimento del derecho de defensa de las partes y del ejercicio de los poderes probatorios que tiene el juzgador respecto de dicha prueba.

En cuanto a este último punto, se precisa que si bien en la ejecutoria no se aclaró si el juez puede o no formular repreguntas a los expertos, lo cierto es que, al prohibírsele a las partes, mandó el mensaje implícito de que él tampoco estaría en aptitud de realizarlo, pues aún es común considerar (erróneamente) que con una actuación así el juez infringe el principio de aportación de parte²⁰ o de imparcialidad.

Máxime que el fundamento que tendría el juzgador para formular repreguntas se encuentra en la codificación civil supletoria (artículos 79 y 80),²¹ la cual, como se explicó, se ha considerado jurisprudencialmente que no es

²⁰ Si bien el principio de aportación de parte impide al juez resolver más allá de los hechos alegados por las partes, no lo hace respecto de la iniciativa probatoria que el juez pudiera asumir de oficio, pues en los orígenes del brocardo que dio lugar a ese principio sólo se pretendía evitar que el juez recurriera a su propio conocimiento. Para profundizar en el tema, puede leerse a Picó Junoy (2007).

²¹ “Artículo 79. Para conocer la verdad, puede el juzgador valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, y de cualquier cosa o documento, ya sea que pertenezca a las partes o a un tercero, sin más limitaciones que las de que las pruebas estén reconocidas por la ley y tengan relación inmediata con los hechos controvertidos. Los tribunales no tienen límites temporales para ordenar la aportación de las pruebas que juzguen indispensables para formar su convicción respecto del contenido de la litis, ni rigen para ellos las limitaciones y prohibiciones, en materia de prueba, establecidas en relación con las partes”.

“Artículo 80. Los tribunales podrán decretar, en todo tiempo, sea cual fuere la naturaleza del negocio, la práctica, repetición o ampliación de cualquier diligencia probatoria, siempre que se estime necesaria y sea conducente para el conocimiento de la verdad sobre los puntos controvertidos. En la práctica de esas diligencias, obrarán como lo estimen

aplicable tratándose de dicha prueba, pues no guarda el carácter de prueba colegiada, que es la regulada en ese Código. Precedente que, se sugiere, habría de matizarse, para que en ningún momento el operador jurídico dude en cuanto al uso que puede hacer del mecanismo epistemológico que prevé dicha codificación para la comprensión del informe pericial y, en consecuencia, para su valoración racional. Sobre todo si se toma en cuenta que dichos numerales en tal codificación no se ciñen a la prueba pericial, al ubicarse en un apartado de reglas generales aplicable a todo tipo de prueba.

2. La formulación de una eventual oposición a los peritos de las contrapartes se garantiza con presentar un informe pericial por separado, e incluso en el momento de presentar los alegatos

Por otra parte, la Segunda Sala estimó que la forma en que la Ley de Amparo permite a las partes oponerse respecto de los dictámenes de las contrapartes como del perito oficial es a través de la prerrogativa que tienen para presentar un informe por separado. Esta determinación es contraria a la propia naturaleza de la prueba, relativa a que para integrar ésta sólo es indispensable el dictamen del perito oficial.

Piénsese, por ejemplo, que un juicio en el que tanto el quejoso como el tercero interesado deciden ofrecer la prueba pericial, pero no designan experto, de modo que la prueba se integra sólo con el dictamen del perito oficial. En tal supuesto, la pregunta sería: ¿en qué momento las partes pueden exponer una eventual oposición al contenido de éste? Al parecer, ya en ninguno, pues el hecho de que se tenga un periodo de alegatos, contrario a lo que se afirma en la ejecutoria, no representa una oportunidad para hacerlo, o no al menos en aquellos casos en que precisamente para formular dicha objeción es necesario aclarar o disipar algunos puntos del dictamen, o incluso cuestionar al experto respecto de cierto método o técnica empleada.

Es decir, los alegatos²² no constituyen un mecanismo idóneo para una eventual objeción de los dictámenes periciales, ya que en éstos las partes

procedente, para obtener el mejor resultado de ellas, sin lesionar los derechos de las partes, y procurando en todo su igualdad”.

²² Incluso, una imprecisión importante es que la Sala refiera que a través de los

sólo realizan una exposición razonada a fin de demostrar que les asiste la razón en el caso concreto para lo cual, si bien resulta destacable la valoración probatoria que puedan sugerir al juzgador a partir de la forma en que las pruebas ya fueron desahogadas, lo cierto es que tal exposición se verá limitada si con anterioridad a su formulación no pudieron cuestionar al o a los expertos a efecto de clarificar algún punto de su dictamen, o bien discutir alguna técnica empleada o la inferencia de sus conclusiones, aspectos todos ellos que justamente habrán de incidir en la valoración probatoria. Estimar lo contrario implicaría confundir dos momentos trascendentales de la integración de la prueba.

En efecto, una cosa es que las partes estén en aptitud de planear y diseñar libremente las preguntas que habrán de integrar el cuestionario al tenor del cual el experto desahogará la prueba, el cual incluso pueden ampliar, y otra muy diversa es la posibilidad que surge cuando (y no antes) el dictamen de la contraparte o del perito oficial ya ha sido incorporado a juicio, se pone a la vista de las partes (esto es, conocen la forma en que el experto ha contestado a sus interrogantes, el método o técnica utilizados, los hechos considerados, las conclusiones adoptadas, entre otras cuestiones) y eventualmente no es claro su contenido, o bien quisieran discutir la inferencia pericial. Dos momentos que tienen objetivos epistemológicos diferentes, según se observa, que no pueden concentrarse o entenderse como uno solo, en tanto uno es el consecutivo del otro.

En consecuencia, no puede pretenderse que la prerrogativa de presentar un dictamen por separado justifique la prohibición de formular repreguntas a los expertos.

De insistir en esa idea, se estaría ciñendo el control de la incorporación del conocimiento experto sólo a la etapa de valoración probatoria, lo cual no es lo idóneo si lo que se pretende es que dicha valoración sea racional.

alegatos se busca “convencer” al juzgador en cuanto a si el perito acierta o no en sus conclusiones, apelando a un estado mental del juzgador, pues con tal pronunciamiento subjetivista de la prueba soslaya que su control racional no puede depender de eso, sino de la propia credibilidad racional de las hipótesis fácticas, “es decir, con lo que sería racional creer a la luz de las pruebas disponibles, pero en este caso ya no se conecta la prueba con el estado mental que de hecho tenga el juzgador, sino con lo que debería creer si es racional. Poner el énfasis en la credibilidad de las diversas hipótesis fácticas y no en si, de hecho, son creídas por los juzgadores es un paso en la buena dirección” (Ferrer, 2021, p. 185).

Al respecto, sirve de apoyo a lo anterior lo afirmado por Vázquez (2022 b) en cuanto a que

...nuestro interés en la calidad de la prueba pericial no puede dejarse a los albores de una sola etapa procesal, mucho menos a la final, como es la valoración probatoria. Este ha sido un error constante de gran parte de la jurisprudencia y la literatura procesal de nuestros sistemas, y tenemos que terminar con este tipo de prácticas. Es necesario sacar todo el provecho a la admisión y práctica de la prueba pericial (pp. 136 y 137).

3. *Las repreguntas: una figura exclusiva de la prueba testimonial*

Otra de las consideraciones que sustentan la decisión adoptada es lo relativo a que el enunciado normativo “puedan formularse repreguntas al verificarse la audiencia”, contenido del artículo 119 de la Ley de Amparo, sólo debe entenderse dirigido a la prueba testimonial, porque de las pruebas que entrañan una preparación previa es la única que se desahoga propiamente en la audiencia.

Interpretación que, se estima, se limitó a una mera cuestión de literalidad, sin atender que en atención al derecho de defensa y al principio de contradicción, como se explicó, no es factible privar a las partes de la posibilidad de contar con un mecanismo epistemológico lo suficientemente efectivo que les permita cuestionar la fiabilidad de las pruebas cuyas conclusiones les pueda perjudicar y, en consecuencia, estén en aptitud de alegar cuál ha de ser su valoración probatoria.

Una interpretación que vele por el ejercicio efectivo de dicho derecho y principio tendría que reconocer que si bien la única prueba que se desahoga propiamente en la audiencia constitucional es la testimonial (lo que justifica que las repreguntas deban ser planteadas en ésta); ello, por sí mismo, no permite concluir que la intención del legislador fuera excluir a la prueba pericial de dicho mecanismo dialógico. Por el contrario, podría estimarse que dicha acotación en el texto legal obedece precisamente a la peculiaridad de la prueba testimonial, y que el legislador tuvo presente que el desahogo de la prueba pericial en esa fase procesal (la audiencia) ya aconteció, dada la preparación previa que exige.

También se podría considerar que si el legislador identificó que las repreguntas habrían de verificarse en la audiencia, ello sólo obedeció a que

en términos del artículo 124 de la ley de la materia es en ese acto cuando el juzgador o la juzgadora hacen una relación formal de las pruebas que han sido desahogadas o que falten por desahogarse, pero no precisamente porque sea en esa actuación en donde deban colmar toda su integración, como acontece, por ejemplo, en aquellas que requieren preparación previa.

En dicho sentido, se insiste, dada la integración previa que exige la prueba pericial en el juicio de amparo, las repreguntas tendrían que formularse una vez rendidos los dictámenes periciales y ser contestadas por los expertos antes de la celebración de la audiencia constitucional. Optándose por la forma escrita tanto para la formulación de las repreguntas como para su contestación a cargo de los expertos, en tanto que es la manera en que, por regla general, se sustancia el juicio de amparo.

4. *El desahogo de las repreguntas y la citación forzosa de una junta de peritos*

No es obstáculo a la propuesta sugerida el que la Segunda Sala considere que la formulación de repreguntas daría lugar de manera forzosa a una junta de peritos, no obstante que no está prevista en la Ley de Amparo.

