

ISSN: 2448-4881

CUESTIONES Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Volumen 25, Número 50, Enero-Junio de 2024

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Dra. Mónica González Contró
Director

Dr. Mauricio Padrón Innamorato
Secretario oacadémico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Mtro. Ricardo Hernández Montes de Oca
Coordinación de Revistas

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

Cuidado de la edición: Celia Carreón Trujillo
Ricardo Hernández Montes de Oca
Enrique Rodríguez Trujano

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

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

CUESTIONES CONSTITUCIONALES
Revista Mexicana de Derecho Constitucional

Dr. Edgar Corzo Sosa
Director

Dr. José María Soberanes Díez
Coordinador de secciones

CONSEJO EDITORIAL

Jorge Adame Goddard (México, UNAM-IIIJ); 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-IIIJ); Imer Flores Mendoza (México, UNAM-IIIJ); Domingo García Belaúnde (Perú, Universidad Peruana Los Andes); Jorge Mario García Laguardia (Guatemala, Universidad de San Carlos); Sergio García Ramírez (México, UNAM-IIIJ); 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-IIIJ); Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri (México, UNAM-IIIJ); Mario Melgar Adalid (México, UNAM-IIIJ); Ricardo Méndez Silva (México, UNAM-IIIJ); 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-IIIJ); 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-IIIJ); 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, UNAM-IIIJ); 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, vol. 25, núm. 50, enero-junio de 2024, es una publicación semestral editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad Universitaria, alcaldía Coyoacán, 04510 Ciudad de México, a través del Instituto de Investigaciones Jurídicas, Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n, Ciudad de la Investigación en Humanidades, Ciudad Universitaria, 04510 Ciudad de México, teléfono 5622 7474, correo electrónico: rmdc.ij@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: 15 de diciembre 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	XI
---------------------	----

Artículos

La constitución de la memoria: fundamentos jurídico-políticos para una sociedad en transición	3
Ivanna Calvete León	
Pedro Alejandro Jurado Castaño	
Víctor Julián Moreno Mosquera	
La violencia obstétrica y sus implicaciones legales en México	27
Carolina Campos Serrano	
Laura Páez Díaz de León	
La inconstitucionalidad por omisión y los mecanismos de control en el Perú desde el enfoque comparado	67
José Rolando Cárdenas Gonzáles	
Las exigencias de validez jurídica y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina . . .	101
María Marta Didier	
La constitucionalización de la doble instancia en el contencioso administrativo chileno	131
Pedro Harris Moya	

Reflexiones críticas sobre la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional	157
Alberto Herrera Pérez	
Extradición en México: su convencionalidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y derecho comparado.	193
Rogelio López Sánchez	
Susplicacia ante el control difuso de constitucionalidad.	221
Piero Mattei-Gentili	
La ley española de eutanasia: algunos atinos y desatinos desde la perspectiva constitucional.	249
Ma. del Pilar Molero Martín-Salas	
¿De una nación fuerte a una nación segura? Recuento de la legislación y la política migratoria en México	283
Valentina Rabasa Jofre	
Nuevos enfoques del federalismo en México, por una mayor preponderancia del orden estatal en materia migratoria	307
Roxana Rosas Fregoso	
La desaparición de poderes en los estados durante la Revolución (1917-1924).	337
Juan Bernardino Sánchez Aguilar	
Prospectiva financiero-fiscal ante el “momento constitucional” chileno	369
Francisco Zúñiga Urbina	

Comentarios legislativos

La adición al artículo 116 de la Constitución federal sobre símbolos estatales	425
Adriana Berruenco García	

La reforma al artículo 8o. de la Ley Federal de Cinematografía. Una cuestión de inclusión social y de derechos humanos	431
Juan Antonio Casanovas Esquivel	

Comentarios jurisprudenciales

Análisis jurisprudencial y crítico del uso de acciones de tutela en Colombia en casos de publicaciones injuriosas en redes socia- les	451
José Miguel Camacho Castro	
Luisa Fernanda Arias Murillo	
El proceso legislativo y el “Plan B”: el riesgo de la democracia vacía	469
Francisco Vázquez Gómez Bisogno	
Gunther Hernández Bernal	

Reseñas bibliográficas

Ortega Velázquez, E. (2023). <i>Cuando los niños se vuelven mi- grantes: Derechos humanos y excepciones violentas en México</i> . Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investi- gaciones Jurídicas	489
Luisa Gabriela Morales-Vega	



Editorial

El lector tiene a la vista el número 50 de *Cuestiones Constitucionales*, con el cual nos acercamos al cuarto de siglo de su existencia jurídica, lo que se dice fácil pero que implica un gran esfuerzo realizado por personas comprometidas con la academia, de lo cual daremos debida cuenta en el siguiente número. Por lo pronto, baste señalar que el lector encontrará en este número 13 artículos doctrinarios, 2 comentarios legislativos, 2 jurisprudenciales y 1 reseña bibliográfica.

Para efectos de exposición del contenido general, podemos indicar que la mayoría de los artículos reflejan temas relacionados con los derechos humanos y las políticas públicas, pero también encontramos contenidos sobre el control constitucional y algunos temas institucionales.

En lo que corresponde a los artículos en materia de derechos humanos, en uno de ellos los autores abordan el derecho a la salud en las prácticas obstétricas y cómo sus efectos negativos producen una violencia de género en los centros de salud en México, llegando a sostener que la violencia institucional es un factor para la violencia obstétrica. En otro artículo se entra al análisis del derecho a la igualdad desde los requisitos de validez jurídica presentes en la argumentación de la Corte Suprema de Argentina, al juzgar la validez constitucional de las normas que fueron impugnadas.

El derecho humano a la doble instancia es abordado en un texto en el que se da cuenta del cambio de criterio del Tribunal Constitucional chileno, que ahora sanciona la inconstitucionalidad de procesos contenciosos administrativos de única instancia bajo un control de constitucionalidad abstracto y general.

El procedimiento de extradición en México es visto a la luz de los estándares internacionales en materia de derechos humanos y derecho comparado, para lo cual en un artículo se analiza y concluye que este procedimiento no se ha situado en el nuevo paradigma de los derechos humanos con base en la reforma constitucional de 2011, siendo que en España encuentra su base en el derecho supranacional europeo.

El último de los artículos en materia de derechos humanos tiene que ver con la eutanasia, en donde se da cuenta de la nueva ley española de 2021 sobre este tema, en perspectiva con lo adecuado de la existencia de esta ley y que la misma se haya fundamentado en la libertad y autonomía personal, así como abordándose la crítica en cuanto a considerar la eutanasia como un derecho y su limitación respecto a los supuestos de hecho.

En cuanto a los textos relacionados con políticas públicas, en un artículo se analiza la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional partiendo de la idea que el cambio de su naturaleza y reestructuración significó un enfoque diferente en la política de seguridad pública en nuestro país, por lo que existieron errores de simetría normativa que podrían acarrear graves fallos en la instrumentación de sus acciones.

En dos artículos se abordan temas relacionados con las políticas migratorias. En uno de ellos se expone que anteriormente el carácter restrictivo y selectivo caracterizó la regulación del proceso de inmigración primando ideales de nación fuerte y homogénea en términos del desarrollo nacional, sin embargo, actualmente aun cuando la Ley de Migración se fundamenta en el respeto a los derechos humanos sigue teniendo un carácter restrictivo basado en la seguridad nacional, que en la práctica viola todo tipo de derechos humanos mostrando la relevancia que tiene el contexto internacional, en particular la política migratoria del vecino del norte. En el otro artículo se parte de un análisis a la luz de las implicaciones de la configuración del federalismo mexicano actual y de sus límites constitucionales en los sistemas de competencias legislativas en el ámbito migratorio, para ponderar el accionar de las entidades federativas.

En otro texto se analiza el diseño estructural de una política tributaria nacional en Chile que sea acorde a la construcción de un Estado social y democrático de derecho, que supere la subsidiariedad heredada de la dictadura cívico-militar, con base en la política constitucional y en las propuestas de reforma legislativa impulsadas desde el gobierno.

En lo que corresponde al control constitucional hay dos artículos que abordan este tema. En uno de ellos se da cuenta de lo que ha significado el tratamiento de las omisiones legislativas por parte de la justicia constitucional peruana en la que el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, se ha encargado de introducir dicha figura a su ordenamiento jurídico pero utilizando herramientas jurídicas foráneas, como el estado de cosas inconstitucional. En otro texto se cuestiona la popular creencia de que el control de constitucionalidad difuso es una herramienta necesaria

para la protección de los derechos humanos, para terminar señalando que es preferible un esquema de control concentrado con el que se disiparían posibles equívocos.

En cuanto a los textos sobre temas institucionales encontramos uno relacionado con la desaparición de poderes en algunas entidades federativas durante la etapa de la Revolución, en el que se analizan las dos coyunturas armadas del periodo, las rebeliones de Agua Prieta y Delahuertista, revalorizando las complejidades regionales que muestran un federalismo transitorio en materia político-electoral. En otro artículo se abordan los cambios que ha tenido el desarrollo legal y jurisprudencial de la memoria de cara a los mecanismos de justicia transicional que se han presentado en Colombia, permitiendo establecer una categoría analítica entre un enfoque minimalista y otro maximalista que permita comprender el deber del Estado en los procesos transicionales respecto a la memoria.

Por lo que hace a los comentarios legislativos, en el primero de ellos se da cuenta de la reciente adición al artículo 116 constitucional sobre los símbolos estatales de escudos, banderas e himnos, y se les relaciona con otros ordenamientos internacionales y legales sobre patrimonio cultural. En el segundo se expone la reforma a la Ley Federal de Cinematografía mediante la cual todas las películas que se exhiban al público en México deberán encontrarse subtituladas al español, incluidas las habladas originalmente en nuestro idioma, así como aquellas que se encuentren dobladas, tales como películas infantiles o documentales educativos, con lo cual se busca lograr la inclusión de personas sordas o con alguna discapacidad auditiva.

En lo que corresponde a la sección de comentarios jurisprudenciales, en este número se publica uno que tiene que ver con la acción de tutela, instrumento protector de derechos humanos en Colombia, y en el cual se analizan los criterios jurisprudenciales de la Corte Constitucional de ese país para determinar la procedibilidad de esta acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones dañinas o injuriosas en Internet o redes sociales, en especial la relevancia constitucional para entrar al estudio de estos casos. Un segundo comentario está relacionado con los criterios de la Suprema Corte de nuestro país en relación con el procedimiento legislativo, en especial al estudiarse la expedición del Decreto que contenía la primera parte del “Plan B” electoral y que fue resuelto en la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas.

Por último, el lector encontrará en este número los comentarios que se vierten sobre la obra *Cuando los niños se vuelven migrantes: derechos humanos y excepciones violentas en México*.

De los anteriores contenidos el lector podrá apreciar algunas de las cuestiones constitucionales que marcan las preocupaciones y los problemas que se están presentando en el derecho constitucional de nuestro tiempo.

Por lo que corresponde a nuestro país, el tema de las reformas constitucionales, de cara a lo que pudiera llamarse un constitucionalismo transformador, ha sido un tema de especial interés y preocupación constitucional. A este respecto vale la pena indicar que si bien del 1o. de diciembre de 2018 al 30 de agosto de 2023 se emitieron 22 decretos de reformas constitucionales, la mayor parte de ellos se produjeron de 2018 a 2021, ya que en 2019 se dieron 7, 4 en 2020 y 7 en 2021; sin embargo, en 2022 y 2023 sólo se materializaron, respectivamente, 1 y 3 reformas. La explicación la encontramos en las elecciones intermedias de junio de 2021 que arrojaron una conformación del Congreso que para conseguir las dos terceras partes de los legisladores presentes, necesarios para una reforma constitucional, necesita de acuerdos fuertes entre las diferentes fracciones políticas. De las reformas de 2023, una de ellas está relacionada con la facultad que se da a las entidades federativas para legislar en materia de símbolos patrios de las entidades federativas, respetándose la supremacía de los símbolos nacionales tradicionales patrios. Una segunda guarda relación con la suspensión de derechos para ocupar cargo, empleo o comisión del servicio público, si se obtuvo una sentencia en contra por la comisión de ciertos delitos o bien por ser declarada persona deudora alimentaria morosa. La tercera reforma está en relación con la edad mínima para ocupar el cargo, ya sea para ser diputado, requiriéndose ahora sólo 18 años y ya no 21, o bien para ser secretario de Estado, toda vez que antes se requerían 30 años cumplidos, pero ahora sólo se requieren 25 años. Como se advierte, se trata de tres reformas constitucionales que por el contenido de las mismas no se tuvo problema alguno para alcanzar la mayoría calificada de las dos terceras partes. Las otras preocupaciones que se han presentado, y que apuntan hacia un cambio constitucional, son las que han terminado judicializándose, pero esa es una cuestión que amerita un análisis detallado que debe hacerse en otro lugar.

Una vez más esperamos que con el contenido de este número 50 el lector tenga más referencias a las cuales pueda acudir para profundizar en el mejor entendimiento del derecho constitucional de nuestros días.



Artículos



La constitución de la memoria: fundamentos jurídico-políticos para una sociedad en transición

The Constitution of Memory: Legal-Political Foundations of a Society in Transition

Ivanna Calvete León

 <https://orcid.org/0000-0002-5421-5264>

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Institución Universitaria de Envigado, Colombia
Correo electrónico: icalvete@correo.iue.edu.co

Pedro Alejandro Jurado Castaño

 <https://orcid.org/0000-0002-1321-2112>

Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, Universidad de Medellín, Colombia.
Correo electrónico: pjurado@udemedinellin.edu.co

Víctor Julián Moreno Mosquera

 <https://orcid.org/0000-0002-4645-3553>

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Institución Universitaria de Envigado, Colombia.
Correo electrónico: vjmoreno@correo.iue.edu.co

Recepción: 28 de junio de 2023
Aceptación: 11 de agosto de 2023

RESUMEN: En este artículo se presenta un análisis de los cambios que ha tenido el desarrollo legal y jurisprudencial de la memoria de cara a los mecanismos de justicia transicional que se han presentado en Colombia. Con ello se logró recopilar la información que permitió evidenciar dichas transformaciones permitiendo establecer una categoría analítica entre un enfoque minimalista y un enfoque maximalista que permita comprender el deber del Estado en los procesos transicionales respecto a la memoria y, por lo tanto, las implicaciones respecto a su objeto de protección y a los sujetos de derecho que busca mediante su cumplimiento alcanzar una paz estable y duradera. En concordancia con esta exposición, el texto logra trazar un marco de relación de las transformaciones jurídico-políticas de los regímenes de memoria en la justicia transicional como cumplimiento del fundamento constitucional de la paz en Colombia.

Palabras clave: memoria, paz, Constitución, justicia transicional.

ABSTRACT: This article presents an analysis of the changes that have taken place in the legal and jurisprudential development of memory in the face of the transitional justice mechanisms that have been presented in Colombia. With this, it was possible to compile the information that allowed to evidence such transformations allowing to establish an analytical category between a minimalist approach and a maximalist approach that allows to understand the duty of the State in the transitional processes regarding memory and therefore, the implications regarding its object of protection and the subjects of law that seeks through its fulfillment to achieve a stable and lasting peace. In accordance with this exposition, the text manages to outline a framework of relationship of the legal-political transformations of the regimes of memory in transitional justice as compliance with the constitutional foundation of peace in Colombia.

Keywords: memory, peace, Constitution, transitional justice.

SUMARIO: I. *Introducción. La constitución de la memoria del conflicto.* II. *Enfoque minimalista y maximalista del deber de memoria del Estado. Recordar para no repetir.* III. *La memoria como derecho a conocer y como derecho a saber.* IV. *Memoria y paz, cumplimiento constitucional.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN. LA CONSTITUCIÓN DE LA MEMORIA DEL CONFLICTO

La justicia transicional ha sido entendida como un mecanismo político y jurídico que permite generar condiciones de transformaciones sociales teniendo en cuenta la solución de ciertas situaciones críticas que han atravesado el desarrollo histórico de una sociedad por causas conflictivas (Teitel, 2017). En este sentido se ha considerado que los procesos que debe generar la justicia transicional deben constituir verdaderas transiciones que impliquen transformaciones profundas de las instituciones y las relaciones sociales existentes (Uprimny et al., 2006). Y, además, se ha dicho que la oportunidad generada por las condiciones excepcionales de la justicia transicional implica un momento social e institucional especial que debe orientarse por fines pragmáticos que, a través del mejor arreglo posible de los conflictos, pueda garantizar cambios significativos (Cortés, 2017).

La justicia transicional, en este sentido, se materializa en la construcción de nuevas condiciones y garantías institucionales para el cumplimiento de esos presupuestos (Cortés, 2018). De conformidad con lo anterior, siguiendo a Ambos et al. (2018), para el cumplimiento de los objetivos de la justicia transicional se requiere un escenario donde se presenten condiciones

que garanticen la reparación, la verdad y la justicia como mecanismos para lograr la recomposición de las sociedades desgarradas por los efectos de los conflictos. Los presupuestos fundamentales que permiten sostener aquellas valoraciones y destacar la importancia de la justicia transicional para las sociedades que han convivido con los traumas y los daños derivados de los conflictos armados están relacionados con la capacidad que tienen los procesos transicionales para lograr implementar mecanismos eficaces para la reparación, determinar la verdad de lo ocurrido y establecer la responsabilidad de quienes han participado en el conflicto (Ministerio de Justicia de Colombia, 2020).

En esa dirección es que la justicia transicional colombiana se ha presentado como un medio para generar condiciones especiales y estructurales que permitan poner fin al conflicto interno armado que ha golpeado fuertemente a la población en las últimas décadas (Pécaut, 2015). Con la instalación de mecanismos y procedimientos transicionales generados por las negociaciones de paz más recientes en Colombia se ha buscado que, por un lado, quienes hubiesen vulnerado los derechos de las personas en medio del conflicto se hagan responsables de sus actos de manera particular (Corte Constitucional, C 753, 2013); y, por otro, que se presenten procesos de reconciliación social atendiendo a las necesidades colectivas y de la sociedad (Congreso de la República, Ley 975, 2005; Ley 1448, 2011). De esta manera ambos objetivos persiguen el establecimiento de condiciones reales para que una paz de manera estable y duradera tenga lugar en el país.

Siguiendo a Torres (2019), inicialmente la justicia transicional se consideraba como un marco institucional para la imputación jurídica de responsabilidades o la administración de justicia sujeta a los fines de una negociación de actores violentos, sin embargo, dados los nuevos dilemas sobre los daños socioeconómicos para el alcance y garantía de la paz se ha abierto el campo de la justicia transicional con un enfoque aproximado a la reconciliación social y al requerimiento de la intervención estatal (Sharp, 2019; Waldorf, 2019).

En atención a esto, Uprimny et al. (2006), entre otros, han dicho que en periodos de transición resultantes de un conflicto armado como el colombiano hay una tensión compleja y difícil de tramitar entre justicia y paz, lo cual implica que los propósitos que guían la implementación con éxito de los mecanismos de la justicia transicional pueden estar en tensión. Por un lado, es posible, entonces, que en términos institucionales puedan llegar a resultar incoherentes algunos instrumentos diseñados para responder a las necesida-

des de una negociación de actores armados y los límites jurídicos existentes. Y, por otro lado, es posible que la materialización de algunas medidas encaminadas a promover el aseguramiento de una sociedad en paz resulte inaprensible en atención al grado de afectación producido por los acontecimientos de un conflicto violento.

En medio de esas tensiones, la construcción y el aseguramiento de la memoria ha emergido como una condición necesaria para soportar y justificar en términos jurídicos y políticos el funcionamiento de los mecanismos de la justicia transicional.

Las garantías que ofrece la constitución de la memoria del conflicto en medio de procesos de transición pueden conducir al balance de las tensiones que se producen entre justicia y paz y contribuir a la construcción de una sociedad más allá de los efectos del conflicto violento. Esto puede ser plausible en la medida en que, como dicen Castaño, Jurado y Ruiz (2018) la memoria tiene la capacidad de configurar un régimen que da sentido a un orden simbólico de posconflicto y proporciona un sustento para las acciones institucionales que se desarrollan desde ese marco frente al resto de la sociedad. En tal sentido, la memoria se construye como una narrativa institucional que legitima los mecanismos implementados en un proceso de justicia transicional y justifica las medidas que buscan el aseguramiento de una paz hacia el futuro (Castaño y Jurado, 2019).

A partir de esos elementos, en este texto se abordan los presupuestos jurídico-políticos que para el caso colombiano representan la constitución de una memoria que, por un lado, cumple con el papel de mediación entre las tensiones institucionales de la justicia y la paz en el contexto de la transición del conflicto armado, y, por otro lado, promueve la consolidación de ese proceso hacia una paz democrática.

La hipótesis central de la que se parte en el trabajo es que el efectivo cumplimiento y amplio desarrollo de las dimensiones institucionales de la memoria que han sido consideradas en el ordenamiento jurídico colombiano durante distintos periodos históricos pueden contribuir a la consolidación de la transición. En este sentido, el objetivo central del trabajo consiste en analizar las nociones de la memoria como deber del Estado, como derecho a conocer y a saber, y finalmente, como desarrollo del valor constitucional de la paz en tanto dimensiones de la constitución de un régimen de memoria que asegura los propósitos de la justicia transicional en Colombia.

El texto es producto de una investigación cualitativa con un enfoque hermenéutico dedicada a analizar las nociones de memoria que existen en el

ordenamiento jurídico y sus implicaciones. Durante el proceso de investigación se consultaron distintas fuentes bibliográficas teniendo como criterios las categorías y los campos de discusión científica que resultaban esenciales para desarrollar la hipótesis mencionada, y se revisaron las normas y sentencias jurisprudenciales que han abordado de forma central el problema de la memoria en las dimensiones tratadas. La sistematización de la información se realizó recurriendo a fichas de lectura que facilitaron la delimitación que se refleja en la siguiente estructura del texto siguiendo los objetivos específicos de la investigación. En primer lugar, el marco normativo que permite entender la memoria como deber del Estado y sus alcances, en segundo lugar, se presta atención a la memoria como derecho a saber y, en tercer lugar, se elabora un análisis sobre la relación que existe entre la memoria y el valor constitucional de la paz para evidenciar la importancia que aquella tiene en el desarrollo de la Constitución política de 1991. Por último, se presenta una conclusión que expone la manera en que la constitución del régimen institucional de memoria no sólo media entre las tensiones que surgen de la justicia transicional, sino que representa un camino para la superación de los efectos del conflicto armado.

II. ENFOQUE MINIMALISTA Y MAXIMALISTA DEL DEBER DE MEMORIA DEL ESTADO. RECORDAR PARA NO REPETIR

El deber de la memoria se constituye como una carga estatal cuya definición se desarrolla en la medida en que se emiten nuevas regulaciones de justicia transicional, teniendo en común que dichas regulaciones parten de reconocer el papel de garante del Estado para el cumplimiento del deber de la memoria.

De la mano de la anterior afirmación, la Ley 975 de 2005 (ley de justicia y paz) que se crea en el marco de las negociaciones entre el Gobierno Nacional y las Autodefensas Unidas de Colombia para la desmovilización de los grupos paramilitares, fue una de las primeras regulaciones de justicia transicional que hizo referencia al deber de memoria en Colombia, atribuyendo un papel activo al Estado como la institucionalidad encargada de garantizar la preservación de los archivos que incluyen información judicial relevante sobre los hechos del conflicto (Congreso de la República, 2005). En concordancia con lo anterior, la información resguardada en los documentos judiciales se constituye como la fuente principal de los datos que permiten

la construcción de la memoria como un relato legal y verificable (Uprimny y Saffon, 2006).

En este sentido, la Ley de Justicia y Paz tuvo gran importancia ya que lograba articular a diferentes grupos armados bajo un mismo fin de reincorporarse a la vida civil y a su vez darles un golpe estratégico a las organizaciones armadas por medio de la desvinculación de sus miembros activos, sin embargo, respecto al deber de memoria, la norma tiene como enfoque el cumplimiento y garantía del derecho de las víctimas como eje articulador de las acciones del Estado para proteger la información, por lo tanto, todas las acciones deben estar dirigidas a mantener la seguridad de la información para que no se incurran en posibles situaciones de revictimización derivadas del desconocimiento de lo sucedido (Corte Constitucional, C 753, 2013).

Es posible concluir que la Ley 975 de 2005 desarrolla una concepción del deber de memoria *minimalista* que se ejecuta a partir de la acción protectora y de garante que debe de cumplir el Estado para la protección de los archivos judiciales que constituyen parte fundamental para los derechos de las víctimas manteniendo un cerramiento de las fuentes que constituyen la verdad y la memoria entre los diversos relatos del país (Uprimny y Saffon, 2006). Este desarrollo legal traza una relación intrínseca entre el deber de memoria y el derecho a la justicia desde el reconocimiento del papel representativo que tiene el Estado para cumplir con la protección de la información y de los archivos judiciales.

De acuerdo con ello, la Corte Constitucional en la Sentencia C 370 (2006) hace hincapié en el papel que cumplen los agentes judiciales en la construcción de memoria, considerando que es a partir de su labor judicial que logra contenerse la información que permite el esclarecimiento de la verdad. Desde este desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional se presenta la relación intrínseca entre el deber de memoria y la verdad judicial a partir del deber de recordar que debe estar fundamentado en la creación de medidas encaminadas a “preservar del olvido la memoria” es decir, a garantizar que lo sucedido no sea borrado de la historia.

Ahora bien, de acuerdo con la ley 975 de 2005, el deber de memoria se presenta en tres momentos diferentes: primero, en el momento en el que se garantiza la protección de la información judicial; un segundo momento es a partir del ejercicio hermético de la construcción de la memoria desde los hechos judiciales, y finalmente, un tercer momento que se encuentra en el deber de recordar que se cumple con la divulgación de la memoria

construida desde la información suministrada (Congreso de la República, Ley 975, 2005).

Por lo tanto, estos tres momentos que deben ser ejecutados por el Estado para la garantía de la memoria, evidencian la mirada cerrada y antidemocrática que elimina las posiciones de las víctimas que no han llegado a ser víctimas y de los relatos que no han estado en estrados judiciales (Castaño y Jurado, 2019) lo que impide la memoria como un relato abierto para el cumplimiento de los derechos de las víctimas individuales, colectivas y de la sociedad en reconciliación.

Por otro lado, en 2011 se creó la ley 1448 que se presentó como la Ley de Víctimas y que sirvió como marco regulativo para el desarrollo del Marco Jurídico para la Paz de cara a las negociaciones entre el Gobierno de Colombia y las FARC-EP. La ley de víctimas abrió paso a todo un marco jurídico guiado a la consecución de la paz en la medida que planteaba la regulación acerca de un nuevo proceso de justicia transicional en Colombia enfocado a partir de la consecución de la paz mediante el cumplimiento de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición (Congreso de la República, 2011).

La ley 1448 de 2011 dio un giro fundamental a lo desarrollado por la ley 975 de 2005 teniendo como eje a las víctimas del conflicto armado y a su vez, a la sociedad como partícipe en el proceso de reconciliación. De este modo, el Congreso de la República abordó el papel de la memoria como un papel fundamental dentro del cumplimiento de los derechos de las víctimas, de la sociedad, y como garantía para el alcance de la reconciliación social.

En el artículo 143 de la ley 1448 de 2011 se expone el deber de memoria como las representaciones individuales y colectivas que se narran a partir de la experiencia y que buscan trazar un hilo conductor que relate el pasado, el presente y las expectativas y dificultades del futuro, de cara al contexto social del conflicto armado que ha afectado a Colombia desde mediados del siglo XX, las cuales configuran la memoria histórica donde se incluyen dichas experiencias y voces (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

El deber de Memoria del Estado se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones tales como víctimas, academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del de-

recho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto. (Congreso de la República, Ley 1448, 2011)

De acuerdo con ello, la ley y la jurisprudencia han reconocido que el Estado tiene el deber de memoria y, con ello, debe propiciar acciones positivas por parte de la institucionalidad que tengan como objetivo garantizar a la sociedad los mecanismos para lograr la reconstrucción de la memoria histórica y su preservación, cuya finalidad está enfocada en la reconciliación social para lograr una paz estable y duradera (Corte Constitucional, C 771, 2011; C 579, 2013). La Ley de Víctimas regula el deber de la memoria de la siguiente manera:

Se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones, tales como víctima, academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de Derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto. (Congreso de la República, Ley 1448, artículo 143, 2011)

Retomando lo dicho en párrafos anteriores, es posible exponer que de cara a las negociaciones de paz entre el Gobierno Nacional y las FARC-EP, con la ley de víctimas se definió nuevamente el deber de memoria retomando la obligatoriedad que tiene el Estado con la protección de la información suministrada y la conservación de archivos judiciales anteriormente regulada en la ley 975 de 2005, ampliándose a un enfoque *maximalista* en tanto determina que el Estado es quien se encuentra encargado de la reconstrucción de la memoria a partir de los relatos individuales y colectivos de quienes hicieron parte en el conflicto, de garantizar la recopilación de esta información, la creación de instituciones encargadas de reconstruir la memoria del país, implementar mecanismos para garantizar la protección de las víctimas que exponen sus relatos y así mismo crear mecanismos para garantizar la divulgación de la memoria y su conocimiento cuya finalidad sea que lo sucedido no caiga en el olvido enfocado a la construcción de paz de una sociedad en transición (Comisión de la Verdad, 2022).

Con base en este enfoque maximalista, la Corte Constitucional reconoce que el deber de memoria es el fundamento para determinar que el Es-

tado debe cumplir un rol de garante para la satisfacción de otros derechos. Como vimos anteriormente, con la Ley de Justicia y Paz la Corte Constitucional abordó la relación entre la justicia y el deber de memoria de cara a la responsabilidad que tiene el Estado de garantizar los archivos judiciales, su veracidad y su divulgación. Sin embargo, con ocasión del desarrollo de los alcances del deber de memoria propios de la ley de víctimas, la Corte Constitucional va a trazar la relación que tiene el deber de la memoria con el derecho a la verdad y con el derecho a la reparación dentro del marco de la no repetición (Corte Constitucional, C 579, 2013; C 007, 2018).

En concordancia, la Corte Constitucional C 771 (2018) expone que la relación que tiene el deber de la memoria y el derecho a la verdad de las víctimas se establece a partir de los mandatos de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que reconoce que el derecho a la verdad constituye una forma de prevención de tratos inhumanos que afecten la dignidad del otro. En este sentido, el deber de memoria constituye el mandato que obliga a las instituciones del Estado a velar porque el desconocimiento de los hechos que vulneraron los derechos de las víctimas en el conflicto se constituya como una vulneración al derecho a la verdad, ya que la divulgación de las narrativas que construyen un relato para la historia y que, a su vez, conllevan al reconocimiento de los acontecimientos de manera pública, están dirigidas a la no repetición de estas conductas, a la no revictimización, y finalmente, conlleva a la creación de mecanismos para la reconciliación social (Corte Constitucional, C 370 de 2006).

Esta relación que la Corte Constitucional aborda en la sentencia C 370 de 2006, también es desarrollada en la sentencia C 454 de 2006 donde reconoce a la memoria como un *pilar fundamental* del derecho a la verdad.¹ Por lo tanto, para el cumplimiento de la dimensión colectiva² del derecho

¹ La Corte Constitucional en el desarrollo jurisprudencial acerca del derecho a la verdad ha expuesto que dicho derecho tiene como fundamento tres pilares que constituyen su contenido, los cuales son: el principio de dignidad humana, el deber de la memoria histórica y finalmente, el derecho al buen nombre y a la imagen (Corte Constitucional, C 454, 2006).

² La Corte Constitucional reconstruye el derecho a la verdad mencionando que existen dos dimensiones para su implementación. Por un lado, una dimensión individual del derecho la verdad que corresponde al derecho que tienen las víctimas y sus familiares de conocer lo ocurrido, materializado en el derecho a saber enfocado a una verdad procesal propia del marco de la justicia transicional, y por otro lado, una dimensión colectiva que implica el papel activo del Estado para que la sociedad en conjunto pueda conocer lo sucedido, reivindique el papel de las víctimas en el conflicto armado y no vuelva a repetirse los hechos atroces derivados del conflicto.

a la verdad se requiere de la garantía del Estado para la publicación de la información dirigida a la no transgresión de los hechos, de los relatos bajo el cumplimiento del deber de memoria (Corte constitucional, C 771, 2011).

De acuerdo con ello, el deber de memoria se materializa con el cumplimiento del derecho a la verdad —desde una dimensión colectiva— en tanto, corresponde a la divulgación de la memoria histórica para la satisfacción del derecho de las víctimas y de la sociedad, exponiendo los relatos y las narrativas de los hechos, con la finalidad de hacer públicos los acontecimientos alrededor de la violencia y el conflicto para garantizar la no repetición (Corte Constitucional, C 715, 2012). Así mismo, el deber de memoria del Estado se representa por medio del deber de recordar lo cual corresponde a “conservar a través de las medidas adecuadas la historia de opresión de un pueblo, dado que hace parte de su patrimonio” (Corte Constitucional, C 007, 2018).

Ahora bien, desde esta misma línea de interpretación con relación a la no repetición, la Corte constitucional vuelve a hacer referencia a la memoria con relación al derecho a la reparación en tanto,

el reconocimiento público y solemne por parte del Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales restableciendo a las víctimas su dignidad, las ceremonias conmemorativas, las denominaciones de vías públicas, los monumentos, permiten asumir mejor el deber de la memoria. (Corte Constitucional, C 370, 2006)

En este sentido, esta sentencia logra gran importancia ya que busca trazar una relación entre la verdad, la reparación, la justicia y la no repetición a partir de la importancia del deber de memoria y a partir de la configuración del derecho a la memoria como el reclamo al cumplimiento de los demás derechos de manera individual y colectiva.

En este mismo sentido, la sentencia C 753 de 2013 determina que el Estado es el encargado de garantizar a las víctimas la satisfacción del derecho fundamental a la reparación desde sus diferentes mecanismos de cumplimiento y que entre estas, la construcción de una memoria histórica, el cumplimiento del derecho a la verdad y el derecho a saber lo sucedido, y otros mecanismos que constituyen la reparación simbólica parten del deber de memoria que tiene el Estado para el cumplimiento del valor constitucional que es la paz.

Por lo tanto, a partir de la reconstrucción de las normas jurídicas que desarrollan el deber de memoria que tiene el Estado es posible identi-

car las transformaciones que ha tenido la obligatoriedad estatal en el marco de la justicia transicional colombiana y en este orden de ideas, nos permite concluir que el deber de memoria cumple un papel fundamental en la satisfacción del derecho a la verdad, a la justicia y a la reparación teniendo como eje articulador *recordar para no repetir* como mecanismo para la construcción de paz en una sociedad en transición. Es decir que, con la ley de víctimas el deber de memoria configura un papel mucho más activo y amplio que consiste en la intervención del Estado como responsable y garante de los procesos de paz y de reconciliación social.