Al respecto, cabe aclarar que una junta de peritos, vista como la reunión física de éstos en la audiencia constitucional, no necesariamente tendría lugar si se atiende a la preparación previa que, como se ha explicado, exige dicha prueba en términos de la propia Ley de Amparo; esto es, por escrito y con anterioridad a dicha audiencia. Sin que lo anterior, claro está, pretenda cerrar por completo la posibilidad de poder citar a una junta de peritos con anterioridad a la celebración de la audiencia en aquellos casos en que a criterio del juzgador se estimara conveniente, dada la alta complejidad de la materia del dictamen.²³

²³ En relación con esa junta de peritos, destaca lo referido en la guía sobre el contenido de los informes periciales, recientemente publicada por el Consejo de la Judicatura Federal en coordinación con la Escuela Federal de Formación Judicial, en cuanto a que “De hecho, ese debate de los expertos ante un desacuerdo ha sido un mecanismo procesal (que) ha sido implementado en Australia y en el Reino Unido. Los datos que arrojan los estudios que se han realizado sobre la experiencia de jueces y abogados es sumamente positiva, el 83% de los miembros de la judicatura encuestados respondieron que el llamado *Cuestiones Constitucionales*, Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN: 2448-4881

5. *La imparcialidad del perito oficial*

Finalmente, otra imprecisión en la ejecutoria analizada es atribuir al dictamen del perito oficial un carácter de “imparcialidad patente”, dada la protesta que hace antes de rendir el dictamen y la forma en cómo es seleccionado; con lo cual, implícitamente, la sala otorga, sin más, mayor peso a cualquier perito oficial sobre el de parte.

En efecto, con ese pronunciamiento, la sala envía el mensaje de que los peritos de parte serían parciales, soslayando que si bien es cierto existe una “parcialidad estructural”, en tanto que las partes sólo presentarán el dictamen en el proceso que es compatible con los intereses que defienden, cierto es también que esa prueba que favorece a la parte que la presenta pudiera ser la correcta y, en consecuencia, merecer valor probatorio o, por el contrario, que el dictamen del perito oficial haya sido desahogado a la luz de métodos o técnicas de poca o nula fiabilidad científica o técnica que favorecieran de forma equívoca a alguna de las partes (Vázquez, 2022 a, p. 14). Esta situación permite advertir lo incorrecto que es decantarse favorablemente por la mera designación institucional de un experto.

De hecho, la forma de la selección del perito oficial tampoco podría justificar la imparcialidad patente que se pregona en la ejecutoria, pues para ello habría que tener presentes dos aspectos: cómo se integra la lista de la que echa mano el juzgador de amparo para su designación y cómo se eligen de entre los miembros de ésta.

En cuanto a la integración de la lista de expertos, al menos por lo que hace a la del Poder Judicial de la Federación,²⁴ se precisa que cada año se lanza una convocatoria para integrar aquélla. Los requisitos parecen no ofrecer garantía alguna respecto a la calidad de las personas que ahí aparecen, pues, en términos generales, los expertos redundan en acreditar una profesión, oficio, ciencia o arte y un término de cinco años de experiencia, a modo que lo que se integra es un mero “directorio de expertas o expertos” en el que no se evalúa mayor idoneidad para el desempeño de la tarea (Vázquez, 2022 a, p. 15).

do *hot-tubbing* mejoraba la calidad de las pruebas periciales, mientras que el 84% de los abogados respondió de la misma manera” (Vázquez, 2013, p. 9).

²⁴ Cabe aclarar que, en la práctica, las y los jueces de amparo, antes de llamar a un experto de la lista que integra el Consejo de la Judicatura Federal, tienen que solicitar a las instituciones públicas (como son las fiscalías), educativas o colegios de profesionales, para que proporcionen el auxilio de un experto de forma gratuita.

Sumado a ello, una vez integrada la lista, las y los jueces no cuentan con un proceso de selección que permita garantizar que el perito cuenta con la *expertise* en la materia de que se trate, pues en la práctica son tomados al azar o en el orden en que aparecen en ésta.

Lo antes expuesto permite sostener que la forma en que se integran las listas no garantiza que se han incorporado a éstas a los mejores expertos; tampoco que el juez tenga las herramientas necesarias para garantizar la *expertise* sustantiva de quien eligió entre los miembros de la lista.

Sumado a lo anterior, no hay incentivos para considerar que los peritos oficiales están en la búsqueda constante de hacer y mejorar su trabajo, en tanto no está prevista su exclusión efectiva de la lista, para el caso de no haberse desempeñado adecuadamente. En este sentido, denuncia Vázquez (2022 a) que si bien el artículo 22 del Acuerdo General del Pleno del Consejo de la Judicatura Federal, que regula la integración de las listas, prevé un mecanismo para dar de baja a las o los peritos del listado por la acumulación de tres o más faltas, o bien al incurrir en alguna irregularidad grave, no se establece qué debe entenderse por falta ni se establece un procedimiento para su ejecución, sumado a que de una consulta pública efectuada se reportaron “cero” procedimientos iniciados con tal fin (p. 20).

Argumentos todos los anteriores que hacen de la afirmación de la Segunda Sala un mero “prejuicio procesal”, al darle al perito oficial un atributo de imparcialidad total que, como se observa, constituye una creencia judicial que no tiene sustento pleno.

V. LA VALORACIÓN PROBATORIA SÓLO INCUMBE AL JUZGADOR

Finalmente, sostener que la valoración de los dictámenes es una cuestión que corresponde exclusivamente al juzgador, lo enfatiza como único agente cognoscente durante la tramitación del juicio de amparo, en detrimento de lo que en la doctrina se identifica como la “distribución del trabajo cognitivo”, y conforme a la cual hay que situar al juzgador frente a los otros “agentes cognitivos” que participan en el juicio (las partes), quienes en ejercicio de su derecho contradictorio, entre otras cuestiones, incorporan información respecto de las eventuales deficiencias que pudiera tener un dictamen (Vázquez, 2020, p. 125). Esta dinámica tiene un impacto signi-

ficativo en la comprensión del dictamen pericial a cargo del juzgador y, en consecuencia, en la valoración probatoria que habrá de darse a la prueba en la sentencia. Sobre todo si se toma en cuenta que serán las propias partes, según se explicó, quienes decidirán cuáles serán los cuestionamientos a los que someterán a los expertos, al formular las repreguntas que estimen necesarias.

VI. CONCLUSIONES

Al contrario de lo sostenido por la Segunda Sala de la SCJN en la ejecutoria analizada, en aras de garantizar una adecuada defensa de las partes y de no mermar los poderes probatorios con los que cuenta el juez de amparo, tratándose de la prueba pericial, sí es factible que se formulen por escrito repreguntas a los expertos una vez que éstos han presentado y ratificado su dictamen, las cuales han de ser respondidas también de forma escrita, sin que en el caso sea necesario suspender la audiencia constitucional para tal objetivo, pues la formulación y contestación de aquéllas debe acontecer con anterioridad a ésta. Sumado a ello, no se estima necesaria una junta (presencial) de peritos, salvo en aquellos casos de alta especialidad en la materia de que se trate.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez, C. L. (2020). *Tribunales especializados en telecomunicaciones: experiencias y estadísticas*. México. Universidad Panamericana.
- Ferrer, J. (2007). *La valoración racional de la prueba*. Madrid. Marcial Pons.
- Ferrer, J. (2021). *Prueba sin convicción. Estándares de prueba y debido proceso*. Madrid. Marcial Pons.
- Gascón Abellán, M. (2021). Ciencia forense en los tribunales. Los problemas de la deferencia y el reto de la educación. En C. Vázquez (Ed.). *Ciencia y Justicia. El conocimiento experto en la Suprema Corte de Justicia de la Nación* (pp. 53-92). México. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Centro de Estudios Constitucionales.

- Gascón Abellán, M. (2013). Prueba científica. Un mapa de retos. En C. Vázquez (Ed.). *Estándares de prueba y prueba científica* (pp.181-201), Madrid, Marcial Pons.
- Nieva, J. (2010). *La valoración de la prueba*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires. Marcial Pons.
- Nieva, J. (2010). *Simplemente la verdad*. Madrid. Marcial Pons.
- Picó, J. (2007). *El juez y la prueba. Estudio de la errónea recepción del brocardo iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam y su repercusión actual*. Barcelona. Bosch.
- Taruffo, M. (2008). *La prueba*. Madrid. Marcial Pons.
- Vázquez, C. (2023). *Guía sobre el contenido de los informes periciales y su impacto en el debido proceso*. México. Consejo de la Judicatura Federal-Escuela Federal de Formación Judicial.
- Vázquez, C. (2022 a). El juez ante el perito. Una breve introducción a los temas tradicionales de la prueba pericial. En C. Vázquez (Ed.). *Manual de la prueba pericial* (pp. 3-42). México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos Humanos y Escuela Federal de Formación Judicial.
- Vázquez, C. (2022 b). Los desacuerdos entre peritos y la junta pericial. En C. Vázquez (Ed.). *Manual de la prueba pericial* (pp. 95-141). México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Derechos Humanos y Escuela Federal de Formación Judicial.
- Vázquez, C. (2020). La división del trabajo cognitivo en la prueba pericial: el juez, las partes, los peritos y las comunidades expertas. *Discusiones*, núm. 24. <https://doi.org/10.52292/j.dsc.2020.2207>
- Vázquez, C. (2015). *De la prueba científica a la prueba pericial*. Madrid. Marcial Pons.

Precedentes

- P./J. 18/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 55, tomo I, junio de 2018, p. 14, de rubro: “PRUEBA PERICIAL EN EL JUICIO DE AMPARO INDIRECTO. LA FALTA DE EXHIBICIÓN DEL CUESTIONARIO ORIGINAL AL OFRECERLA, DA LUGAR A SU DES- ECHAMIENTO (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 119, PÁRRAFOS QUINTO

Y SEXTO, DE LA LEY DE AMPARO VIGENTE A PARTIR DEL TRES DE ABRIL DE DOS MIL TRECE)”.

P./J. 33/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 62, tomo I, enero de 2019, p. 6, de rubro: “INCIDENTE DE FALSEDAD DE FIRMA DE LA DEMANDA DE AMPARO DIRECTO. PARA LA ADMISIÓN, PREPARACIÓN Y DESAHOGO DE LA PRUEBA PERICIAL GRAFOSCÓPICA, ES APLICABLE LA LEY DE AMPARO”.

2a./J. 102/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 47, tomo II, octubre de 2017, p. 1078, de rubro: “PRUEBA PERICIAL EN EL INCIDENTE DE CUMPLIMIENTO DE LAS SENTENCIAS DE AMPARO PRONUNCIADAS BAJO LA LEY DE LA MATERIA VIGENTE. PARA SU DESAHOGO NO ES APLICABLE SUPLETORIAMENTE EL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES”.

2a./J. 81/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, junio de 2011, p. 300, de rubro: “PERICIAL EN AMPARO. ANTE LA DIVERGENCIA DE LAS CONCLUSIONES EN LOS DICTÁMENES, ES INDEBIDO NOMBRAR A UN PERITO TERCERO”.

2a./J. 97/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 21, tomo I, agosto de 2015, p. 815, de rubro: “PRUEBA PERICIAL. SU VALORACIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO”.

1a. CII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, junio de 2011, p. 174, de rubro: “PRUEBA PERICIAL. LA MOTIVACIÓN DEL PERITO ES UN CRITERIO ÚTIL PARA SU VALORACIÓN”.

III.2o.T. Aux.1 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, tomo XXXIII, febrero de 2011, p. 2373, de rubro: “PRUEBA PERICIAL EN EL AMPARO. SI ANTES DE LA CELEBRACIÓN DE LA AUDIENCIA CONSTITUCIONAL ALGUNA DE LAS PARTES EXTERNA SU INTENCIÓN DE REPREGUNTAR VERBALMENTE A UNO DE LOS PERITOS Y EL JUEZ DE DISTRITO INICIA DICHA DILIGENCIA, DEBERÁ SUSPENDERLA PARA CITAR A AQUÉL A EFECTO DE QUE COMPAREZCA”.

C

COMENTARIOS LEGISLATIVOS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Reflexiones sobre la abrogación de la Ley de Delitos de Imprenta en México

Reflections on México's Printing Crimes Law

Carolina Itzel PALACIOS FARFÁN*

RESUMEN: La abrogación de la Ley de Delitos de Imprenta en el Estado mexicano ha sido un parteaguas para el ejercicio a la libertad de expresión. No obstante, es menester retomar los contenidos más importantes de la misma y entender el porqué terminó siendo expulsada de nuestro sistema jurídico.

Palabras clave: Ley de Delitos de Imprenta, abrogación, libertad de expresión, preconstitucional, vida privada, moral, orden público.

ABSTRACT: *The repeal of the Printing Crimes Law in the Mexican State has been a watershed to the exercise of freedom of expression. However, it is necessary to re-take the most important contents of this law and to understand why it ended up being expelled from our legal system.*

Keywords: *Printing Crimes Law, abrogation, freedom of expression, preconstititutional, private life, morals, public order.*

* Egresada de la Universidad Panamericana, campus México. ORCID 0009-0005-5288-6558. caropalfar@gmail.com; 0191017@up.edu.mx

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Antecedentes de 1917: una ley preconstitucional*. III. *Contenido general de la Ley sobre Delitos de Imprenta*. IV. *Ataques a la vida privada de las personas*. V. *Ataques a la moral y al orden público*. VI. *No criminalización de expresiones: ¿razón fundamental para su abrogación?* VII. *Reflexiones sobre su abrogación*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los derechos más importantes que determinan la calidad de vida democrática de nuestro país es el derecho a la libertad de expresión. A partir de éste, los ciudadanos tienen plena seguridad de comunicar, difundir y publicar libremente sus opiniones, ideas y hechos. Gracias a su ejercicio es que obtenemos un grupo de ciudadanos críticos y activos en los asuntos públicos nacionales. Existen instrumentos jurídicos nacionales e internacionales que justamente buscan reconocer, proteger y garantizar este derecho. No obstante, hasta hace poco existía una norma que resultaba incompatible con los estándares en materia de derecho a la libertad de expresión.

La Ley sobre Delitos de Imprenta, la cual fue recientemente abrogada por el Congreso de la Unión, resulta un instrumento interesante de análisis; no sólo por su naturaleza jurídica, sino también por sus contenidos, que resultan ajenos a nuestra realidad jurídica y social mexicana. Desde hace muchas décadas, esta Ley resultaba incompatible con nuestro orden jurídico nacional, pues tipificaba conductas derivadas del ejercicio de la libertad de expresión de los medios de comunicación y de los gobernados.

A partir del análisis de los límites al derecho a la libertad de expresión, quedará demostrado que la abrogación de esta norma resulta un gran paso hacia el ejercicio de este derecho y, en segundo, se observará que la criminalización no es la vía idónea para limitar la libre manifestación de ideas.

II. ANTECEDENTES DE 1917: UNA LEY PRECONSTITUCIONAL

La Ley sobre Delitos de Imprenta fue publicada el 12 de abril de 1917 por el primer jefe del Ejército Constitucionalista, don Venustiano Carranza.

Esta norma fue publicada a raíz de la necesidad de reglamentar provisionalmente los artículos 6o. y 7o. de nuestra Constitución federal; ello, en tanto el Congreso de la Unión expidiera la ley reglamentaria correspondiente, cuestión que se realizó casi cien años después, pero únicamente del artículo 6o., párrafo primero, en materia del derecho de réplica (*Diario Oficial de la Federación*, 2015).

Existen varias razones por las cuales esta Ley resulta *sui generis* en nuestro contexto constitucional actual: por una parte, como ya se mencionó, Carranza emitió esta norma no como presidente constitucional, sino como primer jefe del Ejército Constitucionalista. A raíz de las “Adiciones al Plan de Guadalupe” expedidas el 12 de diciembre de 1914, él mismo se atribuyó facultades para expedir leyes en tanto no se instaurara un Congreso que ratificara las mismas. A pesar de ello, el Poder Legislativo federal jamás ratificó la normativa. Por ello, no existe certeza en la doctrina si se puede considerar como Ley Reglamentaria de los Artículos 6o. y 7o. Constitucionales.

Por otra parte, durante su vigencia, esta Ley se clasificó de tipo *pre-constitucional*, pues su entrada en vigor fue anterior a la de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Tesis XLIV, 1935). Es decir, si bien la Constitución general fue publicada el 5 de febrero de 1917, no fue sino hasta el 1o. de mayo de 1917 cuando entró en vigor. De esa forma, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la consideraba un instrumento normativo vigente y resultaba vinculante, en tanto no se pugnara con la Constitución vigente o fuera expresamente derogada (Tesis XXVIII, 1930).

Más allá de sus cualidades de forma, la razón primordial por la cual esta Ley fue creada tenía intereses utilitarios: a Carranza le inquietaba la existencia de una prensa que fomentara la rebelión y, en consecuencia, que le impidiera fortalecer su gobierno. Por ello, aprovechando sus facultades extraordinarias, expidió la Ley sobre Delitos de Imprenta, para que el gobierno controlara los medios y formas por las que los periodistas de oposición expresaran sus ideas y contenidos informativos (Méndez, 2016). En consecuencia, se creó una opinión favorable a su gobierno por medio de los medios impresos, como los periódicos.

III. CONTENIDO GENERAL DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA

Esta Ley, compuesta por 36 artículos y un artículo transitorio, señalaba cuáles actos constituían delitos en esta materia. En su contenido, inicialmente establecía tipos penales como ataques a la vida privada, a la moral, así como al orden o a la paz públicos. Igualmente, establecía cuándo una expresión se consideraba maliciosa u ofensiva, o bien expresiones que fueran en contra de las “buenas costumbres”, el “pudor” o con “carácter obsceno”, así como las excepciones a la responsabilidad penal por estas conductas.

A la par, contenía diversas prohibiciones, como la publicación de escritos relacionados con procesos penales; la publicación sin consentimiento de autos relacionados con juicios de divorcio, o la publicación de palabras injuriosas vertidas en juzgados, por mencionar algunos ejemplos. Sobre este punto, algunas otras resultaban obsoletas para nuestro régimen jurídico actual, como la prohibición de publicar nombres de soldados que intervinieran en ejecuciones legales o publicar nombres de las personas que formarían un jurado popular o censurarlo.

Adicionalmente, esta norma establecía los grados de responsabilidad penal dependiendo de qué tipo de publicación era y la persona que interviniera en su divulgación o creación. Por ejemplo, si era un medio impreso, se advertía en qué casos sería responsable el autor de la publicación delictuosa, los directores de la publicación periódica, los propietarios de la oficina, e incluso expendedores o repartidores de periódicos o revistas. Así, la norma era muy precisa dependiendo de qué tipo de conducta y actor actualizaba el delito.

Finalmente, establecía el derecho de respuesta o réplica, pero únicamente se establecía como la obligación de los periódicos para publicar de forma gratuita las rectificaciones o respuestas que alguna persona o autoridad quisiera realizar respecto de artículos, editoriales, párrafos o entrevistas. De no cumplir con este precepto, se castigaba con una pena pecuniaria al medio impreso.

A continuación, se analizarán cada uno de los tipos penales principales —ataques a vida privada, a la moral, así como al orden o a la paz pública— a la luz de los estándares del sistema de protección universal de derechos humanos, así como del sistema interamericano.