Podemos concluir que el deber de memoria del Estado se traduce en propiciar las garantías y condiciones necesarias para que la sociedad, a través de sus diferentes expresiones tales como víctimas, academia, centros de pensamiento, organizaciones sociales, organizaciones de víctimas y de derechos humanos, así como los organismos del Estado que cuenten con competencia, autonomía y recursos, puedan avanzar en ejercicios de reconstrucción de memoria como aporte a la realización del derecho a la verdad del que son titulares las víctimas y la sociedad en su conjunto.

III. LA MEMORIA COMO DERECHO A CONOCER Y COMO DERECHO A SABER

Para hacer referencia a la memoria no es posible dejar de lado la relación que esta tiene con la memoria, en tanto, la Corte Constitucional establece que la memoria se presenta con relación a las acciones que están dirigidas al cumplimiento y satisfacción de la verdad como elemento de la justicia transicional, poniendo una especial atención a lo sucedido en el conflicto y como mecanismo para la no repetición (Corte Constitucional, C 753, 2013).

Ahora bien, referirse a la memoria como derecho a saber y como derecho a conocer parte de la concesión normativa que se le ha dado a las víctimas y a la sociedad en su conjunto para acceder a los archivos, conocer lo sucedido, que se le garanticen los medios para la recopilación de sus relatos, saber su historia y la protección de la información (Corte Constitucional, C 007, 2018). En este orden de ideas, esta relación entre la memoria, el derecho a saber y a conocer que establece la Corte Constitucional permite analizar la memoria a partir de una mirada del derecho imprescriptible e inalienable que tienen las víctimas y la sociedad a la verdad en tanto surte como eje articulador con los fines de la justicia transicional.

En este sentido, para lograr entender la memoria como derecho a saber y como derecho a conocer, se parte de la categorización expuesta por la Corte Constitucional en la sentencia C 370 de 2006 donde desarrolla el derecho a la verdad desde una dimensión individual y desde una dimensión colectiva que nos permite entender las particularidades del derecho a saber y del derecho a conocer. Por un lado, la dimensión individual del derecho a la verdad es aquella que tienen las víctimas afectadas a saber cuáles fueron los hechos ocurridos con ocasión del conflicto armado, y, por otro lado, la dimensión colectiva del derecho a la verdad corresponde al derecho que tiene la sociedad de conocer lo sucedido y lo llevado a cabo que constituye la historia colombiana (Corte Constitucional, C 370, 2006).

Para hacer cumplir el derecho a la verdad en su dimensión individual, se han creado mecanismos judiciales que tienen como objetivo identificar al autor de los hechos para que la víctima pueda conocer los motivos declarados en los procesos penales que adelanten casos relacionados con su persona o sus familiares como en el caso de los procesos judiciales de Justicia y Paz (Congreso de la República, Ley 975, 2005) y los casos adelantados por la Jurisdicción Especial para la Paz (Congreso de la República, Acto Legislativo 1, 2017; Ley 1957, 2019; Ley 1922, 2018), derecho a saber el paradero de los familiares que fueron desaparecidos en el marco del conflicto como es el caso de la Unidad de Búsqueda de Personas dadas por Desaparecidas [UBPDPD] (Presidencia de la República, Decreto Ley 589, 2017)) y demás información que procuren reparar y solventar los daños causados por el conflicto mediante procesos extrajudiciales de construcción de memoria que complementan de manera integral las necesidades de las víctimas (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013; Comisión de la verdad, 2022; Presidencia de la República, Decreto Ley 588, 2017).

Así mismo, desde la dimensión colectiva del derecho a la verdad es posible decir que “la sociedad también tiene derecho a conocer su propia historia y a presentar la memoria de los hechos violentos” (Corte Constitucional, C 579, 2013). Para ello, la sentencia C 579 de 2013 hace hincapié en el papel que cumplen los procesos extrajudiciales como fuente principal para lograr dar visibilidad a otras partes que pueden no llegar a ser oídas por etapas rígidas propias del proceso o por límites propios del derecho sustantivo como lo es la limitación temporal de la definición de víctima de la ley 1448 de 2011 que estima un periodo temporal para su reconocimiento judicial sin embargo, este periodo no tiene validez para los procesos extrajudiciales

y los mecanismos guiados a la construcción del tejido social (Corte Constitucional, C 250, 2012).

En este sentido, el papel de los mecanismos alternativos guiados a una reconstrucción de memoria con el fin de cumplir el derecho a saber de las víctimas y el derecho a conocer que tiene la sociedad civil cobra importancia y se constituye con la ley de víctimas que con la creación del Centro Nacional de Memoria Histórica surge como uno de esos mecanismos extrajudiciales para la recopilación de la información y la reconstrucción de una memoria dirigida a las víctimas y a la sociedad, definida por la ley 1448 de 2011 de la siguiente manera:

El Centro de Memoria Histórica tendrá como objeto reunir y recuperar todo el material documental, testimonios orales y por cualquier otro medio relativos a las violaciones de que trata el artículo 3° de la presente Ley. La información recogida será puesta a disposición de los interesados, de los investigadores y de los ciudadanos en general, mediante actividades museísticas, pedagógicas y cuantas sean necesarias para proporcionar y enriquecer el conocimiento de la historia política y social de Colombia. (Congreso de la República, Ley 1448, artículo 147, 2011)

Es desde esta perspectiva que se mantiene la relación entre el cumplimiento del derecho a la verdad, el derecho a saber de las víctimas, el derecho a conocer de la sociedad y el deber de recordar del Estado. De acuerdo con ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos plantea el papel fundamental que tiene la creación de instituciones encargadas de velar por el esclarecimiento a la verdad (Corte Interamericana, 2007; 2011), por un lado, para que el Estado cumpla con su obligación y, por otro lado, para que los ciudadanos puedan ser atendidos y tengan una institución que acuda a las necesidades de las personas para saber la verdad de lo sucedido.

Partiendo de lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y con ocasión de la firma del Acuerdo Final entre el gobierno nacional y las FARC-EP, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2017 y el Decreto 588 de 2017, normas que procedieron a regular la creación y funcionamiento de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición como una institución no permanente que busca conocer la verdad de lo ocurrido en el marco del conflicto interno armado. De acuerdo con lo anterior, el Decreto 588 de 2017 determina que la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición tendrá como ob-

jetivo hacer una contribución al esclarecimiento de lo sucedido en el marco del conflicto armado para garantizar el reconocimiento de las víctimas como sujetos políticos que cumplen un papel fundamental en los procesos de transformación y reconciliación del país (Presidencia de la República, Decreto 588, 2017).

En este sentido, la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición debe cumplir con la labor de oír a las personas e instituciones que hicieron parte del conflicto e investigar la información suministrada con el fin de elaborar un informe final que contenga la información levantada dentro de los procesos de trabajo de dicha institución, esto para que las víctimas y la sociedad puedan acceder a los hechos y esclarecer la verdad, es decir, que pueda darse cumplimiento al derecho a conocer y el derecho a saber (Corte Constitucional, C 579, 2013).

Con lo anterior, podemos concluir que tanto la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición, como el Centro Nacional de Memoria Histórica surten como mecanismos extrajudiciales cuya finalidad es aportar al conocimiento de la verdad y al cumplimiento del derecho a saber que tiene toda persona y sociedad de conocer lo sucedido en cumplimiento a lo desarrollado por la Corte Constitucional en la sentencia C 579 de 2013. Ahora bien, posteriormente la Corte Constitucional en la sentencia C 007 de 2018 vuelve a retomar su regulación sobre el derecho a saber y el derecho a conocer para definirlo como elementos indispensables para consolidar el proceso de paz, aportar a la reconciliación social y, finalmente, restaurar la democracia. En coherencia con lo anterior, la Corte Constitucional señala que para cumplir y garantizar el derecho de las víctimas y de la sociedad se requiere cumplir:

(i) el derecho inalienable de cada pueblo a la verdad, lo que implica conocer los acontecimientos del pasado relacionados con los crímenes aberrantes, las circunstancias y los motivos que los generaron; (ii) el deber de recordar, esto es, de conservar a través de las medidas adecuadas la historia de opresión de un pueblo, dado que hace parte de su patrimonio;” y, además, “[e]sas medidas deben estar encaminadas a preservar del olvido la memoria colectiva y, en particular, evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas; y, (iii) el derecho a saber de las víctimas y sus familias, que implica conocer la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, acerca de la suerte que corrió la víctima. (Corte Constitucional, C 007, 2018)

De acuerdo con lo anterior, es posible entender la memoria como el derecho a saber que tienen las víctimas, y como el derecho a saber que tiene la sociedad es el fundamento para emprender cualquier proceso de reconciliación social, es decir, que la memoria es un presupuesto que reposa en la dignidad humana y que se relaciona de manera intrínseca con el derecho a la verdad. Por lo tanto, podemos mencionar que “la recuperación de la historia y la construcción de la memoria (deben ser entendidos) como derecho fundamental de las víctimas y de la sociedad en su conjunto” (Corte Constitucional, C 007, 2018).

IV. MEMORIA Y PAZ, CUMPLIMIENTO CONSTITUCIONAL

La violencia en Colombia se ha presentado como un fenómeno prolongado en la historia del país, sin embargo, es a mediados del siglo XX que la academia comienza a abordar los problemas sociales que devienen dentro de un conflicto interno armado con ocasión de los continuos enfrentamientos entre el ejército colombiano con las guerrillas que comenzaron a constituirse fuertemente en la década de los sesenta (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013). Frente a ello, autores como Eduardo Pizarro (2015) han relatado la complejidad que tiene hacer un estudio sobre la violencia y especialmente sobre el conflicto en Colombia, ya que coexisten múltiples causas y diferentes actores, y debido a la prolongación de dicho conflicto, estas causas y dichos actores se han transformado o han aparecido nuevos motivos y grupos que nutren el problema de la violencia.

Empezando la década de los noventa se abre paso a una Asamblea Nacional Constituyente que busca plantearse como una salida consensuada al conflicto armado (Lemaitre, 2011), como consecuencia, diferentes actores hicieron parte de las discusiones que buscaban anteponer a sus disputas el interés generar de establecer una paz estable y duradera, tal como pudo reconocerse en las intervenciones realizadas por la asambleísta Aida Abella:

Una paz entre el Estado y todas las fuerzas que hoy permanecen marginadas, la paz entre el Gobierno y la insurgencia, a la que desde esta altísima tribuna le dirigimos un mensaje, que es el mismo que dirigimos a las Fuerzas Armadas, llamándolos a todos a un diálogo inmediato, a un alto al fuego bilateral, a una negociación sin condiciones previas, para que Colombia alcance la convivencia entre hermanos que todos deseamos. (ANC, Gaceta número 1, 1991, p. 2)

Es con ocasión de este discurso de la paz que los debates giraban especialmente a exponer los motivos por los cuales la Constitución que iba a ser promulgada debía de contener como fundamento esencial el reconocimiento de la paz dentro de sus contenidos y, por lo tanto, de manera expresa dentro de los pilares que la expedían (Calvete, 2022). La paz pasó de ser tema de debate a constituirse como una norma constitucional entendida como un valor constitutivo del Estado social de derecho colombiano (Asamblea Nacional Constituyente, preámbulo, 1991), como un principio, como un deber y un derecho que se regularía por el artículo 22 de la norma fundamental.

En este orden de ideas, reconocer la paz como un valor constitutivo del Estado³ implica que la paz debe ser entendida como uno de los fines del Estado colombiano y, por lo tanto, el marco de las acciones políticas y jurídicas que se hagan bajo el cumplimiento de la Constitución debe estar encaminada al logro de dicho fin. La Corte Constitucional en su desarrollo jurisprudencial y en concordancia con lo estipulado expresamente en la Constitución, ha desarrollado el concepto de la paz como valor estableciendo márgenes de interpretación que fundamentan el imperativo de la paz como directriz política del constituyente primario (Negri, 2015).

Ahora bien, en concordancia con la Corte Constitucional en la sentencia C 370 de 2006 abordar la paz como principio constitucional implica el reconocimiento de un marco interpretativo coherente guiado a plantear la directriz hermenéutica constitucional de los contenidos legales en concordancia con el logro de dicha paz. Por lo tanto, la paz como principio marca un canon que traza un contenido para comprender el ordenamiento jurídico colombiano.

Finalmente, reconocer la paz como derecho y como deber del Estado configura, por un lado, la posibilidad que tienen las personas para solicitar al Estado la satisfacción de su derecho y su desarrollo legal y constitucional y, por otro lado, para solicitar a esta misma institucionalidad que garantice su cumplimiento y la existencia de mecanismos suficientes para alcanzar (Calvete, 2021).

De conformidad con lo anterior se puede concluir que de acuerdo con los debates de la Asamblea Nacional Constituyente y lo estipulado en la Consti-

³ Los valores son normas que establecen fines dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho y en especial al legislador; los principios son normas que establecen un deber ser específico del cual se deriva un espacio de discrecionalidad legal y judicial. (Corte Constitucional, T 406, 1992).

tución de 1991, y vista de cara a las interpretaciones constitucionales que la Corte Constitucional ha presentado, podemos entender la paz como uno de los fundamentos políticos del Estado colombiano y, a su vez, como directriz interpretativa desde la cual deben desarrollarse los contenidos legales a partir del principio de coherencia constitucional. Es decir que, las acciones y regulaciones que estén dirigidas a alcanzar el fin de la paz están cumpliendo las directrices estatales. En concordancia, la Corte Constitucional en la sentencia C 328 del 2000 retoma la importancia que tiene la paz como valor, como derecho y como deber partiendo de la legitimidad que tienen las alternativas dirigidas de manera pacífica para poner fin al conflicto y poder alcanzar la paz, entendiendo esta:

...no como una mera aspiración ni como la expresión de una utopía, sino como una regla de conducta que debe inspirar a todos los colombianos y que debe conducir a la solución de los conflictos de manera pacífica. Este llamado a la solución pacífica de los conflictos apareja, además, una decidida opción por el respeto a la dignidad humana. En efecto, la legitimidad de las soluciones pacíficas a los conflictos que puedan presentarse en la sociedad está en relación directa con el adecuado debate y consenso que se logre en un ambiente democrático. (Corte Constitucional, C 328, 2000)

A partir de lo planteado y poniéndolo en conversación con los apartados anteriores, es posible constatar que tanto el deber de memoria, como la memoria abordada desde el derecho a conocer y a saber, subyacen en el registro de los mecanismos creados para la construcción en una paz estable y duradera. La memoria como ha sido desarrollada en este texto permite mostrar la complejidad del régimen de memoria que compone todo un articulado regulativo de normas y principios que están estipulados a la relación de derechos y de deberes que expresan el fundamento constitucional. La relación entre memoria, justicia, reparación, verdad y especialmente la no repetición constituye el marco de diagnóstico que expresa el papel fundamental que tiene el régimen de memoria para la reconciliación social en un contexto de conflicto armado. En este orden de ideas, la memoria como deber del Estado hace parte de la ejecución de acciones estimadas para el logro de la paz y una construcción de paz.

A partir de esta lectura, se tiene que la garantía por la existencia de un régimen de memoria como cumplimiento constitucional conlleva a reconocer el orden simbólico que tiene la memoria para la reconciliación social ya que

los ejercicios de reconstrucción de memoria permiten constituir un relato social mediante la reunificación de las diferentes perspectivas y narrativas del conflicto. Por lo tanto, para lograr una construcción de paz en el Estado colombiano, atendiendo a los múltiples daños causados por el conflicto, es importante reivindicar el papel tanto de la Comisión de la Verdad, como del Centro Nacional de Memoria Histórica, ya que esta “tiene la capacidad —y, podríamos decir, la vocación y el destino— de erigir una narrativa en la cual se posicionan nociones sociales compartidas” (Castaño et al., 2018, p. 9).

En este sentido, el cumplimiento del deber de la memoria y de cumplimiento del deber de saber y conocer que tienen las víctimas y la sociedad, implica que se generen mecanismos para el cumplimiento de la paz como valor, principio, derecho y deber.

V. CONCLUSIONES

De la mano con Negri (2015) el poder constituyente dotado de una fuerza política convoca a la generación de nuevos cambios sociales que dinamicen el poder de un Estado, lo que para el caso colombiano, se refleja en el papel de los movimientos sociales y la participación ciudadana de 1991 que llevó a la creación de una Constitución con un enriquecimiento sustancial por atender los problemas derivados del conflicto armado y con la pretensión de dirigir la mirada a la necesidad de lograr una paz estable y duradera (Calvete, 2022). Por este motivo, desde las directrices constitucionales acerca del imperativo de la paz como fundamento jurídico-político y derivado del desarrollo jurisprudencial de la Corte Constitucional, se establecieron edificaciones para afianzar diferentes procesos dirigidos a alcanzar la paz como valor, principio, derecho y deber por medio de mecanismos como la justicia transicional que, a su vez, refundaron el estatus de la paz como fundamento estatal (Corte Constitucional, C 370, 2006).

En medio del reafianzamiento de la paz en la Constitución, la memoria emergió como una condición para el funcionamiento de la justicia transicional, identificando las transformaciones políticas, jurídicas y económicas dirigidas a atender las crisis sociales derivadas del conflicto en atención tanto a las instituciones como a la sociedad. En este orden de ideas, la memoria se presenta como base subyacente de procesos de transición que se ha fortalecido de la mano con las pretensiones de intervención que han tenido

los procesos transicionales en Colombia, por lo tanto, ha tenido cambios fundamentales desde su definición hasta los alcances dentro del Estado.

Atendiendo a lo mencionado, el texto formula la importancia de identificar los cambios entre un enfoque minimalista y un enfoque maximalista que propone una transformación estructural e interviniente dentro de las dinámicas del ejercicio de la justicia transicional que permite una lectura histórica de las instituciones y a su vez, una mirada crítica frente al rol del Estado en un proceso de transición. Esto nos permite decir que, por un lado, la memoria que plantea la ley 975 de 2005 frente al deber de memoria que tiene el Estado y el cuál se vincula con la protección de la información para no recaer en la revictimización por medio de la garantía de los archivos judiciales que constituyen parte fundamental para los derechos de las víctimas, va a presentar un rol constitutivo de la memoria que cierra sus actuaciones al escenario de las garantías procesales propias del derecho penal (Uprimny y Saffon, 2006) y, por lo tanto, indica una mirada reduccionista del papel del Estado frente a los procesos de memoria.

Estas garantías procesales de la memoria no son suficientes para hablar de una transición social que plantee transformaciones estructurales e incluyentes de la sociedad, ya que, la reducción de los contenidos judiciales deja de lado la vinculación de la reparación de las víctimas y otras dinámicas de verdad extrajudicial que aportan a la reconstrucción del tejido social. A partir de esta crítica a la insuficiencia planteada por la justicia transicional desarrollada en la Ley 975 de 2005, es que con la ley de víctimas se demanda una acción mucho más amplia del Estado en los procesos de memoria (Congreso de la República, 2011). Conforme a lo anterior podemos concluir que desde un enfoque minimalista de la memoria se impide atender a lecturas colectivas y plurales que se disputen políticamente a hacer parte de la reconstrucción de *otros* relatos que abran la inclusión del discurso y, por lo tanto, el reconocimiento de otras fuentes de información por fuera de los procesos judiciales enriquece los procesos de diálogo y transformación (Comisión de la Verdad, 2022).

Ahora bien, la ley 1448 de 2011 mediante un enfoque maximalista de la memoria plantea la importancia de las voces que no se encuentran en el marco de un proceso judicial pero que resuenan en el tejido social colombiano. En este sentido es que se transforma la concepción legal de la memoria, lo que conlleva a que se adquiera visibilidad a las narrativas de las víctimas en el marco de los cambios del régimen de memoria por una regulación que va a atender a los acontecimientos y narrativas de otras voces para lograr

alcanzar un relato nacional (Castaño, Jurado y Ruiz, 2018). En concordancia con esta idea, “la recuperación de la historia y la construcción de la memoria (deben ser entendidos) como derecho fundamental de las víctimas y de la sociedad en su conjunto” (Corte Constitucional, C 007, 2018), lo que quiere decir que atender a otros campos diferentes a lo jurídico fortalece los procesos de transición social.

La perspectiva que desarrolla este artículo permite concluir que las garantías de la constitución de la memoria del conflicto con un enfoque maximalista es una puerta para que la pluralidad de voces y el diálogo dentro de un proceso de transición aporte a la construcción de nuevas bases para la sociedad y a su transformación. Por lo tanto, un régimen amplio de la memoria va a contribuir al fortalecimiento de las instituciones legitimadas para la reconstrucción de las narrativas de lo sucedido en el marco del conflicto y asegurar el fin de la paz estable, duradera y democrática. Con ello, se concluye que la memoria como derecho y como un deber del Estado asegura un proceso de transición, en tanto, es una apuesta democrática que impacta a los miembros de la sociedad y a las instituciones de la justicia transicional a partir del cumplimiento de la paz como principio de la Constitución y como fundamento del Estado colombiano.

VI. REFERENCIAS

- Ambos, K., Cortés, F., y Zuluaga, J. (Coords.) (2018). *Justicia transicional y derecho penal internacional*. Siglo del Hombre.
- Asamblea Nacional Constituyente (ANC) (1991). Constitución Política de Colombia. Bogotá, Colombia.
- Asamblea Nacional Constituyente (ANC) (1991). Gaceta número 1 del 5 de febrero de 1991. <https://babel.banrepcultural.org/digital/collection/p17054coll26/id/3702>
- Calvete, I. (2021). Responsabilidad estatal y conflicto armado: el derecho a la reparación en la construcción de paz. *CES derecho*, 12(2), 64-86. <https://doi.org/10.21615/cesder.6205>
- Calvete, I. (2022). *Entre paz y exclusión: un debate desde la Constitución de 1991*. Universidad de Medellín.
- Castaño, D., y Jurado, P. (2019). ¿Cuál memoria? Los efectos políticos y el orden simbólico de los trabajos oficiales de memoria. *Colombia internacional*, (97), 147-171. <https://doi.org/10.7440/colombiaint97.2019.06>

- Castaño, D., Jurado, P., y Ruiz, G. (2018). La memoria como relato abierto. Retos políticos del trabajo de los centros de memoria y las comisiones de verdad. *Análisis Político*, 31(93), 3-19. <https://doi.org/10.15446/an-pol.v31n93.75614>
- Comisión de la Verdad (2022). Hay futuro si hay verdad. Informe Final de la Comisión para el Esclarecimiento de la Verdad, la Convivencia y la No Repetición. Hallazgos y Recomendaciones de la Comisión de la Verdad. Primera Edición. Comisión de la Verdad. <https://www.comision-delaverdad.co/hallazgos-y-recomendaciones>
- Centro Nacional de Memoria Histórica (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad*. Bogotá. recuperado de: <http://www.centro-dememoriahistorica.gov.co/micrositios/informegeneral/descargas.html>
- Congreso de la República (2005). Ley 975. Diario Oficial: 45.980. Bogotá, Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0975_2005.html
- Congreso de la República (2011). Ley 1448. Diario Oficial: 48.096 de 10 de junio de 2011. Bogotá, Colombia. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html
- Congreso de la República (2017). Acto Legislativo 01 de 2017. Diario Oficial n. ° 50.196 del 4 de abril de 2017. Bogotá, Colombia. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=80615>
- Congreso de la República (2018). Ley 1922 de 2018. Diario Oficial: 50.658 de 18 de julio de 2018. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1922_2018.html
- Congreso de la República. (2019). Ley 1957 de 2019. Diario Oficial No. 50.976 de 6 de junio 2019. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=94590>
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C 370. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa; Jaime Córdoba Triviño; Rodrigo Escobar Gil; Marco Gerardo Monroy Cabra; Álvaro Tafur Galvis; Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2006). Sentencia C 454. Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2011). Sentencia C 771. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, Colombia.
- Colombia. Corte Constitucional (2012). Sentencia C 250. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá: Corte Constitucional.

- Corte Constitucional. (2012). Sentencia C 715. Magistrado Ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional (2013). C 579. Magistrado Ponente: Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá: Colombia.
- Corte Constitucional. (2013). Sentencia C 753. Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. Bogotá, Colombia.
- Corte Constitucional. (2018). Sentencia C 007. Magistrado Ponente: Diana Fajardo Rivera. Bogotá, Colombia.
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2007). *Caso Zambrano Vélez y otros vs. Ecuador*. Sentencia del 4 de julio de 2007. San José, Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_166_esp1.pdf
- Corte Interamericana de los Derechos Humanos. (2011). Caso Contreras y otros vs. El Salvador. Sentencia del 31 de agosto de 2011. Bogotá, Colombia. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_232_esp.pdf
- Cortés, F. (2017). El lugar político de la justicia y la verdad en la justicia transicional en Colombia. *Estudios Políticos (Universidad de Antioquia)*, 50, 216-235. <https://doi.org/10.17533/udea.espo.n50a12>
- Cortés, F. (2018). El fin de la pena en la justicia transicional. En *Justicia transicional y Derecho Penal Internacional* (pp. 51-88). Siglo del Hombre Editores.
- Ministerio de Justicia de Colombia (2020). Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición. Enfoque de protección a víctimas. Cartilla 2020. https://www.javeriana.edu.co/escuela-gobierno-etica-publica/wp-content/uploads/2021/10/Cartilla_SIVJRNRFuncionariosFINAL10_06_20_1_.pdf
- Negri, A. (2015). *El Poder Constituyente*. Traficantes de sueños.
- Pécaut, D. (2015). Una lucha armada al servicio del statu quo social y político, En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* (pp. 627-675). Ediciones desde abajo.
- Pizarro, E. (2015). Una lectura múltiple y pluralista de la historia. En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* (pp. 17-106). Ediciones desde abajo.
- Presidencia de la República. (2017). Ley 588 de 2017. Diario Oficial No. 50.197 de 5 de abril de 2017. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0588_2017.html

- Presidencia de la República. (2017). Ley 589 de 2017. Diario Oficial No. 50.197 de 5 de abril de 2017. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_0589_2017.html
- Uprimny, Saffon, Botero, y Restrepo (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación en Colombia*. Antropos. <https://www.jep.gov.co/Sala-de-Prensa/Documents/Justicia%20transicional%20sin%20transici%C3%B3n.pdf>
- Uprimny, R., y Saffon, M. P. (2006). Verdad judicial y verdades extrajudiciales: la búsqueda de una complementariedad dinámica. *Pensamiento Jurídico*, 17. <https://revistas.unal.edu.co/index.php/peju/article/view/39766>
- Sharp, D. (2019). Más allá de las listas de requerimientos del posconflicto: conectar la construcción de paz y la justicia transicional desde la lente crítica. En *Justicia Transicional y Posconflicto* (pp. 97-166). Siglo del Hombre Editores.
- Teitel, R. (2017). *Justicia Transicional*. Universidad Externado de Colombia.
- Torres, F. (2019). Estudio preliminar. Justicia transicional en perspectiva: posibilidades, retos y nuevas paradojas en escenarios de (post)conflicto. En: *Justicia Transicional y Posconflicto* (pp. 13-98). Siglo del Hombre Editores.
- Waldorf, L. (2019). Anticipar el pasado: la justicia transicional y los daños socioeconómicos. En *Justicia Transicional y Posconflicto* (pp. 217-256). Siglo del Hombre Editores.



La violencia obstétrica y sus implicaciones legales en México¹

The Obstetric Violence and its Legal Implications in Mexico

Carolina Campos Serrano

 <https://orcid.org/0000-0002-4720-6140>

Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: caritocampos@gmail.com

Laura Páez Díaz de León

 <https://orcid.org/0000-0002-3989-8730>

Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: laurapaez.unam@gmail.com

Recepción: 17 de febrero de 2020
Aceptación: 2 de agosto de 2022

RESUMEN: Con el presente artículo se reflexiona sobre el derecho a la salud en las prácticas obstétricas y cómo sus efectos negativos producen una violencia de género en los centros de salud en México. Se observa la complejidad de este derecho bajo la óptica de las obligaciones del Estado, previstas en el orden constitucional, tanto de proteger y garantizar como sancionar las violaciones a los derechos humanos. A partir de esto, se sientan las bases para determinar cómo la violencia institucional es un factor determinante que precede a la violencia obstétrica. **Palabras claves:** derecho a la salud, violencia obstétrica, violencia institucional, derechos humanos.

ABSTRACT: With this article, we reflect on the right to health in obstetric practices and how their negative effects produce gender violence in health centers in Mexico. The complexity of this right is observed from the perspective of the obligations of the State, provided for in the constitutional order, both to protect and guarantee and punish human rights violations. From this, the foundations are laid to determine how institutional violence is a determining factor that precedes obstetric violence.

¹ El presente trabajo se plantea en el marco de la estancia de investigación posdoctoral. Se agradece al Programa de Becas Posdoctorales de la Dirección General de Asuntos del Personal Académico el apoyo brindado para efectuar la presente investigación y la colaboración en este artículo por parte de la doctora Laura Páez Díaz de León.

Keywords: human right to health, obstetric violence, institutional violence, humans rights.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Qué es la violencia obstétrica.* III. *Regulación de la violencia obstétrica.* IV. *Obligaciones del Estado.* V. *Violencia Institucional y Violencia Obstétrica.* VI. *Consideraciones Finales.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo tiene como objetivo reflexionar sobre el derecho a la salud en las prácticas obstétricas y cómo sus efectos negativos producen la violencia obstétrica en los centros de salud en México, mediante el análisis a las recomendaciones emitidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en esta materia para advertir cómo previamente a la violencia obstétrica le precede la violencia institucional como preludio de una violencia de género.

Este artículo plantea en la primera parte el análisis de la violencia obstétrica y su problemática para comprender cómo se construye a través de la violación a derechos humanos. Posteriormente estudia la regulación de la violencia obstétrica y cómo se establece como conducta antijurídica en el orden jurídico mexicano. Sumándose al análisis la obligación del Estado de proteger y reparar las violaciones a esta práctica obstétrica negativa y la vinculación del derecho a la salud, al cuidado materno-infantil, la vulneración a los derechos reproductivos, a la vida privada y al consentimiento informado. Para después detenerse a distinguir la violencia obstétrica del error médico por las consecuencias en la vulneración a los derechos fundamentales.

Por último, se analizan las recomendaciones emitidas durante los años 2015 al 2019 en materia de violencia obstétrica por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para reconocer cómo la violencia institucional está presente en ellas como una condición que genera violencia obstétrica.

II. QUÉ ES LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

1. *Problemática*

En el marco de la atención médica obstétrica se detectan que hay muchas afectaciones a los derechos y salud reproductiva ocurrida durante la atención al embarazo, parto y puerperio en las instituciones de salud lo cual aqueja

a mujeres y adolescentes gestantes, así como a niñas embarazadas (Díaz, 2019).

La violencia obstétrica es un problema que ha sido detectado desde el siglo pasado tanto en hospitales privados como públicos (Castro, 2014) y aún en el siglo XXI se sigue manifestando tanto en ciudades como en comunidades rurales (CNDH, 2018).

El Programa Nacional para la Igualdad de Oportunidades y No Discriminación Contra las Mujeres 2013-2018 (Pro-igualdad 2013-2018) señala que la atención a las mujeres en México atraviesa por una problemática variada (SSA, 2018, p. 12). Estima que la razón de mortalidad materna está en 43 defunciones por 100,000 nacidos vivos, produciéndose diversos contrastes por entidad federativa.

Se explica que las causas de mortalidad materna pueden advertirse previamente pues considera dos factores de riesgo: el tratamiento en adolescentes y el aborto. Anotando que el riesgo de complicaciones durante el embarazo, parto o puerperio es mayor en las adolescentes, y en el caso del aborto representa la quinta causa de mortalidad materna, destacándose que durante el periodo de 2004-2009 el 8.6% de los embarazos culminaron en un aborto (SSA, 2018, p. 12).

Otro problema es el del parto por cesárea. Al respecto se señala que del 46.2% de los nacimientos de mujeres entre las edades de 20 a 49 años son cesáreas. Indica que 20.5% fueron programadas y 25.7% por urgencia. Al respecto, dicho programa, refiere que a partir de la década del año 2000 el número de parto por cesárea se incrementó en un 50.3%, ascendiendo en el sector público a un 33.7% y en el privado en 60.4% (SSA, 2018, p. 12). Lo que dicha práctica genera es un mayor riesgo de morbi-mortalidad materna y neonatal, mayor número de partos pretérmino y de mayor probabilidad de muerte materna o fetal en el siguiente embarazo.

En la actualidad, en México más del 90% de las mujeres que viven en las ciudades tienen su parto en hospitales (SSA, 2018, p. 13), y las estadísticas observan que en esos lugares se realiza un elevado número de episiotomías² (Vardon et al., 2014) y de cesáreas con un alto nivel de medicalización a la atención materna, lo que evidencia que se promueve el uso de intervenciones innecesarias e incrementa el costo global de los servicios médicos (SSA, 2018, p. 17). Además, la insatisfacción de las mujeres por la atención

² La episiotomía es una incisión quirúrgica del periné, lo cual puede ser ampliamente riesgoso para la madre por las hemorragias que se pueden producir.

del parto y atención en el posparto se revela que son tanto en instituciones de salud públicas como privadas.

En el análisis de quejas realizado durante el periodo de 2002-2017 por la Comisión Nacional de Arbitraje Médico [2018] reporta un incremento de quejas en las especialidades de ginecología y obstetricia con 15 %, y de las quejas con evidencia de mala práctica por daño físico: ginecología y obstetricia con 69 % y pediatría con 64 % (CONAMED, 2018, pp. 21 y 22).

La mayor insatisfacción de las pacientes mujeres es la relacionada con la violencia obstétrica o perinatal. Esta problemática es de índole nacional y ampliamente conocida desde el año 2013, la cual cuenta con diversos estudios a nivel nacional realizados tanto por instituciones públicas, privadas, como por la academia (Tamés, 2020; Villanueva, 2016; Castro y Erviti, 2014; CEAV, 2017).

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) también ha evidenciado la problemática de insatisfacción y violencia institucional en salud reproductiva, a través de la Recomendación General núm. 15 sobre el Derecho a la Protección a la Salud (2009) y más recientemente por la Recomendación General núm. 31/2017 sobre la Violencia Obstétrica en el Sistema Nacional de Salud. En la primera se documentaron 11,854 quejas recibidas de todo el Sistema Nacional de Salud durante el periodo comprendido entre enero de 2000 y enero de 2009, de las que se destaca la atención médica con trato poco respetuoso y contrario a la dignidad humana.

También se habla de conductas discriminatorias hacia los pacientes; falta de atención en las unidades de urgencias; el maltrato a los pacientes; intervenciones quirúrgicas negligentes y deficiente atención materno-infantil durante el embarazo, parto y puerperio, principalmente, lo que aleja a las pacientes de los servicios de calidad con calidez. Ello motivó que, en el año 2017, nuevamente la CNDH emitiría una recomendación general en la que a través del análisis a 28 recomendaciones publicadas por ese organismo durante los años 2015 a 2017, se exhibiera la violencia obstétrica en el Sistema Nacional de Salud.