IV. ATAQUES A LA VIDA PRIVADA DE LAS PERSONAS

El artículo 1o. de esta Ley plasmaba que los ataques a la vida privada constituían cualquier manifestación o expresión maliciosa hecha de forma verbal o por otros medios de comunicación que expusiera a una persona al odio, al desprecio o al ridículo, o que causara un agravio a su reputación o a sus intereses; contra la memoria de un difunto, con el propósito de lastimar la reputación de los herederos; relacionado con las audiencias de jurados o tribunales en asuntos civiles o penales cuando refieran hechos falsos que causen un daño a otra persona y cuando una publicación prohibida expresamente en la Ley comprometiera la dignidad de una persona, exponiéndola a sufrir daños personales o económicos por la difusión de dicha información.

Ahora bien, uno de los límites que los artículos 6o. y 7o. constitucionales establecen al derecho a la libertad de expresión y a la libertad de imprenta es cuando éstos transgreden la vida privada de las personas. Se puede establecer, entonces, que esta limitante deriva del derecho a la intimidad de las personas. No obstante, tanto el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos plasman este límite como el respeto a la reputación de los demás. De esta forma, estos instrumentos protegen a la persona desde el derecho al honor.

Respecto del alcance del término “vida privada”, cabe hacer dos consideraciones importantes. En primer lugar, que en casos donde la libertad de expresión entre en conflicto con los llamados derechos de la personalidad —como los derechos a la intimidad y el derecho al honor—, debe ponderarse y analizarse si se trata de una persona pública o notoriamente conocida. Si se trata de personas públicas que tienen influencia en la sociedad y que han modulado el conocimiento público sobre su vida privada, existe un interés cierto sobre la información publicadas sobre estas personas (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2009). Por lo que deberán soportar mayor nivel de injerencia en su intimidad, contrario a simples particulares. En segundo lugar, estas reglas deberán aplicarse caso por caso, pues no siempre el derecho a la intimidad debería ceder ante la libertad de expresión.

No obstante, estas conductas que vulneran el derecho a la vida privada no se pueden entender desde un tipo penal, pues el mismo artículo 6o.

constitucional establece que las expresiones que estén limitadas podrán ser objeto de inquisición judicial —en la vía civil— o administrativa cuando sus contenidos ataquen a la vida privada de otros, mas no así constituirían un delito. Estas mismas consideraciones se compartieron el 11 de enero de 2012 para derogar los artículos 1o. y 31, correspondientes a los ataques a la vida privada en la entonces vigente Ley sobre Delitos de Imprenta (*Diario Oficial de la Federación*, 2012). Esto fue un gran avance para evitar la criminalización hacia los periodistas y medios de comunicación por expresiones que afectaban a los actores políticos y públicos en nuestro país.

V. ATAQUES A LA MORAL Y AL ORDEN PÚBLICO

De acuerdo con la Ley respectiva, se leía que un ataque a la moral constituía manifestaciones por cualquier medio con la que se defiendan o propaguen públicamente los vicios, faltas o delitos, o se haga apología de ellos; así como manifestaciones en que se ultrajen las buenas costumbres o se incite a la prostitución. Por otro lado, los ataques al orden público podían consistir en manifestaciones o exposiciones maliciosas que se realizaran de forma pública por cualquier forma, que tuviera por objeto desprestigiar o destruir las instituciones del país, o que se injurie a la nación. Incluso, la Ley consideraba como ataques al orden público la publicación o difusión de noticias alteradas sobre acontecimientos actuales que perturbaran la paz o tranquilidad del país.

Ahora bien, tanto nuestra Constitución como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos señalan como límites a la libertad de expresión los ataques a la moral y las perturbaciones al orden público. Sin embargo, el concepto de “ataque a la moral” desde una perspectiva penal ya no es aplicable a la sociedad actual, pues existen medidas menos restrictivas para este derecho, como es interponer juicios civiles aduciendo daño moral. Igualmente, este concepto resulta anacrónico, pues la Ley preveía que para actualizar un “ataque a la moral” debía tratarse de un contenido malicioso que implicara la intención de ofender o se concibiera como ofensivo. Además, no sería maliciosa cuando los hechos alegados fueran ciertos o se tuvieran motivos fundados para considerar la información como verdadera.

El uso de conceptos como “orden público” y “moral” resultan tan abstractos y generales que otorgan una excesiva discrecionalidad a las autoridades para determinar su significado (Organización de las Naciones Unidas, 2016). Si bien estaban definidos en la Ley en comento, este tipo de preceptos no consideraban publicaciones periodísticas que hubieran sido intencionales o hubieran sido realizadas por equivocación, amenazando el ejercicio de las y los periodistas y comunicadores del país.

VI. NO CRIMINALIZACIÓN DE EXPRESIONES: ¿RAZÓN FUNDAMENTAL PARA SU ABROGACIÓN?

Esta Ley, incluso antes de su abrogación, lesionaba el derecho a la libertad de expresión de los medios de comunicación tradicionales —así como a los medios de comunicación digitales— pues los estándares internacionales establecen que penalizar la libre manifestación de ideas es el medio menos idóneo para sancionar una expresión no permitida por el derecho.

Desde hace una década se intentó abrogar la Ley sobre Delitos de Imprenta en nuestro país, pues la consideraban obsoleta, conforme al régimen jurídico nacional. Al respecto, los entonces diputados Ricardo Monreal y Ricardo Mejía suscribieron una iniciativa con proyecto de decreto para abrogar esta Ley. Su razón primordial no era porque atentaba contra el marco constitucional en materia de libertad de expresión; en su lugar, establecieron que esta norma contenía sanciones “muy leves en comparación con la legislación penal”, así como que “debería rescatarse y elaborarse una nueva Ley sobre Delitos de Imprenta” (Cámara de Diputados, 2013).

Si bien en su momento no prosperó la abrogación de la Ley respectiva, resulta grave que algunos servidores públicos hayan manifestado que se necesitaba una legislación penal más rigurosa que la entonces vigente. Lo anterior, pues ya los relatores y las relatoras en materia de libertad de expresión habían manifestado que México debía abrogar esta norma, pues se criminalizaba la libertad de expresión de sus ciudadanos (CIDH, 2018). Criminalizar el debate crítico entre los ciudadanos sobre las ideas e información de nuestro acontecer actual constituye un tipo de censura que enflaquece el marco jurídico nacional e internacional en materia de libertad de expresión.

Por ello, es de celebrar que, por una parte, en 1985 y 2007 los delitos contra el honor, específicamente las injurias y la difamación (artículos 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354 y 355), así como la calumnia (artículos 356, 357, 358 y 359), fueron derogados del Código Penal Federal. Y en la misma línea, el 12 de abril de 2023 se publicó el decreto por el cual se abrogaba la Ley sobre Delitos de Imprenta. Al contrario de lo que pasó hace diez años, la exposición de motivos en esta ocasión fue acorde con los estándares en la materia: se busca abrogarla para que ya no existan este tipo de disposiciones en el país. Estas acciones resultan acordes al principio de progresividad que establece nuestro artículo 1o. constitucional, pues ya resulta claro en nuestro país que el derecho penal no debe ser usado para criminalizar las expresiones que cualquier persona o medio realice en su día a día.

VII. REFLEXIONES SOBRE SU ABROGACIÓN

La abrogación de esta Ley resulta una victoria no sólo para la población en general, sino también para la sociedad civil que protege a las y los periodistas y medios de comunicación, así como a los activistas que se dedican a promover el derecho a la libertad de expresión y libre manifestación de ideas.

De acuerdo con los estándares internacionales e interamericanos, está claro que la utilización del derecho penal para criminalizar expresiones incide directamente tanto en el derecho a la libertad de expresión como en el derecho a la libertad de prensa, e incluso en el derecho a la libertad de opinión de los ciudadanos.

Aun así, si en el futuro se publicara alguna ley penal que estableciera como delitos acciones relacionadas con las expresiones o la libre manifestación de ideas, es claro que, al ser impugnadas mediante una acción de inconstitucionalidad, la Suprema Corte podría establecer que una norma así resulta inconstitucional ante el parámetro amplio que México tiene en esta materia.

Desde su inicio, esta Ley tuvo su importancia, por ser controversial, y con el tiempo, por ser una ley obsoleta y anacrónica con nuestro orden jurídico nacional. Por ello, es buen momento para dejarla como un recuerdo de lo que no debemos repetir, y en su lugar estar atentos a los avances legislativos y jurisprudenciales que se puedan realizar para garantizar un

Estado de derecho en donde se proteja, respete y garantice la libertad de expresión, sin dejar de observar la libertad de opinión y la libertad de imprenta.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- Cámara de Diputados. (12 de septiembre de 2013). Iniciativa parlamentaria que abroga la Ley sobre Delitos de Imprenta. <https://vlex.com.mx/vid/abroga-ley-delitos-imprenta-524131246#:~:text=Ricardo%20Monreal%20%20C3%81vila%20%20integrantes%20de%20la%20LXII%20Legislatura,al%20tenor%20de%20la%20siguiente%20Exposici%C3%B3n%20de%20Motivos>
- CIDH. (18 de junio de 2018). Informe Especial sobre la Situación de la Libertad de Expresión en México. Informe Conjunto del Relator Especial para la Libertad de Expresión de la CIDH, Edison Lanza, y el Relator Especial de las Naciones Unidas, David Kaye, sobre su misión a México. https://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/2018_06_18%20CIDH-UN_FINAL_MX_report_SPA.PDF P. 22
- Diario Oficial de la Federación. (2012). Decreto por el que se derogan los artículos 1o. y 31 de la Ley sobre Delitos de Imprenta. https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5228860&fecha=11/01/2012#gsc.tab=0.
- Diario Oficial de la Federación. (2015). Decreto por el que se expide la Ley Reglamentaria del artículo 6o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia del Derecho de Réplica. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5414283&fecha=04/11/2015
- Méndez, F. (julio-diciembre de 2016). Venustiano Carranza y la prensa: un panorama periodístico, 1913-1919. *Revista Semestral de Ciencias Sociales y Humanidades Caleidoscopio*, 103-143. <https://revistas.uaa.mx/index.php/caleidoscopio/issue/view/23>
- Organización de las Naciones Unidas. (6 de septiembre de 2016). Promoción y Protección de derecho a la libertad de expresión, A/71/373. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2017/10876.pdf>





Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

Apuntes constitucionales sobre el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares

Constitutional Notes on Mexico's Code of Civil and Family Procedures

Oscar VÁZQUEZ CARDOZO*

RESUMEN. La expedición del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares es de suma importancia. Desde el punto de vista constitucional tiene una relevancia tanto por lo que hace al federalismo como por la nueva configuración procesal que establece. Estos aspectos son los que se abordan en el presente trabajo.

Palabras clave: Código Nacional de Procedimientos Civiles, federalismo, principios procesales.

ABSTRACT. *The enactment Mexico's Code of Civil and Family Procedures is of the utmost importance. From a constitutional point of view, it is relevant both for what it does to federalism and for the new procedural configuration it establishes. These aspects are the ones addressed in the present work.*

Keywords: *Code of Civil and Family Procedures, federalism, procedural principles*

* Doctorando por la Universidad Panamericana, México. info@vazquezcardozo.com
ORCID 0009-0008-5526-6232

SUMARIO. I. *Introducción*. II. *El Código en el contexto del federalismo mexicano*. III. *Las principales novedades del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares*. IV. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El 15 de septiembre de 2017 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional al artículo 73, fracción XXX, para establecer la facultad del Congreso de la Unión para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar que regirá en todo el país. El artículo cuarto transitorio de esta reforma fijó como plazo hasta el 16 de marzo de 2018 para emitir tal legislación. El plazo transcurrió en exceso. Pese a que incluso se acudió al Poder Judicial de la Federación para quejarse de esta omisión legislativa, el Legislativo federal no conseguía alcanzar los consensos necesarios para expedir dicha norma.¹ Finalmente se consiguieron los acuerdos necesarios y se aprobó el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, que fue publicado el 7 de junio de 2023.

La materia procesal civil es de suma importancia no sólo porque rige la solución de las controversias entre particulares, que representan un gran número de litigios en el país, sino porque se trata de la legislación común. Es sumamente frecuente que esta legislación adjetiva sea señalada como supletoria de otras normas. Es el caso de los procesos constitucionales del país. La Ley de Amparo y la Ley Reglamentaria del Artículo 105 Constitucional, por poner dos ejemplos, así lo indican. Por tanto, la expedición de este Código tendrá un impacto en el derecho procesal constitucional.

Sin embargo la importancia de esta nueva legislación no se reduce a la supletoriedad, sino que tiene una relevancia tanto por el impacto constitucional que tiene en materia de federalismo como por la nueva configuración procesal que establece. Estos dos aspectos serán en los que se centrará este comentario.

¹ El asunto más relevante fue el amparo en revisión 265/2020, resuelto por la Primera Sala de la Suprema Corte el 12 de mayo de 2021, en el que se concedió el amparo para el efecto de que el Congreso de la Unión “cumpla con las obligaciones establecidas en los artículos segundo y cuarto transitorios del Decreto de la reforma constitucional en materia de justicia cotidiana consistentes en: (a) expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar y (b) adecuar las leyes generales y federales que así lo requirieran al nuevo contenido de los artículos 16 y 17 constitucionales”.

II. EL CÓDIGO EN EL CONTEXTO DEL FEDERALISMO MEXICANO

Desde 1824, la legislación civil tanto adjetiva como sustantiva ha sido materia local. De hecho, ha sido debatida la competencia de la Federación para legislar al respecto, aunque se han dado buenas razones para considerar que sí tiene esa competencia. La expedición del Código en comento supone, pues, un nuevo hito en el federalismo. Por ello, en este apartado se abordará tanto el marco constitucional en el que se basa como algunos retos federalistas que supone.

1. *El marco constitucional de la expedición del Código*

Aunque el federalismo tiene tantos matices como nociones con esa forma de Estado, suele decirse que existen dos grandes modelos. El primero tiene origen norteamericano. La Constitución estadounidense de 1789 creó dos ámbitos de poder exclusivos y recíprocamente limitados situados en un plano de absoluta igualdad, por lo que fue denominado “federalismo dual” (*dual federalism*), por Corwin (1934, *passim*). En este modelo las facultades o son federales o son locales, sin puntos medios. Si una materia es local, corresponde legislar, administrar y juzgar a las autoridades locales. Pero si es federal, corresponden esas tres funciones a las autoridades federales.

El segundo modelo es de origen alemán. Presupone la coparticipación de poderes y estados entre las distintas esferas de gobierno, excluyendo toda rigidez (Fernández Segado, 2003, p. 24), de modo que si bien existen materias exclusivamente federales y materias exclusivamente locales, también existen materias coincidentes y la legislación marco o básica en las materias que son compartidas (Nagel, 2002, p. 69).

En México se ha abrevado de ambas fuentes, y se tienen características de los dos modelos. En el texto original de 1917 se preveía, siguiendo a su Constitución predecesora y a la Constitución norteamericana, que las facultades que no estuvieran expresamente concedidas por la carta magna a los funcionarios federales se entendían reservadas a los estados.²

² Textualmente se dispuso: “Art. 124. Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados”.

No obstante, en el texto original de la Constitución de 1917 comenzó el resquebrajamiento del sistema dual, porque se permitió que los jueces locales aplicaran leyes federales, al establecer que en los asuntos que sólo se afectarían intereses particulares y versarían sobre la aplicación de leyes federales podrían ser resueltos por tribunales locales a elección del actor.³

Esta línea fue seguida en la reforma al artículo 123 constitucional del 21 de noviembre de 1962, en que se dispuso que la aplicación de leyes laborales correspondería a las autoridades locales, salvo en determinadas industrias, con lo cual se permitió la aplicación de leyes federales por autoridades locales, rompiendo el presupuesto del federalismo dual, de que la facultad de legislar, administrar y juzgar en materias federales es de autoridades de este nivel.

Por su parte, el modelo cooperativo se empezó a adoptar con la reforma al artículo 3o., de 1934, en que se dispuso que el Congreso de la Unión tenía facultad de dictar leyes para distribuir la función educativa entre la Federación, los estados y los municipios.⁴ A la materia educativa le han seguido otras muchas: asentamientos humanos (1976), salud (1983), protección al medioambiente (1987), protección civil (1999), turismo (2003), cultura (2004), entre muchas otras.⁵

³ Así decía el artículo 104 constitucional original, cuyo espíritu se mantiene, aunque se haya modificado algo la redacción: “Art. 104. Corresponde a los tribunales de la Federación conocer: I. De todas las controversias del orden civil o criminal que se susciten sobre cumplimiento y aplicación de leyes federales, o con motivo de los tratados celebrados con las potencias extranjeras. Cuando dichas controversias sólo afecten a intereses particulares, podrán conocer también de ellas, a elección del actor, los jueces y tribunales locales del orden común de los estados, del Distrito Federal y territorios. Las sentencias de primera instancia serán apelables para ante el superior inmediato del juez que conozca del asunto en primer grado. De las sentencias que se dicten en segunda instancia, podrán suplicarse para ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, preparándose, introduciéndose y substanciándose el recurso en los términos que determinare la ley”.

⁴ Textualmente dispuso la reforma al artículo 3o. constitucional del 13 de diciembre de 1934: “ARTÍCULO 3o. ... el Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los estados y los municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan”.

⁵ Sobre cómo se les ha ido dando el carácter de concurrentes a distintas facultades mediante las reformas constitucionales, puede verse Soberanes, J. (2020, p. 67).

Un nuevo giro al federalismo dual clásico se gestó en 2013, con la reforma constitucional que facultó al Congreso de la Unión en el sentido de expedir una legislación procesal penal única para los órdenes federal y local. En idénticos términos se autorizó al Congreso de la Unión para expedir una legislación única para los procesos civiles y familiares en septiembre de 2017. Con ello, surgió una nueva categoría de materias: las nacionales.⁶

En estas materias se distinguen dos ámbitos sustantivos, que corresponden a distintos órdenes. Sin embargo, las normas adjetivas son únicas para todos los niveles de gobierno. Se trata de normas procesales que rigen tanto al ámbito local como al federal.

Si bien, como se dijo, desde el texto original de 1917 ya existía la posibilidad de que las autoridades locales aplicaran la legislación federal en algunas materias —como en el ámbito laboral—, se trataba de materias que sustantiva y adjetivamente eran legisladas por la Federación; la novedad de las materias nacionales es que éstas distinguen entre el aspecto sustantivo y el aspecto adjetivo, correspondiendo a la Federación únicamente los tópicos procesales.

2. Algunos problemas de federalismo enfrentados por el Código

Realizar una norma con capacidad de incidir en diversos ámbitos competenciales, teniendo como límite el solo poder ocuparse del aspecto estrictamente procesal civil y familiar, implica enfrentarse a una serie de problemas.

Uno de los desafíos era emitir una legislación con la capacidad de regular actuaciones de jurisdicciones diversas. Es una norma que será aplicada por 32 poderes judiciales locales y por el Poder Judicial de la Federación. Cada uno de estos poderes judiciales tiene una conformación distinta, con diversidad de órganos, que incluso tienen distintas denominaciones.