2. Concepto

En materia Internacional, la Oficina del Alto Comisionado en México de la Organización Mundial de la Salud señaló que

[L]a violencia obstétrica es aquella ejercida por las y los profesionales de la salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres. Se trata de un tipo de violencia invisibilizada, no desapercebida obviamente pues las mujeres la padecen, la sienten. La violencia obstétrica se manifiesta de distintas maneras, incluyendo malos tratos, humillaciones, insultos, amenazas, en algunos casos golpes; negación o rechazo para el acceso a servicios, el abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, entre otras formas de evidente discriminación y desvalorización del embarazo y parto. (CNDH, Recomendación General No. 31/2017, núm. 49)

Se destaca de este concepto que se individualiza al personal que realiza la conducta antijurídica. Los profesionales de la salud pueden ser hombres o mujeres lo que nos hace pensar que este tipo de violencia no es exclusivo del sexo masculino. Personal de ambos sexos pueden violar derechos humanos contra las mujeres durante el proceso reproductivo.

Por su parte, la Secretaría de Salud ha expresado que la Violencia Obstétrica es:

Una forma específica de violación a los derechos humanos que implica toda acción u omisión por parte del personal del sistema de salud, que dañe, lastime o denigre a las mujeres durante el proceso preconcepcional, el embarazo, parto/nacimiento y puerperio —sin importar la etapa o circunstancia del proceso reproductivo—, así como la negligencia en su atención que se exprese en un trato deshumanizado, en un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo la pérdida de autonomía y capacidad de decidir libremente sobre sus cuerpos y sexualidad. Cualesquiera otras formas análogas que lesionen o sean susceptibles de dañar la dignidad, integridad o libertad de las mujeres. (SSA, 2018, pp. 95 y 96)

Este concepto al señalar que la violencia obstétrica es una forma específica de violación de derechos humanos configura los principios rectores de interdependencia e indivisibilidad que se exponen en la teoría de los derechos humanos (Carbonell, 2014, p. 17).

Así se puede mostrar que al decir que cuando se dañe, lastime o denigre a una mujer en el proceso reproductivo se está en presencia del derecho a la integridad personal,³ pero al mismo tiempo se afecta el derecho a la dignidad

³ El derecho a la integridad personal implica la prohibición de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagrados en el artículo 20 constitucional.

humana cuando existe un trato deshumanizado y es violado el derecho a la salud al abusar en la medicalización y patologización de los procesos naturales. Otros derechos vulnerados que se interrelacionan son la libertad de los derechos reproductivos y el derecho a la información⁴ al impedir que la mujer ejerza su libre y autónoma voluntad sobre su cuerpo y su sexualidad.

De tal suerte que al vulnerarse el derecho humano a la salud generalmente hay más de un derecho relacionado entre sí.

Mientras que, para la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, la violencia obstétrica es:

Una modalidad de la violencia institucional y de género, cometida por prestadores de servicios de la salud, por una deshumanizada atención médica a las mujeres durante el embarazo, parto o puerperio que le genere una afectación física, psicológica o moral, que incluso llegue a provocar la pérdida de la vida de la mujer o, en su caso, del producto de la gestación o del recién nacido, derivado de la prestación de servicios médicos, abuso de medicalización y patologización de procedimientos naturales, entre otros. (CNDH, Recomendación General No. 31/2017, México, núm. 94)

Si bien es cierto que este concepto también apunta a la violación de derechos humanos, lo más revelador es la inclusión de los conceptos de violencia institucional y violencia de género.

La violencia institucional “es aquella violencia física, sexual, psíquica o simbólica, ejercida abusivamente por agentes del Estado en cumplimiento de sus funciones, incluyendo omisiones o cualquier actividad irregular que realicen en contra de una persona o grupos de personas” (Pereyra, 2015).

En tanto la violencia de género “como violencia masculina contra la mujer, supone una connotación de desigualdad entre los sexos como relaciones de poder donde se manifiesta cualquier tipo de violencia contra las mujeres resultado de una estrategia de dominación ejercida por el varón para mantener su posición de poder”.⁵ Dicha violencia no se agota con el maltrato físico, sino que incluye las amenazas, la coerción y la privación de la libertad

⁴ El derecho a la información en el ámbito de la atención a la salud presupone se ejerza a través del consentimiento informado el cual es un proceso de comunicación entre un proveedor de salud y un usuario donde este último ejerce de manera libre y voluntaria su decisión.

⁵ Cabe resaltar que fue durante la década de los setenta del siglo XX donde el movimiento feminista logró que se visibilizara este grave problema de violencia contra la mujer y obtuviera su reconocimiento internacional durante los años ochenta.

tanto en la vida pública como en la privada, así como la violencia sexual (Osborne, 2009, p. 32).

Del mismo modo, desde una mirada sociológica el doctor Roberto Castro (2014), también observa que la violencia obstétrica expresa relaciones de poder en las que se legitiman el procedimiento que se caracteriza por una apropiación del cuerpo de la mujer y de los procesos fisiológicos presentes durante el embarazo, el trabajo de parto, el periodo expulsivo del mismo, el alumbramiento de la placenta y la atención del recién nacido y del puerperio en la mujer, y un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, trayendo consigo pérdida de autonomía y capacidad de decisión de parte de las mujeres en trabajo de parto, lo cual mengua sus derechos humanos (Castro, 2014, p. 1).

En este concepto también están presentes la violación de los derechos humanos, las relaciones de poder y dominación entre los profesionales de la salud frente a las mujeres embarazadas, dando paso a la construcción de la violencia institucional y de género.

Por otro lado, de igual forma, la CNDH también ha estimado:

[...]que algunos integrantes del personal de salud incurren en prácticas y omisiones que tienen por resultado el menoscabo de los derechos humanos de las mujeres, incluidos el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a la información y libre consentimiento, a una vida libre de violencia, a la integridad, vida, y salud, en relación con la protección de la salud reproductiva. Particularmente la violencia sobre la salud reproductiva se encuentra vinculada con la violencia de género y tiene relación “con un modelo biomédico que desestima los elementos emocionales y sociales de la salud dando predominio al cuerpo y los elementos biológicos. (CNDH, Recomendación General No. 31/2017, núm. 8)

Por tanto, se advierte que la violencia obstétrica es un tipo de violencia de género la cual sufren las mujeres durante el proceso reproductivo, propiciándose la vulneración a sus derechos humanos. El concepto jurídico plasmado en el Código Penal para el Estado de México indica que la violencia de género es “el conjunto de amenazas, agravios, maltrato, lesiones y daños asociados a la exclusión, la subordinación, la discriminación y la explotación de las mujeres y las niñas y que es consubstancial a la opresión de género en todas sus modalidades” (Código Penal para el Estado de México, 2000, art. 286 bis, f. II.).

Este tipo de violencia en el marco de la atención obstétrica se puede asociar como “el maltrato que sufre la mujer embarazada al ser juzgada, atemorizada, vejada, lastimada física y emocionalmente, y no ser respetada en sus decisiones” (Castellanos, 2013).

En términos generales, la violencia obstétrica hace referencia a la violación de los derechos humanos de las mujeres durante la atención médica en el proceso reproductivo, como resultado de prácticas de abuso médico, actividades que obstaculizan o impidan el goce pleno de sus derechos fundamentales por parte de servidores públicos o autoridades institucionales, además de no contar con condiciones ordenadas para prestar el servicio de salud.

Es pertinente apuntar que los derechos reproductivos y libertad sexual ampara los procesos reproductivos, que incluyen el embarazo, parto y puerperio, pero además las consultas preconcepcionales, la interrupción legal del embarazo, la atención en servicios de reproducción asistida e incluso la consejería y consulta de seguimiento relacionada con el uso de métodos de planificación familiar.

En suma, se asiente que en la violencia de género en la modalidad de violencia obstétrica concurren la discriminación y la vulneración a la dignidad humana, como conductas contrarias a los derechos humanos. Además, de ser una práctica negativa al derecho a la salud efectuada por parte de los profesionales de la salud.

III. REGULACIÓN DE LA VIOLENCIA OBSTÉTRICA

La violencia contra las mujeres en cualquier etapa de su vida constituye una violación a sus derechos humanos y libertades fundamentales. Hoy en día existe un marco jurídico nacional e internacional⁶ que da sustento a la protección contra la violencia relacionada contra la salud reproductiva (Villanueva et al., 2016).

Los instrumentos jurídicos internacionales constituyen norma jurídica vigente en México y deben considerarse para la interpretación de las normas

⁶ La definición de la violencia contra las mujeres está establecida en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará) como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado.

relativas a los derechos humanos, “favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia a las personas”.⁷

Así, para evitar la violencia obstétrica se deben proteger los derechos a la protección de la salud, integridad personal y trato digno que se prevén en los instrumentos en los numerales 6.1 y 24.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 4.1, 11.1 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; I, VII y XI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 1, 3, 25.1 y 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 12.1 y 12.2, incisos *a*) y *d*), del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 10.1, 10.2, incisos *a*), *b*), *d*), y *f*) y 16, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 11, 12.1 y 12.2, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; y 1, 4, 7, inciso *b*) y 8, inciso *a*), de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém Do Pará”.

Esa protección asegura la plena efectividad y alcance del nivel más alto de salud para todos los individuos, en este caso el de las mujeres y niños, pero también se prevé el margen mínimo de calidad en los servicios médicos que el Estado debe proporcionar a su población, en cuanto al disfrute de un servicio médico y, de adoptar las medidas necesarias para su plena efectividad.

Por lo que hace a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cabe destacar la sentencia del caso *Albán Cornejo y otros vs. Ecuador*,⁸ del 22 de noviembre de 2007, que en el numeral 68 refiere la relevancia que tiene un expediente médico adecuadamente integrado como un instrumento guía para el tratamiento y constituirse en una fuente razonable de conocimiento acerca de la situación del enfermo, las medidas adoptadas para controlarla y, en su caso, las consecuentes responsabilidades. Por ello, la falta de notas médicas en los expedientes o la deficiente integración de estos, así como la ausencia de normas que regulen esta temática bajo la armonización con las normas éticas y reglas de buena práctica, constituyen omisiones que deben ser analizadas y valoradas para establecer la posible existencia de responsabilidades.

⁷ Es el llamado principio pro-persona, de aplicación nacional e internacional.

⁸ Representa el primer caso de violencia obstétrica denunciado en América latina, lo que lo constituye como un caso emblemático:

Del mismo modo se señala la trascendencia del *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde la Corte ha sostenido que “El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad”.

Al respecto, la opinión consultiva OC-17/2002, “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, del 28 de agosto de 2002, solicitada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, establece que la eficaz y oportuna protección de los intereses de los niños debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas; en este sentido, el inciso tercero del artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, determina que los Estados parte se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes, especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.

Por su parte, en el *Caso Fernández Ortega y otros vs. México* (sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C, núm. 215, párrafo 129), refiere que el concepto de vida privada comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida sexual y las relaciones familiares, por lo que la injerencia del Estado con menoscabo de la capacidad de las mujeres de decidir de manera libre e informada sobre los procesos del embarazo, el parto y el posparto resulta violatorio de este derecho.

En ambos casos se habla de violaciones a derechos humanos de las mujeres embarazadas, en parto o en posparto e incluso de los derechos de las personas recién nacidas las cuales constituyen estar dentro del concepto considerado como violencia obstétrica.

Cabe señalar que los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son de observancia obligatoria para el Estado mexicano, de conformidad con el artículo 62, en sus numerales 1 y 2, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del reconocimiento de su competencia contenciosa, acorde al decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1999.

En México, la violencia obstétrica se encuentra regulada en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia como violencia sexual e institucional y en el Código Penal Federal como delito reproducti-

vo. En materia estatal los estados de la República mexicana la han previsto en ordenamientos jurídicos similares a la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Actualmente, son 20 entidades federativas de la República mexicana que ya consideran la violencia obstétrica dentro de su marco legal.⁹ Además, en los estados de Veracruz, Guerrero, Chiapas y Estado de México, la violencia obstétrica ya está tipificada como delito.

La violencia obstétrica está prevista en el Código Penal Federal como delito contra los derechos reproductivos bajo las modalidades de inseminación¹⁰ artificial,¹¹ implante de óvulo no autorizado¹² y esterilidad provocada.¹³

Para el caso de estos delitos y tratándose de servidores públicos, como lo son los médicos que pertenecen a un centro de salud pública, a éstos se les impondrá además de las penas previstas de prisión y multa, la suspensión para ejercer la profesión y, en caso de servidores públicos, como son los cargos de director o similares, inhabilitación para el desempeño del empleo, cargo o comisión públicos, por un tiempo igual al de la pena de prisión impuesta, así como la destitución (Código Penal Federal, 2017, México, art. 199 quarter) siempre que en virtud de su ejercicio haya cometido dicha conducta.

⁹ Se encuentra regulado en las entidades federativas de Aguascalientes, Baja California, Coahuila, Tlaxcala, Nayarit, Veracruz, Chiapas, Guanajuato, Durango, Chihuahua, Quintana Roo, Tamaulipas, Campeche, Colima, Estado de México, Hidalgo, Morelos, Puebla, Querétaro y San Luis Potosí.

¹⁰ La inseminación artificial es una técnica de reproducción asistida en la que se introduce el esperma en la vagina de la mujer por medios mecánicos.

¹¹ El artículo 199 ter prevé a quien cometa el delito de inseminación artificial a una mujer menor o incapaz con violencia se le impondrán de cinco a 14 años de prisión y hasta 20 días de multa.

¹² El artículo 199 quarter dispone a quien implante a una mujer un óvulo fecundado, cuando hubiere utilizado para ello un óvulo ajeno o esperma de donante no autorizado, sin el consentimiento expreso de la paciente, del donante o con el consentimiento de una menor de edad o de una incapaz para comprender el significado del hecho o para resistirlo. Se sancionará de cuatro a siete años de prisión y hasta 70 días de multa. Si el delito se realiza con violencia o de ella resulta un embarazo, la pena aplicable será de cinco a 14 años y hasta 120 días de multa.

¹³ De acuerdo con el artículo 199 quintus comete el delito de esterilidad provocada quien sin el consentimiento de una persona practique en ella procedimientos quirúrgicos, químicos o de cualquier otra índole para hacerla estéril. Al responsable de esterilidad provocada se le impondrán de cuatro a siete años de prisión y hasta 70 días de multa, así como el pago total de la reparación de los daños y perjuicios ocasionados, que podrá incluir el procedimiento quirúrgico correspondiente para revertir la esterilidad.

Además, si resultan hijos a consecuencia de la comisión de alguno de los delitos previstos por inseminación artificial o implante de óvulo no autorizado, la reparación del daño comprenderá además el pago de alimentos para éstos y para la madre, en los términos que fija la legislación civil.

Para el caso del Estado de México, el artículo 276 del Código Penal de ese estado ha articulado el delito de violencia obstétrica señalando que *se configura por parte del personal médico, paramédico, de enfermería y administrativo de las instituciones de salud públicas o privadas, cuando se dañe o denigre a la mujer durante el embarazo, el parto, puerperio o en emergencias obstétricas, vulnerando sus derechos por medio de tratos crueles, inhumanos o degradantes* (Código Penal para el Estado de México [CPEM], 2000, México, art. 276).

Del concepto brindado en el artículo 276 del Código Penal para el Estado de México se destaca que individualiza a las personas que pueden vulnerar los derechos de las mujeres en el proceso reproductivo incluyendo tanto a instituciones públicas como privadas. Y, además señala cómo se pueden producir esos actos médicos negativos a través de supuestos jurídicos violatorios de derechos humanos.

En ese contexto se explica, comete este delito el personal de salud que

Tabla 1. Derechos humanos involucrados en el delito de violencia obstétrica

Derechos Humanos involucrados											
Núm.	Acto médico	Derecho a la salud	Derecho a la no discriminación	Derechos reproductivos	Derecho a la vida privada	Derecho de acceso a la información	Derecho a la integridad personal	Derecho a la dignidad humana	Derecho a la alimentación	Derechos de la niñez	Derecho a la libre autodeterminación
I.	No atienda o no brinde atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas	x	x	x							
II.	Altere el proceso natural del parto de bajo riesgo, a través del uso de técnicas de aceleración, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer	x		x	x	x					
III.	No obstante existir condiciones para el parto natural, practique el parto por vía de cesárea, sin obtener el consentimiento voluntario, expreso e informado de la mujer	x		x	x	x	x				
IV.	Acose o presione psicológica u ofensivamente a una parturienta, con el fin de inhibir la libre decisión de su maternidad			x	x		x	x			

Además de lo anterior, el Código Penal para el Estado de México señala que existen otras formas en que se manifiesta la violencia obstétrica; estas son la del homicidio y la de esterilidad provocada.¹⁴

Así en su artículo 277 prevé: “Cuando por motivo de la falta de atención o no se brinde atención oportuna y eficaz a las mujeres en el embarazo, parto, puerperio o en emergencias obstétricas, y se cause la muerte del producto de la concepción, con independencia de las penas que se señalan, además se aplicarán las establecidas para el delito de homicidio” (Código Penal para el Estado de México, 2000, México, art. 277). Cabe mencionar que los derechos humanos que se han violado son el derecho a la vida, derecho a la salud, y el derecho a no ser discriminado.

En cuanto al delito de esterilidad provocada (CPEM, 2000, art. 278), aun cuando este está estipulado también en el Código Penal Federal existen diferencias con el del Estado de México. La primera es que en materia federal se indica sin el consentimiento de la persona, lo que da pauta a pensar que la esterilidad también se le puede aplicar a un hombre. Lo que en el caso del Código Penal del Estado de México es expreso al indicar a la mujer.

La otra distinción, está en la reparación del daño por lo que hace al cubrir los gastos hospitalarios y el tratamiento médico para la reversión de la esterilización. Para el caso del Estado de México, además de lo anterior, también se alude a personal administrativo que haya participado en la realización de la conducta.

La complejidad de la atención al derecho a la salud hace que se advierta que el personal médico de instituciones públicas, sean catalogados como servidores públicos, pero también lo son aquéllos que tienen a su cargo la administración y dirección de los centros de salud, como sucede en los centros de salud privados. De ahí que sea compartida la realización de los actos médicos, generándose, en ocasiones, responsabilidad solidaria entre ellos.

En este mismo código, así como en la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, también se regula la violencia institucional y la violencia de género.

En esa Ley se regula en el capítulo V la violencia feminicida y de la alerta de violencia de género contra las mujeres en el artículo 22, señalando que

¹⁴ Comete el delito de esterilidad provocada quien, sin el consentimiento de la mujer, practique en ella procedimientos quirúrgicos, químicos o de cualquier otra índole para hacerla estéril.

La Alerta de Violencia de Género contra las mujeres: Es el conjunto de acciones gubernamentales coordinadas, integrales, de emergencia y temporales realizadas entre las autoridades de los tres órdenes y niveles de gobierno, para enfrentar y erradicar la violencia feminicida en un territorio determinado; así como para eliminar el agravio comparado, resultado de las desigualdades producidas por ordenamientos jurídicos o políticas públicas que impiden el reconocimiento o ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, las adolescentes y las niñas, a fin de garantizar su pleno acceso al derecho a una vida libre de violencias.

En este mismo capítulo se señalan los objetivos de la alerta de violencia de género contra las mujeres de la que se destaca: Garantizar la vida, la integridad, la libertad y la seguridad, así como el acceso a la justicia de las mujeres, adolescentes y niñas y eliminar la desigualdad y discriminación producidas por ordenamientos jurídicos o políticas públicas que agravan los derechos humanos de las mujeres, adolescentes y niñas.

También se señala el procedimiento para dar trámite a una alerta de violencia de género contra las mujeres el cual debe ser pronto y expedito, atender la situación de urgencia de los hechos documentados que motiva la solicitud y el territorio especificado, y por último atender al principio de debida diligencia.

Del mismo modo se encuentra consagrada la violencia institucional, la que se define en el artículo 18 en los siguientes términos:

La Violencia Institucional: Son los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

Estos dos tipos de violencia se encuentran previstos también en el Código del Estado de México ya como delitos. Por ello es importante destacar que la violencia institucional es el preludeo a una violencia de género y ambas preceden a la violencia obstétrica.

Por último, la CNDH en el numeral 15 de la recomendación general 31/2017 hace notar que el rol de los médicos es fundamental para la conservación y restablecimiento de la salud, y que su desempeño en los hospitales puede estar influenciado por cuestiones políticas, económicas y sociales (CNDH, Rec. Gral. No. 31/2017, núm. 15, pp. 5-6), lo que hace notar que las

políticas públicas que los rigen tienen como trasfondo la responsabilidad del Estado.

IV. OBLIGACIONES DEL ESTADO MEXICANO

1. *Protección y garantía al derecho a la salud y las prácticas obstétricas*

Derivado de la trascendencia que representa para nuestro sistema jurídico las determinaciones adoptadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre las disposiciones convencionales con relación a los derechos humanos y que, precisamente, constituyen pautas de interpretación las cuales son atendidas por los tribunales mexicanos,¹⁵ es importante destacar que los pronunciamientos de la Corte, si bien rigen la situación concreta que se dirime, lo cierto es que a través de sus sentencias genera lo que se conoce como la jurisprudencia interamericana, la cual es un punto de referencia para la aplicación de los criterios de los juzgadores mexicanos.

La jurisprudencia interamericana es entendida como “la doctrina o estándares que se desprenden y desarrollan a partir de los pronunciamientos que emite ya sea en ejercicio de su competencia consultiva o contenciosa, y que sirven para definir los alcances y obligaciones de los estados respecto de un derecho en particular”.¹⁶

En ese orden de ideas el *Caso de Manuela y otros vs. El Salvador*, por los tratos crueles y degradantes que enfrentó Manuela y su familia, se constituye como un caso emblemático ya que por primera vez el más alto tribunal

¹⁵ Así lo reconoció la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las tesis de rubros: Tesis: P. III/2013 (10a.), SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS, Registro digital: 2003156; Tesis: 1a. XIII/2012 (10a.), CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO, Registro digital: 2000206; Tesis: P. LXV/2011 (9a.), SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO, Registro digital: 160482.

¹⁶ Sobre el tema: Ovalle Favela, J. (2012), La influencia de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el derecho interno de los Estados latinoamericanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (134) <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2012.134.4757>

de América conoce de un caso sobre injusticias reproductivas relacionadas con emergencias obstétricas en la región. Brevemente se relata como sigue:

Manuela era una mujer joven, analfabeta, que vivía en una zona rural, en situación de pobreza, que tuvo una emergencia obstétrica. Cuando llegó al hospital la esposaron violando así su presunción de inocencia. El personal de salud la denunció de haberse provocado un aborto; porque era un embarazo “producto de una infidelidad”[...] Esos fueron los prejuicios de género, por los cuales la persiguieron y torturaron. Ella y su familia fueron interrogados sin la presencia de una abogada, violando el debido proceso. La condenaron a 30 años de cárcel. Estando privada de libertad se dieron cuenta de que padecía de cáncer linfático, y que esto pudo haber provocado la pérdida de su embarazo. Tampoco fue atendida oportunamente. Pasó sus dos últimos años de vida en la cárcel. Lejos de su familia. Por estas injusticias, se llevó el caso de Manuela ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Manuela se enfrentó a un proceso judicial siguiendo estereotipos de género machistas, sin garantías y condena injusta.

Sentencia Caso Manuela y otros vs. El Salvador. En la Sentencia del Caso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró responsable internacionalmente al Estado de El Salvador por las violaciones a la libertad personal, las garantías judiciales, igualdad ante la ley, el derecho a la vida, a la integridad personal, a la vida privada, y a la salud, en perjuicio de Manuela, así como al derecho de la integridad personal en perjuicio de los familiares de Manuela.

Obligaciones del Estado. Desde que entró en vigor la penalización absoluta del aborto en El Salvador se ha criminalizado a mujeres que han sufrido abortos espontáneos y otras emergencias obstétricas. Se reconoce la criminalización por cultura y prejuicios, se visibilizó que la emergencia obstétrica por aborto espontáneo es un evento obstétrico y no así la privación de la vida. El personal de salud debe guardar la secrecía por cuestiones de salud y violencia obstétrica. La Corte planteó establecer modificaciones legislativas y en políticas públicas. Las medidas de reparación deben constar en políticas públicas de no repetición para que nadie sufra una situación similar, garantizar la atención integral en caso de emergencia obstétrica y adecuar la figura de la prisión preventiva para que se aplique solo de forma excepcional. (*Caso Manuela y otros vs. El Salvador*)

En México, en el artículo primero, primer párrafo constitucional, reconoce los derechos humanos y la obligación de incluir en el sistema jurídico

mexicano la aplicación de los tratados internacionales en los que México sea parte, por ello los instrumentos internacionales que prevean el derecho humano a la Salud serán aplicables a la nación mexicana. Además, en ese mismo párrafo se dispone que todas las personas son iguales ante la ley. Así el derecho a la salud debe otorgarse por igual a todas las personas y sin discriminación de ninguna índole.

El *derecho a la salud* se adicionó a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el 3 de febrero de 1983, con un párrafo al artículo cuatro para incluirlo indicando que “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

Sin embargo, además de consagrarse el derecho fundamental, al mismo tiempo prevé que el Estado lo deberá garantizar.

En cuanto a las obligaciones del Estado y el cumplimiento de los derechos humanos, el orden constitucional vincula los derechos humanos, con las obligaciones del Estado de respetar y garantizar las prácticas obstétricas y se dan las principales reglas de aplicación de la norma.

En el párrafo tercero del artículo 1o. de la CPEUM es de destacarse la Responsabilidad del Estado en el cumplimiento de los derechos humanos y para ello señalan la doble función de las autoridades y la obediencia a los principios rectores para su cumplimiento.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la *obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos* de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el *Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos*, en los términos que establezca la ley.

Dado lo anterior, es evidente la responsabilidad del Estado cuando haya una actividad irregular en los centros de salud públicos, ya que como consecuencia surge la responsabilidad institucional y como medida de restitución al daño causado el derecho a la justa indemnización para la víctima.

Hay que reconocer que las autoridades en el Sistema Nacional de Salud (Ley General de Salud, artículo 4o.) son el presidente de la República, el Consejo de Salubridad General, la Secretaría de Salud, y los gobiernos de las entidades federativas, incluyendo el Gobierno de la Ciudad de México, y también lo son los responsables de otorgar y resguardar el derecho a la salud.

En el quinto y último párrafo de ese primer artículo se hace ver que el derecho a la dignidad es la base de los derechos humanos, por lo tanto

no puede existir discriminación en ninguna forma y debe prevalecer el principio de igualdad jurídica. Aunado a que nadie debe atentar contra el menoscabo o anulación de los derechos y libertades de las personas (Ley General de Víctimas, art. 5). Se debe considerar que la dignidad humana es el valor supremo que rige a los derechos humanos.

Así, la jurisprudencia de la Corte mexicana ha señalado que, no es una simple cuestión ética, es una norma jurídica que se encuentra positivada en el orden jurídico y además es un principio que ha permeado en todo el sistema jurídico (Jurisprudencia, 1a./J. 37/2016 (10a.)), por ello el derecho a la salud debe abrigar la dignidad humana al brindar el servicio con trato humanizado.

En virtud de la dignidad humana de la víctima, todas las autoridades del Estado están obligadas en todo momento a respetar su autonomía, a considerarla y tratarla como fin de su actuación. Igualmente, todas las autoridades del Estado están obligadas a garantizar que no se vea disminuido el mínimo existencial al que la víctima tiene derecho, ni sea afectado el núcleo esencial de sus derechos. (Ley General de Víctimas, art. 5)

Por tanto, el derecho a la salud debe de otorgarse con una atención médica con un trato digno, sin injerencias en la vida privada y el respeto absoluto al paciente en todas sus dimensiones. Siendo, el garante el Estado Mexicano a través de los poderes de la unión y sus tres niveles de gobierno, reparando el daño que se pudiera generar a través del derecho a la reparación integral.

2. Vínculo entre el derecho a la salud con el cuidado materno-infantil y otros derechos

Concierne, ahora, identificar el fundamento constitucional de los derechos del cuidado materno-infantil que se vinculan con el derecho a la salud.

El sustento de los derechos reproductivos y sexuales de la mujer se encuentra dispuesto en el artículo cuatro, segundo párrafo de la Constitución federal al prever que todas las personas tienen el derecho a fundar una familia y el Estado la obligación de garantizarlo. En párrafos siguientes, octavo y noveno del citado artículo, se localizan los derechos de la niñez y el interés superior del menor, ello para tener la correlación con el cuidado materno-infantil con la práctica obstétrica y la obligación del Estado mexicano de protegerlos y garantizarlos.

Existen otros derechos que se relacionan con el derecho a la salud y las prácticas obstétricas. Estos derechos son: 1) el derecho a la información, 2) el derecho de las mujeres a vivir libres de violencia *obstétrica*, y 3) derecho a la vida privada.

El derecho a la información (Tamés, 2015, p. 24) dice que “toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión (CPEUM, art. 6). El acceso a la información en el ámbito de la atención a la salud supone que ésta se provea de una manera que permita ejercer el consentimiento informado. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 19; y Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 13.)

El consentimiento informado es un proceso de comunicación entre un proveedor de salud y un usuario, que no se agota con la firma de un documento. Los proveedores de servicios tienen la responsabilidad de proporcionar información clara y precisa, utilizando lenguaje y métodos comprensibles para la persona usuaria, y facilitar un proceso de decisión completo, libre e informado.

En relación con la atención al embarazo, el parto y el posparto, las mujeres deben tener acceso a información veraz, objetiva, imparcial y libre de prejuicios acerca de las opciones que tienen. Además, dicha información debe ser proporcionada en un ambiente libre de presiones y coerción.

En suma, para que un consentimiento se considere informado se debe otorgar de manera libre y voluntaria y sin que esté sujeta a ningún tipo de discriminación, amenazas, ni presiones.

El derecho de las mujeres a vivir libres de violencia. Se define la violencia contra las mujeres como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico, tanto en el ámbito público como en el privado. (Convención Belém do Pará, 1994, art. 1). Este derecho incluye, por supuesto, la protección de sufrir violencia física, sexual y psicológica perpetrada en establecimientos de salud, por el Estado, sus agentes, o por cualquier persona. Además, el derecho a ser valoradas libres de estereotipos y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad y subordinación —discriminación—, ya que tales factores tienen tal peso dentro de la configuración de las prácticas obstétricas que inducen a situaciones de violencia obstétrica (Tamés, 2015, p. 25).

Aunado a lo anterior, cabe mencionar que el artículo 14 constitucional establece en su segundo párrafo: “Nadie podrá ser privado de sus[...] dere-

chos, sin que medie juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos” donde se cumpla con lo previsto por la tutela judicial. En ese mismo contexto, al privarle de sus derechos a un individuo se atenta contra el pleno desarrollo de la persona, es decir al derecho a la integridad.

El derecho a la integridad personal implica la prohibición de la tortura y de penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, consagrados en el artículo 20 constitucional. Al analizar el contenido del artículo que antecede, se ha de destacar que para que una persona tenga un libre desarrollo, se comprende la protección a la preservación de las dimensiones fundamentales de la persona: física, psíquica y moral (Tamés, 2015, p. 22). Esto se traduce tanto en el derecho a la protección de agresiones al cuerpo, ya sea destruyéndolo, causándole dolor físico o daño a su salud, como al derecho a mantener incólumes las facultades psíquicas y morales, lo que guarda relación con la prohibición de ser obligadas, constreñidas o manipuladas mentalmente en contra de la voluntad (Tamés, 2015, p. 22).

En el caso que ocupa, se atentaría, no sólo contra el derecho a la salud, sino contra una práctica obstétrica negativa ya que al estar privado de sus derechos no podría gozar de un *bienestar físico, mental y social*.

Por último, el derecho a la vida privada, señala que toda persona tiene derecho a la protección de su vida privada y de sus datos personales (CPEUM, art. 6) y nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento (CPEUM, art. 16).

En términos generales, se refiere al derecho de que no existan injerencias arbitrarias en la vida privada de una persona o de su familia; y en el contexto de los derechos reproductivos, implica el derecho de las personas a tomar decisiones sobre su procreación llamada autonomía reproductiva —incluyendo la decisión de las mujeres, basada en información clara, objetiva y veraz, sobre la forma en que desean su parto—, derecho protegido, además, de forma explícita en el artículo 4o. párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, con los derechos reproductivos y el derecho a la libertad sexual.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: “El ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” (Corte IDH, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*). Y que, “el concepto de vida privada comprende, entre otros ámbitos protegidos, la vida

sexual y las relaciones familiares” (Corte IDH, *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*) por lo que la injerencia del Estado con menoscabo de la capacidad de las mujeres de decidir de manera libre e informada sobre los procesos del embarazo, el parto y el posparto resulta violatorio de este derecho, propiciándose una actividad irregular del Estado en caso de que los médicos, en su calidad de servidores públicos, lo efectuarán.

V. VIOLENCIA INSTITUCIONAL Y VIOLENCIA OBSTÉTRICA

Como ha quedado expresado la violencia obstétrica es la violación de los derechos humanos de las mujeres durante la atención médica en el proceso reproductivo, como una modalidad de la violencia institucional y de género.

El concepto de violencia institucional lo ha brindado la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (México, 2018, art. 18) como:

Los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden de gobierno que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los derechos humanos de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

De igual forma y en los mismos términos se encuentra previsto como delito en el Código Penal del Estado de México en el artículo 275, como una modalidad de la violencia de género. Sin embargo, la causa que permite que se manifieste la violencia obstétrica es un error médico.

1. *Violencia obstétrica y error médico inexcusable*

Un error médico es una acción equivocada, que puede surgir en forma accidental en un contexto de apego a las buenas prácticas médicas (*Lex Artis*) o bien ser resultado de un mal juicio, ignorancia o falta de experiencia (Mala Praxis) (Fernández, 2016, p. 5). Los errores médicos, después de ser evaluados pueden ser excusables o inexcusables.

Un error excusable es aquél que se presenta cuando a pesar de que el personal médico aplica los conocimientos, habilidades y destrezas con diligencia, compartiendo con el paciente la información pertinente, tomando

en cuenta los valores, la creencia y actuando con responsabilidad y prudencia se presenta un diagnóstico erróneo que *no reviste la gravedad de la negligencia médica*. Un error inexcusable se presenta cuando la conducta clínica frente a un paciente no sigue las normas o pautas que señala la *Lex Artis* médica, sin seguimiento a la diligencia o con actuación de impericia e imprudencia (Fernández, 2016, p. 5). Son cuatro características las que se reúnen cuando hay una mala praxis, a saber: negligencia, impericia, impericia temeraria y dolo.

Se está en presencia de la Negligencia, *cuando existe descuido de precauciones y atenciones calificadas como necesarias; cuando a pesar de tener el conocimiento no se aplica y se provoca daño*. La Impericia es la *falta de capacidad y experiencia, de conocimientos técnicos y prácticos; cuando se actúa sin tener el conocimiento y se genera daño*. La Impericia Temeraria es el *sometimiento a riesgos innecesarios a causa de falta de conocimiento* y el Dolo es la *intención o artificio para dañar a otro. Siempre es punible ya que viola conscientemente la ley* (Fernández, 2016, p. 5).