Pensemos, por ejemplo, que a nivel federal la segunda instancia de un proceso civil, si bien en principio es resuelta por un tribunal colegiado de apelación (artículo 35, fracción II, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación), también podría ser resuelta por la Suprema Corte si ejerce su facultad de atracción (artículo 105, fracción III, constitucional). O

⁶ Un análisis más detallado sobre las materias nacionales puede encontrarse en Vázquez Gómez, F. y Espeleta R. (2023, pp. 107 y ss.).

que alguna entidad federativa puede establecer órganos jurisdiccionales cuya competencia sea por cuantía, mientras que otras no.

La cuestión era poder regular la actuación procesal de estos órganos diversos sin reformarlos. Este problema es mucho más fuerte en el caso local, ya que no podían modificarse las normas locales que los regulan, como pueden ser las Constituciones o las leyes orgánicas de los poderes judiciales de las entidades federativas.

Este reto ha sido resuelto por la ley en comento tratando a los órganos jurisdiccionales de forma muy general, sin entrar en las particularidades que hacían previamente los códigos tanto federal como locales.⁷ Así se ha evitado el problema de denominación de órganos que provocó la reforma a la Ley Federal del Trabajo de 2019, que incidió en el ámbito jurisdiccional orgánico federal y local.

En efecto, la Ley Federal del Trabajo, reformada el 1o. de mayo de 2019, habla de la competencia de los tribunales laborales. Sin embargo, a nivel federal no existen esos tribunales, sino que la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación (artículo 61) atribuye la resolución de los conflictos laborales a los jueces de distrito. Eso ha provocado que a jueces de distrito se les asigne la función de ser tribunales laborales federales. Así, aunque no existen en la Ley Orgánica los “tribunales federes federales”, existen jueces de distrito con esa función, que se presentan como tribunales. Todo esto se evitó con disposiciones genéricas en el Código en comento.

Otra problemática para enfrentar era el impacto en la legislación sustantiva. Desde el punto de vista teórico puede hacerse claramente la distinción entre derecho sustantivo y derecho adjetivo. Sin embargo, en la realidad ambas caras de la moneda guardan una relación sumamente estrecha.

Para ejemplificar esta problemática, puede señalarse la necesidad de regularse los procesos sucesorios de todas entidades federativas, y que éstas pueden contemplar o no distintos tipos de testamento, y que el Congreso de la Unión no puede modificar los códigos civiles locales.

⁷ A manera de ejemplo puede citarse que el Código en comento indica, respecto a la competencia por cuantía una generalidad, en su artículo 77, que dispone: “La competencia por cuantía, sólo aplicará en el caso de que la Ley Orgánica respectiva establezca órganos jurisdiccionales cuya competencia se defina con dicho criterio”.

Esta cuestión se resolvió en el Código en comentario, que regula de forma general, pero, además, crea una comisión,⁸ que entre otras funciones deberá encargarse de la armonización legislativa, y así evitar que las normas sustantivas sean incompatibles con las procesales.

Con ello, implícitamente se les está mandando a las entidades federativas adecuar su legislación local. Eso no podría hacerse expresamente, pues no se trata de una materia concurrente, pero se está dejando entrever, y por ello se estableció un sistema de entrada en vigor efectiva, que es variable tanto a nivel federal como en cada entidad federativa.

El Código entrará en vigor, a nivel federal, con una declaración que realicen de forma sucesiva ambas cámaras del Congreso de la Unión previa solicitud del Poder Judicial de la Federación y en cada entidad federativa, con la declaratoria del congreso local previa solicitud del Poder Judicial del estado correspondiente.⁹ En ningún caso las declaratorias pueden exceder del 1o. de abril de 2027, con lo cual se otorga un plazo de cuatro años para armonizar la legislación sustantiva.

⁸ El artículo séptimo transitorio del Código mandó a la Secretaría de Gobernación instalar y presidir una comisión para la Coordinación del Sistema de Justicia previsto en el mismo, integrado por la presidencia de la Comisión Nacional de Tribunales Superiores de Justicia de los Estados Unidos Mexicanos, así como por funcionarios de cada entidad federativa: la presidencia del Tribunal Superior de Justicia y la presidencia de la Comisión de Justicia del congreso local. Dicha comisión tiene que instalarse a los 60 días posteriores a la publicación del Código.

⁹ El artículo segundo transitorio del Código dispone: “La aplicación de lo dispuesto en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares previsto en el presente Decreto, entrará en vigor gradualmente, como sigue: en el orden federal, de conformidad con la declaratoria que indistinta y sucesivamente realicen las cámaras de Diputados y Senadores que integran el Congreso de la Unión, previa solicitud del Poder Judicial de la Federación, sin que la misma pueda exceder del 1o. de abril de 2027.

En el caso de las entidades federativas, el presente Código Nacional, entrará en vigor en cada una de éstas de conformidad con la declaratoria que al efecto emita el Congreso local, previa solicitud del Poder Judicial del estado correspondiente, sin que la misma pueda exceder del 1o. de abril de 2027.

La declaratoria que al efecto se expida, deberá señalar expresamente la fecha en la que entrará en vigor el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, y será publicada en el *Diario Oficial de la Federación* y en los periódicos o gacetas oficiales del estado, según corresponda.

Entre la declaratoria a que se hace referencia en los párrafos anteriores, y la entrada en vigor del presente Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, deberán mediar máximo 120 días naturales. En todos los casos, vencido el plazo, sin que se hubiera emitido la declaratoria respectiva, la entrada en vigor será automática en todo el territorio nacional sin que la misma pueda exceder el día 1o. de abril de 2027”.

III. LAS PRINCIPALES NOVEDADES DEL CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS CIVILES Y FAMILIARES

Una vez expuestas las consideraciones generales del impacto que la expedición del Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares supone en el federalismo, debemos dar cuenta con sus diez principales novedades. Éstas son las siguientes.

1. Oralidad. En general, los procesos se llevarán a cabo en audiencias orales, salvo algunas excepciones establecidas en el propio Código. Se adopta este enfoque como principio y método en los procedimientos.

El procedimiento postulatorio queda prácticamente igual que el anterior, por lo que la demanda, la contestación, la reconvencción y la vista con excepciones y defensas se hacen por escrito, por lo demás, los procesos se desarrollarán a través de audiencias orales, salvo algunas excepciones establecidas en el propio Código.

Se adopta este enfoque como principio y método en los procedimientos. En el proceso oral son dos audiencias, preliminar y juicio, y el desahogo de éstas es totalmente oral.

Con la oralidad se logra una comunicación adecuada entre las partes y el juez logrando la posibilidad de realizar formulaciones y obtener respuesta inmediata del receptor, así como un debate de argumentos al momento. A diferencia de los procesos tradicionales, en este proceso, al existir la inmediatez obligatoria del juez, da como consecuencia, certeza y claridad para las partes involucradas.

2. Nuevos principios procesales. Además de los principios de oralidad, publicidad, igualdad, intermediación, contradicción, continuidad y concentración, se incorporan como principios procesales el interés superior de los niños, la perspectiva de género y la accesibilidad para grupos sociales en situación de vulnerabilidad.

3. El juicio oral sumario. Este tipo de juicio permite completar todo el proceso en menos de un mes. En estos procedimientos no se mantendrá un expediente; las audiencias se registrarán para que la información sea accesible, y la autoridad judicial no requerirá de un secretario. Sólo se permitirá el recurso de apelación contra la sentencia definitiva que se emita.

Se pretende que el tiempo de este tipo de juicio sea muy breve, es decir, que se desarrolle el proceso en menos de un mes; para que esto se materialice no se mantendrá un expediente, las audiencias se registrarán para

tener la información más accesible y no se llevará a cabo con un secretario. Es menester mencionar que en este tipo de juicio, la demanda y la contestación de la demanda se formularán por comparecencia, y las pruebas se ofrecerán en estos actos, de ahí que se logre su resolución en tan corto tiempo. Sólo se permitirá el recurso de apelación contra la sentencia definitiva que se emita, y se evitará la tramitación de recursos intraprocesales, con el fin de evitar dilaciones innecesarias.

4. El uso de tecnologías de la información. Se aprovecha la utilización de tecnologías en diversos procedimientos, como el registro de audiencias, la notificación por correo electrónico, la presentación de testimonios en formato digital, su uso como medio de prueba, la grabación de procedimientos y testimonios de menores de edad.

El Código establece que sus procedimientos pueden llevarse a cabo bajo la modalidad de procedimiento en línea; de esta forma aprovecha al máximo las tecnologías de la información, de modo que las partes puedan transitar a la justicia digital eliminando barreras económicas y de comunicación.

5. Sistema de medidas cautelares en dos fases. Las medidas provisionales y las medidas de aseguramiento se decretarán de manera provisional y definitiva, con el objetivo de proteger en primera instancia a la persona, o bien al involucrado en la solicitud, y en una segunda fase, evaluar el riesgo que implica demorar la protección.

Una vez admitida a trámite la demanda, se dará vista de tres días al ejecutado, con el fin de que éste manifieste lo que a su derecho convenga. El fin de la medida cautelar es mantener una situación de hecho existente hasta en tanto se resuelva en definitiva el asunto. Estas medidas pueden realizarse antes de juicio, y para tal efecto, una vez concluidas, deberá presentarse la demanda correspondiente en un plazo de cinco días. La concesión de estas medidas deberán ser garantizadas en términos de ley.

6. Mayor participación de fedatarios públicos. Se contempla la participación de fedatarios públicos en diversos procedimientos, como los de jurisdicción voluntaria en asuntos civiles y familiares, consignaciones preliminares, procedimientos de divorcio y sucesiones.

7. Priorización de la justicia alternativa. A lo largo de la redacción de la Ley se fomenta el uso de métodos alternativos de resolución de conflictos, como la mediación (se invita a las partes a acudir al centro de justicia alternativa o a las entidades análogas en cada entidad federativa) y la conciliación, invitando constantemente a su utilización. Asimismo, se señaló que

éstos podrán tramitarse por medios tecnológicos, haciendo de este modo más expedita la impartición de justicia, así como más apegado a los principios de neutralidad tecnológica y principio de elegibilidad.