La CNDH en la Recomendación General No. 31/2017 (CNDH, México, núm. 83) apunta que la violencia obstétrica es una forma de negligencia médica, puesto que las conductas realizadas consisten en descuido, omisión, impericia, imprudencia y falta de diligencia, entre otras, que puede afectar la salud e integridad de una persona. En ese sentido, se incumplen con las normas técnicas, parámetros y estándares mínimos que regulan la profesión.

Cuando se produce la violencia obstétrica, además de las conductas señaladas también se incluye la *discriminación*, cometidas por los profesionales de la salud que violentan los derechos humanos de las mujeres, por una deshumanizada atención médica, abuso de medicalización y patologización de procedimientos naturales, entre otros, durante el embarazo, parto o puerperio, que genera una afectación física, psicológica o moral e incluso la pérdida de la vida de la mujer o el producto de la concepción (CNDH, México, núm. 83).

En ambos casos, se incumple con las normas técnicas, parámetros y estándares mínimos que regulan la profesión. Sin embargo, la negligencia médica puede configurarse en cualquier momento de la atención médica brindada a cualquier persona, mientras que la violencia obstétrica ocurre durante un lapso específico de la vida de una mujer: el embarazo, parto y puerperio (CNDH, México, núm. 83), Sin interesar que sea negligencia o violencia obstétrica, el daño que se haya producido por un error médico con o sin violencia, siempre debe de ser reparado.

A pesar de que el error médico inexcusable está presente en la violencia obstétrica, para verificar que la violencia institucional se presenta como preludio a la misma y que ambas presentan particularidades de la violencia de género, se precisó analizar cómo los profesionales de la salud de hospitales públicos brindan la atención del cuidado materno-infantil a través del análisis de las 48 recomendaciones emitidas por la CNDH bajo el sistema de peticiones individuales durante el periodo de 2015 a 2019.

2. Análisis de recomendaciones de la CNDH

Del número de recomendaciones emitidas por ese organismo autónomo, se han encontrado acciones y omisiones específicas que constituyen violencia obstétrica arrojando los siguientes datos:

Durante el año 2015 se emitieron 14 recomendaciones, disminuyendo esa cifra para el año 2016 y quedar en 11 recomendaciones, manteniéndose en ese número durante el año 2017. Para el año 2018 se redujo aún más para quedar en tan solo 8 recomendaciones y para el periodo de enero a agosto de 2019 sólo se han emitido tres recomendaciones.

En total 48 mujeres presentaron sus quejas por violaciones a derechos humanos durante la estancia en el hospital donde fueron atendidas para el parto, de las cuales tres de ellas fueron menores de edad y en siete casos no se indicó la edad.

		Años de edad cumplidos																					
Mujeres		No se indica	40	38	36	35	34	33	32	31	30	29	28	27	26	25	24	21	19	18	16	15	14
Total	48	7	2	2	3	1	2	2	2	1	1	5	1	1	3	1	2	5	2	2	1	1	1
Menores de edad	3																						
Adultas	38																						

Los hospitales en donde se han presentado mayores quejas por violencia obstétrica son los del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS), incluyéndose Centros de Salud Rural, en total 27 durante este tiempo, seguido por los centros de salud de la Secretaría de Salud (SSA) donde se reportan 15 quejas, también se incluyen centros de salud rurales y en el Instituto de Servicios de Seguridad Social de los Trabajadores del Estado (ISSSTE) con tres quejas.

Tipo de hospital	52
IMSS	27
SSA	15
ISSSTE	3
PEMEX	1
Rurales (IMSS y SSA)	6

Por lo que se refiere a las entidades federativas de la república son 19 en donde se concentran las quejas.

Correspondiéndole a 10 hospitales de la Ciudad de México el mayor número de quejas. Seguido por los estados de Oaxaca con seis, Chiapas con cinco; Tamaulipas, Tabasco, Estado de México y Baja California con tres quejas; Querétaro, Puebla, Michoacán y Durango con dos, y BC Sur, Chihuahua, Guerrero, Hidalgo, Morelos, Quintana Roo, Sinaloa y Veracruz con una queja.

Los derechos humanos que principalmente se han transgredido son, a saber: *a)* derecho a la salud, *b)* derecho al trato digno, *c)* derecho a la integridad personal, *d)* derecho a la vida, *e)* derecho a la justicia (procuración), *f)* derecho al acceso a la justicia en sede administrativa y al deber de investigar con debida diligencia la violencia, *g)* derecho a la igualdad y no ser discriminado, *h)* derecho a la libertad y autonomía reproductiva, *i)* derecho al acceso a la información en materia de salud, *j)* derecho a la verdad en el expediente clínico, *k)* derecho a la planificación familiar y derecho a elegir el número y espaciamiento de los hijos, *l)* derecho a una vida libre de violencia obstétrica, *m)* derecho al interés superior de la niñez, *n)* derecho a la salud en tanto a la protección materna y al desarrollo del producto de la gestación, *o)* derecho a la lactancia materna del recién nacido, y *p)* derechos de las mujeres adolescentes.

3. Hallazgos

Los principales hallazgos son las irregularidades que se presentaron por la inadecuada integración del *expediente clínico*. Ello propició errores médicos inexcusables, por lo que se configuró la mala práctica médica en la modalidad de *negligencia médica e impericia*. Cabe advertir que la constante en todas las quejas presentadas ante la CNDH fue la negligencia médica, lo que ocasionó por consiguiente la responsabilidad institucional solidaria,

ya que las autoridades administrativas de los hospitales son responsables de la debida integración de los expedientes clínicos. Así, de las 48 recomendaciones emitidas por la CNDH entre 2015 y agosto de 2019 sólo tres expedientes fueron integrados correctamente.

<i>Irregularidades</i>	
Negligencia: error médico inexcusable	48
En el expediente clínico	47
Responsabilidad solidaria del hospital en caso de las irregularidades del expediente clínico	45

Del análisis efectuado a las recomendaciones ya citadas, resultó que al existir la violación al *derecho a una vida libre de violencia obstétrica* aparece la violencia institucional, al presentarse la demora o el aplazamiento a la atención médica (impedimento) como una constante. La violencia institucional precede a la violencia obstétrica, manifestándose como una transgresión al derecho a la igualdad y no discriminación, al derecho a la dignidad humana y al derecho a la salud perpetrado por el trato deshumanizado de los profesionales de la salud o estudiantes de pregrado o posgrado de medicina o bien por no existir los medicamentos, insumos, equipos o infraestructura para atender a la paciente.

Se establece, entonces a la violencia institucional y la violencia obstétrica como violencia de género y las consecuentes comisiones de delitos.¹⁷

Los delitos que se han producido en la modalidad de delitos de género son: 1) violencia institucional en 47 casos, 2) violencia laboral en solo un caso, 3) violencia obstétrica en 48, 4) la responsabilidad institucional en 48 casos, 5) la responsabilidad profesional en 47, 6) homicidio en atención al recién nacido en 20 ocasiones y homicidio en atención a la madre tan solo en 7 casos. Por lo que se refiere a la integridad personal en atención a las lesiones, se presentaron 9 casos, en esterilidad forzada en 6 y por lo que se refiere al delito de discriminación se presentaron en 8 casos.

¹⁷ La transgresión a los derechos humanos referidos trae como consecuencia la comisión de un delito.

Delitos	
<i>Delitos de Género</i>	96
Violencia institucional	47
Violencia laboral	1
Violencia obstétrica	48
<i>Otros delitos</i>	145
Responsabilidad institucional	48
Responsabilidad profesional	47
Homicidio recién nacido	20
Integridad personal	9
Discriminación	8
Homicidio madre	7
Esterilidad forzada	6

En el sistema jurídico mexicano para exigir la reparación del daño derivado de la *responsabilidad profesional e institucional*, procede ante dos vías. Una de ellas es la reclamación ante el órgano jurisdiccional competente y otra es el sistema no jurisdiccional de protección de derechos humanos ante la CNDH.

Aun cuando en el orden jurídico se prevén ambas vías, corresponde a la víctima interponerlo, y es a elección de ella, decidir si acude a tribunales o bien, si invoca la protección de los derechos transgredidos a través del sistema no jurisdiccional de derechos humanos ante la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Por esta razón, es que solo en un caso se ejerció la acción penal en contra de las autoridades responsables, en este caso, se señaló a los médicos responsables del cuidado materno infantil como autoridades responsables en su calidad de servidores públicos.

Los delitos que se les fincaron fueron el de responsabilidad profesional y responsabilidad institucional. También se interpuso un juicio de responsabilidad patrimonial del estado en contra del Hospital de Baja California Sur, a la fecha, aún sin resolver.

La acción penal derivó en tres órdenes de aprehensión, solo pudiendo hacerse efectivas dos de ellas, pues al tercer médico, no se le encuentra.

Otros datos	Núm.	Año
Responsabilidad profesional -causa penal	1	2019
Juicio. Responsabilidad patrimonial del Estado	1	2019
Acción penal y orden de aprehensión	3	A dos médicos. Un tercer médico huyó
Prestadores de servicio social, estudiantes de pregrado y posgrado	No tiene responsabilidad por su calidad de estudiantes. Solo se les levantó un acta y se agregó al expediente laboral	

Al personal de apoyo como son los prestadores de servicio social, estudiantes de pregrado (internos) y posgrado (residentes), sólo se les levantó un acta para su expediente, sin embargo, *no tienen responsabilidad* por su calidad de estudiantes.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Se llega a la convicción de que la violencia obstétrica es una modalidad de la violencia institucional y de género, cometida por los profesionales de los servicios de la salud, por una deshumanizada atención médica a las mujeres durante el proceso reproductivo que les genera una afectación física, psicológica o moral, que incluso llega a provocar la pérdida de la vida de la madre o, en su caso, del producto de la concepción.

La violencia institucional como ha quedado asentado precede a la violencia obstétrica. Manifestándose como una transgresión a derechos humanos cometidos por el personal de la salud o estudiantes de medicina o bien responsabilizando a las autoridades hospitalarias por no existir insumos, equipos o infraestructura hospitalaria para atender a la paciente.

En el Estado de México dentro de su Código Penal se prevé que tanto la violencia obstétrica como la violencia institucional son delitos encuadrados como delitos de violencia de género. Aun cuando tampoco hay que perder de vista que proteger el derecho a la salud es una obligación del Estado y de la cual está siendo omiso.

Desde otra mirada, no se puede soslayar que la falta de presupuesto en el sistema de salud trae como consecuencia la escasez en los insumos que inhi-

be una apropiada atención y desencadena problemas multifactoriales que van generando la violencia institucional.

Otras aristas que sobresalen son la inadecuada integración del expediente clínico y la indebida atención del cuidado materno infantil centrándose en la correcta observancia y cumplimiento de las normas oficiales NOM-004-SSA3-2012 del *expediente clínico* y la NOM-007-SSA2-2016 *para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida*.

Por tanto, este tema se convierte en prioritario para que se diseñen e impartan en hospitales cursos de capacitación en materia de derechos humanos, especialmente en el tema de la violencia obstétrica, expediente clínico, error médico y atención del cuidado materno-infantil. Estos cursos deberán ser impartidos con perspectiva de género, con el objetivo de evitar daños como los que se analizaron en las recomendaciones emitidas durante el lapso de 2015 al 2019 por la CNDH.

Por otro lado, hay obligación por parte de las autoridades de todos los ámbitos de gobierno a reparar a las víctimas en una forma integral (Ley General de Víctimas, artículos 1, párrafos tercero y cuarto; 7, fracción II, y 26). Las víctimas tienen el derecho a ser restituidas, de manera integral por el daño que han sufrido como consecuencia de las violaciones a sus derechos humanos. Éstas se efectúan a través de medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y medidas de no repetición.

Finalmente, tratándose de hospitales públicos, cuando el error se deriva a la no disposición y buen funcionamiento de instrumentos, equipos o medidas de seguridad, falta de insumos o de la infraestructura de las instalaciones físicas de la unidad hospitalaria, la responsabilidad recae en la institución por configurarse una actividad irregular del Estado dando inicio al juicio de responsabilidad patrimonial del Estado, como quedó evidenciado en el estudio de las recomendaciones emitidas por la CNDH.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1917, 5 de febrero). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1931, 14 de agosto), Código Penal Federal. *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPF.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (1984, 7 de febrero). Ley General de Salud. *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2007, 1 de febrero). Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, México. *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGAMVLV.pdf>
- Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión (2013, 9 de enero). Ley General de Víctimas. *Diario Oficial de la Federación*. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgv.htm>
- Carbonell, M. (2014). *Teoría de los Derechos Humanos y del Control de Convencionalidad*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castellanos, R. A. (2013). ¿Sabes en que consiste la violencia obstétrica? Centro de Investigación Social Avanzada, <http://cisav.mx/violencia-obstetrica/>
- Castro, R. (2014). Génesis y práctica del habitus médico autoritario en México. *Revista Mexicana de Sociología*, 76(2), 167-197.
- Castro, R., y Erviti, J. (2014). 25 años de investigación sobre violencia obstétrica en México. *Revista Conamed*, 19(1), 37-42.
- Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas (2017). Diagnóstico sobre victimización a causa de violencia obstétrica en México, CEAV. <http://saludzac.gob.mx/home/docs/Comite%20de%20Igualdad/Dossier%20Comit%C3%A9%20para%20la%20Igualdad%20en%20la%20SSZ/Diagnostico%20por%20victimizaciona%20causa%20de%20violencia%20obst%C3%A9trica.pdf>
- Comisión Interamericana de los Derechos Humanos (1969, 22 de noviembre). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. <https://www.cidh.oas.org/PRIVADAS/convencionamericana.htm>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Recomendaciones del 2015 al 2019.
- Comisión Nacional del Arbitraje Médico, (2018). Análisis de la queja médica en el servicio de ginecología y obstetricia 2002 – 2017. <https://1library.co/document/q27j1j2y-an%C3%A1lisis-queja-m%C3%A9dica-servicio-ginecolog%C3%ADa-obstetricia.html>

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Fernández Ortega y otros vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de agosto de 2010. Serie C No. 215, párrafo 129. <http://bit.ly/1IVMRv4>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2010). *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párrafo 119. Consultado el 27 de abril de 2015. <http://bit.ly/1cJdDuB>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, (2021). *Caso Manuela y otros vs. El Salvador*. Sentencia de 2 de noviembre de 2021. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. <https://youtu.be/VlrIjov2Mhw> y https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. No. 239, párrafo 164. <http://bit.ly/1fB6mue>
- Díaz Pérez, A. (2019). Reflexiones sobre la protección no judicial del derecho a la salud. *Revista latinoamericana de derecho social*, (28), 35-70.
- Egan, L. A. V., Gutiérrez, M. A., Santiago, R. V., y Fernández, M. Á. L. (2016). ¿ De qué hablamos cuando hablamos de violencia obstétrica? *Revista Conamed*, 21(S1), 7-25.
- Fernández Cantón, S. B. (2016). El Acto Médico: error y la mal praxis. *Boletín CONAMED - OPS No. 5*, 2016 en materia de calidad y seguridad del paciente, 1(5), marzo-abril. <http://www.conamed.gob.mx/gobmx/boletin/boletin5.php>
- Legislatura del Estado de México, (2000, 20 de marzo). Decreto 165. Código Penal del Estado de México. Periódico Oficial Gaceta del Gobierno y LEGISTEL. <https://legislacion.edomex.gob.mx/node/926>
- Organización de las Naciones Unidas. (1976, 23 de marzo). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Instrumentos de los derechos humanos. <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>
- Organización de los Estados Americanos, (1994, junio 6-10). *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará)*. <https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-61.html>
- Recomendación 19/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica e inadecuada atención médica en agravio de V1 y V2, en el Hospital General de Zona

IV, Número 8, del Instituto Mexicano del Seguro Social, en Ensenada, Baja California.

Recomendación No. 20/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica e inadecuada atención médica en agravio de V1 y la pérdida de la vida en agravio de V2, en el Hospital General de Tetecala “Dr. Rodolfo Becerril de la Paz”, dependiente de los servicios de salud del estado de Morelos.

Recomendación No. 24/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica e inadecuada atención médica de V1 y la pérdida del producto de la gestación, V2, en el Hospital General de Zona no. 32 del Instituto Mexicano del Seguro Social, en el Distrito Federal.

Recomendación 25/2015. - Sobre el caso de violencia obstétrica e inadecuada atención médica de v1, y la pérdida del producto de la Gestación v2, en el hospital de gineco-obstetricia no. 221 del IMSS en Toluca, Estado de México.

Recomendación no. 29/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones al derecho a la protección de la salud en agravio de v1 y al derecho a la vida en agravio de V2.

Recomendación no. 32/2015 - Sobre el caso de inadecuada atención médica y violencia obstétrica de v1 en el hospital rural solidaridad no. 34 del Instituto Mexicano del Seguro Social en Tlaxiaco, Oaxaca; e indebida Procuración de Justicia en agravio de V1 y sus familiares.

Recomendación no. 39/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica, violaciones al Derecho a la protección de la Salud y a la vida en agravio de V1.

Recomendación no. 40/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violación a los derechos a la protección a la salud en agravio de v1, protección de la salud en agravio de v3 y v4, y derecho a la vida en agravio de v4, en el hospital civil Regional “Dr. Emilio Alcázar Castellanos” en Tuxpan, Veracruz, dependiente de los Servicios de salud de esa entidad federativa.

Recomendación no. 41/2015 - Sobre el caso de inadecuada Atención médica y violencia Obstétrica e institucional, en Agravio de v1, en el hospital rural oportunidades no. 35 del Instituto Mexicano del Seguro Social en Santiago Jamiltepec, Oaxaca.

Recomendación no. 44/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones al derecho a la protección de la salud en agravio de v1 y v3 y pérdida del producto de la gestación v2, en hospitales dependientes de los servicios de salud del estado de Tabasco.

Recomendación no. 45/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violación al derecho a la protección de la salud en agravio de v1, y derecho a la vida, en agravio de v3, en el Hospital General de Palenque, Chiapas y Hospital Regional de Alta Especialidad de la Mujer de Villahermosa, Tabasco, dependientes de la Secretaría de Salud de cada entidad federativa.

Recomendación no. 50/2015 - Sobre el caso de inadecuada atención médica y violencia obstétrica e institucional en agravio de v1 y v2, en el Hospital Rural no. 69 y Unidad de Medicina Familiar 13, del Instituto Mexicano del Seguro Social en Ensenada, Baja California.

Recomendación no. 51/2015 - Sobre el caso de inadecuada atención médica y violencia obstétrica en agravio de V1 y V2, en el Hospital General de Acatlán de Osorio de la Secretaría de Salud del Estado de Puebla.

Recomendación No 52/2015 - Sobre el caso de violencia obstétrica e inadecuada atención médica de v1 y la Pérdida del producto de la Gestación, V2, en el hospital General de zona no. 3 del IMSS, en Mazatlán, Sinaloa.

Recomendación no. 08/2016 sobre el caso de violencia obstétrica, inadecuada atención médica y pérdida de la vida de V1 Y V2, en el Hospital General de Zona con Medicina Familiar No. 1 “Lic. Ignacio García Téllez” del IMSS en Durango, Durango.

Recomendación No. 31/2016 - sobre el caso de la violación al derecho a la libertad y autonomía reproductiva, así como violencia obstétrica en agravio de V1, en el Hospital General de Altamira “Dr. Rodolfo Torre Cantú”, de la Secretaría De Salud del Estado De Tamaulipas.

Recomendación no. 33/2016 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones a los derechos a la protección de la salud de V1, V2, V3 Y V4 y de acceso a la información en materia de salud de V1, en hospitales de la Secretaría de Salud del Estado de Oaxaca.

Recomendación No.35/2016 - Sobre el caso de violencia obstétrica, inadecuada atención médica y pérdida de la vida de V1, en el entonces Hospital Rural Oportunidades1 número 66 del IMSS, en Santiago Juxtlahuaca, Oaxaca.

Recomendación no. 38/2016 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones a los derechos a la protección de la salud de V1 y V2 y a la vida de V2, en el Hospital General de Zona número 8 del Instituto Mexicano Del Seguro Social en Uruapan, Michoacán.

Recomendación no. 40/2016 - Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud por inadecuada atención médica

y a la vida por violencia obstétrica, en agravio de V1, en Chihuahua, Chihuahua.

Recomendación no. 46/2016 - Sobre el caso de violencia obstétrica en agravio de V1, inadecuada atención médica en agravio de V1 y V2, y derecho a la vida en agravio de V1, en el Hospital General de Ometepec, dependiente de la Secretaría De Salud del Estado de Guerrero.

Recomendación no. 47/2016 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud y a la vida por violencia obstétrica, en agravio de V1 y V2, en el Hospital Rural 32 del IMSS en Ocosingo, Chiapas.

Recomendación no. 50/2016 - Sobre el caso de violencia obstétrica e inadecuada atención médica en agravio de Q1-V1, y pérdida de la vida de V2, en el entonces Hospital Rural de Oportunidades1 no. 8 del IMSS, en Bochil, Chiapas.

Recomendación no. 58/2016 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud, al consentimiento informado en servicios de anticoncepción, violencia obstétrica, así como a la libertad y autonomía reproductiva en agravio de V1 y a la vida en agravio de V2; en el Hospital Integral de Pahuatlán de Valle, Puebla y en el Hospital General de Tulancingo, Hidalgo, dependientes de la Secretaría de Salud de cada entidad federativa.

Recomendación no. 61/2016 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la libertad y autonomía reproductiva, así como a elegir el número y espaciamiento de los hijos en agravio de V1, a la protección de la salud en agravio de V3, y violencia obstétrica en agravio de V1 y V3, en el Hospital General de Juchitán de Zaragoza “Macedonio Benítez Fuentes” de la Secretaría de Salud del Estado de Oaxaca.

Recomendación no. 3/2017 - Sobre el caso de la violación a los derechos a la libertad y autonomía reproductiva y a elegir el número y espaciamiento de los hijos por violencia obstétrica en agravio de V, en el Hospital de Gineco-Pediatría 3-A, del Instituto Mexicano del Seguro Social, en la Ciudad de México.

Recomendación no. 5/2017 - Sobre el caso de violación al derecho a la protección de la salud y violencia obstétrica agravio de V1, en el Hospital General Regional 251 del Instituto Mexicano Del Seguro Social, en Metepec, Estado de México.

Recomendación no. 6/2017 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud y a la información en materia de salud, así como violencia obstétrica en agravio de V1, en el Hospital General

De Zona 46 del Instituto Mexicano Del Seguro Social, en Gómez Palacio, Durango.

Recomendación no. 24/2017 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones al derecho a la protección de la salud y a la vida en agravio de v1, en hospitales de la Secretaría De Salud Del Estado De Tabasco.

Recomendación no. 41/2017 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones al derecho a la protección de la salud y a la información en materia de salud en agravio de V1, y pérdida del producto de la gestación, en el Hospital Regional De Petróleos Mexicanos, en Ciudad Madero, Tamaulipas.

Recomendación no. 43/2017 - Sobre el caso de violación al derecho a la protección de la salud, a la libertad y autonomía reproductiva, a elegir el número y espaciamiento de los hijos, así como violencia obstétrica en agravio de V, en el Hospital Regional “General Ignacio Zaragoza” del Instituto De Seguridad Y Servicios Sociales De Los Trabajadores Del Estado en la Ciudad de México.

Recomendación no. 46/2017 - Sobre el caso de violaciones al derecho a la protección de la salud y violencia obstétrica en agravio de V1, y pérdida del producto de la gestación en el Hospital General De Querétaro del Instituto De Seguridad Y Servicios Sociales Para Los Trabajadores Del Estado.

Recomendación no. 48/2017 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud y a una vida libre de violencia obstétrica en agravio de V1, y a la vida en agravio de V2, en el hospital de Gineco-Pediatría 3-A, del Instituto Mexicano Del Seguro Social, en la Ciudad de México.

Recomendación no. 56/2017 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud de V1 y V2, a la vida de V2, a la libertad y autonomía reproductiva de V1, por violencia obstétrica, a la información en materia de salud y a la verdad de V1 y V3, en el Hospital Rural “San Felipe Ecatepec” del IMSS en San Cristóbal de Las Casas, Chiapas.

Recomendación no. 75/2017 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud y a la integridad personal de Qv y v1, a la vida y al interés superior de la niñez de V1, a la verdad de Qv y V2, a la libertad y autonomía reproductiva, a una vida libre de violencia obstétrica, a la información en materia de salud y a la igualdad y no discriminación de Qv, así como a la justicia en su modalidad de inadecuada procuración

de justicia de Qv y V2, cometidas por servidores públicos del ISSSTE y de PGR, ambos en Ensenada, Baja California.

Recomendación no. 79/2017 - Sobre el caso de violaciones al derecho a la protección a la salud por inadecuada atención médica en agravio de V1 y la pérdida de la vida de V2; al derecho a una vida libre de violencia obstétrica de V1, al derecho de acceso a la información en materia de salud de v1; así como al derecho de acceso a la justicia en su modalidad de procuración, en agravio de V1 y V2.

Recomendación no. 36/2018 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violación al derecho a la protección de la salud en agravio de V1 Y V2, en el Hospital De Ginecoobstetricia no. 4 “Luis Castelazo Ayala”, del Instituto Mexicano Del Seguro Social, en la Ciudad de México.

Recomendación no. 40/2018 - Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud, a una vida libre de violencia obstétrica y acceso a la información en materia de salud por inadecuada atención médica en agravio de V1 y la pérdida del producto de la gestación, en el Hospital General de Zona con Medicina Familiar 1 del IMSS en Chetumal, Quintana Roo, así como al derecho de acceso a la justicia en agravio de V1 Y V2.

Recomendación no. 52/2018 - Sobre el caso de violaciones al derecho a la protección de la salud por inadecuada atención médica y pérdida del producto en gestación, al derecho a vivir una vida libre de violencia obstétrica, así como al derecho a la información y al derecho de acceso a la justicia en su modalidad de procuración, en agravio de V, en el Hospital General De Zona 1, del Instituto Mexicano Del Seguro Social, en Tapa-chula, Chiapas

Recomendación no. 54/2018 - Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la protección de la maternidad en el trabajo, a la protección de la salud, al desarrollo óptimo del producto de la gestación, a una vida libre de violencia obstétrica, al acceso a la información en materia de salud, al acceso a la justicia en sede administrativa y al deber de investigar con debida diligencia la violencia, en agravio de V1; a la lactancia materna de V1 y V2; y al interés superior de la niñez de V2 Y V3.

Recomendación no. 55/2018 - Sobre el caso de violaciones al derecho a la protección a la salud de V1 Y V2, así como a la libertad y autonomía reproductiva de V1 Y V2, al interés superior de la niñez en agravio de V1, mujer adolescente y violencia obstétrica en agravio de V2 en hospitales dependientes de la Secretaría de Salud del Estado de Tamaulipas.

Recomendación no. 56/2018 - Sobre el caso de violaciones al derecho a la protección de la salud en agravio de V1 y V2, e interés superior de la niñez y violencia obstétrica, en el Hospital General de Zona no. 12, del Instituto Mexicano Del Seguro Social, en Lázaro Cárdenas, Michoacán De Ocampo.

Recomendación no. 58/2018 - Sobre el caso de violaciones a los derechos a la protección de la salud en agravio de V1 Y V2, al interés superior de la niñez y a la integridad personal de V2, así como a una vida libre de violencia obstétrica de V1 en el Instituto Nacional de Perinatología “Isidro Espinosa de los Reyes”, en Ciudad de México.

Recomendación no. 65/2018 - Sobre el caso de violación al derecho a la protección de la salud y a una vida libre de violencia obstétrica por inadecuada atención médica en agravio de V1 y la pérdida del producto de la gestación en el Hospital de Gineco-Obstetricia 3, del Centro Médico Nacional “La Raza” del IMSS, en la Ciudad de México.

Recomendación no. 3/2019 - Sobre el caso de violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud, a una vida libre de violencia obstétrica por inadecuada atención médica y acceso a la información en materia de salud en agravio de V1, así como a la vida y al principio del interés superior de la niñez en agravio de V2, en el Hospital General de Subzona con Medicina Familiar 26 del IMSS en Cabo San Lucas, Baja California Sur.

Recomendación no. 24/2019 sobre el caso de las violaciones al derecho de la protección a la salud, a una vida libre de violencia en su modalidad de violencia obstétrica de v1 e interés superior de la niñez de v2 en el hospital de gineco pediatría 3a del IMSS en la Ciudad de México.

Recomendación no. 33/2019 - Sobre el caso de violencia obstétrica y violaciones a los derechos humanos a la protección de la salud de V1 Y V2, a la vida en agravio de V2 y de acceso a la información en servicios de salud en agravio de V1, en el Hospital General De Zona N° 221 del Instituto Mexicano Del Seguro Social en Toluca, Estado de México.

Secretaría de Salud (2018). Guía de Implantación. Modelo de atención a las mujeres durante el embarazo, parto y puerperio. Enfoque Humanizado, Intercultural y Seguro. SSA. <https://platform.who.int/docs/default-source/mca-documents/policy-documents/guideline/MEX-MN-32-01-GUIDELINE-esp-Guia-Implantacion-Modelo-Parto.pdf>

- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2016, agosto). Jurisprudencia 1a./J. 37/2016 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, tomo II, libro 33, p. 633.
- Tamés, Regina (2015). Violencia obstétrica. Un enfoque de derechos humanos. *Grupo de Información en Reproducción Elegida y Fundación Angélica Fuentes*. <https://gire.org.mx/publicaciones/violencia-obstetrica-un-enfoque-de-derechos-humanos/>
- Vardon, D., Reinbold, D., y Dreyfus, M. (2014). Episiotomía y desgarros obstétricos recientes. *EMC-Ginecología-Obstetricia*, 50(2), 1-17.

↑ La inconstitucionalidad por omisión y los mecanismos de control en el Perú desde el enfoque comparado

The Unconstitutionality by Omission and the Control Mechanisms in Peru from the Comparative Approach

José Rolando Cárdenas Gonzáles

 <https://orcid.org/0000-0002-8141-9086>

Universidad Tecnológica del Perú. Perú.
Correo electrónico: c25114@utp.edu.pe

Recepción: 16 de febrero de 2023
Aceptación: 15 de junio de 2023

RESUMEN: El presente trabajo pretende ofrecer una visión general de lo que ha significado el tratamiento de las omisiones legislativas por parte de la justicia constitucional peruana, en la que, si bien no se encuentra regulado un instituto como el de la inconstitucionalidad por omisión, el Tribunal Constitucional, a través de su jurisprudencia, se ha encargado de introducir dicha figura a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, pese a no ser un mecanismo usualmente utilizado por el Juez constitucional, su relevancia retoma protagonismo, al recurrirse a herramientas jurídicas igual de idóneas, pero foráneas, como el estado de cosas inconstitucional; lo que nos lleva a preguntarnos si una regulación constitucional o legal, resulta pertinente; interrogante que nos llevará al análisis del tratamiento comparado.

Palabras claves: justicia constitucional, omisión legislativa, inconstitucionalidad por omisión, Tribunal Constitucional, estado de cosas inconstitucional.

ABSTRACT: The present work aims to offer an overview of what the treatment of legislative omissions by the Peruvian constitutional justice has meant, in which, although an institute such as unconstitutionality by omission is not regulated, the Constitutional Court, through its jurisprudence, has been in charge of introducing this figure into our legal system. However, despite not being a mechanism usually used by the constitutional judge, its relevance regains prominence, when resorting to legal tools that are equally suitable, but foreign, such as the unconstitutional state of affairs; which leads us to ask ourselves if a constitutional or legal regulation is pertinent; question that will lead us to the analysis of comparative treatment.

Keywords: constitutional justice, legislative omission, unconstitutionality by omission, Constitutional Court, unconstitutional state of affairs.

SUMARIO: I. Introducción. II. Un acercamiento conceptual a la inconstitucionalidad por omisión. III. La legitimidad en el control de las omisiones legislativas. IV. El silencio del legislador como objeto de control constitucional. V. La inconstitucionalidad por omisión en el Perú. VI. La inconvencionalidad por omisión. VII. A modo de conclusiones. VIII. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

El cambio de paradigma producido con la aparición de las Constituciones de la segunda posguerra, no sólo han supuesto para el derecho constitucional la solución a los clásicos problemas del derecho, sino que han traído consigo algunos nuevos, ante la evidente necesidad de responder a las limitaciones de la ley, la idea rousseauniana de la voluntad general ha sido desplazada por la soberanía de la Constitución, que ha logrado dotar al ordenamiento jurídico de mayores valores democráticos y de garantías a los derechos fundamentales.

Sin embargo, este tránsito no hubiera sido posible sin la encomiable labor del Tribunal Constitucional, órgano creado para su defensa e interpretación, pero ajeno a los poderes del Estado para garantizar su independencia y objetividad, pero que en ocasiones se ha visto en aprietos ante el silencio del legislador, que le ha exigido, en más de una ocasión, echar mano de su potestad interpretativa, pero rebasando su función de legislador negativo, calificado por parte de la doctrina como grave afectación al principio de separación de poderes.

De este modo, las omisiones del legislador se erigen no sólo como un problema para la doctrina, sino para la práctica del derecho, enraizada en su determinación conceptual la problemática de la diversidad de mecanismos para su control, supone un mayor inconveniente para cada ordenamiento jurídico al momento de decidir la solución más idónea para enfrentar a las omisiones inconstitucionales, tarea en la que suelen enfrascarse los distintos tribunales constitucionales cuando deciden la preservación, anulación o expulsión de una norma que se contrapone a la Constitución.

Por ello, partiendo de la heterogeneidad conceptual de la omisión inconstitucional y sus mecanismos de control, el presente trabajo se encarga, en primer lugar, del estudio de una parte de la doctrina que se ha ocupado en definirla y clasificarla, para permitirnos determinar el objeto material que será sometido al control de la jurisdicción constitucional por parte

del Tribunal Constitucional, como garante de la supremacía constitucional, previa reflexión respecto de su legitimidad democrática en su examen de validez normativa.

En segundo lugar, se someterá al análisis las decisiones del Tribunal Constitucional peruano al momento de enfrentarse a las omisiones inconstitucionales, pero bajo un estudio comparado de los mecanismos incorporados por otros ordenamientos jurídicos, tanto latinoamericanos como europeos, con la finalidad de asumir una postura respecto a la necesidad de regulación constitucional o legal de la institución dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Finalmente, se someterá a consideración una figura innovativa, creada para las omisiones del legislador, que se ha denominado inconvencionalidad por omisión, a fin de dar algunas ideas diferenciadoras de la labor que pueda realizar una corte internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a un Tribunal Constitucional cuando se enfrenta al silencio del legislador. Permitiéndonos así extraer algunas conclusiones respecto de la situación de la inconstitucionalidad por omisión en la realidad jurídica peruana.

II. UN ACERCAMIENTO CONCEPTUAL A LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN

Para Pérez Royo (2005), la última de las fases por las que ha discurrido el derecho constitucional, ha sido aquella iniciada con el final de la Primera Guerra Mundial y que hasta la actualidad perdura (p. 48), caracterizada por tener a la Constitución como norma jurídica fundamental, produciéndose el tránsito del principio de soberanía de la ley al principio de soberanía popular, es decir, primacía de la voluntad del pueblo, expresada directamente a través del poder constituyente y que se materializa jurídicamente en la Constitución, por tanto, esa soberanía en la práctica reside en la Constitución a la que están sometidos todos los órganos del Estado.

De esta manera, se aprecia una clara traslación el principio de legalidad al principio de constitucionalidad que tendrá como ejes centrales las garantías constitucionales de rigidez de la Constitución y control de constitucionalidad, y las garantías de los derechos individuales que se convierten en derechos fundamentales al haber sido positivizados en la ley fundamental (Pérez Royo, 2005, p. 49), lo que en gran medida se convertiría en un pro-

blema para las Constituciones de la segunda posguerra, dado el incremento de las exigencias legislativas derivadas de la incorporación de mayores prerrogativas sociales a su catálogo de derechos, entre ellas, la respuesta jurisdiccional de legislador silente.

Pero, de qué hablamos cuando nos referimos a un silencio del legislador, porque suele asociársele a la idea de vacío normativo, y esta puede presentarse de dos formas, la primera, las lagunas, concebidas como vacíos advertidos por el intérprete de la ley al aplicarla en los términos que cabe deducir racionalmente de la voluntad de un legislador sistemático (Requejo, 2008, p. 4); y, la segunda, las omisiones legislativas, vistas como el evento en que el órgano legislativo no expide una disposición normativa sobre un tema determinado en un plazo prudencial, pese a la existencia de un mandato constitucional de legislar sobre la materia (Villota, 2012, p. 469), de la que bien podría deducirse su tipología, pero que podría ser sometido a mayor análisis.

Es así que, en la línea de Constantino Mortati (1970), una diferencia importante a remarcar es el hecho de que la laguna puede generarse de manera involuntaria, en tanto, que la omisión, siempre será un incumplimiento a una obligación, lo que se identificaría con una forma peculiar de manifestación de la voluntad del legislador según el antiguo brocardo “*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*” (p. 154), sin embargo, en esta distinción parece presentarse un inconveniente, pues determinar con certeza el sentido volitivo del legislador no resulta tan sencillo, y a la vez no tan útil, porque lo que realmente importa, es la existencia de un vacío o un silencio por parte del legislador.

Lo que sí conviene tener en cuenta es aquella clásica tipología postulada por Wessel, en la que consideraba que las omisiones podían ser absolutas y relativas (Wessel, 1952, citado por Ahumada, 1991, p. 170); a la primera de ellas se le entiende como el incumplimiento total del legislador para regular una materia a pesar de que exista una norma constitucional que le obligue a hacerlo (Villota, 2012, p. 470), y si bien rara vez se presentan, su aparición provoca la imposibilidad de cualquier intervención represiva, y sólo cabría reacción si la Constitución permitiera la autoaplicación de alguna norma propia (Requejo, 2008, p. 4), no sucediendo así en los supuestos de omisión relativa en donde se abren espacios para la actuación del intérprete de la norma incompleta o defectuosa (Ahumada, 1991, p. 173).

Ahora bien, la omisión en cualquiera de sus formas, carecerá de relevancia si ésta no contraviene la Constitución, es decir, no se trata de cualquier silencio del legislador, sino que ésta sea una fuente de una norma implícita y contraria a la Constitución, por lo que la omisión está vinculada al deber

constitucional de legislar y que ésta provoque una situación jurídica cuya constitucionalidad deba ser objeto de control (Villaverde, 2015, p. 200), con lo cual, un silencio se identificará como una omisión cuando el legislador, aun cuando puede hacerlo, no legisla, creando una norma implícita,¹ siendo su fuente el silencio mismo, o un enunciado normativo, para el primero se tratará de una omisión absoluta, y relativa para el segundo.

Con especial criterio, Francisco Fernández Segado (2009)² concluye que la idea de la inconstitucionalidad por omisión exige la constatación del incumplimiento del legislador de la obligación constitucional que le exige dictar un texto legislativo que dé respuesta a un mandato constitucional o con el que posibilite la plena eficacia de una determinada previsión constitucional, incumplimiento que se haya prolongado un tiempo más allá de un plazo razonable y que suponga una contradicción a los mandatos o previsiones de la Constitución (p. 34), con lo cual para la configuración de una omisión inconstitucional, se requerirá la verificación de un tiempo prudente de inacción legislativa, sin embargo, este aspecto podría ser matizado en el análisis caso a caso para la distinción de trato en la tipología de las omisiones.

Por su parte, con una idea más restringida respecto del órgano llamado a cumplir el deber constitucional de legislar, se encuentra la postura de José Julio Fernández Rodríguez (1998), que concibe a la inconstitucionalidad por omisión como “la falta de desarrollo por parte del Poder Legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio y concreto desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación” (p. 81), criterio que refleja su origen en un sistema parlamentario donde solo éste ostenta facultades de producción legislativas, pero que no necesariamente resulta compatible a los gobiernos presidencialistas de Latinoamérica donde existe la potestad legislativa delegada al Ejecutivo, de tal

¹ Para Ricardo Guastini (2011), las normas implícitas son aquellas que hacen referencia indistintamente a la “clase de normas no expresadas: o sea, las normas carentes de formulación en los textos normativos”.

² Se le considera al igual que el portugués Jorge Miranda y otros, autores pertenecientes a la concepción amplia de la inconstitucionalidad por omisión, en la que se considera que la inercia o el silencio puede generarse por cualquier órgano de poder, de ahí que “a inconstitucionalidade por omissão é a inconstitucionalidade negativa, a que resulta da inércia ou do silêncio de qualquer órgão de poder, o qual deixa de praticar em certo tempo o ato exigida pela Constituição”. Véase Miranda (1993), p. 338.

forma que esta concepción resulta insuficiente para el desarrollo del presente trabajo.

En ese orden de ideas, queda claro que en la doctrina no existe consenso en una definición exacta de lo que supone la inconstitucionalidad por omisión, que bien puede considerarse la razón de su tratamiento diferenciado en el derecho comparado, no encontrándose un mecanismo homogéneo que sirva a todos los ordenamientos para hacer frente a las omisiones, por tanto, corresponde a cada ordenamiento asumir el concepto más adecuado a su jurisdicción constitucional, acorde con la idea de control constitucional que su propio sistema normativo permite, pero que —en la medida de lo posible— deberá involucrar las ideas básicas del incumplimiento de una obligación constitucional de legislar y el resultado objetivamente producido en el ordenamiento por dicho incumplimiento (Fernández, 2009, pp. 33-34).

III. LA LEGITIMIDAD EN EL CONTROL DE LAS OMISIONES LEGISLATIVAS

Una de las críticas que ha supuesto el advenimiento del clásico paradigma de la justicia constitucional, ha sido la particular posición asumida por los altos tribunales que ejercen el control de constitucionalidad de las leyes, que abandonando su posición de legisladores negativos, se han convertido, de manera directa o indirecta, en agentes positivos de creación legislativa, ya sea creando normas, o compeliendo al Parlamento a legislar, suponiendo una afrenta de legitimidades, ciertamente superado en la actualidad, pero que bien nos ayudaría a entender la idea detrás del control constitucional.

El órgano por excelencia creado para ejercer el monopolio del control constitucional, será el Tribunal Constitucional (TC) al que se le objetará su legitimidad para expulsar del ordenamiento una ley democráticamente aprobada por un Parlamento elegido mediante elección popular y que parece ostentar una mayor legitimidad democrática, pero que parece encontrar asidero en aquella pérdida de confianza a la ley, bien apreciada por el Juez Otto Bachof (2021), cuando señala que “la relación de la persona con la ley ha cambiado totalmente, esto se ha caracterizado actualmente a través de un sentimiento muy generalizado de profundo malestar, de una profunda desconfianza” (p. 85), enfatizando que “[...] la ley, otrora tesoro de la libertad y del Derecho se ha convertido de forma creciente al mismo tiempo en una amenaza para estos bienes” (p. 86).

Ahora bien, teniendo en cuenta las peculiaridades de la jurisdicción constitucional y sobre todo las del juicio de constitucionalidad, respecto del grado de indeterminación de la mayoría de disposiciones legales del sistema, y la especial dignidad de la que viene revestida la ley por haber sido aprobada por un Parlamento democráticamente elegido (Ferrerres, 1997, p. 19), el TC percibe que no solo necesitará de los métodos clásicos de interpretación, sino que tendrá que utilizar la propia Constitución como norma interpretativa, para reafirmar su supremacía dentro del ordenamiento, sirviéndole como marco para desarrollar su función como su último intérprete.

Pero esta actividad interpretativa, a su vez, presenta sus propios límites, que deberá respetar el juez constitucional, y de esto parece hablarnos Konrad Hesse (1992), cuando utilizando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán, nos indica que en la interpretación conforme deberá estar presente, entre otros, el principio de corrección funcional, entendido como el límite para el órgano intérprete de la Constitución de no modificar la distribución de funciones a través del modo y del resultado de dicha interpretación (p. 47), con lo cual al TC en su relación con el legislativo, le estaría vedada algún tipo de restricción de la libertad conformada del legislador, más allá de los límites establecidos en la propia Constitución.

Otro de los cuestionamientos en torno a la legitimidad del TC en su labor de control es la relacionada a la rigidez de la Constitución y la naturaleza controvertida que implica la interpretación constitucional, pero que ya han sido objeto de análisis por Víctor Ferreres Comella (1997), quien entiende que un factor determinante a la problemática estaría afecta con la forma de elección de los magistrados del TC, así en países donde los miembros del TC no son elegidos por el Parlamento, la objeción de falta de legitimidad será fuerte, sin embargo, en la situación inversa, se apelará a una legitimidad derivada, dado que, para obtener el cargo, deberá superarse un proceso democrático de votación dentro del mismo Parlamento (p. 43).

Para la segunda objeción [rigidez de la Constitución] puede verse que, en tanto mayor rigidez de la Constitución, mayor complicación se presentará para el juez constitucional operar sobre la norma, y en la misma medida, la situación contraria, la flexibilidad le dará mayor libertad interpretativa, y en cuanto ésta sea mayor, el cuestionamiento parece evaporarse, porque con ella se abre la puerta al tribunal para accionar su poder de reforma a través de su interpretación.

Sin embargo, esta interpretación constitucional no escapa al cuestionamiento, y es que, dada la indeterminación característica de las normas de la

Constitución por su naturaleza abierta, resulta más problemática entregar al juez constitucional la potestad de controlar la validez de una ley; pero nos olvidamos que puede la propia Constitución brindar criterios hermenéuticos³ para facilitar el cierre de tal apertura constitucional, y en los que el TC podría apoyarse para determinar la congruencia de una ley con los preceptos de la Constitución, norma portadora de valores materiales, base del ordenamiento (García de Enterría, 1979, p. 329).

En ese orden de ideas, resulta claro que, si bien el principio de corrección funcional sobre la base de las tres objeciones, no excluye la potestad del TC para realizar el control respectivo de la actividad del Legislativo, por el contrario, debe servir como principio integrador del contenido de la Constitución en la función de producción legislativa del Parlamento para garantizar sus límites y control, máxime si se trata de normas que incumben derechos y libertades del ciudadano, a los que se debe su promoción y protección en un orden democrático constitucional.

Con todo esto, la actividad del TC encuentra su legitimidad en el propio texto de la norma fundamental, que lo reconoce como su principal órgano de control, convirtiéndolo en su primer defensor; por tanto, si bien se presume la constitucionalidad de la ley, ésta podría no alinearse al proyecto de la Constitución, que origina su natural y necesaria anulación, de la que deberá encargarse el TC como “verdadero comisionado del poder constituyente” (García de Enterría, 1994, p. 198), para el sostenimiento de la carta magna; y, de hecho así lo entendió el *Conseil Constitutionnel* cuando, en su sentencia del 23 de agosto de 1985, señalaba “la norma con rango de ley votada por el Parlamento y refrendada por los ciudadanos no expresa la voluntad general ni es imputable a la voluntad general del pueblo soberano si no respeta la Constitución” (Villaverde, 2014, p. 39).

Ahora bien, si esta contravención constitucional la trasladamos al terreno de las omisiones legislativas, la función de control del TC, esencialmente en la acción de inconstitucionalidad, encuentra justificación en aquella función jurisdiccional de preservar la supremacía de la Constitución y de depurar el ordenamiento jurídico de toda norma [o silencio] contrarios a ella, cimiento en el que se sostiene su legitimidad democrática en el actual paradigma de la justicia constitucional y a la que todos los órganos del Estado están sometidos y deben de proteger.

³ Según Raúl Canosa (1988, p. 193), los artículos 10.2, 53.2 y 168 de la Constitución española, serían ejemplo de pautas hermenéuticas.

IV. EL SILENCIO DEL LEGISLADOR COMO OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Como bien se ha señalado líneas arriba, hablar de un silencio legislativo se asocia a un vacío normativo, es decir, la ausencia de un enunciado legal, y es esta la principal dificultad para su control, y es que, si no hay texto normativo, no parece haber norma que anular o expulsar, por lo menos para el caso de las omisiones absolutas, entre tanto que, en las omisiones relativas donde sí existe un enunciado pero este deviene en insuficiente, resulta no menos compleja la tarea de controlar su constitucionalidad, esto es, someterlas a los procedimientos de control abstracto y concreto de constitucionalidad.

Sin embargo, si tenemos en consideración que la omisión que importa para la jurisdicción constitucional es aquella derivada del incumplimiento de una obligación [el silencio], y su sentido contrario a los preceptos de la ley fundamental, la determinación del objeto a ser sometido a control parece emerger naturalmente, pues de lo que se trata no es de controlar la inactividad del legislador sino las consecuencias de su inactividad, es decir, el control de la norma derivada del silencio de la ley o del legislador (Villaverde, 2015, p. 204), procurando garantizar la integridad del ordenamiento de todo acto o silencio contrario a la Constitución.

De este modo, no se trata —necesariamente— de reparar el daño ocasionado por la transgresión al texto constitucional ni de sancionar al legislador silente, sino de depurar el ordenamiento de toda norma o silencio contrario a la Constitución, a fin de restablecer su supremacía, y es que, en un Estado constitucional democrático y de derecho, la tarea de la jurisdicción constitucional, deberá en la medida de lo posible, pretender reparar las consecuencias de los actos u omisiones inconstitucionales y, esto se lograría si se consigue anularlas o expulsarlas del ordenamiento jurídico.

Queda claro entonces, que no podemos confundir el objeto de control constitucional. Si bien existe en el legislador un deber constitucional de legislar, derivado de ese deber de protección que obliga al Estado a actuar en defensa y protección de ciertos valores y derechos (Fernández, 2009, p. 21), sin embargo, para el control constitucional de las omisiones, lo que se busca es contener los efectos negativos que pueda ocasionar el silencio del legislador, por eso estaríamos ante un control de naturaleza jurídica, que tiene como parámetro la Constitución, todo lo que vaya más allá de ella podría transgredir valores democráticos que importen al principio de separación de poderes y la libertad de configuración normativa del Parlamento.

Evidentemente, no es posible negar que la realidad supera la teoría, y encontraremos en muchos ordenamientos que ha preferido adoptar una actitud positiva frente a la inoperancia del legislador, dirigiendo su control directamente hacia este, incluso imponiéndole un plazo para que cumpla su deber de legislar y en otros casos, vía sentencias interpretativas, y que, en el siguiente apartado, intentaré analizar a partir de la experiencia peruana, a la que se sumará una variante “innovativa”, a partir del sistema de control convencional aplicado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), en símil con la labor realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

V. LA INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN EN EL PERÚ

1. *El control de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico peruano*

La jurisdicción constitucional en el Perú, a diferencia de otros ordenamientos, presenta algunas peculiaridades, que resultan importantes de precisar. De acuerdo con la Constitución Política de 1993, el máximo intérprete de la carta fundamental es el TC, a quien no sólo se le ha encargado la función de encargado de la expulsión de las normas inconstitucionales, sino de conocer en última y definitiva instancia los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y acción de incumplimiento, además de conocer los conflictos competenciales o de atribuciones designadas por la Constitución.⁴

Hasta aquí, nada de peculiar parece haber en el orden constitucional peruano, sin embargo, nótese que cuando el artículo 138 de la Constitución hace referencia a los proceso constitucionales, éstos serán conocidos en última instancia por el TC, es decir, que previamente los justiciables recurrirán ante la jurisdicción ordinaria para la exigibilidad de sus derechos, es decir, partirán de una acción ante el Poder Judicial, que conforme a nuestra carta magna, tiene por función la de realizar el control difuso de constitucionalidad de las leyes, creándose un sistema híbrido de control de constitucionalidad.

Pues bien, esa hibridación hace que tanto control concentrado como difuso cohabiten, pero no se intercepten, pues el control concentrado queda

⁴ De acuerdo con el tenor del artículo 202 de la Constitución Política del Perú de 1993, son éstas las atribuciones conferidas para el Tribunal Constitucional.

determinado exclusivamente para el TC, mientras que el difuso para el Poder Judicial, pues el primero se presenta como un proceso independiente y directo (acción de inconstitucionalidad), frente al procedimiento incidental para el segundo a través de la elevación en consulta a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema (SCCS), determinando su naturaleza *inter partis* de la decisión judicial, a diferencia del efecto *erga omnes* de las sentencias de inconstitucionalidad del TC.

A modo de la *judicial review* instaurada en el sistema americano de control de constitucionalidad luego de que el juez Marshall la aplicara en el conocido *caso Marbury vs. Madison* en 1803, la Constitución del Perú, en su artículo 138 ha establecido que “en todo proceso, de existir incompatibilidad entre una norma constitucional y una norma legal, los jueces prefieren la primera”, con lo cual queda legitimado el control judicial desde el imperativo de que la ley fundamental prevalece sobre toda norma legal, tal como lo expresa el artículo 51 de la propia Constitución.

El control concentrado de constitucionalidad se encuentra reservado para el TC, como en muchos otros ordenamientos, el que viene dado a través del proceso de inconstitucionalidad, recurso directo regulado por el artículo 97 y siguientes del nuevo CPConst. de 2021, además ser el competente para resolver en última y definitiva instancia los recursos de agravio constitucional y queja (contra la resolución que deniega el recurso de agravio constitucional) en los procesos de *habeas corpus*, amparo, *habeas data* y de cumplimiento.

2. Mecanismos de control constitucional de las omisiones legislativas en el Perú

De entrada, debe decirse que el ordenamiento jurídico peruano no tiene regulado ni por norma legal ni constitucional⁵ el tratamiento específico para hacer frente a las omisiones del legislador, sin embargo, ha sido a través de la jurisprudencia del TC que se ha logrado introducir parte de su teoría como la forma de abordarse, material jurisprudencial que evidencia la marcada preferencia por las sentencias exhortativas y algunas otras peculiaridades

⁵ Sin embargo, existió un proyecto de la Ley de Habeas Corpus y Amparo que proponía la acción de amparo frente a las omisiones, pero esta fue rechazada por el Parlamento en su oportunidad, La Ley 23506, de 7 de diciembre de 1982, en su artículo 2, se leía: “Las acciones de garantía proceden en los casos en que se violen o amenacen los derechos constitucionales por acción, o por omisión de actos de cumplimiento obligatorio” (Fernández, 1998, p. 321).

al momento de decidir una causa, como son el uso de la figura del Estado de cosas inconstitucional.

De esta manera, el TC peruano a través de su jurisprudencia, especialmente con la STC núm. 006-2008-PI/TC, del 11 de junio de 2008, y STC núm. 5427-2009-PC/TC, del 30 de junio de 2010, ha reconocido la existencia de las omisiones legislativas y la necesidad de su intervención para controlarlas, señalando que “el control de las omisiones al legislador se ubicaría en lo que es “constitucionalmente necesario” y no obstante no ha sido atendido por el legislador” con lo cual “la acción del Tribunal Constitucional se legitima, tanto para el control de lo que está constitucionalmente prohibido, así como para exigir aquello que resulta “constitucionalmente necesario” (STC 006-2008-PI/TC, fundamento 39).

Del mismo modo, ha creído conveniente precisar que la inconstitucionalidad de las omisiones legislativas debe ser sometidas a control por:

a) la necesidad de reivindicar el valor normativo de la Constitución, b) la reivindicación de la naturaleza “social” del Estado constitucional, en el entendido, de que los derechos tradicionalmente postergados o dejados al ocio del legislador son, por lo general, los derechos sociales; c) la necesidad de relacionar el poder constituyente con el poder constituido, permitiendo un desarrollo responsable de los contenidos de la Constitución; d) la naturaleza y rol actual que han asumido los Tribunales Constitucionales en su labor de defensa de lo que la Constitución ordena; y, e) finalmente, la necesidad de tomar en serio las “obligaciones constitucionales”, en este caso, las que corresponden en esencia al legislador de cara a la vigencia y efectividad de los derechos fundamentales (STC 5427-2009-PC/TC, fundamento 18).

En ese contexto, a efectos de atender el problema de las omisiones legislativas, el TC recurre a la teoría del plazo razonable y señala que pueden utilizarse dos mecanismos: “a) en primer lugar la apelación al plazo razonable, como un tiempo prudencial que permita cubrir la omisión; b) la fijación de un plazo fijo por parte de las instancias judiciales” (STC 006-2008-PI/TC, fundamento 45), pero precisa que estos remedios son utilizados por los jueces constitucionales para hacer frente —especialmente— a las omisiones relativas, mientras que para el caso de las omisiones absolutas, entiende que, siendo los jueces los encargados de tutelar los derechos fundamentales, son éstos quienes deberán establecer una línea de comunicación con el Parlamento a través de sus sentencias.

Con todo ello, desde la actividad jurisdiccional del TC parece haberse marcado una línea de atención frente al silencio del legislador y que, pese a la precariedad por la que venía superando la institución,⁶ resultaría un aporte sustancial al desarrollo del plan constitucional instaurado en el país, sirviendo de base para lo que serían los posteriores pronunciamientos de este supremo colegiado, dejándose notar en el sin número de sentencias dictadas, que irían equiparándose a la tendencia de los tribunales en el mundo, a través de las sentencias interpretativas y exhortativas, o de figuras importadas como la declaración del Estado de cosas inconstitucional, que se someterán al análisis en adelante.

3. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú desde el enfoque del derecho comparado

Como se ha señalado *supra*, para el caso peruano, el desarrollo jurisprudencial del TC ha sido la fuente para introducir la figura de la inconstitucionalidad por omisión, echando mano a un tipo particular de sentencias, pero acostumbrada para este tipo de tribunales, se ha conocido algunos criterios en torno a su tratamiento en la jurisdicción constitucional, es así que, se han usado las conocidas sentencias interpretativas-manipulativas, en su especial modalidad de las sentencias exhortativas,⁷ en las que si bien se declara la inconstitucionalidad de la norma, no se dispone su expulsión inmediata del ordenamiento, sino que se concede al Congreso un plazo para que expida una nueva ley pero conforme al contenido constitucional de la ley fundamental.

Una de las sentencias expedidas en esa dirección, ha sido la STC 006-2008-PI/TC, de 11 de junio de 2008, en la que se resolvió la demanda de inconstitucionalidad presentada por el Presidente de la República con los

⁶ Téngase en cuenta que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional del Perú – Ley 28301, se dio recién en el 1 de julio de 2004, en el periodo del presidente Alejandro Toledo Manrique después de haber salido de una de las peores crisis políticas sufridas luego del destape de los innumerables actos de corrupción del gobierno del presidente Alberto Fujimori dentro del periodo 1990-2000.

⁷ Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las sentencias exhortativas son “aquellas en donde el órgano de control constitucional declara la incompatibilidad constitucional de una parte o la totalidad de una, pero no dispone su inmediata expulsión del ordenamiento constitucional, sino que exhorta al Parlamento para que, dentro de un plazo razonable, expida una ley sustitutoria con un contenido acorde a las normas constitucionales” (STC núm. 0004-2004-CC/TC, FJ. 3.3.4).

artículos 1o. y 2o. de la Ordenanza Regional⁸ No. 022, emitida por el Gobierno Regional de Puno, con la que se reconocía a la planta de Coca como “Patrimonio Regional cultural inmaterial, etnobotánico, sociológico histórico, alimenticio, medicinal e industrial, como símbolo del Pueblo quechua — aymara de la Región de Puno”, sosteniendo que tal declaración es de única competencia del Gobierno Nacional y no Regional, por lo que se estaría vulnerando el principio de supremacía constitucional reconocido en el artículo 21 de la Constitución.

El Colegiado, luego de haber analizado parte de la legislación pertinente a la determinación de la competencia, recordó que en las sentencias recaídas en los expedientes 0020-2005-PI/TC y 0021-2005-PI/TC ya tuvo ocasión de pronunciarse al respecto, y declaró inconstitucional las ordenanzas emitidas por los gobiernos regionales de Huánuco y Cuzco, pero hizo hincapié a una exhortación hecha al Congreso de la República, referida al reconocimiento legal mediante norma expresa, señalándose:

[...] este Colegiado comparte la preocupación de los demandados por el ocio del legislador nacional al no haber reconocido expresamente al uso tradicional de la planta como patrimonio cultural inmaterial de la nación. En tanto dicha inercia legislativa persista se corre el riesgo de generar una inconstitucionalidad por omisión, no sólo por afectar el derecho a la identidad cultural de muchos peruanos (artículo 2o. 19 de la Constitución), sino también por afectar el derecho a la igualdad (artículo 2o. 2 de la Constitución).

Por tales motivos se exhorta al Congreso de la República a incluir a la planta de la hoja de coca en la lista de cultivos reconocidos como Patrimonio Natural de la Nación, por la Ley N.º 28477. En igual sentido, se exhorta al INC, a iniciar los trámites administrativos para evaluar la conveniencia técnica de la declaración del uso tradicional de la planta de hoja de coca como patrimonio cultural inmaterial, de conformidad con el ordenamiento internacional (STC 020-2005-AI/TC, fundamento 111).

De esta forma, el TC razona que, en el caso en particular, “a raíz de la falta de actuación del legislador a efectos de satisfacer la razonable aspiración de los pueblos y grupos sociales directamente vinculados con el cultivo

⁸ Debe precisarse que, en el ordenamiento peruano, tanto las Ordenanzas Municipales como Regionales, tienen carácter de ley de conformidad al inciso 4 del artículo 200 de la Norma Suprema, por tanto, pueden ser impugnadas vía acción de inconstitucionalidad.

tradicional de la hoja de coca, se ha ido configurando un supuesto de omisión legislativa” (STC 006-2008-PI/TC, fundamento 35), introduciéndose así, la institución de la omisión inconstitucional al ordenamiento peruano, pero lo hace sobre la base de la corroboración de tres presupuestos:

a) cuando ha transcurrido un periodo razonable y el órgano legislativo no ha emitido la norma exigida desde la Constitución; b) la existencia de un mandato claro sobre la obligación de legislar; c) la posibilidad de integración por parte del órgano jurisdiccional, de modo que el ocio del legislador pueda ser superado con la actuación del órgano jurisdiccional (STC 006-2008-PI/TC, fundamento 36).

Resáltese que, el TC peruano recurre al criterio del “plazo razonable” para justificar su actividad de control, pero este no es nada nuevo, porque si revisamos la jurisprudencia alemana, encontraremos que este argumento también ha sido usado por el BVerfG cuando tuvo que pronunciarse respecto a un recurso de queja constitucional contra una sentencia del Tribunal Regional de Kiel, que priorizó la aplicación de normas preconstitucionales del Código Civil, entendió que, habiendo transcurrido un “plazo adecuado o razonable” (Fernández, 2009, p. 29), sin encontrar respuesta del legislador, tratándose de normas constitucionales, los jueces y tribunales podían aplicar la norma constitucional directamente, y es que, ya habían transcurrido veinte años de haber entrado en vigor la Ley Fundamental y el legislador continuaba silente.

Haciendo suyo ese mismo criterio, el TC español en su STC 31/1994, del 31 de enero, al pronunciarse respecto de un recurso de amparo por vulneración al derecho a la libertad de expresión y comunicación, señaló: “[...] lo que no puede el legislador es diferir *sine die*, más allá de todo tiempo razonable y sin razones que justifiquen la demora. [...] pues la ausencia de regulación legal comporta” (fundamento 7), es decir, el plazo resulta ser un elemento trascendente para la verificación de la quiescencia del legislador, o en efecto su renuncia a cumplir su deber constitucional de legislar.

Ahora bien, la pregunta que parece emerger de este “plazo o tiempo razonable”, es si éste se determina desde la entrada en vigor de la norma suprema o exhortación del Tribunal que lo conmina a legislar, porque lo que deja notar de la sentencia del TC peruano, es que la omisión inconstitucional, se perfecciona ante el incumplimiento del legislador de la exhortación del juez constitucional hecha en una sentencia previa, pero que se contrapone

al razonamiento del Tribunal Constitucional Federal Alemán, cuando vincula la inactividad del Parlamento con el plazo transcurrido desde la vigencia de la Ley Fundamental, criterio último que, a mi juicio, resulta más idóneo, pues si consideramos que el deber de legislar proviene del texto constitucional,⁹ la sola verificación de su incumplimiento, conduce a su reproche, es decir, al control del juez constitucional sin la necesidad de un requerimiento previo, máxime si el objeto de control es la norma y no el legislador.

Otro aspecto importante a observar de la sentencia del TC peruano es la manera en que llega a concluir que existe una omisión de legislador, y el efecto que ésta produce en el ordenamiento. Nótese que el proceso a conocimiento del juez *constitucional* busca la declaración de inconstitucionalidad de una ordenanza regional, es decir, la depuración de una norma explícita, pero ésta no es la que produce la norma implícita inconstitucional, como se apuntó, para el caso de las omisiones relativas, sino que la inconstitucional de la norma regional, se produce por el [previo] silencio del legislador al no haber declarado patrimonio cultural a la hoja de coca, ocasionando que su declaración por el órgano regional contravenga las competencias determinadas en la Constitución, entonces, ¿estamos ante un válido criterio del Tribunal Constitucional?

En principio, queda claro que el objeto sometido al control de constitucionalidad no es una norma implícita ni explícita, sino que es el tribunal, en vía de interpretación, el que deduce el vacío normativo creador de un conflicto de competencias, por tanto, no parece que estuviéramos ante una sentencia que tenga por fin el análisis de una omisión absoluta o relativa, porque ésta ya está advertida en la STC 0020-2005-PI/TC, en la que se exhorta al legislador a emitir la norma pertinente, lo que se tiene en realidad es el control de un acto producido en un contexto de ausencia regulativa, razón por la cual, lo que se declara inconstitucional es la ordenanza regional por lo que dice, y no por lo que no dice [omisiones relativas inconstitucionales].

No obstante, no puede negarse que la inactividad del Parlamento se configuró como la fuente primaria para que otro órgano expida una norma contraria al texto constitucional, y que bien tuvo el declararse en inconstitucional, a partir del criterio interpretativo del TC, que supo introducir juris-

⁹ Una postura distinta, la plantea Eto Cruz (2021, p. 257), quien señala que el mandato constitucional de regulación normativa puede originarse en dos sentidos: *a)* la exigencia que figura de modo explícito en la Constitución, y *b)* el mandato proviene concretizada a través de la interpretación del Tribunal Constitucional, dado que su jurisprudencia no solo es fuente de derecho sino normas vinculantes.

prudencialmente la institución de la inconstitucionalidad por omisión, pero que pudo haberse prescindido en la argumentación porque la inconstitucionalidad viene marcada por la vulneración directa de la Constitución al contravenir competencias preestablecidas para regulación normativa al gobierno nacional y vetadas al gobierno regional.

Una decisión completamente distinta, la encontramos en la STC 0014-2007-PI/TC, del 4 de mayo de 2009, en la que se declaró inconstitucional la omisión legislativa interpretada de los artículos 3o. y 15 de la Ley del Sistema Privado de Pensiones. El caso se origina de otro caso resuelto por el TC, en la que se solicitaba en vía de amparo, dejar sin efecto un contrato de afiliación a una Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) de un trabajador minero; en la STC 01776-2004-AA/TC, el TC aprovechó para analizar la distinción hecha por el legislador al momento de regular el traslado del sistema nacional al privado, pero no a la inversa, considerando tal situación como inconstitucional y exhortó a las entidades correspondientes para que emitan las normas pertinentes (punto resolutivo 4).

Esta última sentencia hizo que el Parlamento nacional emitiera la Ley núm. 28991, Ley de Libre Desafiliación Informada, Pensión Mínima y Complementarias, y Régimen Especial de Jubilación Anticipada, publicada el 27 de marzo de 2007, sin embargo, un grupo de congresistas recurrió al TC para que ésta sea declarada inconstitucional por no haberse recogido todos los supuestos para el retorno al sistema nacional de pensiones; con lo cual, ante la perdura de la omisión, el Colegiado en la STC 0014-2007-PI/TC, resolvió: “Inconstitucional la omisión legislativa consistente en no haber incluido a la indebida, insuficiente y/o inoportuna información como causal de nulidad del acto de afiliación al Sistema Privado de Pensiones” (punto resolutivo 1.1.).

Pero, entremos un poco más en detalle. En la referida sentencia, la teoría del plazo razonable no parece manifestarse como criterio del tribunal, pero se aprecia que insiste con la figura de la omisión configurada a partir de su jurisprudencia vinculante, toda vez que entiende que la omisión se perfecciona a propósito de la renuencia del legislador a la exhortación hecha por el juez constitucional, y justificando así su control, señala:

[...] tras haber optado inicialmente por la exhortación deferente con el legislador que el ejercicio responsable la jurisdicción constitucional *ab initio* impone, pero sin haber merecido atención, el Tribunal juzga constitucionalmente necesario cubrir la omisión legislativa a partir del ejercicio de una interpretación concretizador Constitución. (STC 0014-2007-PI/TC, fundamento 18)

De este modo, el tribunal advierte que el remedio a emplear para la omisión del legislador será por la vía de la interpretación y, recurre al derecho fundamental a la información para argumentar la nulidad de todo acto que suponga su contravención, señala:

[...] establecer una regla de Derecho vinculante y con alcance general que permita cubrir la inconstitucional omisión legislativa, el Tribunal Constitucional, [...] establece que: Constituye causal de desafiliación del SPPrP y de consecuente derecho de retorno al SPuP, la acreditación de que la decisión de afiliarse al SPPrP fue consecuencia de una indebida, insuficiente y/o inoportuna información por parte de la AFP o de la Administración pública (STC 0014-2007-PI/TC, fundamento 20).

Por tanto, resulta más que evidente que, el mecanismo utilizado por el TC ha sido adicionar contenido normativo al enunciado legal existente, al estilo de la *Corte Costituzionale*, de donde proviene este tipo de técnica empleada en las ya conocidas sentencias aditivas de la jurisprudencia italiana, que tampoco tiene regulada la omisión inconstitucional, pero que frecuentemente las resuelve asumiendo una actitud positiva en línea de la *judicial activism*, pero que la misma *Corte* ha sabido modular, señalando que sólo es posible una sentencia aditiva “cuando la solución adecuadora no deba ser fruto de una valoración discrecional sino que se derive necesariamente del juicio de constitucionalidad, de modo que la Corte deba proceder a una extensión lógicamente necesaria” (Sentencia 80 de 1987 citada por Fernández, 1998, p. 233).