8. Juicios especiales para asuntos cotidianos. Se establecen juicios orales especiales para casos como hipotecas, contratos de alquiler de bienes raíces y la inscripción judicial de propiedades, con el fin de agilizar su tramitación.

9. Reducción de plazos. Se acortan los plazos para la determinación de pensiones alimenticias, adopciones, restitución nacional de menores de edad y divorcios.

10. Procedimiento de concurso de acreedores. Se introduce un nuevo procedimiento aplicable a casos en los que una persona física incurre en insolvencia y no es comerciante, con el objetivo de brindar certeza a los acreedores y prevenir el sobreendeudamiento.

El proceso puede ser necesario y voluntario, y consiste en dos etapas: una extrajudicial y otra judicial.

IV. BIBLIOGRAFÍA

Corwin, E. (1934). *The Twilight of the Supreme Court. A History of our Constitution*. New Haven. Yale Univesrity Press.

Fernández Segado, F. (2003). *El federalismo en América Latina*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Nagel, K. (2003). El federalismo alemán. ¿Más cooperación o nueva asimetría? *Revista de Estudios Públicos*, núm. 118.

Soberanes, J (2020). *Las reformas a la Constitución de 1917*. México. UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Vázquez Gómez, F. y Espeleta R. (2023). *Federalismo dúctil*. México. Tirant lo Blanch.



RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

CASTRO TRAUlsen, Regina, CORZO SOSA, Edgar y VARGAS VERA, Georgina, (2021), *El papel del Estado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 152 pp.

Alfonso MENDOZA JUÁREZ*

El proceso de un libro conlleva largas horas de trabajo, lectura y reflexión. Comentar una obra invita al mismo tiempo a hablar de quien la ha escrito, en este caso tres personas con una amplia trayectoria profesional y académica, a quienes he tenido la oportunidad de conocer en distintos ámbitos, dialogar y aprender de ellas y, por tal motivo, reconozco la calidad de su dedicación en este trabajo.

La maestra Castro Traulsen es abogada por la Universidad Iberoamericana y maestra por la Universidad Notre Dame (Estados Unidos de América). Cuenta con una amplia experiencia tanto en la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). Como en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) y más reciente en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

El doctor Edgar Corzo Sosa, con quien he tenido la oportunidad de colaborar en mis primeros años de formación académica en la investigación, cuenta con una amplia y reconocida trayectoria, entre lo cual destaca ser licenciado por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), maestro en derecho público por la Universidad Sorbona (Francia) y doctor por la Universidad Autónoma de Madrid. Además, por lo que respecta a su labor profesional, cuenta con experiencia en distintas instituciones, como la SCJN, la CNDH y más recientemente en el Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios

* Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM, <https://orcid.org/0000-0001-8554-0310>, mendozajuarezalfonso@gmail.com

y de sus Familiares (CMW), sin dejar de lado su labor como investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

La maestra Georgina Vargas Vera es abogada por la Universidad Iberoamericana y maestra por la Universidad Notre Dame. Cuenta con experiencia en la SCJN, la Corte IDH, la CNDH y organizaciones de la sociedad civil.

Como se podrá advertir, la experiencia profesional de las autoras y el autor en materia de derechos humanos es sumamente amplia, lo cual se ve reflejado en este libro escrito en coautoría, que ayuda a comprender las diversas aristas que puede comprender el estudio del sistema interamericano de derechos humanos (SIDH).

Los trabajos que abordan el SIDH, en su mayoría, describen la actividad estatal una vez que se ha emitido una sentencia y la manera en que se debe procurar la reparación integral a las víctimas, lo cual no resulta ser menos importante; otros más se enfocan en explicar los estándares de protección de derechos humanos desarrollados en la amplia jurisprudencia de la Corte IDH.

Por su parte, este libro, con su redacción clara y sencilla, ofrece una visión amplia del SIDH desde una óptica tal vez menos explorada. El título del libro adelanta que el objeto de estudio será la manera en que actúa el Estado una vez que ha sido notificado del sometimiento de un caso ante el tribunal interamericano, y desarrolla todas las posibles etapas procesales hasta la emisión de una sentencia y el seguimiento de su cumplimiento, e incluso las distintas maneras de solución sin su emisión, siempre en beneficio de las víctimas. Además, se aborda otro tipo de resoluciones emitidas por la Corte IDH, y que cuentan con el mismo nivel de relevancia: las opiniones consultivas.

La importancia de esta obra radica en el acercamiento entre el derecho nacional y el derecho internacional como consecuencia de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en 2011, como indica el doctor Sergio García Ramírez, encargado del prólogo del libro (p. 12), pues la Constitución se ha vuelto “una bisagra”¹ que permite la entrada de lo internacional a lo nacional y, también, de lo nacional a lo internacional.

En sus diez apartados y 152 páginas las y los lectores contarán con un trabajo dedicado a describir el aspecto procesal de la Corte IDH, para lo

¹ Corzo Sosa, Edgar (2013). “El futuro de la justicia constitucional, con referencia a México”, en González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego (coords.), *El constitucionalismo contemporáneo. Homenaje a Jorge Carpizo*, México, UNAM-III, p. 136.

cual se realizó una revisión minuciosa de la amplia jurisprudencia interamericana. De esta forma, el libro brinda un acercamiento a la ardua labor que se lleva para la emisión de sus resoluciones, tomando en cuenta la normativa que regula al Tribunal y la práctica interna que se ha desarrollado en el SIDH, como el envío del informe preliminar en carácter de reservado al Estado (pp. 48 y 49).

Los primeros capítulos introducen y desarrollan los aspectos procesales de la Corte IDH: el sometimiento del caso y la contestación del Estado demandado, el papel del Estado en las audiencias públicas, los actos probatorios del Estado en el proceso y las soluciones amistosas. Vale la pena referir la relevancia que juega el reconocimiento de responsabilidad del Estado en cada una de las etapas, sea total o parcial, pues define la continuidad o no del procedimiento y los hechos y derechos por los cuales podría ser juzgado por el Tribunal.

Si bien es al propio Estado a quien se le atribuye una probable violación, también es éste quien debe dar cumplimiento a la reparación y una aceptación temprana, como probable causa para la no emisión de una sentencia bajo ciertos parámetros (p. 39); conlleva también una reparación más pronta para intentar así restablecer a las víctimas en su dignidad trastrocada y evitar la repetición de los mismos actos al establecer garantías de no repetición.

Asimismo, es posible advertir la otra posición que puede tomar el Estado ante la notificación de un caso, que es la presentación de excepciones preliminares para que la Corte IDH no continúe conociendo los hechos que le son atribuidos al Estado y la jurisprudencia desarrollada para que en algunos supuestos siga con el procedimiento hasta la emisión de la sentencia.

En este sentido, la labor del SIDH no finaliza con una sentencia, pues se debe asegurar la reparación integral, por lo cual los últimos capítulos abordan la facultad del Estado para solicitar la interpretación de la sentencia de fondo y el Estado en la supervisión de cumplimiento.

El seguimiento del cumplimiento es tan importante como todo el proceso para su emisión, ya que el SIDH no está pensado primigeniamente para juzgar Estados y establecer responsabilidad internacional, sino coadyuvar en la protección y garantía de los derechos humanos de las personas.

Finalmente, el libro aborda otro tipo de resoluciones emitidas por la Corte IDH, y éstas han ganado gran relevancia y cada vez más son usadas,

y cobra importancia así el papel del Estado ante las opiniones consultivas. Este último capítulo demuestra cómo se trata de una herramienta cada vez más usada por los Estados y al mismo tiempo las excepciones del Tribunal, para no conocer respecto a las preguntas que le son sometidas sino para evitar adelantar criterios respecto a un posible asunto contencioso (p. 133).

Aunque el libro hace énfasis en la actuación estatal, éste no excluye la relevancia que tienen otros agentes para la resolución y seguimiento en el cumplimiento de las sentencias, como las organizaciones de la sociedad civil y las instituciones nacionales de derechos humanos. Por tanto, como se afirma en su prólogo, ésta resulta ser una obra indispensable para su consulta (p.13).²

C

² Adicionalmente, vale la pena mencionar que esta obra se complementa con otra previamente escrita por el doctor Corzo Sosa, que aborda las medidas provisionales de la Corte IDH, publicado en 2014 también por la editorial Tirant lo Blanch y la UNAM. Corzo Sosa, Edgar (2014). *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch.



Revista Mexicana de Derecho Constitucional
Núm. 49, Julio-Diciembre 2023
ISSN (versión electrónica): 2448-4881

ESTRADA MARÚN, José Antonio y ZAMORA VALADEZ, Carlos Eulalio (2021), *Los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares. Una agenda a debate*, Tirant lo Blanch, 360 pp.

Mara Itzel MARCELINO DOMÍNGUEZ*

La paz y el orden son objetivos principales a conseguir por parte de los Estados democráticos; por ello, cuando uno o varios fenómenos interfieren con el aseguramiento de la ciudadanía y se atribuye tal responsabilidad al propio Estado, se torna una situación lastimosa para la sociedad. Un ejemplo de ello son las desapariciones forzadas, que en México son más recurrentes de lo que se imagina.

La obra *Los derechos de las personas desaparecidas y sus familiares. Una agenda a debate* de la editorial Tirant lo Blanch y la Academia Interamericana de Derechos Humanos, representa un aliciente para todas las personas que han sufrido de forma directa o indirecta a causa de la desaparición forzada.

Lo anterior, porque se trata de una contribución académica propositiva que enuncia los pormenores más relevantes que envuelven este crimen de lesa humanidad, y que dotará de insumos, así como de herramientas a los actores involucrados en la búsqueda de personas desaparecidas y justicia.