De esta manera, las sentencias aditivas se presentan como un instrumento idóneo para hacerle frente a las omisiones relativas, que el TC español también ha tenido la oportunidad de utilizar, por ejemplo, en su STC 142/1990, de 20 de setiembre, al examinar una cuestión de inconstitucionalidad respecto al artículo 3 del Decreto-ley, sobre el Régimen del Seguro Obligatorio de vejez e invalidez, determinó la inconstitucionalidad sobrevenida del referido artículo por razón de sexo, y ordenó que el término “viudas” debía entenderse tanto a uno como a otro sexo (fundamento 5), decidiendo la nulidad del texto normativo, pero utilizando “en cuanto” excluye a los viudos, es decir, que la declaración de la inconstitucionalidad viene definida por lo que no dice, y no por lo que dice el texto legal.¹⁰

¹⁰ En igual sentido el TC resuelve en su STC 222/1992, de 11 de diciembre, en la que

Entonces, queda claro que el remedio utilizado por el TC peruano, se alinea a la tendencia de recurrir a las sentencias interpretativas-aditivas,¹¹ utilizada por los diferentes tribunales constitucionales en el mundo para controlar los efectos de las omisiones relativas del legislador, y que más allá de la crítica que pueda suponer ir más allá de la función negativa de la jurisdicción constitucional, con el nuevo paradigma, el cuestionamiento parece diluirse y a la vez superado en aquella función del TC de concretizar los preceptos del texto de la Constitución para garantizar su supremacía en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, una figura un poco más novedosa utilizada por el TC peruano, son las sentencias que declaran un Estado de cosas inconstitucional,¹² figura importada del ordenamiento constitucional colombiano¹³ que han servido y son utilizadas desde 2003 por el juez constitucional, introducido por vía jurisprudencial, específicamente por la STC 2579-2003-HD/TC, del 6 de abril de 2004, en la que se le define como aquella técnica para que, una vez declarado el “estado de cosas inconstitucionales”, se efectúe un requerimiento específico genérico a un (o unos) órgano(s) público(s) a fin de que, dentro de un plazo razonable, realicen o dejen de realizar una acción u omisión, *per se*, violatoria de derechos fundamentales, que repercuta en la esfera subjetiva de personas ajenas al proceso constitucional en el cual se origina la declaración (STC 2579/2003, fundamento 19).

señala que “el art. 58.1 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos [...] es inconstitucional en la medida en que excluye del beneficio de la subrogación *mortis causa* a quien hubiere convivido de modo marital y estable con el arrendatario fallecido”, pero, aclara en su último fundamento jurídico “la inconstitucionalidad sobrevenida de la exclusión enjuiciada, pero no la nulidad de la regla legal que concede hoy al “cónyuge” el beneficio de la subrogación” porque ello supondría un daño a quienes ostentan tal condición.

¹¹ Por ejemplo, un tipo particular de sentencias en México son las denominadas atípicas, utilizadas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano (Figueroa, 2011).

¹² Un mecanismo ciertamente parecido, es el denominado amparo estructural de derechos, con el que encuentra coincidencia respecto a la forma de abordar la violación generalizada y sistemática de derechos que afectan a una pluralidad de personas, además de contener ordenes complejas de diseño e implementación de políticas públicas, requiriendo un proceso activo de ejecución de sentencias (Beltrán, 2018). Sin embargo, su utilidad no parece dar lugar a convertirlo en un instrumento idóneo para hacer frente a las omisiones legislativas, pues únicamente, se presentan como fallos orientados a producir políticas públicas para garantizar la protección de derechos, más no como mecanismos de control de la inacción del legislador como lo hace la inconstitucionalidad por omisión.

¹³ Implementada por la Corte Constitucional de Colombia mediante Sentencia de Unificación Núm. 559/1997.

Si bien este tipo de sentencias no tienen —exclusivamente— por objeto abordar la inconstitucionalidad por omisión, sino el extender los efectos de las sentencias *inter partes*, importa para este trabajo porque, de las dieciséis sentencias dictadas, en dos de ellas, al advertir la existencia de una omisión normativa, ha exhortado al Parlamento a legislar la materia, y además, ha extendido su exhortación al Poder Ejecutivo para dictar las medidas normativas pertinentes dentro de sus atribuciones constitucionales, trayendo consigo algunas cuestiones importantes de observar a efectos de dilucidar ciertas interrogantes que puedan surgir al momento de vincularse al control constitucional.

Teniendo en cuenta el objeto de control [norma contra derechos fundamentales], las sentencias que declaran el estado de cosas inconstitucional, nacen producto de un proceso constitucional vinculado a la exigibilidad de un derecho, por ejemplo, acción de amparo, habeas data, o habeas corpus,¹⁴ con excepción de dos de ellos iniciados vía acción de inconstitucionalidad,¹⁵ sin embargo, en todas se resuelve con una exhortación al legislador para que proceda a cumplir su función de legislar, optando en algunos casos a otorgarle un plazo acompañado de un apercibimiento por si persiste la omisión, pero en otras, ha hecho extensiva la obligación de regular normativamente a otros órganos del Estado.

Revisemos unas de las sentencias para mayor conocimiento. En noviembre de 2019, se expidió la STC 0617-2017-PA/TC, proceso de amparo que buscaba se otorgue pensión de viudez a un hombre, sosteniendo que se vulneraba el derecho a la igualdad, por cuanto solo a los hombres se exigía probar que hayan estado a cargo de la esposa fallecida, no siendo así para el caso de las viudas, es así, que el TC luego del examen de proporcionalidad pertinente, determinó que tal disposición atentaba contra el principio de igualdad y, declaró inaplicable el referido artículo impugnado, expresamente señaló: “Declarar inaplicable el artículo 53 del Decreto Ley 19990, en el extremo que exige que el viudo debe haber dependido económicamente de su causante para tener derecho a la pensión de viudez [...]” (punto resolutorio 2), y acto seguido, luego de la declaración de estado de cosas inconstitu-

¹⁴ Para mayor detalle puede visitarse el portal de jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Perú, ingresando a <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/estado-de-cosas-inconstitucional/>.

¹⁵ Como son el caso prohibición de doble percepción de ingresos para los pensionistas del Estado (STC 00009-2015-AI/TC); y, el caso de la creación de filiales universitarias (STC 0017-2008-PI/TC).

cional y la exhortación al legislador, precisa: “correspondiendo que el Poder Legislativo adopte, en el marco de las disposiciones constitucionales y presupuestarias, las medidas adecuadas para corregir dicho estado en el plazo de un año” (punto resolutivo 3).

En este caso, se advierte que la norma no es declarada inconstitucional pese a que la omisión transgrede al texto constitucional por vulneración al principio de igualdad, y la razón parece bastante clara, de hacerlo podría crearse un mayor vacío normativo que suponga afectar derechos fundamentales de un mayor grupo de personas, por tanto, lo que resulta inconstitucional es lo que no dice, es decir, estamos ante una inconstitucionalidad por omisión relativa, pero que, en esta oportunidad el Colegiado se ha decantado por una técnica diferente a la antes advertida [sentencias aditivas], técnica que denota cierto retorno a la idea del juez constitucional como legislador negativo.

Ahora bien, retomando la exhortación y el plazo para que el Parlamento legisle sobre la omisión, no resulta ser una medida ajena a otros tribunales, ejemplo de ello la podemos encontrar en los ordenamientos como el austriaco o el español, que tuvo ocasión en la STC 96/1996, del 30 de mayo, en la que le concedió un tiempo al legislador para que repare su silencio, pero que transcurrido, ante la renuencia, declara inconstitucional y nulo el enunciado legal omisivo, en el mismo sentido resolvió en la STC 208/1999, del 11 de noviembre de 1999, evidenciándose cierta condescendencia para con el legislador para que sea éste quien subsane oportunamente su inactividad, que para bien o para mal, se ajusta a los límites del principio de separación de poderes, deducción que a su vez, sirve para explicar la estructura decisoria en las sentencias de estado de cosas inconstitucional en el Perú.

Pero, como antes se apuntó, en este tipo de sentencias, la exhortación a legislar no es exclusiva del Poder Legislativo, sino que también se le ha trasladado al Poder Ejecutivo, como puede apreciarse de la STC 05436-2014-HC/TC, del 26 de mayo de 2020, en la que el TC exhortó al “Ministerio de Justicia y Derechos Humanos para que elabore un nuevo Plan Nacional de la Política Penitenciaria 2021-2025, con características de política de Estado, que deberá elaborarse en un plazo no mayor a 3 meses” (punto resolutivo 5), o en la STC 0009-2015-PI/TC, de 16 de abril de 2019, cuando dispuso “que el Poder Ejecutivo y el Congreso de la República, conforme a sus atribuciones, promuevan el aumento progresivo de la pensión mínima de los diferentes regímenes pensionario, [...] en el plazo de 3 años” (punto resolutivo 6).

Evidentemente, esta exhortación bidireccional cobra sentido al producirse en un sistema de gobierno presidencialista, en el que no sólo el Poder Legislativo se encuentra en la obligación de legislar, sino que, esta también incumbe al Poder Ejecutivo, a través de la legislación delegada, que para el caso peruano presenta mayor libertad legislativa en comparación con otros ordenamientos, por ejemplo, a la prevista en la Constitución española, en la que se advierte mayor control por parte del Parlamento, para el ejercicio de esta potestad delegada, por lo que el Gobierno está supeditado a ciertas prohibiciones y a cumplir los parámetros establecidos en la ley de bases o de la ley ordinaria para la refundición de textos, limitaciones tan rígidas que no se presentan en la normas constitucionales ni reglamentarias en Perú.

En ese sentido, puede inferirse que la idea que maneja el TC peruano al momento de efectuar su exhortación, concibe a la omisión legislativa desde su concepción amplia, es decir, que el deber de legislar no sólo es importante al Parlamento, sino también al Ejecutivo conforme a sus atribuciones constitucionalmente reconocidas, por tanto, no resulta descabellado aceptar, que es este poder del Estado quien produce una omisión normativa, y que bien podría ser colmada en ejercicio de su potestad reglamentaria a través de los decretos legislativos [rango de ley], sobre todo, si se habla de omisiones relativas, donde la fuente de inconstitucionalidad puede deducirse de cualquier texto o enunciado legal, aunque si de mecanismos de impugnación o exigibilidad de derechos se trata, la realidad jurisprudencial abre un abanico de posibilidades.

Con todo lo dicho hasta aquí, si bien a lo largo del trabajo se han venido señalando algunas deducciones, conviene ir asentando algunas otras. Es así que, a estas alturas resulta innegable la existencia de omisiones o silencios del legislador, ya sea de manera absoluta o relativa, pues regular todas las situaciones posibles que la realidad nos presenta, o concretizar cada uno de los supuestos, dada la generalidad de la ley, la tarea se hace ciertamente imposible; sin embargo, estas omisiones serán relevantes en la medida que afecten el contenido de la Constitución, es cuando la omisión se convierte en inconstitucional.

En ese mismo sentido, tampoco es posible afirmar que existe un solo mecanismo para hacer frente o controlar la inconstitucionalidad por omisión, ya sea a nivel comparado o incluso en un mismo ordenamiento jurídico, como se ha podido apreciar en la experiencia peruana, que de manera inicial, se inclinó por el uso de sentencias interpretativas y ahora parece decantarse por un uso más innovador con sus sentencias que declaran un “Es-

tado de cosa inconstitucional”, a pesar que para ésta no necesariamente haya sido creada para tal fin, lo que nos lleva a preguntarnos, ¿si resulta necesaria una regulación específica para atender la omisión inconstitucional o basta con la jurisprudencia hasta ahora desarrollada por el TC?

Para responder esta tendenciosa interrogante habría que remitirnos a algunos de los ordenamientos que tiene regulada la omisión inconstitucional, para ver si alguna de ellas podría servir de modelo para su implementación en el Perú. Así, por ejemplo, tenemos la regulación prevista por la antigua República Socialista Federativa de Yugoslavia, que en el artículo 377 de su Constitución de 1974, recogía la figura señalando:

Si el Tribunal de Garantías Constitucionales de Yugoslavia hiciere constar que un órgano competente no hubiere dictado las normas de ejecución necesarias de la Constitución de la República Socialista Federativa de Yugoslavia, de las leyes federales y de otras prescripciones y actos federales, estando obligado a dictarlas, dará del hecho conocimiento a la Asamblea de la Republica Socialista de Yugoslavia.

Otro de los países que asumió el control constitucional desde su texto constitucional ha sido Portugal, donde luego de la reforma constitucional de 1982, se articuló en el 283 de su Constitución de la manera siguiente:

1. A requerimento do Presidente da República, do Provedor de Justiça ou, com fundamento em violação de direitos das regiões autónomas, dos presidentes das assembleias legislativas regionais, o Tribunal Constitucional aprecia e verifica o não cumprimento da Constituição por omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis as normas constitucionais.

2. Quando o Tribunal Constitucional verificar a existência de inconstitucionalidade por omissão, dará disso conhecimento ao órgão legislativo competente.

Para este lado del continente, países que han optado por una regulación expresa en sus Constituciones han sido Brasil, Argentina y México, para estos dos últimos en algunos de sus estados federales, pero también existen otros que han preferido hacerlo por la vía legal, tal como lo han previsto República Dominicana y Costa Rica, presentándose como una alternativa a lo dificultoso que podría suponer la adopción de una norma en el cuerpo de una Constitución.

Por ejemplo, la norma constitucional brasileña, recoge en el artículo 103.2 de su Constitución que: “Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tomar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providencias necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”, teniendo como elementos destacables que la omisión puede producirse por inacción de cualquiera de los tres poderes del Estado, y de un órgano administrativo a que le se impone un plazo para remediarlo, sin embargo, no se advierte el cómo hacerlo, por lo que la decisión parecer ser meramente declarativa.¹⁶

Por su parte, para el caso argentino, lo encontramos en la provincia de Río Negro, que reguló en su Constitución de 1988, al momento de referirse a las competencias del Superior Tribunal de Justicia, en su artículo 207.2.d), en las acciones por incumplimiento prevé que el colegiado “fija el plazo para que se subsane la omisión. En el supuesto de incumplimiento integra el orden normativo resolviendo el caso con efecto limitado al mismo y de no ser posible, determina el monto del resarcimiento a cargo del Estado”. De este modo, ingresa un nuevo elemento, destinado a reparar el daño de quien se crea agraviado por la omisión, yendo más allá de la sola declaración de inconstitucionalidad de la omisión, que puede considerarse una manifestación del principio de responsabilidad estatal.

Finalmente, en algunos estados de México también se ha decidido por una configuración constitucional, entre ellas, ocho entidades federativas como: Veracruz, Tlaxcala, Chiapas, Quintana Roo, Coahuila, Nayarit, Querétaro y Yucatán, en todos ellos se estableció que la competencia para recurrir la omisión es ante el Tribunal Superior de Justicia de cada estado, pero para el caso de Chiapas, su tribunal luego de la reforma del 2007, se denominó Tribunal Constitucional. Para estos estados se tiene prevista la acción por omisión legislativa como mecanismo de control, y pueden ser susceptible de control, Congreso, gobernador y ayuntamientos o concejos municipales. Sin embargo, dado el poco uso de la institución, Pedro Rodríguez Chandoquí (2007), en su tesis doctoral, consideró que en todos los estados

¹⁶ Por ello, parte de la doctrina brasileña ha llegado a considerar que una forma alternativa de control constitucional de las omisiones es posible hacerla a través del “mandado de injunção”, sin embargo, autores como José Fernández Rodríguez, consideran que el objeto de este instituto es otro, pues lo que se busca es el otorgamiento de un derecho; coincidiendo con Miranda quien sostiene que la inconstitucionalidad por omisión tutela cualquier norma constitucional mientras que el “mandado de injunção” salvaguarda normas vinculadas a los derechos de libertad (Fernández, 1998, pp. 289-295).

de México debe construirse la teoría general de la acción —inconstitucionalidad— por omisión legislativa.

De esta manera, luego de haber revisado *grosso modo* algunos de los ordenamientos representativos que regularon la inconstitucionalidad por omisión, podemos retomar la interrogante antes planteada, claramente podemos observar que aun cuando se haya previsto un tratamiento específico en una norma constitucional, éstos siguen siendo heterogéneos a nivel comparado, y ello parece obedecer a la complejidad del marco normativo interno de cada sistema jurídico, por lo que, hacer nuestro un modelo como los antes previstos, podría suponer un problema con mayores inconvenientes que su tratamiento jurisprudencial.

Además, en esa heterogeneidad parece estar intrínsecamente presente el problema de la disparidad de la concepción definitoria que cada ordenamiento asume de la inconstitucionalidad por omisión, así aquellos que la conciben de modo extensivo, su accionar estará dirigido no sólo al control del silencio del legislador, sino también la de otros órganos del Estado; del mismo modo, los que se decantan por la idea de que el objeto de control es el Estado legislador, prevén una fórmula para resarcir el daño ocasionado por la omisión a través de un monto indemnizatorio, por tanto, para la estructuración de una regulación legal o constitucional, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, los preceptos que la Constitución permite; así como, los límites legales que el sistema normativo impone; y, finalmente, [y el más importante] el análisis de la estricta necesidad de normar una institución sin incurrir en una creación superflua.

Sobre esto último podría decirse mucho, pero teniendo en cuenta la experiencia peruana, se aprecia que, desde el ingreso jurisprudencial en 2008 de la inconstitucionalidad por omisión, el TC tan solo ha utilizado la figura para resolver dos causas más, siendo un total de tres sentencias en un periodo de quince años, todas ellas bajo el supuesto de omisiones relativas, donde se ha alegado vulneración al principio-derecho a la igualdad, y lo mismo ocurre en los casos de las sentencias de Estado de cosas inconstitucional, en los que, al estar directamente vinculados a protección de derechos fundamentales, se han resuelto sobre la base de la corroboración de la transgresión de la prohibición de no discriminación, conforme al artículo 2o. de la Constitución.

En esa línea, el debate sobre si se requiere en Perú una regulación específica para la inconstitucionalidad por omisión parece reducirse a la corroboración de otros mecanismos iguales o más eficaces de garantizar el ejercicio

de los derechos fundamentales, es decir, a los instrumentos que permitan su exigibilidad plena, y éstos se encuentran debidamente establecidos dentro de las garantías constitucionales del título V de la norma suprema, como son —básicamente— la acción de inconstitucionalidad, amparo y cumplimiento; pero que naturalmente diferirán respecto a los efectos de cada sentencia de acuerdo con la necesidad de los hechos en concreto, ya sea por el grado de quebrantamiento a la Constitución o el nivel de agravio de los justiciables.

Con esto no se pretende dejar por acabado el debate en torno a la problemática de la inconstitucionalidad por omisión, menos aún cerrar la posibilidad de una regulación constitucional o legal de dicho instituto, sin embargo, dada la multiplicidad de mecanismos para abordar su control, a partir de la falta de homogeneidad en su concepción, no se puede pretender configurar un instituto carente de ineficacia práctica solo por aspirar a una formulación teórica que suponga la creación de un elefante blanco para la justicia constitucional peruana.

VI. LA INCONVENCIONALIDAD POR OMISIÓN

Hoy por hoy, al menos para los ordenamientos latinoamericanos, el denominado control de convencionalidad ya no les es nada nuevo, aunque se haya introducido un nuevo mecanismo de control para los Estados, quienes ven limitadas sus soberanías y reducidas sus competencias a causa del sometimiento al Pacto de San José o Convención Americana para sobre Derechos Humanos (CADH), la creación de la Corte IDH ha significado que, pese al agotamiento de la jurisdicción nacional, se apertura una nueva instancia posible de recurrir para garantizar un mecanismo de corrección de las decisiones de las cortes nacionales, con la finalidad de optimizar los criterios interpretativos vinculados a la protección de los derechos humanos, sirviendo de nuevo marco jurídico para el ejercicio de las funciones de los Estados miembros.

De esta forma, el control de convencionalidad se instituye como aquel mecanismo de control de toda norma de los Estados miembros que contraenga el contenido de la convención, lo que en palabras de su autor, el ex juez de la Corte IDH, Sergio García Ramírez (2011, p. 125), “entraña la aplicación del orden supranacional, nacionalmente aceptado y colectivamente formulado, en lo que toca a definiciones de derechos y libertades, asignación

de responsabilidades y consecuencias jurídicas de los hechos ilícitos contraventores de aquel orden”, lo que implica que el control de convencionalidad se realice en dos sentidos: vertical, ejercido por la Corte; y horizontal, la que realizan los jueces nacionales, que lo ha llevado a considerarse como un control difuso de convencionalidad.

Es así que, sobre la base de este tipo de control, autores como Víctor Bazán y Eto Cruz, han teorizado la posibilidad de un control de inconventionalidad por omisión; el primero, por ejemplo, sostiene que es el artículo 2o. de la CADH, que impone la obligación a cada Estado de adecuar el derecho interno a sus disposiciones para garantizar los derechos allí consagrados, por lo que su inercia contraviene la norma convencional (Bazán, 2007, p. 397); llevando al segundo autor, a postular que la inconventionalidad por omisión puede ser total, cuando no existe desarrollo legislativo alguno, y parcial si la norma desarrollada no se realizó en su plenitud (Eto, 2021, p. 274).

A partir de esta línea argumentativa, un ensayo de adherir la teoría de la inconventionalidad por omisión, el TC peruano en su STC 05427-2009-PA/TC del 30 de junio de 2010, si bien se terminó inclinando por la inconstitucionalidad por omisión, de los votos particulares de los magistrados Mesías Ramírez y Beaumont Callirgos, se advierte la discrepancia que existió para decidir el mecanismo idóneo para hacer frente a la omisión del legislador, y es que, la Asociación Interétnica del Desarrollo de la Selva, en vía de cumplimiento, exigía una ley de desarrollo para el cumplimiento del Convenio 169 de la OIT, suscrito y ratificado por el Congreso de Perú desde 1993.

De la motivación de la sentencia, se aprecia cómo el Colegiado adecua el proceso de cumplimiento planteado por los demandados y lo asume como un caso de inconstitucionalidad por omisión, considerándolo indirecto, porque entiende que “se produce como consecuencia de la falta de reglamentación de aquello que ha sido desarrollado en una ley y que debe, a su vez, ser detallado en un reglamento para dar cabal cumplimiento a lo mandado por el Texto Constitucional” (STC 5427-2009-PC/TC, fundamento 25), lo que a criterio de los magistrados discordantes, el proceso de amparo vendría a ser el mecanismo más idóneo y satisfactorio, no obstante se declaró fundada la demanda de cumplimiento y se exhortó al Parlamento a la promulgación de la ley respectiva, dejándose de lado lo que parecía ir por el control de convencionalidad de una omisión.

Aunque para el caso europeo no existe propiamente un control bajo la denominación de control de convencionalidad, la labor del TEDH no es

menos parecida a la de la Corte IDH, la de sancionar el incumplimiento de las normas del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) en las que haya incurrido un Estado miembro, infracción que puede ser producida por una omisión regulativa, como lo apreciara en la Sentencia asunto Prado Bugallo c. España, del 13 de febrero de 2003, en la que se condenó al Estado español por haber omitido la regulación procesal penal de la intervención judicial de las comunicaciones privadas, lo que motivaría a su TC a emitir la STC 184/2003, del 23 de octubre, acogiendo la argumentación del Tribunal de Estrasburgo, y si bien reconoció la omisión y el derecho de los demandantes, no declaró la inconstitucionalidad por omisión inconvencional, porque parece entender que el enunciado no era contrario a la convención (Villaverde, 2015, p. 253).

Evidentemente, el debate supone un mayor desarrollo de lo que pueda hacerse en estas breves líneas, para el que sería necesario un análisis caso a caso de lo resuelto por la Corte IDH como por el TEDH, porque, por ejemplo, para el caso europeo, el análisis del Tribunal va más orientado a la declaración de la infracción al CEDH y de una sanción al Estado demandado, llevando a una parte de doctrina a considerar que estas sentencias son meramente declarativas (Ruiz, 1997), situación que no necesariamente puede equipararse al control de convencionalidad practicado por la Corte, que en ocasiones adopta una actitud más activa y ordena diversos “mandatos a los Estados mediante los cuales se dispone que se garantice a la víctima el goce de sus derechos o libertades conculcados” (Ayala, 2007, p. 138), con lo cual, a mi modo de ver, el examen de convencionalidad, tiene por finalidad la determinación de la responsabilidad del Estado legislador, por un incumplimiento a la Convención, y no la declaración de la inconvencionalidad de una omisión.

Aunado a ello, si consideramos la esencia democrática que intrínsecamente da origen a la Constitución, ese control de constitucional para salvaguardar su supremacía y su integridad, se dota de la misma naturaleza, es decir, que ese deber constitucional de protección nace de la esencia misma del origen democrático de la Constitución, cualidad que no podría encontrarse en los pactos, tratados o convenciones que dan origen al control de convencionalidad, razón por la cual, una creación como tal, a partir de la concepción de omisión inconstitucional resulta poco compatible con los fines del control de convencionalidad, no obstante, no podría cerrar el debate cuando aún no parece haberse dicho mucho al respecto.

VII. A MODO DE CONCLUSIONES

La institución de la inconstitucionalidad por omisión, pese al tiempo transcurrido de su primera formulación teórica, aún sigue siendo problemática, la falta de consenso en su definición supone su tratamiento diferenciado en el derecho comparado, por ello, para adoptar un mecanismo idóneo, conviene que cada ordenamiento asuma el concepto más adecuado a su jurisdicción constitucional, acorde con la idea de control constitucional que su propio sistema normativo admite.

En la medida que el concepto de omisión inconstitucional involucre las ideas básicas del incumplimiento de una obligación constitucional de legislar y el resultado objetivamente producido en el ordenamiento por dicho incumplimiento, será éste el objeto de control por parte de la jurisdicción constitucional, es decir, que a través de la labor del Tribunal Constitucional, se garantizará la supremacía de la Constitución y la integridad del ordenamiento jurídico de toda norma [o silencio] contrario a ella.

El ordenamiento jurídico peruano, donde conviven el control de constitucionalidad difuso y concentrado, ha sido el Tribunal Constitucional quien ha tenido la oportunidad de pronunciarse respecto de las omisiones del legislador, ha asumido una actitud positiva y se ha decantado, en un primer momento, por el uso de las sentencias interpretativas-aditivas, con la debida exhortación al legislador para que repare su inactividad.

El Tribunal Constitucional peruano, ante una posible situación múltiple de vulneración de derechos fundamentales, evoluciona de criterio, decidiendo apoyarse en una figura importada del derecho colombiano, el Estado de cosas inconstitucional, la adecua y la utiliza para resolver casos de omisiones relativas [aunque sin decirlo], y así ha decidido la inaplicación de una ley, pero ampliando su exhortación a legislar a otros poderes del Estado.

A la vista de una regulación constitucional comparada de la inconstitucionalidad por omisión, la heterogeneidad de los mecanismos de control aún persiste, y ello parece obedecer a la falta de consenso en el objeto de control en las omisiones; por tanto, más allá de adoptar un modelo específico, para el caso peruano, el análisis pasa por la estricta necesidad de normar una institución sin incurrir en una creación superflua, pues bien, una figura utilizada en un total de tres sentencias en un periodo de quince años, no parece representar un grave problema de exigibilidad para los justiciables.

Finalmente, respecto a la inconventionalidad por omisión, aunque el debate no está agotado, el intento fallido de introducirlo en el ordenamiento ju-

rídico peruano, muestra cuan compleja resulta su creación teórico-práctico, que parece obedecer a que en el examen de convencionalidad, se tiene por finalidad la determinación de la responsabilidad del Estado Legislador, por un incumplimiento a la Convención, y no la declaración de la inconventionalidad de una omisión o la depuración de una norma del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el análisis de la inconventionalidad supone un mayor desarrollo de lo que pueda haberse realizado en este trabajo, para el que sería necesario un estudio más profundo de lo resuelto hasta ahora en el sistema americano y europeo de protección a los derechos humanos, en comparativa de lo que supone el control de omisiones legislativas para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

VIII. REFERENCIAS

- Ahumada, A. (1991). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 8, 169-194. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-del-centro-de-estudios-constitucionales/numero-8-eneroabril-1991/el-control-de-constitucionalidad-de-las-omisiones-legislativas-1>
- Ayala, C. (2007). La ejecución de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Estudios Constitucionales*, 5(1), 127-201. https://www.researchgate.net/publication/26506376_La_ejecucion_de_sentencias_de_la_Corte_Interamericana_de_Derechos_Humanos
- Bachof, O. (2021). *El poder del Juez y la Constitución. Seguido de otros escritos*. Palestra Editores.
- Bazan, V. (2007). *Control de las omisiones inconstitucionales e inconventionales: recorrido por el derecho y la jurisprudencia americanos y europeos*. Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- Beltrán, A. M. (2018). *El amparo estructural de los derechos*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Canosa, R. (1988). *Interpretación constitucional y fórmula política*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Eto, G. (2021). *Los gritos del silencio en la normas constitucionales y convencionales. Una introducción a la inconstitucionalidad e inconventionalidad por omisión*. San Bernardo Libros Jurídicos.

- Fernández, F. (2009). El control de constitucionalidad de las omisiones legislativas. Algunas cuestiones dogmáticas. *Revista Estudios Constitucionales*, 7(2), 13-69. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/221>
- Fernández, J. (1998). *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho Comparado. El caso español*. Civitas.
- Ferreres, V. (1997). *Justicia Constitucional y Democracia*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Figueroa, G. (2011). *Las sentencias atípicas, teoría general en el Derecho comparado. Especial análisis de las sentencias recaídas en el control abstracto de inconstitucionalidad mexicano*. Porrúa.
- García de Enterría, E. (1979). La Constitución como norma jurídica. *Anuario de derecho civil*, 32(2-3), 291-342. <http://agora.edu.es/servlet/articulo?codigo=1980319>
- García de Enterría, E. (1994). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (3a. ed.). Editorial Civitas.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista IUS*, 5(28), 123-159. <https://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/68>
- Guastini, R. (2011). *Derechos implícitos, Observatorio de Argumentación Jurídica, Doxa. Universidad de Alicante*.
- Hesse, K. (1992). *Escritos de Derecho Constitucional* (2a. ed.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Miranda, J. (1993). *Manual de Direito Constitucional: Tomo II*. Coimbra Editores.
- Mortati, C. (1970). Appunti per uno studio sui rimedi giurisdizionali contro comportamenti omissivi del legislatore. *Il Foro Italiano*, 93(9), 153-192. <http://www.jstor.org/stable/23160065>
- Perez Royo, J. (2005). *Curso de Derecho Constitucional* (décima). Marcial Pons.
- Requejo, J. (2008). Los problemas de la omisión legislativa en la jurisprudencia constitucional. *Ponencia del Tribunal Constitucional español en el XIV Conferencia de Tribunales Constitucionales Europeos*. https://www.confeconstco.org/reports/rep-xiv/report_Spain_sp.pdf
- Rodríguez, P. (2007). *La controvertida inconstitucionalidad por omisión legislativa* (Tesis doctoral). Universidad Complutense de Madrid.
- Ruiz, C. (1997). *La ejecución de las sentencias del TEDH*. Tecnos.

- Tribunal Constitucional de España (1990) Sentencia núm. 142/1990, de 20 de septiembre.
- Tribunal Constitucional de España (1992). Sentencia núm. 222/1992, de 11 de diciembre
- Tribunal Constitucional de España (1994). Sentencia núm. 31/1994, de 31 de enero.
- Tribunal Constitucional de España (1996). Sentencia núm. 96/1996, de 30 de mayo.
- Tribunal Constitucional de España (1999). Sentencia núm. 208/1999, de 11 de noviembre
- Tribunal Constitucional de Perú (2004). Expediente núm. 2579-2003-HD/TC. Lima. 6 de abril.
- Tribunal Constitucional de Perú (2005). Expediente núm. 020-2005-AI/TC. Lima. 27 de septiembre.
- Tribunal Constitucional de Perú (2007). Expediente núm. 01776-2004-AA/TC. Lima. 26 de enero.
- Tribunal Constitucional de Perú (2008). Expediente núm. 006-2008-PI/TC. Lima. 11 de junio.
- Tribunal Constitucional de Perú (2009). Expediente núm. 0014-2007-PI/TC. Lima. 04 de mayo.
- Tribunal Constitucional de Perú (2010a). Expediente núm. 0017-2008-PI/TC. Lima. 15 de junio.
- Tribunal Constitucional de Perú (2010b). Expediente núm. 5427-2009-PC/TC. Lima. 30 de junio.
- Tribunal Constitucional de Perú (2019a). Expediente núm. 0009-2015-AI/TC. Lima. 16 de abril.
- Tribunal Constitucional de Perú (2019b). Expediente núm. 617-2017-PA/TC. Lima. 18 de noviembre.
- Tribunal Constitucional de Perú (2020). Expediente núm. 05436-2014-HC/TC. Lima. 26 de mayo.
- Villaverde, I. (2014). El control previo de constitucionalidad de las normas con rango de ley. Crónica de un escéptico. *Revista catalana de Dret Públic*, 49, 20-40. <http://revistes.eapc.gencat.cat/index.php/rcdp/article/view/10.2436-20.8030.01.30>
- Villaverde, I. (2015). Los remedios de la inconstitucionalidad por omisión. *Justicia Electoral, Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, 1(16), 195-271. <https://www.te.gob.mx/publicaciones/contenidos/1081>

Villota, M. (2012). El control de constitucionalidad a las omisiones legislativas en el contexto del Estado social de derecho. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 42(117), 455-479. <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/3588>

↑ **Las exigencias de validez jurídica y el derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina**

Legal Validity Requirements and the Right to Equality in the Case Law of the Supreme Court of Justice of Argentina

María Marta Didier

 <https://orcid.org/0000-0003-4867-9254>

Universidad Católica de Santa Fe
Correo electrónico: mdidier@ucsf.edu.ar

Recepción: 9 de mayo de 2023
Aceptación: 1 de agosto de 2023

Resumen: El trabajo analiza los requisitos de validez jurídica presentes en la argumentación de la Corte Suprema de Argentina al juzgar la validez constitucional de las normas que fueron impugnadas por violentar el derecho a la igualdad.

Palabras claves: validez jurídica, igualdad, racionalidad, justificación

Abstract: The paper analyzes the legal validity requirements present at the argumentation of the Supreme Court of Argentina when judging the constitutional validity of norms that were challenged for trespassing the right to equality.

Keywords: legal validity, equality, rationality, justification.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Validez jurídica y justificación racional de las normas.* III. *El derecho a la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN¹

Mediante el presente artículo se pretende demostrar que la Corte Suprema de Justicia de Argentina emplea un concepto de validez normativo al juzgar la constitucionalidad de las normas jurídicas generales que fueron cuestionadas por violentar el principio de igualdad. A tales fines, se partirá del concepto de validez jurídica que propone Vigo (2016) en su artículo “Una teoría de la validez jurídica” (pp. 99-125), en el que se adhiere a un concepto normativo de validez jurídica, entendida como normatividad racionalmente justificada, en oposición a un concepto descriptivo, tal como es propuesto por pensadores adscritos al positivismo jurídico.

En primer lugar, se hará una breve referencia al concepto de validez jurídica desarrollado en el ámbito de la filosofía del derecho por pensadores como Kelsen, Marmor y Sarch, quienes se adhieren a un concepto de validez descriptivo; y a lo sostenido por Nino, Cotta, Massini Correas, Finnis, Alexy y Vigo, quienes proponen un concepto de validez normativo. Seguidamente, por considerar que es en el ámbito del ejercicio del control de constitucionalidad donde se resuelven fundamentalmente problemas de validez de normas jurídicas generales (leyes, reglamentos, hasta las mismas normas constitucionales), como de normas jurídicas individuales (actos administrativos, sentencias, contratos), se analizará la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Argentina referida al derecho a la igualdad, identificando en la argumentación del referido Tribunal, las exigencias de racionalidad que debe reunir una norma jurídica para poder ser considerada válida, según la propuesta teórica formulada por Vigo (2016).

La importancia de la investigación radica en la necesidad de especificar los criterios de validez jurídica en el ámbito de la argumentación constitucional, lo que permitirá reducir la discrecionalidad inevitable de los órganos jurisdiccionales en el ejercicio del control de constitucionalidad, dado el carácter indeterminado de las normas constitucionales.

Dada la relevancia que la jurisprudencia ha otorgado a la justificación del tratamiento desigual para convalidar las distinciones de trato impugnadas, elaborando diversos niveles de escrutinio que suponen diferentes nive-

¹ Este artículo constituye un resultado parcial del proyecto de investigación titulado “Las exigencias de validez jurídica en la argumentación constitucional y convencional: proyecciones e implicancias”, financiado por la Universidad Católica de Santa Fe y aprobado por Resolución 7183/2018 del Consejo Superior de dicha Universidad.

les de profundidad en el análisis de la razonabilidad de las clasificaciones normativas (Didier, 2012; Comadira, 2015; Medina, 2016; Cassagne, 2021; Obligado, 2023), se estima relevante examinar los criterios de validez jurídica que se infieren de la argumentación de la Corte Suprema de Argentina, al ejercer el control de constitucionalidad de aquellas normas que fueron impugnadas por violación del principio de igualdad, para complementar el modelo de los escrutinios con los criterios de validez que se proponen en el presente trabajo.

II. VALIDEZ JURÍDICA Y JUSTIFICACIÓN RACIONAL DE LAS NORMAS

El concepto de validez jurídica y la determinación de aquellas condiciones por las que una norma jurídica puede ser considerada válida ha sido desarrollado en el ámbito de la teoría del derecho por diferentes autores y escuelas. Según Kelsen (1982), preguntarse por la validez jurídica es preguntar si la norma jurídica existe y, por tanto, si obliga a aquellos cuya conducta regula (pp. 23 y ss.). En otros términos, implica intentar dar una respuesta al interrogante acerca de la obligatoriedad del derecho o de las normas jurídicas. ¿Qué requisitos debe reunir una norma para ser válida? ¿En qué supuestos una norma puede ser declarada inválida?

Conforme a lo señalado por Nino (2000), pueden contraponerse dos grandes líneas de pensamiento: la de aquellos que sostienen un concepto de validez descriptivo y la de quienes se refieren a un concepto de validez normativo o justificatorio (p. 5). Un concepto de validez descriptivo es el sostenido por el positivismo jurídico, y supone que ella “se reduce a hechos de tipo no normativo, esto es, hechos sobre las conductas, creencias y actitudes de las personas” (Marmor y Sarch, 2019). El positivismo jurídico defiende dos tesis que implican un concepto descrito de validez jurídica, la tesis de las fuentes sociales, por la que la validez jurídica consiste en hechos sociales y la tesis de la separación conceptual entre derecho y moral, por la que la validez jurídica no depende del valor moral de las normas (Marmor y Sarch, 2019).

Desde una perspectiva positivista y adoptando un concepto de validez descriptivo Kelsen (1982) señala que una norma jurídica es válida cuando fue dictada por el órgano, el procedimiento y dentro del margen de contenido establecido en la norma jurídica superior (pp. 232 y ss.), sosteniendo que cualquier contenido puede ser derecho (p. 205).

A diferencia de los autores mencionados, Cotta (1987), Alexy (1997), Nino (2000), Vigo (2016), Massini Correas (2019) y Finnis (2020) adhieren a un concepto de validez normativo, lo que supone una exigencia de justificación racional. En tal sentido afirma Nino (2000) que “[...] el significado de validez no es descriptivo, sino normativo: decir que un sistema o norma jurídica particular son válidos es avalarlos, implica sostener que su aplicación y observancia son obligatorias y justificadas” (p. 8).

Destacando también el rol decisivo de la justificación como requisito para la determinación de la validez de una norma, es decir, para la determinación de su obligatoriedad, Cotta (1987) sostiene que “la sola fuerza no puede eliminar la transgresión” (p. 18), por lo que es preciso hacer manifiesta o aceptable la obligatoriedad de la norma para que su transgresión sea rechazable en el plano de la razón (pp. 18-19), concluyendo que “[...] la obligatoriedad de la norma depende de la validez de su justificación, que es, por consiguiente, el fundamento de aquélla” (p. 22).

Desde el antiiuspositivismo, Alexy (1997) también propone un concepto de validez normativo. En tal sentido afirma que “a los tres elementos del concepto de derecho: la eficacia social, la corrección material y la legalidad conforme con el ordenamiento corresponden tres conceptos de validez: el sociológico, el ético y el jurídico” (p. 87). Identifica el concepto sociológico de validez con la validez social, o más estrictamente, con la eficacia social, lo que supone determinar si la norma es socialmente obedecida, o si, en caso de ser desobedecida se aplica una sanción (pp. 87-88). Con respecto al concepto ético de validez afirma Alexy (1997):

Una norma vale moralmente cuando está moralmente justificada. A las teorías del derecho natural y racional subyace un concepto ético de validez. La validez de una norma del derecho natural o del derecho racional no se basa ni en su eficacia social ni en su legalidad conforme al ordenamiento, sino exclusivamente en su corrección, que ha de ser demostrada a través de una justificación moral. (p. 88)

Finalmente, el concepto jurídico de validez supone que “una norma vale jurídicamente cuando es dictada por el órgano competente, de acuerdo con el procedimiento previsto y no lesiona un derecho de rango superior” (Alexy, 1997, p. 89).

En cuanto a la vinculación entre los conceptos de validez jurídica y ética, Alexy (1997) diferencia al sistema de normas de las normas aisladas.

Con respecto al primero, concluye en que “[...] los sistemas de normas que no formulan ni explícita ni implícitamente una pretensión de corrección no son sistemas jurídicos, y por lo tanto, no pueden valer jurídicamente” (Alexy, 1997, p. 92). Con relación a las normas asiladas, estas carecen de validez jurídica cuando “[...] son extremadamente injustas”, por cuanto “[...] es presupuesto de la validez jurídica de una norma particular el que posea un mínimo de justificabilidad moral” (Alexy, 1997, p. 94).

De los párrafos precitados, cabe concluir que también para Alexy (1997) a fin de determinar la validez jurídica de una norma no basta constatar que ha sido dictada por el órgano, procedimiento y dentro del margen de contenido establecido en la norma jurídica superior, sino que también supone una pretensión de corrección lo que implica una pretensión de fundamentabilidad (p. 82).

Para Massini Correas (2019) “es posible hablar de «validez jurídica» en varios sentidos analógicos, principalmente en dos: la validez social (VS) y la racional (VR), y en ambos casos se significa la justificación práctico-racional de una proposición normativa, aunque esas formas de justificación no sean idénticas sino semejantes” (pp. 22-23). La validez social, también denominada formal o institucional, se deriva de las distintas fuentes de manifestación, emisión o presentación de las normas jurídicas; mientras que la validez racional, material o moral, proviene del valor moral de los contenidos de las normas (Massini Correas, 2019, p. 20).

También Finnis (2020) propone un concepto normativo de validez jurídica, reconociendo una obligatoriedad o validez presuntiva a las normas que provienen de fuentes sociales autoritativas, la que podría ser derrotada en caso de contradecir bienes y necesidades humanas básicas, principios y normas morales básicos.

Vigo (2016) adhiere a un concepto de validez jurídica como normatividad justificada racionalmente, afirmando que

Una norma jurídica es válida cuando ella cuenta con razones suficientes que la justifican y, por ende, la toman obligatoria a dicha norma, por lo que sus destinatarios deben aplicarla o cumplirla, o de lo contrario asumir —justificadamente— las consecuencias previstas para su incumplimiento. Justificar la norma es fundamentarla o motivarla de manera que gracias a esas razones que la respaldan, se puede comprender lo que en ella se ha dispuesto u ordenado. (p. 102)

Esta vinculación entre validez jurídica y justificación racional, Vigo (2016) la sustenta en las ideas del realismo jurídico clásico, para el que la ley,

y podríamos decir más precisamente la norma jurídica, no es sólo un mero “acto de voluntad” (Kelsen, 2009, p. 38), por el que pueden constituirse valores contrarios e incompatibles entre sí, sin ningún tipo de intervención por parte de la razón, sino que, por el contrario “la ley es algo que pertenece a la razón” (Tomás de Aquino, I-II, q. 90, a. 1), siendo definida como “cierta ordenación de la razón al bien común, promulgada por aquel que tiene el cuidado de la comunidad” (Tomás de Aquino, I-II, q. 90, a. 4). En efecto, al decir de Graneris (1997), no puede haber derecho donde no hay razón (p. 90).

El profesor Vigo (2016) ha señalado la vinculación estrecha entre argumentación constitucional y nociones normativas de validez, al sostener que “[...] el campo de la argumentación constitucional ha sido un terreno muy fértil para asimilar nociones normativas de validez, en las que necesariamente aparece la exigencia de justificación racional” (p. 109).

Dicha exigencia de justificación racional de los tribunales al ejercer el control de constitucionalidad, el que consiste en un control de validez, marca un contraste entre dos concepciones del derecho y de las funciones legislativa y jurisdiccional, la del Estado de derecho legal y la del Estado de derecho constitucional. En esta última el poder de los órganos estatales es más limitado, no bastando la referencia al órgano competente y a los procedimientos, requiriéndose un control en cuanto al contenido y una mayor demanda de argumentación jurídica (Atienza, 2006, p. 17).

Esta mayor demanda de argumentación jurídica se traduce en determinadas exigencias de validez jurídica, las que pueden ser contrastadas a través de la argumentación desarrollada por los tribunales en los casos sometidos a decisión, especialmente la de aquellos que tienen competencia para ejercer el control de constitucionalidad. Esto sería así, porque en última instancia, la declaración de inconstitucionalidad es una declaración de invalidez, en el sentido de que dicha norma, al menos para el caso concreto —como sucede en el sistema constitucional argentino—, ya no obliga a las partes a las que estaba dirigida, o bien, en otros sistemas constitucionales, supone la expulsión de la norma declarada inconstitucional del orden jurídico al que pertenecía.²

² El sistema de control de constitucionalidad de Argentina es difuso, por lo que cualquier juez o tribunal, provincial o nacional, puede ejercerlo, no obstante el valor que tienen las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de Argentina en su carácter de intérprete final de la Constitución. Asimismo, las sentencias que dicta la referida Corte, no tienen un valor *erga omnes* o derogatorio de las normas generales impugnadas, sino que sólo se aplican al caso concreto.

Vigo (2016) ha señalado diez exigencias de racionalidad que debe satisfacer la norma, para ser considerada válida y una décimo primera de carácter general, integral y final. En tal sentido, se ha referido a la exigencia de racionalidad orgánica, procedimental, sistémica, lógica-lingüística, teleológica, científica, sociológica, axiológica, fáctica, intencional y prudencial o ponderativa. A esta última corresponde el momento en el que se juzga la validez o invalidez, según el nivel de irracionalidad o falta de justificación “[...] por violación de las diez exigencias analizadas y las ventajas y perjuicios que generará su declaración según se adopte una u otra alternativa” (Vigo, 2016, p. 121).

III. EL DERECHO A LA IGUALDAD EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE ARGENTINA

En el ámbito del derecho a la igualdad la justificación racional de las normas que efectúan distinciones de trato o que omiten diferenciar, resulta sustancial para convalidarlas o invalidarlas, al punto tal que la jurisprudencia de diversos tribunales nacionales e internacionales ha señalado que el derecho a la igualdad resulta vulnerado cuando las clasificaciones normativas carecen de una justificación objetiva y razonable. Con relación a ello, la Corte Suprema de Justicia argentina ha señalado que la libertad de configuración de que goza el legislador no es absoluta, pues está limitada por la exigencia de que tales distinciones sean razonables, por la ausencia de arbitrariedad, indebido privilegio, propósitos de hostilidad o persecución contra determinadas clases o personas (Fallos 182:355 (1938); 238:60 (1957); 249:596 (1961); 264:185 (1966); 289:197 (1974); 290:245 (1974); 292:160 (1975); 294:119 (1976); 318:1877 (1995), entre muchos otros). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional Español ha resuelto que para que las diferencias normativas puedan considerarse conformes con el artículo 14 CE, resulta indispensable que exista una justificación objetiva y razonable (STC 2-VII-1981; STC 75/1983; STC 261/1988; STC 28/1992; STC 229/1992 y STC 186/2004). Desde la visión del Tribunal Constitucional Alemán, “[...] la cláusula general de igualdad (Artículo 3 (I)) prohíbe las clasificaciones arbitrarias o irrazonables” (Kommers, 1997, p. 290). Así también, la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos, “[...] ha considerado que la igual protección demanda razonabilidad en las clasificaciones administrativas y legislativas” (Tribe, 1988, p. 1439). En igual sentido, según

la Corte Interamericana de Derechos Humanos “[...] no todo tratamiento jurídico diferente es propiamente discriminatorio, porque no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana” (Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, Opinión Consultiva OC-4/84, del 19 de enero de 1984, Serie A, núm. 4, párr. 56).

Dado el extenso campo de la jurisprudencia, el presente trabajo se ha circunscrito al análisis de los principales fallos de la Corte Suprema de Argentina, con el objeto de determinar si de su argumentación relativa a la resolución de casos donde se planteó la violación del derecho a la igualdad, puede inferirse un concepto de validez jurídica normativo o descriptivo, como así también si dicho tribunal se remite a los requisitos de validez jurídica referidas por Vigo.

A los fines de cumplir con el objetivo señalado, los casos serán analizados considerando en primer lugar los hechos y principales argumentos de la sentencia, y luego las exigencias o criterios de racionalidad aplicados para determinar la validez o invalidez de una norma jurídica.

1. Los criterios de discriminación específicamente prohibidos en los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional

A. Los casos “Hooft”, “Gottschau”, “Mantecón Valdés”, “Partido Nuevo Triunfo”, “Z., J.J.”, “Salas” y “Vázquez”

a. Hechos y fundamentos principales

A partir del caso “Hooft c/provincia de Buenos Aires” (Fallos 327:5118 [2004]), en el que se cuestionó la constitucionalidad del artículo 177 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, el que establecía como requisito para acceder al cargo de juez de cámara ser argentino nativo o por opción, excluyendo de tal modo a los argentinos naturalizados, el máximo tribunal argentino afirmó que la presencia de uno de los motivos expresamente prohibidos en los artículos 1.1. del Pacto de San José de Costa Rica y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hace pesar sobre la legislación que lo incluye una presunción, una sospecha de ilegitimidad, con desplazamiento de la carga de la prueba (Fallos 327:5118, con-

siderando 4). Agregó que la presunción de inconstitucionalidad referida sólo podría ser desvirtuada mediante:

Una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto (Fallos 327:5118, considerando 6). En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes. En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada. (Fallos 327:5118, considerando 6)

Dicha doctrina fue aplicada también en el caso “Gottschau” (Fallos 329:2986 [2006]), en el que se declaró la inconstitucionalidad del artículo 10.1.4. del Reglamento de concursos de ingreso al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por establecer como requisito de admisión la nacionalidad argentina para acceder al cargo de secretaria de primera instancia. Se reiteró nuevamente en el caso “Mantecón Valdés” (Fallos 331:1715 [2008]), en el que el actor, de nacionalidad cubana, cuestionó la constitucionalidad de lo dispuesto por el artículo 11 del Reglamento para la Justicia Nacional (Acordada de la Corte Suprema de Justicia de Argentina del 17 de diciembre de 1952), conforme al cual era preciso ser argentino para ser admitido a los concursos de ingresos a dicho Poder del Estado. La Corte hizo lugar al amparo interpuesto por el actor y declaró la inconstitucionalidad de dicha norma reglamentaria, remitiéndose a los precedentes “Hooft” y “Gottschau”.

Con posterioridad, en el caso “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332:433 [2009]), en el que se recurrió la sentencia de la Cámara Federal Electoral que había denegado la personería jurídico política solicitada por la agrupación originariamente denominada “Partido Nacionalista de los Trabajadores”. “La Corte citó en apoyo de su argumentación los precedentes Hooft, Gottschau y Mantecón Valdés, en los que estaban en juego criterios de clasificación expresamente prohibidos, los que se presumieron inconstitucionales” (Didier, 2012, p. 322-328). Asimismo, aplicó un examen de razonabilidad intensivo o estricto, al igual que en los casos precedentemente referidos, sosteniendo que

El régimen de partidos políticos, tal como ha sido interpretado en la sentencia apelada, distingue del resto a aquellas organizaciones cuyo programa político incluya la promoción del desprecio u odio racial, religioso o nacional y ese distinguiendo responde a una finalidad sustantiva que el Estado no puede en modo alguno soslayar ni demorar. (Fallos 332:433, considerando 7, primer voto)

También cabe mencionar el fallo “Zartarian, J.J. *c/* Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba” (Z. 9. XLVIII., del 20 de agosto de 2014), en el que el actor cuestionó la constitucionalidad del artículo 31 de la ley 5846 de la provincia de Córdoba, el que excluía al conviviente varón del beneficio de pensión, por considerarlo violatorio del principio de igualdad contemplado en el artículo 16 de la Constitución Nacional. Como fundamento de la resolución aplicó un escrutinio riguroso, por estar en juego un criterio sospechoso de discriminación (el sexo), específicamente prohibido en el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, presumiendo la inconstitucionalidad de la distinción cuestionada.

El máximo tribunal concluyó en que la demandada no logró justificar que la exclusión de los varones del beneficio de pensión reconocido a las mujeres respondía a un fin trascendente que sólo podía ser alcanzado por dicho medio. Con fundamento en las razones señaladas, se hizo lugar al recurso extraordinario y se declaró la inconstitucionalidad del artículo 31 de la ley 5846 de la provincia de Córdoba.

También en el caso “Salas” (CSJN, 13-05-2015, “Salas, Alberto A. *c/*provincia de Corrientes”, causa S. 4__XLVII), por el que se cuestionó una norma provincial que permitía a la viuda acceder al beneficio de pensión con sólo acreditar el fallecimiento del causante, y en cambio, requería que el viudo acreditara que se encontraba incapacitado y a cargo del causante al tiempo del fallecimiento, la Corte declaró la inconstitucionalidad de dicha norma legal, remitiéndose a la doctrina sentada en “Zartarian, J.J. *c/* Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de Córdoba” (Z. 9. XLVIII., del 20-08- 2014).

Finalmente, en el caso “Vásquez” (CSJ 001128/2016/RH001, del 29-10-2020),³ con base en la doctrina de las categorías sospechosas, consideró

³ La Corte se remitió al dictamen del procurador, quien se basó en la doctrina sentada en “Hooft” (327:5118), “Gottschau” (329:2986), “Mantecón Valdés” (331:1715) y “Zartarian” (Z. 9. XLVIII., del 20-08-2014.).

aplicable un escrutinio estricto, por estar en juego una distinción de trato basada en el sexo, al verificar la existencia de una discriminación en perjuicio de las mujeres de la administración pública en los artículos 8 y 16 del decreto 1599/89 bis, modificado por el decreto 1922/00, de la provincia de Santa Cruz, los que les denegaban el derecho a percibir las asignaciones familiares si su cónyuge varón percibía un salario superior al tope previsto en el artículo 3 de la Ley Nacional 24.714 de Asignaciones familiares, no estableciendo dicha limitación en el caso de los trabajadores varones.

b. Criterios de racionalidad aplicados

En los fallos reseñados en los párrafos precedentes, la Corte Suprema de Justicia Argentina ha aplicado los criterios de racionalidad teleológico y axiológico (Vigo, 2016, pp. 115 y 118), los que resultan de fundamental importancia, a los efectos de determinar la validez jurídica de las normas impugnadas. Los criterios mencionados pueden verse claramente por cuanto el máximo tribunal ha exigido en tales casos que la demandada justifique los fines sustanciales que la norma quiso resguardar y demuestre que no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (Fallos 327:5118, considerando 6; Fallos 329:2986, considerando 5; dictamen del procurador en Fallos 331:1715, que la Corte hace suyo, Fallos 332:433, considerando 6), o bien que el medio utilizado era absolutamente necesario para alcanzar el propósito enunciado (Z. 9. XLVIII, considerando 10).

Las exigencias referidas plasman la aplicación del principio de razonabilidad, denominado en el derecho continental europeo principio de proporcionalidad, el que se estructura bajo la forma de tres juicios o subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto (Barak, 2012; Bernal Pulido, 2003; Cianciardo, 2004; Clérico, 2009).

La aplicación de los tres juicios o subprincipios exigen considerar la legitimidad de los fines de la clasificación normativa cuestionada y si tales distinciones de trato constituyen medios idóneos, necesarios y proporcionados para alcanzar el objetivo pretendido.

Puede verse entonces que constituye un requisito de validez jurídica y por tanto de obligatoriedad del derecho la racionalidad teleológica, “[...] en tanto ella requiere que el fin procurado resulte avalado por el derecho en cuestión, y, sobre todo, que los medios contemplados en la norma resulten idóneos para alcanzar el fin propuesto” (Vigo, 2016, p. 115).

También la racionalidad axiológica “obliga a los operadores del derecho a escoger los mejores medios —axiológicamente hablando—, y ello se refleja en la regla de necesidad de Alexy incluida en su regla de ponderación de principios que exige escoger la alternativa menos dañosa” (Vigo, 2016, p. 118).

Esta exigencia de racionalidad teleológica y axiológica viene avalada desde teorías antiiuspositivistas, como la de Robert Alexy y la del realismo jurídico clásico (Vigo, 2016). Con respecto a esta última, Tomás de Aquino (Suma Teológica I-II q. 13) ha destacado el rol decisivo del examen de los fines y los medios escogidos para explicar el rol de la razón y la voluntad en la acción humana. Con relación a ello, se refirió a la estructura interna de la deliberación y la elección. Al respecto, Finnis (2019) destaca que para el Aquinante: “*Intentio y electio* son elementos analíticamente distinguibles en la respuesta que uno da a los beneficios [...] Analíticamente, está, por un lado, la propuesta adoptada, el plan escogido [...] y por otro, el propósito intentado y los beneficios intentados del plan [...]. El plan [...] es un medio. El propósito y los beneficios que el plan promete realizar son los fines” (p. 81).

Agrega también que “diseñar el plan es asunto de inteligencia, de captar el sentido e idear los medios que tienen probabilidades de ser efectivos para producir beneficios, sin por ello incurrir en pérdidas inaceptables de otros bienes” (Finnis, 2019, p. 82). Ello implica que entre los distintos medios existentes para alcanzar los fines o beneficios perseguidos, lo racional es optar por aquellos que producen la menor pérdida de bienes, lo que se traduce actualmente en el llamado juicio de necesidad, el que obliga a optar por la medida menos restrictiva de las normas iusfundamentales en juego.

Con relación a Alexy (2009), sabido es que se ha referido en diversas obras al principio de proporcionalidad, vinculándolo con su teoría de los principios, conforme a la cual éstos constituyen mandatos de optimización “[...] que ordenan la realización de algo en la más alta medida, relativamente a las posibilidades materiales y jurídicas” (p. 8). Para Alexy (2009), los subprincipios de adecuación y necesidad exigen optimizar las posibilidades materiales y el de proporcionalidad en sentido estricto, las posibilidades jurídicas (p. 9).

2. Derecho a la igualdad y facultades impositivas de las provincias

A. Los casos “*Bayer S.A. c/ Provincia de Santa Fe s/ acción declarativa de certeza*” (Fallos 340:1480 [2017]) y “*Bolsa de Cereales de Buenos Aires*” (Fallos 337:1464 [2014])

a. Hechos y fundamentos principales

La empresa Bayer S.A. interpuso acción meramente declarativa de inconstitucionalidad contra la provincia de Santa Fe, con el objeto de que se declare la inconstitucionalidad de la Resolución 9-1/2012 del Administrador Regional de Santa Fe de la Administración Provincial de Impuestos, como así también del régimen establecido en relación con el impuesto sobre los ingresos brutos, en el cual se fijaron alícuotas diferenciales equivalentes al 3.5%, prevista en el artículo 6o. de la ley provincial 3650 sobre las actividades de “fabricación de medicamentos de uso humano y productos farmacéuticos” (código de actividad 242310) y de “fabricación de plaguicidas y productos químicos de uso agropecuario” (código de actividad 242100).

La provincia demandada entendió que correspondía aplicar el artículo 6o. de la ley 3650, que preveía el 3.5%, por tratarse de productos elaborados en plantas industriales ubicadas en otra jurisdicción —Provincia de Buenos Aires—, y que por tanto no se debía aplicar el artículo 7o. de la referida norma, que establecía alícuotas del 1% y 2% para los productos elaborados dentro de la provincia de Santa Fe.

La Corte hizo lugar a la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida por la empresa Bayer S.A. por los siguientes fundamentos.

En primer lugar, la Corte se centró en justificar su decisión desde la perspectiva del principio de igualdad en las cargas públicas, citando el precedente “*Bolsa de Cereales de Buenos Aires*” (Fallos: 337:1464), relativo al impuesto de sellos. En tal sentido, consideró que el distinto domicilio de una persona no puede ser un criterio que justifique la diferencia de trato en el pago del tributo, no pudiendo constreñirlo a radicarse en el territorio provincial para beneficiarse con una reducción del tributo, pues ello implicaría una violación de la “[...] libertad de elección para establecer la sede de sus negocios, y de la igualdad frente a las cargas públicas con relación a aquellas entidades que, igualmente libres, habilitadas y con idéntica actividad, decidieron instalarse en la Provincia de Buenos Aires (considerando 19)” (Fallos 340:1480, considerando 14).

Luego, desarrolló su argumentación en torno al agravio vinculado con la violación del artículo 75, inciso 13) de la Constitución Nacional (CN). En tal sentido sostuvo que tanto el artículo 12 de la Constitución argentina, como la cláusula del comercio de los artículos 75, inciso 23, y 126 de dicha carta magna “previenen a las legislaturas provinciales de dictar leyes que discriminen el comercio interior en función de su origen o que beneficien a un Estado provincial respecto de otro, o que se grave su desenvolvimiento al extremo de dificultarlo o impedirlo (Fallos: 335:1794, causa “Pescargen S.A.”, considerando 12)” (Fallos 340:1480, considerando 18).

b. Criterios de racionalidad aplicados

En el precedente “Bayer c/provincia de Santa Fe”, remitiéndose al caso “Bolsa de Cereales de Buenos Aires”, la Corte ha aplicado para valorar la constitucionalidad y por tanto la validez jurídica del impuesto cuestionado tres criterios de racionalidad: orgánico, teleológico y axiológico (Vigo, 2016, pp. 111, 115 y 118).

En cuanto a la racionalidad axiológica, ella se encuentra involucrada al considerar que el domicilio de una persona, como criterio diferenciador para gravar con mayor severidad la actividad económica por ella realizada, no constituye un criterio válido o razonable, a los fines de distribuir la carga impositiva. Dicho de otro modo, se estaría utilizando un criterio distributivamente injusto, por alterar o violentar la libertad de elección para establecer la sede de los negocios. Vemos aquí aplicado el juicio de alteración del contenido esencial del derecho a la libertad de ejercer toda industria lícita, el que forma parte del principio de razonabilidad, tal como lo ha entendido y aplicado la CSJN en diversos fallos (Cianciardo, 2004, p. 93; Toller, 2014, p. 142).

Con respecto a la racionalidad teleológica, se desprende claramente de los considerandos 18 y 19, al señalar que el impuesto cuestionado tiene por efecto evitar trabar o perturbar la libre circulación territorial, impidiendo el libre comercio entre las distintas provincias, por lo que la finalidad alcanzada por el impuesto o el efecto producido, es claramente inconstitucional, al crear impuestos aduaneros internos, lo que el constituyente quiso abolir mediante los artículos 9 y 10 de la CN. En tal sentido, cabría afirmar que la norma cuestionada no lograba sortear el juicio de adecuación, puesto que no perseguía una finalidad conforme a la Constitución.

Por otra parte, el máximo tribunal de la nación también aplicó un criterio de racionalidad orgánico, al afirmar que la CN no otorga a las provincias

la facultad de crear impuestos que impidan la libre circulación de mercaderías entre las provincias, beneficiando a las empresas radicadas en el territorio provincial. Pero cabe advertir, que el Congreso de la Nación tampoco tendría competencia para crear tales impuestos, pues ello sería directamente contrario a los artículos 9 y 10 de la CN.

3. La superación de la igualdad material como principio constitucional meramente programático

A. El caso “García, M. I. c/AFIP” (Fallos 342:411 [2019])

a. Hechos y fundamentos principales

La actora planteó la inconstitucionalidad de la ley de impuesto a las ganancias, en cuanto gravaba el haber jubilatorio. La Corte Suprema de Justicia argentina confirmó parcialmente la sentencia de la Cámara Federal de Paraná y resolvió: *a)* declarar la inconstitucionalidad de los artículos 23, inciso c); 79, inciso c); 81 y 90 de la ley de impuesto a las ganancias N° 20.628, texto según leyes 27.346 y 27.430; *b)* poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de adoptar un tratamiento diferenciado para la tutela de jubilados en condiciones de vulnerabilidad por ancianidad o enfermedad, que conjugue este factor relevante con el de la capacidad contributiva potencial; *c)* reintegrar a la actora desde el momento de la interposición de la demanda y hasta su efectivo pago los montos retenidos en concepto de impuesto a las ganancias y *d)* no descontarle a la actora suma alguna hasta en tanto el Congreso legisle sobre el punto referido.

La sentencia fue suscrita por mayoría de votos, con la sola disidencia del juez Rosenkrantz, el que declaró procedente el recurso extraordinario interpuesto por la AFIP y ordenó revocar la sentencia apelada.

La mayoría sostuvo que

el principio de igualdad no sólo exige la creación de categorías tributarias razonables (Fallos: 150:189; 160:247), sino que también prohíbe la posibilidad de unificar las consecuencias tributarias para situaciones que en la realidad son distintas (Fallos 149: 417; 154:337; 156:352; 195:270; 184:592; 209:431; 210:322; 234:568). En efecto, desde el punto de vista constitucional, hacer prevalecer el principio de igualdad supone reconocer que es tan injusto gravar en distinta forma a quienes tienen iguales medios como imponer la misma

contribución a quienes están en desigual situación. (Fallos 342:411, considerando 10)

b. Criterios de racionalidad aplicados

En el caso bajo análisis se plasma un criterio de racionalidad axiológica (Vigo, 2016, p. 118), puesto que plantea un problema de justicia distributiva (Hervada, 1992, p. 221; Finnis, 2000, pp. 191-226; Villey, 1979, p. 92). En efecto, la cuestión a resolver se vincula con la proporcionalidad del reparto de la carga tributaria dentro de un grupo de personas —los jubilados— que reciben una especial tutela constitucional, a partir de la reforma de 1994, con la incorporación del artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional, pero que también estaba presente, antes de la reforma, en el artículo 14 bis de dicha carta magna.

La valoración de la proporcionalidad de la carga tributaria por el Poder Judicial, lo que se traduce en un examen de razonabilidad de los criterios escogidos para diferenciar o establecer categorías tributarias, también viene impuesta por el artículo 4 de la Constitución argentina, el que establece que “el Gobierno federal provee a los gastos de la Nación con [...] las demás contribuciones que *equitativa y proporcionalmente* a la población imponga el Gobierno Federal”.

Puede verse entonces, que el examen de la proporcionalidad de la carga tributaria constituye una cuestión constitucional, que implica ineludiblemente referirse a problemas de justicia distributiva, la que, por otra parte, ha sido considerada por la Corte en diversos precedentes.

En efecto, no es la primera vez que la Corte Suprema de Argentina recurre a criterios de justicia distributiva para examinar la vulneración del derecho a la igualdad en materia tributaria. Así, por ejemplo, en el fallo “Bonorino Ezeyza de Claypole” (Fallos 210:284 [1948]), en el que la Corte declaró la constitucionalidad del impuesto inmobiliario progresivo, se afirmó expresamente que “[...] la igualdad jurídica con que se constituye el orden de la sociedad es una igualdad proporcional” (Fallos 210:284, 300), lo que recuerda a la igualdad proporcional con la que Aristóteles (Ética Nicomaquea, V) identificaba a la justicia. Seguidamente, y en concordancia con ello, se desarrollaron consideraciones acerca de los fines extrafiscales perseguidos por el impuesto cuestionado, vinculados a exigencias de justicia distributiva, como la necesidad de redistribuir la propiedad inmueble mediante la promo-

ción de la división de las grandes extensiones de tierra, favoreciendo el acceso a la propiedad de un mayor número (Didier, 2012, pp. 231-233).

También en el precedente “Don Pascual Caeiro” subyace un problema de justicia distributiva, pues el tribunal consideró la proporcionalidad del reparto de una carga impositiva vinculada con la obligación de costear una obra pública, declarando inconstitucional la obligación impuesta a los propietarios contiguos de la obra de costearla totalmente, sin desmedro de los derechos de propiedad e igualdad (Fallos 140:175, p. 197 [1924] y Didier, 2012, p. 221-224).

Asimismo, en el ámbito del derecho previsional, el máximo tribunal, en el caso “Bercaitz”, basándose en el preámbulo de la Constitución, sentó el principio de hermenéutica jurídica: *in dubio pro justitia sociales*, señalando que

Las leyes, pues, deben ser interpretadas a favor de quienes al serles aplicadas con este sentido consiguen o tienden a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme a su excelsa dignidad. (Fallos 289:430, p. 436 [1974])

La doctrina referida fue reiterada en el precedente “Madorrán” (Fallos 330:551 [2007]), el que dispuso la reincorporación de la actora como empleada de una repartición de la Administración Pública y en el caso “Gentini” (Fallos 331:1815 [2008]), donde un grupo de exempleados de ENTEL demandó al Estado Nacional por no haberle emitido y entregado bonos de participación en las ganancias de la empresa, haciéndose lugar a la demanda por un voto dividido.