Esta obra académica es producto de la dirección de Irene Spigno y de Luis Efrén Ríos Vega, directora general y fundador, respectivamente, de la Academia Interamericana de Derechos Humanos (Academia IDH). Los dos académicos tienen antecedentes especialmente enfocados al trabajo colaborativo con familias de personas desaparecidas y con la sociedad civil dedicada a la búsqueda de personas desaparecidas. Además, el trabajo de coordinación del libro fue realizado por José Antonio Estrada

* Auxiliar de investigación en la Academia Interamericana de Derechos Humanos, Coahuila, Mexico. ORCID: 0000-0002-0399-4499, e-mail: mmarcelinodominguez@gmail.com.

Marún y Carlos Eulalio Zamora Valadez, ambos investigadores de la Academia Interamericana de Derechos Humanos. Todos ellos, con gran acierto, han logrado reunir en esta obra a académicos y académicas de alto nivel y rigor de investigación que se evidencia en las colaboraciones que integran esta obra.

El libro inicia con un pertinente estudio introductorio denominado “Construcción de paz y capacitación en derechos humanos: un estudio de caso en Coahuila”. Investigación centrada en el trabajo realizado por Giovanni Scotto (Universidad de Florencia). El autor, motivado por su experiencia como docente de la especialidad en derechos y garantías de las víctimas de desaparición de la Academia IDH de la Universidad Autónoma de Coahuila, presenta de una manera excepcional la efectividad de los temas abordados en el taller en el contexto mexicano, y cómo su impacto puede potenciar políticas públicas en materia de derechos humanos.

Con ello, logra concluir la importancia y el significado de los actores sociales en la exploración didáctica del conocimiento contextualmente transformador. Es decir, las identidades sociales, tratándose de servidores públicos y organizaciones de la sociedad civil en un espacio de aprendizaje, fomenta el fortalecimiento de su relación institucional y redefine las tareas de los actores involucrados en la búsqueda de la cultura de protección de los derechos humanos y la paz.

Las siguientes investigaciones académicas contenidas en esta obra están organizadas esquemáticamente en cinco partes. La primera de ellas aborda la “Historia de la desaparición forzada de personas en México”.

En el capítulo uno, titulado “Genealogía de la desaparición forzada”, el autor Roberto González Villarreal (Universidad Pedagógica Nacional-Ajusco), analiza profundamente la construcción del fenómeno de la desaparición forzada en México, sin olvidar el papel que han tenido los movimientos sociales de los grupos poblacionales afectados y sus demandas, las cuales han servido en el avance y respuesta gubernamental, que en palabras del autor “suceden, acompañan y modifican la práctica de la desaparición”.

Por su parte, el capítulo dos aborda la “Historia de la desaparición forzada de personas en México (1960-1980)”, investigación en la que Óscar Flores Torres (Academia IDH) contextualiza hechos violentos, como la llamada *guerra sucia*, *la represión del jueves de corpus*, *la guerrilla urbana*, entre otros acontecimientos históricos, los cuales conforman

lo que él llama “un período inicial de la desaparición forzada de personas en México”.

Época que considero es importante no olvidar, pues es impresionante la gran desatención que puede llegar a tener un gobierno respecto de la alarmante violencia sufrida por la sociedad; no obstante, también debemos recordar que resulta valioso el esfuerzo que fue aplicado por la sociedad civil organizada en la generación de cambios que trascienden hasta el día de hoy en materia de desaparición de personas.

La segunda parte, sobre la “Regulación normativa de la desaparición forzada de personas en la legislación federal y estatal”, comprendida por el capítulo tres, denominado “Comentarios sobre normatividad mexicana y coahuilense en materia de desaparición de personas”, autoría de Francisco Javier Valdés Rivera (Comisión Ejecutiva Estatal de Atención a Víctimas del Estado de Coahuila de Zaragoza), y el capítulo cuatro “El delito de desaparición de personas, su aplicación y diferencias con otros tipos penales” de José Luis Valdés Rivera (Academia IDH), es un espacio esencial, dedicado al análisis normativo de la legislación coahuilense y mexicana.

Los autores dedican este apartado a confrontar las bases normativas derivadas de la desaparición de personas, tanto de índole constitucional y secundaria, así como de la legislación especializada, sin dejar de lado la sobresaliente participación que han tenido los colectivos de familiares de personas desaparecidas.

Además, destinan un espacio al estudio pormenorizado de los elementos específicos que envuelven el tipo penal de desaparición forzada. Sin duda, se trata de una investigación eficientemente sustentada, debido a la importante diferenciación que se realiza respecto de otros delitos, como el secuestro y la privación ilegal de la libertad.

La tercera parte aborda “El derecho de acceso a la justicia”, comprendido por dos capítulos, el cinco, denominado “La desaparición forzada de personas y su obligación de investigar”, de la autoría de Hermilo de Jesús Lares (Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito), en el que advierte, desde la perspectiva de los organismos internacionales, parámetros y estándares en la materia, respecto las concepciones más relevantes en torno a la desaparición de personas y la respuesta de las autoridades en cuanto a la obligación de investigar, siempre priorizando a las víctimas y sus familias. En este apartado destaco y coincido con el autor

respecto a que —las familias— son parte fundamental en la obtención del derecho a la verdad histórica y dignidad humana.

Posteriormente, en el capítulo seis, se aborda “La intervención del ex detenido-desaparecido como testigo en los procesos por crímenes de lesa humanidad en la Argentina”, de la autoría de Diego Perone (Universidad de Buenos Aires). El autor expone la aterradora etapa de Argentina, suscitada a finales de los años setenta e inicios de los años ochenta, a raíz de la imposición de una dictadura militar mediante la implementación de mecanismos sistemáticos de represión basados en el secuestro, tortura, detención y desaparición de personas.

Además, desarrolla lo importante que fue la participación de las víctimas y sus familias en la búsqueda de justicia, sentando bases en cuanto al avance del rol de las víctimas en las investigaciones.

La cuarta parte del libro nos remite al tema del “Derecho a la identificación forense y a la justicia transicional”. Por una parte, el capítulo siete sobre “La antropología forense en México”, escrito en conjunto por Albertina Ortega Palma y Jorge Cervantes Martínez (Instituto Nacional de Antropología e Historia), señala los retos y problemáticas derivadas de la antropología forense como ciencia coadyuvante en las labores estatales de investigación.

Un ejemplo de ello es lo relativo al papel de los mecanismos de búsqueda y cómo es que existe una sinergia entre las labores estatales y otros sectores de la sociedad como periodistas, activistas, sociedad civil organizada, académicos y organismos no gubernamentales, debido principalmente a la carente capacidad técnica humana y de infraestructura del propio Estado.

Asimismo, respecto de la justicia transicional, Jorge Carlos Peniche Baquero (Justicia Transicional en México y Conesa Labastida y Asociados) nos habla en el capítulo siguiente, denominado “En búsqueda de la teoría detrás de la justicia transicional: una aproximación inicial”, acerca de los alcances y vocación de la justicia transicional.

Presenta algunos de los obstáculos que han sido identificados en su aplicabilidad dentro de contextos de violencia, impunidad y violaciones graves de derechos humanos en México, especialmente para el entendimiento de una teoría de la justicia, la cual se encuentre encaminada a garantizar los derechos a la verdad, justicia, reparación y no repetición.

Finalmente, la última parte de la obra aborda lo relativo a “Los DESCAs (derechos económicos, sociales, culturales y ambientales) de las personas víctimas de desaparición forzada de personas”. Compuesta por los capítulos nueve y diez, en el primero Joaquín A. Mejía Rivera (Equipo de Reflexión y Comunicación/Equipo Jurídico por los Derechos Humanos) y Rafael Jerez Moreno (Asociación para una Sociedad más Justa) abordan el tema con el apartado titulado “Los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de las víctimas de desaparición forzada”.

Capítulo en el que exponen la importancia de garantizar los DESCAs como una forma de prevención de la violencia y pobreza, es decir, de ciertas situaciones de vulnerabilidad; toda vez que, desde su óptica, la responsabilidad estatal frente a la desaparición forzada comienza en este punto, considerando así la existencia de una doble agresión.

Además, proporciona una serie de estándares emitidos por organismos internacionales expertos en la materia, como la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Organización de las Naciones Unidas, concernientes a las obligaciones estatales frente a los DESCAs y la desaparición forzada. Un texto que ofrece, además de un estudio especializado, estrategias y acciones a los entes públicos para asegurar el ejercicio efectivo de estos derechos en los contextos de vulnerabilidad propiciados por el lamentable fenómeno de la desaparición forzada.

La obra culmina con el capítulo denominado “La protección a las familias de personas desaparecidas: el [in]cumplimiento de los DESCAs en las sentencias interamericanas”, en el que su autora, Magda Yadira Robles Garza (Universidad Autónoma de Coahuila), desglosa el recorrido del reconocimiento de los DESCAs a partir de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y cómo ésta se suma a otros instrumentos internacionales en la materia dentro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos.

En cuanto al acervo total de la obra, es acertado mencionar que brinda una agenda sobre las aristas que conforman la desaparición forzada. En mi consideración, el libro es una labor realizada en conjunto por académicos y académicas que dedicaron su tiempo a la profunda investigación de estos tópicos, desde una perspectiva cercana tanto a las familias de personas desaparecidas como a la actividad institucional de búsqueda; lo que representa una visión íntegra de los antecedentes históricos, así como del

panorama actual y sus respectivas necesidades —áreas de oportunidad— de urgente atención.

Es un libro que acierta en la interlocución entre autoridades y sociedad civil organizada; sin embargo, no ignora la importancia de facilitar este tipo de estudios a la comunidad estudiantil y ciudadanía en general, procurando concientizar en el proceso.

C