De la breve referencia jurisprudencial expuesta, puede verse que en reiteradas oportunidades la Corte Suprema de Justicia de Argentina ha aplicado criterios de razonabilidad de las distinciones de trato que implicaron plasmar exigencias propias de la justicia distributiva, o bien, ha hecho expresamente referencia a la justicia social como principio hermenéutico jurídico a la hora de declarar la inconstitucionalidad de leyes que vulneraban los derechos sociales. Ello, supone ineludiblemente efectuar una valoración que remite a una racionalidad axiológica (Vigo, 2016, p. 118), como criterio para determinar la validez jurídica de regímenes tributarios y previsionales.

B. El caso “*Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)*” (Fallos 342:459 [2019])

a. Hechos y fundamentos principales

En el caso se cuestionó la sentencia de segunda instancia que revocó el pronunciamiento de primera instancia, por el que se había hecho lugar a la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales dispuesto en los artículos 239, primer párrafo, 241, 242 parte general y 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522.

El incidentista, quien llevaba 28 años con una incapacidad total y sin cobrar la totalidad de su crédito, reconocido por sentencia judicial firme en el año 2003, había solicitado la verificación como privilegiado de un crédito proveniente de una indemnización por una mala praxis médica sufrida por un menor durante su nacimiento, que le ocasionó una incapacidad del 100%. La verificación de dicho crédito como privilegiado presuponía la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley de concursos, de cuya aplicación se derivaba la calificación de la referida indemnización como crédito quirografario. La actora, quien había litigado durante largos años, no había podido hacer efectivo la totalidad de su crédito, habiéndolo cobrado parcialmente de uno de los responsables, por lo que solicitaba se le pague como acreedor privilegiado para recibir la indemnización integral del daño sufrido.

En la cuestión a resolver se encontraba en juego el principio de igualdad, en tanto supone el reconocimiento de una acreencia con el carácter de privilegiada, siendo que los privilegios constituyen una excepción al principio de la *par conditio creditorum*, como derivación de la garantía de la igualdad protegida por el artículo 16 de la Constitución Nacional. Pero también, el caso bajo análisis supone una plasmación de la igualdad material o de hecho, para cuya concreción es preciso establecer diferencias de trato. De allí que, tal como lo señala Alexy (1993), la creación de una desigualdad formal puede ser necesaria y justificada para la creación de una igualdad material o de hecho (p. 404).

La Corte, con los votos de los jueces Rosatti, Maqueda y Medina (esta última integrando el tribunal), revocó la sentencia de segunda instancia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 239 primer párrafo; 241; 242 parte general; 243 parte general e inc. 2° de la ley 24.522, y verificó

a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.

En los fundamentos de la decisión consideraron que “el régimen de privilegios previsto en la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones contempladas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes (artículo 75, inciso 22, de la CN)” (Fallos 342:459, voto del juez Rosatti, considerando 11).

Asimismo, sostuvieron que debía atenderse la extrema situación de vulnerabilidad del actor y la falta de recursos económicos para cubrir los tratamientos médicos, debiendo protegerse sus derechos a la vida y a la salud (Fallos 342:459, voto del juez Rosatti, considerando 15). Agregaron que los jueces no pueden limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas, en tanto son servidores de justicia en el caso concreto, remitiéndose a doctrina sentada en Fallos: 302:1611; 304:1919; 315:992; 323:3139; 326:3593; 328:4818 y 331:1262, entre otros (Fallos 342:459, voto del juez Rosatti, considerando 17).

b. Criterios de racionalidad aplicados

En las sentencias pueden verse aplicados criterios de validez jurídica que se vinculan con las exigencias de racionalidad sistémica, teleológica y axiológica (Vigo, 2016, pp. 113, 115 y 118). El primero de los nombrados surge claramente porque los tres votos mayoritarios insisten en la necesidad de integrar el régimen de privilegios previsto en la ley concursal, con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, con especial mención a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (Fallos 342:459, considerandos 10 y 14 del voto del juez Maqueda; considerando 11 del voto del juez Rosatti y considerandos 10 y 13 de la jueza Medina).

Los jueces Rosatti y Medina sostienen que es preciso interpretar la ley considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico, los principios y garantías de raigambre constitucional, lo que implica desechar una interpretación de las normas de modo aislado, sin vincularlas con el resto del sistema jurídico, de modo tal que si la aplicación de una ley trae como consecuencia la violación de derechos derivados de la dignidad humana, como son los derechos a la vida y a la salud, dicha ley debe ser invalidada mediante la declaración de inconstitucionalidad (Fallos 342:459, conside-

rando 12 del voto del juez Rosatti y considerando 18 del voto de la jueza Medina).

Dicho argumento supone la aplicación del argumento sistemático *a coherentia*, por el que se exige una necesaria compatibilidad entre normas. En el caso de producirse dicha incoherencia, como aconteció en el fallo bajo análisis, entre las normas legales que consagraban un régimen específico de privilegios y los derechos a la vida y a la salud del actor discapacitado acreedor de una indemnización por mala praxis médica, correspondía dar prevalencia a los derechos humanos referidos, de jerarquía constitucional, e invalidar en dicho caso excepcional, por vía de una declaración de inconstitucionalidad, el régimen de privilegios de la ley concursal que le impedía percibir la totalidad de su crédito indemnizatorio, por el que se hicieran efectivos los derechos mencionados.

Con relación al argumento sistemático, Alexy (1997) ha señalado que “comprende tanto la referencia a la situación de una norma en el texto legal, como la referencia a la relación lógica o teleológica de una norma con otras normas, fines y principios” (p. 231).

El criterio de racionalidad axiológico (Vigo, 2016, p. 118) cobra especial importancia en la argumentación del tribunal, puesto que los votos de la mayoría destacan la íntima conexión entre justicia y función judicial, conforme a la cual la misión de los jueces no puede quedar reducida a una aplicación mecánica de la ley, que conduzca a soluciones notoriamente disvaliosas, lo que podría entenderse como extremadamente injustas, la que se llegaría a adoptar a través de una interpretación exegetica de la ley concursal (Fallos 342:459, considerando 17 del voto del juez Rosatti).

El argumento referido se conecta con la fórmula de Radbruch (2019, p. 220), por la que la injusticia extrema o insoportable no es derecho, lo que implica que una norma legal que traspasa cierto umbral de injusticia carece de validez jurídica por atentar de manera insoportable contra principios jurídicos que hacen al núcleo esencial del derecho, como son los que tienen por objeto los derechos a la vida y a la salud.

Esta injusticia extrema o insoportable se configuraba por la particular situación de absoluta vulnerabilidad en la que se encontraba el actor, lo que es destacado por la Corte. Puede verse que en el caso, la vulnerabilidad fue considerada por el tribunal como un criterio de justicia distributiva, ignorado por el legislador concursal al reglamentar el régimen de privilegios y establecer el modo de distribución del patrimonio del fallido. Conforme lo ha señalado Finnis (2000), la quiebra constituye un instituto que consagra

criterios de justicia distributiva, al repartir los bienes del fallido según un determinado régimen de privilegios (pp. 216-221), entre los que el máximo tribunal de la nación considera ha de incorporarse el de la vulnerabilidad de las personas discapacitadas, para quienes la imposibilidad de percibir la totalidad o parte de su crédito, implicaría un grave atentado contra los derechos a la vida y a la salud que dicho crédito permite hacer efectivos.

Finalmente, también puede verse la aplicación de un criterio de racionalidad teleológico (Vigo, 2016, p. 115) para invalidar la norma cuestionada, por cuanto el máximo tribunal consideró que las normas que integran el régimen de privilegios de la ley concursal, “[...] no dan una respuesta adecuada, definitiva y acorde con la situación descripta al no prever privilegio o preferencia de pago alguno que ampare y garantice el goce de los derechos constitucionales mencionados” (Fallos 342:459 (2019), considerando 12).

Lo expuesto implica que no existe una relación de adecuación o idoneidad entre el régimen concursal de privilegios y la protección efectiva de los derechos a la vida y a la salud, cuya jerarquía constitucional y convencional obliga a su declaración de inconstitucionalidad.

C. El caso “Castillo c/Provincia de Salta” (Fallos 340:1795 [2017])

a. Hechos y fundamentos principales

En el caso se cuestionó la constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de la Provincia de Salta y los artículos 8o., inciso *m*, y 27, inciso *ñ*, de la ley provincial de educación 7546, bajo la pretensión de ser contrarias a los derechos constitucionales de libertad de religión y de conciencia, de igualdad y no discriminación y de privacidad.

El artículo 49 de la Constitución de Salta establece que los padres y en su caso los tutores, tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban en la escuela pública la educación religiosa que esté de acuerdo con sus propias convicciones. El artículo 8o., inciso *m*, de la ley 7546 replica lo establecido en la citada norma constitucional y el artículo 27, inciso *ñ*, establece que la enseñanza religiosa integra los planes de estudios y se imparte en el horario de clase, según la creencia de los padres y tutores, quienes deciden sobre la participación de sus hijos, agregando que los contenidos y la habilitación docente requerirán el aval de la respectiva autoridad religiosa.

La Corte por voto mayoritario, con la disidencia parcial del juez Rosatti, declaró la constitucionalidad del artículo 49 de la Constitución de Salta y la inconstitucionalidad del artículo 27, inciso ñ, de la ley provincial de educación 7546, de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta y, en consecuencia, de las prácticas religiosas tal como se han venido desarrollando en las escuelas públicas de la citada provincia.

Si bien la sentencia no prohibió la enseñanza religiosa en las escuelas públicas de la provincia de Salta, resolvió que dicha enseñanza debía ser impartida a quienes lo deseen fuera del horario de clases.

b. Criterios de racionalidad involucrados

El voto de la mayoría esgrime como argumento central la existencia de una discriminación indirecta, consistente en el impacto desigual que la norma producía sobre los niños que no integraban el grupo religioso mayoritario o algún otro. A juicio del Tribunal, la discriminación indirecta se derivaba de la aplicación del artículo 27, inciso ñ, de la ley 7546 y de la disposición 45/09 de la Dirección General de Educación Primaria y Educación Inicial de la Provincia de Salta, los que establecían la enseñanza religiosa durante el horario de clases (Fallos 340:1795, voto de la mayoría, considerandos 24-26).

Independientemente de confundir el instituto de la discriminación indirecta con la incorrección o irrazonabilidad de la aplicación de una norma, lo que no priva de validez a la norma en sí misma, sino a la práctica o interpretación que se hace de ella —cuestión que no abordaremos por no constituir el objeto de análisis de este trabajo—, la mayoría omitió considerar la existencia de otras medidas, señaladas en el voto en disidencia, que permitirían mantener la enseñanza religiosa requerida por los padres durante el horario de clases y al mismo tiempo prevenir la realización de prácticas que pudiesen afectar la libertad religiosa, la igualdad y la privacidad de los niños y padres que se negaban a que sus hijos reciban dicha enseñanza. Ello implicó, que el voto de la mayoría optara por una alternativa que producía un impacto desigual o discriminación indirecta, no sobre los actores, sino sobre el grupo de padres que reclamaba el mantenimiento de la enseñanza religiosa durante el horario de clases, dado las dificultades prácticas, que impedían u obstaculizaban su desarrollo fuera de dicho horario. Dicho de otro modo, el voto mayoritario omitió optar por la alternativa menos restrictiva

del derecho a la libertad religiosa, haciendo caso omiso del juicio de necesidad, lo que supuso prescindir de un criterio de racionalidad axiológica (Vigo, 2016, p. 118) al juzgar la constitucionalidad de la norma en cuestión. También supuso el olvido de la racionalidad prudencial (Vigo, 2016, p. 121), a la que más abajo me referiré, al no armonizar los derechos en juego, de modo tal que no se anulen entre ellos, sino que por el contrario, se realicen de un modo regular o razonable (Cianciardo, 2007; Toller, 2014).

Por otra parte, la falta de consideración de las consecuencias prácticas de la resolución adoptada supuso prescindir de la racionalidad fáctica (Vigo, 2016, p. 119), deviniendo irrazonable, pues no resultaba posible garantizar el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones, mediante la solución propiciada y la declaración de inconstitucionalidad de la norma legal referida.

A diferencia del voto mayoritario, la disidencia parcial del juez Rosatti consideró la racionalidad sociológica, la fáctica y la prudencial (Vigo, 2016, pp. 117, 119, 121-125) a fin de determinar la validez jurídica de las normas tachadas de inconstitucionalidad por los actores.

En cuanto a la primera, exige que la ley “[...] guarde relación con el *ethos* de la sociedad a la que regula. [...] Es que el derecho procura cierta eficacia dado que resultaría irracional imponer conductas que en términos culturales se tornan impracticables o con un enorme costo personal” (Vigo, 2016, p. 117). En el caso, la referencia del juez Rosatti al “margen de apreciación provincial” (Fallos 340:1795, considerandos 17 y 18), que entiende plasmado en el artículo 5o. de la Constitución Nacional que asigna a las provincias el contenido irrenunciable de asegurar la educación primaria, se funda en esta exigencia de racionalidad sociológica, en tanto presta atención a las particularidades provinciales, las que en un país tan extenso como la Argentina no deben dejar de ser consideradas.

Esta exigencia de racionalidad sociológica, como uno de los criterios a ponderar en la determinación de la validez jurídica de una norma, ha sido puesta de relieve por el realismo jurídico clásico, al señalar Vigo (2016) que “La ley debe conformarse a las costumbres, porque de lo contrario ello no generará los hábitos que pretende propios de un «buen ciudadano», y lo que es peor, podría frustrar lo bueno posible o debilitar la autoridad *prima facie* que es conveniente que goce la ley” (p. 117).

En el voto de la mayoría se advierte una total prescindencia de la racionalidad sociológica, puesto que no se toman en cuenta las costumbres propias de la mayoría del pueblo salteño, respetando dicho margen de apre-

ciación provincial del constituyente y del legislador local, al diseñar el funcionamiento del sistema educativo.

Con relación al requisito de racionalidad fáctica, supone que “[...] lo exigido debe ser algo posible de cumplir por parte de sus destinatarios” (Vigo, 2016, p. 119), lo que es tenido en cuenta por el juez Rosatti al advertir “las innumerables dificultades prácticas que, conforme surge de autos y quedara de manifiesto en la audiencia pública, traería aparejado el dictado de clases fuera del horario” (Fallos 340:1795, considerando 27). Si bien no se trata de una total imposibilidad de cumplimiento, sí fue puesto de manifiesto por los participantes de la audiencia pública, las enormes dificultades prácticas que traería como consecuencia el dictado de las clases de religión fuera del horario de clases. Ello, priva a la resolución adoptada por la mayoría, de la denominada racionalidad fáctica, en el sentido de que se trata de una conducta impuesta de muy difícil cumplimiento, que impediría el efectivo ejercicio del derecho de los padres de educar a sus hijos conforme a sus convicciones religiosas. Indudablemente, este desentendimiento de las consecuencias prácticas y factibilidad de la resolución adoptada, al resolver que la enseñanza religiosa sólo podría impartirse fuera del horario de clase, priva de racionalidad al voto de la mayoría.

Con respecto a la racionalidad prudencial (Vigo, 2016, pp. 121-125), ella puede verse plasmada en la preocupación del voto en disidencia por armonizar los derechos de los actores a la libertad religiosa, a la igualdad y a la privacidad y los derechos de los padres de los alumnos que requieren la enseñanza religiosa para sus hijos, también titulares de tales derechos. El esfuerzo por armonizar los derechos en juego, evitando que los derechos de una de las partes prevalezcan sobre los de la otra, condujo a una solución prudencial que contempló no sólo los principios de alcance general, sino también las particularidades fácticas de la implementación de la enseñanza religiosa, mediante la formulación de una serie de recomendaciones y exhortaciones a las autoridades provinciales, en el considerando 34, inciso g, del voto en disidencia parcial.

IV. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, y conforme a lo expuesto en los epígrafes precedentes, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1) De la argumentación de la Corte Suprema de Argentina cuando juzgó casos en los que se impugnó la validez jurídica de normas legales o reglamentarias por resultar violatorias del derecho a la igualdad, se desprende un concepto normativo de validez jurídica, entendido como normatividad racionalmente justificada.

2) Dicha justificación racional de la validez jurídica de las normas impugnadas se remitió a criterios de racionalidad orgánica, sistémica, sociológica, fáctica, teleológica, axiológica y prudencial.

3) La aplicación de la racionalidad orgánica puede verificarse en el caso “Bayer S.A.” (Fallos 340:1480) al determinarse la invalidez de la mayor alícuota del impuesto a los ingresos brutos con que la provincia de Santa Fe gravaba a las empresas radicadas fuera del territorio provincial, por cuanto la Constitución de Argentina no otorgó a las provincias la facultad de crear impuestos que impidan la libre circulación de mercaderías entre las provincias, careciendo de competencia para el dictado de dicha normativa.

4) La racionalidad sistémica se plasmó en la justificación dirigida a demostrar la conexión de las normas reguladoras de los privilegios concursales con los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, especialmente la Convención de los Derechos del Niño y la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, tal como aconteció en el caso “Institutos Médicos Antártida” (Fallos 342:459).

5) La racionalidad sociológica se ve reflejada en el voto del juez Rossatti, en el caso “Castillo” (Fallos 340:1795), al referirse al margen de apreciación provincial, por el que se exige al legislar y ejercer el control de constitucionalidad, considerar las particularidades de las provincias en un territorio tan extenso como el de Argentina.

6) La racionalidad teleológica fue aplicada en los casos “Hooff” (Fallos 327:5118), “Gottschau” (Fallos 329:2986), “Mantecón Valdés” (331:1715), “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332:433), “Zartarian” (Z. 9. XLVIII, del 20 de agosto de 2014), “Salas” (S. 4_XLVII, del 13 de mayo de 2015), “Vásquez” (CSJ 001128/2016/RH001, del 29-10-2020) “Bayer S.A.” (Fallos 340:1480) e “Institutos Médicos Antártida” (Fallos 342:459). En los siete casos nombrados en primer lugar, la exigencia de racionalidad teleológica se concretó en la necesidad de justificar los fines sustanciales que, mediante las distinciones de trato cuestionadas se pretendían alcanzar, con el objeto de obtener la declaración de validez de las normas impugnadas, lo que no pudo lograrse por parte de sus defensores. En “Bayer S.A.”, la norma tributaria fue invalidada por cuanto su finalidad consistía en obstaculizar

la circulación de bienes dentro de las provincias, lo que resultaba claramente inconstitucional. En “Institutos Médicos Antártida” el régimen de privilegios de la ley concursal no cumplía con la finalidad de tutelar eficazmente los derechos a la vida y a la salud de las personas con discapacidad, vale decir, no existía una relación de adecuación entre el régimen impugnado y la tutela de los derechos humanos de sujetos en situación de vulnerabilidad, como lo son las personas con discapacidad.

7) La exigencia de racionalidad axiológica de las normas cuya validez jurídica se cuestionó, también se vislumbra en los casos “Hooff” (Fallos 327:5118), “Gottschau” (Fallos 329:2986), “Mantecón Valdés” (331:1715), “Partido Nuevo Triunfo” (Fallos 332:433), “Zartarian” (Z. 9. XLVIII, del 20 de agosto de 2014), “Salas” (S. 4_XLVII, del 13 de mayo de 2015) y “Vásquez” (CSJ 001128/2016/RH001, del 29-10-2020), en tanto la Corte exigió que los fines sustanciales que podrían llegar a convalidar las clasificaciones basadas en criterios específicamente prohibidos por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, debían ser perseguidos por los medios menos restrictivos entre los igualmente eficaces, para el logro de tales objetivos. También en “Bayer S.A.” (Fallos 340:1480) se concreta un criterio de validez que se identifica con la racionalidad axiológica, al considerarse que la provincia en la que tenía asentada la empresa actora la actividad productiva, no constituía un criterio distributivamente justo para determinar la alícuota de un impuesto, por alterar el derecho a la libertad de elección de la sede de los negocios y por tanto la libertad de ejercer toda industria lícita, contenida en el artículo 14 de la Constitución Argentina. Dicha exigencia de racionalidad axiológica también se puede ver plasmada en el caso “García, M. I.” (342:411), por el que se sostuvo que la sola capacidad contributiva potencial, prescindiendo de la condición de vulnerabilidad de los ancianos, no resulta un criterio proporcionado, debiendo el legislador considerar la vulnerabilidad de este colectivo, al establecer la alícuota del impuesto a las ganancias sobre los ingresos que perciben en concepto de jubilación. Finalmente, en el caso “Institutos Médicos Antártida” (Fallos 342:459), también la vulnerabilidad de una persona discapacitada fue estimada como un criterio de justicia distributiva que debía ser contemplado por el legislador al momento de establecer las prioridades de pago en una quiebra, declarándose la invalidez del régimen de privilegios de la ley que prescindía de dicha exigencia de justicia material. Ello supuso la aplicación de un criterio de racionalidad axiológica en la determinación de la validez jurídica de la norma cuestionada.

8) La aplicación de la racionalidad prudencial y fáctica pudo verse en el voto en disidencia parcial del juez Rosatti en el caso “Castillo” (Fallos 340:1795). La primera, al proponer una solución armonizadora de los derechos a igualdad y a la libertad religiosa y de conciencia de los padres que pretendían el mantenimiento de la enseñanza religiosa en el horario escolar, con los de aquellos que no querían que sus hijos reciban enseñanza religiosa. La segunda, en tanto consideró que no resultaba válida una solución que resultara de difícil cumplimiento, obstaculizando el ejercicio de la libertad referida y el derecho de los padres a educar a sus hijos conforme a sus convicciones.

9) Un concepto descriptivo de validez jurídica no es capaz de explicar el modo en que la Corte Suprema de Argentina ejercita el control de constitucionalidad, que en última instancia implica un control de validez jurídica de las normas cuestionadas, por contradecir el principio de igualdad y no discriminación. La declaración de su validez o invalidez implicó necesariamente otorgar una justificación que se remitió a exigencias de racionalidad orgánica, fáctica, sistémica, sociológica, teleológica, axiológica y prudencial.

10) Dichas exigencias de racionalidad en la tarea de justificación de las diferencias de trato complementan el modelo de los escrutinios y suponen incorporar estándares que implican un control en cuanto al contenido de las normas que realizan distinciones de trato, como así también un mayor requerimiento de argumentación jurídica por parte de los órganos del Estado, tanto al crear las normas jurídicas generales, como al interpretarlas y aplicarlas.

11) El derecho a la igualdad no puede ser aplicado a nivel de los casos concretos desde un concepto de validez meramente descriptivo, requiriendo para su operatividad y exigibilidad, recurrir a una argumentación justificatoria de las distinciones de trato, lo que se traduce en la confirmación de la tesis antiiuspositivista de la conexión conceptualmente necesaria entre derecho y moral.

V. REFERENCIAS

- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Alexy, R. (1997 a). *El concepto y la validez del derecho* (2a. ed.). Gedisa.
- Alexy, R. (1997 b). *Teoría de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.

- Alexy, R. (2009). Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 11, 3-13. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>
- Aristóteles (1998). *Ética Nicomaquea*. Porrúa.
- Atienza, M. (2006). *El Derecho como argumentación*. Ariel.
- Barak, A., (2012). *Proportionality. Constitutional Rights and Their Limitations*. Cambridge University Press.
- Bernal Pulido, C. (2013). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Cassagne, J. C. (2021). *Los grandes principios del derecho público. Constitucional y Administrativo* (2a. ed.). Rubinzal Culzoni.
- Cianciardo, J. (2004). *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*. Ábaco de Rodolfo Depalma.
- (2007). *El ejercicio regular de los derechos. Análisis y crítica del conflictivismo*. Adhoc.
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. EUDEBA.
- Comadira, J. P. (2015). Del escrutinio estricto de la Corte estadounidense a la presunción de inconstitucionalidad en el derecho argentino y su impacto en el derecho administrativo (versión electrónica). *El Derecho. Revista de Derecho Administrativo*. 680.
- Cotta, S. (1987). *Justificación y obligatoriedad de las normas*. CEURA.
- Didier, M. M. (2012). *El principio de igualdad en las normas jurídicas. Estudio de la doctrina de la Corte Suprema de Argentina y su vinculación con los estándares de constitucionalidad de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Estados Unidos*. Marcial Pons.
- Finnis, J. (2000). *Ley natural y derechos naturales*. Abeledo Perrot.
- Finnis, J. (2019). *Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica*. IES.
- Finnis, J. (2020). Natural Law Theories. En E. N. Zalta (Ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Summer 2020 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/natural-law-theories/>
- Hervada, J. (1992). *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho*. EUNSA.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (Roberto J. Vernengo, trad.) Universidad Autónoma de México.

- Kommers, D. P. (1997). *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany* (2a. ed.). Duke University Press.
- Marmor, A. y Sarch, A. (2019). The Nature of Law. En E. N. Zalta (ed.). *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Fall 2019 Edition). <https://plato.stanford.edu/archives/fall2019/entries/lawphil-nature/>
- Massini-Correas, C. I. (2019). Sobre iusnaturalismo y validez del derecho. *Dikaion*, 28, 1, 7-34.
- Medina, G. (2016). Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba. Las ‘categorías sospechosas’: Una visión jurisprudencial. *LA LEY*, 2016- F, 872.
- Nino, C. S. (2000). *La validez del derecho*. Astrea.
- Obligado, L. (2023, 13 de abril). Las categorías sospechosas de inconstitucionalidad a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *La Ley*.
- Radbruch, G. (2019). Cap. VIII. Arbitrariedad legal y derecho suprallegal. En S. L. Paulson. *La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch* (pp. 213-226). Marcial Pons.
- Toller, F. (2014). Capítulo II. Interpretación de los derechos constitucionales. Análisis General. En J. C. Rivera (hijo). *Tratado de los derechos constitucionales* (pp. 107-199). Abeledo Perrot.
- Tomás de Aquino (1988). *Suma Teológica*. Club de Lectores.
- Tribe, L. (1988). *American Constitutional Law* (2a. ed.). The Foundation Press, Inc.
- Vigo, R. L. (2016). Una teoría de la validez jurídica. *Doxa*, 39, 99-125
- Villey, M. (1979). *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*. EUNSA.



La constitucionalización de la doble instancia en el contencioso administrativo chileno¹

The Constitutionalization of the Appeal Proceedings in the Chilean Administrative Litigation

Pedro Harris Moya

 <https://orcid.org/0000-0002-4361-1739>

Universidad Autónoma de Chile, Santiago, Chile
Correo electrónico: pedro.harris@uautonoma.cl

Recepción: 9 de enero de 2023
Aceptación: 25 de agosto de 2023

RESUMEN: De manera reciente, el Tribunal Constitucional chileno ha sancionado la inconstitucionalidad de procesos contenciosos administrativos en única instancia, bajo un control de constitucionalidad abstracto y general. Retrospectivamente, esta declaración supone un giro de su jurisprudencia, que sólo había afirmado un principio de procedencia de la apelación en este ámbito. Prospectivamente, por su parte, se trata de una modificación de un criterio interpretativo susceptible de producir distintos efectos con relación al ejercicio de reclamaciones administrativas. El presente artículo analiza cada uno de estos aspectos, indagando sobre el fundamento de la declaración de inconstitucionalidad de la única instancia en el contencioso administrativo. Posteriormente, se proponen diferentes lecturas con relación a la constitucionalidad de las acciones de única instancia en materia contenciosa administrativa.

Palabras claves: doble instancia, contencioso administrativo, actos administrativos, control constitucional.

ABSTRACT: Recently, the Chilean Constitutional Court sanctioned the unconstitutionality of administrative contentious processes without appeal proceedings, under an abstract and general control. Retrospectively, this judgment represents a shift in case law, which had only affirmed a principle of appeal in administrative contentious processes. Prospectively, this judgment is also a modification of an interpretative criterion capable of producing different effects relating to judicial review of administrative decisions. This article analyzes each aspect and

¹ ANID Fondecyt de Iniciación N° 11220622.

investigates the basis of the declaration of unconstitutionality administrative contentious processes without appeal proceedings. Subsequently, different readings are proposed in relation to the constitutionality of administrative contentious processes without appeal proceedings.

Keywords: appeal procedure, administrative litigation, administrative acts, constitutional review.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *De la constitucionalidad de la única instancia.*
III. *A la inconstitucionalidad de la única instancia.* IV. *Conclusiones.*

I. INTRODUCCIÓN

Por largo tiempo, la reducida atención de la doctrina chilena sobre la procedencia de la doble instancia en el contencioso administrativo ha sido justificada. La exigencia de dos sentencias “sobre el fondo del asunto por órganos relacionados entre sí por vínculos de jerarquía” (Palomar, 2021, p. 233) fue tradicionalmente una de las características aplicables al control jurisdiccional de los actos de la Administración, al singularizar una particularidad de los principales recursos contenciosos ejercitables en este ámbito. Entre otros, este sería el caso de la acción de nulidad de derecho público —que, al ser tramitada conforme a las disposiciones comunes del Código de Procedimiento Civil (Ponce de León, 2021, p. 64), integraría la apelación—, y del recurso de protección (conforme al núm. 2 del auto acordado 94 de 2015 de Corte Suprema, relativo a su tramitación y fallo), caracterizados por consagrar un proceso de doble instancia, sin perjuicio de sus diferencias, tanto orgánicas como procedimentales, para conocer y resolver tales litigios, en primer y segundo grado jurisdiccional, en contra de actos de la Administración.

Es sabido, sin embargo, que el ámbito de aplicación de aquellas acciones ha sido restringido progresivamente en su interpretación por parte de la jurisprudencia chilena. Desde la SCS 100752/2016, esta ha sido la interpretación seguida, de manera invariable, por el máximo tribunal, con relación al ejercicio de la acción de nulidad de derecho público, habiéndose afirmado también, por regla general, la naturaleza supletoria del recurso de protección, pese a que reglas expresas permitan sostener lo contrario (Larroucau, 2020). La lectura seguida en ambos casos ha consistido en otorgarle prevalencia a la interposición de acciones especiales, cada vez que fueren establecidas por el legislador en un ámbito específico (Díaz, 2022, p. 31), restringiendo el ejercicio de las acciones generales consagradas en el texto constitucional,

ya referidas, a los supuestos en que otro recurso no se han previsto, supliendo aquellas en tal caso el silencio de la ley.

Aunque la doctrina ha destacado, tradicionalmente, los efectos sustantivos de esta jurisprudencia —*v.gr.* al afectar la imprescriptibilidad de la nulidad (Quezada, 2020)—, ella no ha estado exenta de consecuencias procesales. Una de tales consecuencias ha sido limitar significativamente la aplicabilidad de los procesos contenciosos de doble instancia en contra de los actos de la Administración. Diferentes razones lo explican. La primera de ellas ha sido el extenso número de acciones especiales que han sido creadas por el legislador chileno (Aróstica, 2008, p. 86), habiendo esto afectado a la vigencia de reclamos generales y, por tanto, a la aplicabilidad expresa del doble grado jurisdiccional previsto en estos. La segunda de tales razones, complementaria a la anterior, ha sido que, mayoritariamente, aquellas acciones serían consagradas en única instancia (exceptuando así la procedencia del recurso de apelación conforme al artículo 187 del Código de Procedimiento Civil), o bien, bajo el conocimiento de una Corte de Apelaciones (Carmona, 2005, p. 213), habiéndose interpretado restrictivamente la competencia de la Corte Suprema para conocer de las apelaciones (Harris, 2021, p. 394).

Cierto, sin perjuicio de los beneficios identificados frente a la doble instancia en el contencioso administrativo (Baeza, 2021, p. 308; González-Varas, 2019, p. 221), su restricción no supone, en sí misma, una afectación de las garantías procesales destinadas a amparar el ejercicio de recursos o acciones. El Tribunal Constitucional chileno ha interpretado la inexistencia de una garantía, *in abstracto*, al doble grado jurisdiccional en la generalidad de los procesos, lo que comprende también aquellos administrativos, debiendo determinarse su exigibilidad caso a caso. Ello motivaría que esta magistratura afirmara que “aunque nuestra Constitución exige un debido proceso que consagre la revisión de las sentencias, ello no significa que consagre el derecho a la doble instancia” (STC 1432/2009); señalando, incluso en materia penal, que una modificación del “sistema de acciones y recursos respecto de las decisiones judiciales [...] constituye una problemática que — en principio— deberá decidir el legislador” (STC 1065/2008).

Sin embargo, el que la variabilidad de las instancias de los procesos contenciosos administrativos encuentre respaldo en la consagración constitucional de las garantías procesales en Chile, no debe llevar a interpretar la constitucionalidad, *per se*, de las reclamaciones que hubiesen sido establecidas por ley en única instancia, en contra de los actos de la Administración. Como se observará, el desarrollo de la jurisprudencia constitucional

en este ámbito permite apreciar avances significativos en el control de constitucionalidad del doble grado jurisdiccional en estos procesos. Al menos si se considera que, de ser excluido por parte del Tribunal Constitucional, con relación a las materias susceptibles de ser controladas preventivamente (II), la ausencia de doble instancia en tales reclamaciones ha motivado sentencias declarativas de inconstitucionalidad. Con posterioridad al análisis de ello, la presente investigación examinará los efectos de esta jurisprudencia, no sólo en la adopción de la legislación futura, sino también en la interpretación de la actual (III).

II. DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA ÚNICA INSTANCIA

El que la doble instancia sea un principio (Romero, 2010, p. 22) y no una garantía en general en los procesos contenciosos,² no significa que, en ciertas materias, su aplicación no haya sido identificada como una manifestación de su carácter debido (Hunter y Edison, 2022, p. 122). Aunque el debido proceso administrativo en Chile no sea una excepción a lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha seguido por largo tiempo una interpretación desfavorable a la sanción de inconstitucionalidad de los preceptos en contravención con ello. Dos argumentos han servido de base para afirmar esta interpretación. El primero ha sido la exclusión de la doble instancia del control preventivo de constitucionalidad de leyes, conforme al artículo 77 de la Constitución (1). Superada esta primera fase, una nueva restricción a dicha sanción será asociada a una conformidad constitucional, condicionada por la procedencia de otros recursos contenciosos (2).

1. *El rechazo del control preventivo*

Rechazar el control preventivo de la garantía de doble instancia en el contencioso administrativo pareciera en principio difícil de justificar. Sin embargo, este ha sido el resultado del modelo de control de constitucionalidad obligatorio consagrado en la Constitución chilena. Al asociarse al *quorum* de las disposiciones legislativas, dicho modelo condicionaría el control *ex ante* de la doble instancia a la interpretación más o menos extensa de las “atribuciones” judiciales referidas en el artículo 77 de la Constitución y, en especial, a la aceptación o no de una lectura según la cual la única instancia afectaría,

² Véase en tal sentido: Ruiz (2022, p. 430).

indirectamente, el ejercicio de las atribuciones de los tribunales de justicia en el control de la Administración. Una interpretación en tal sentido no ha sido uniforme con el paso del tiempo. Inicialmente el Tribunal Constitucional rechazaría que la doble instancia se integrase a este control por regla general (A), aceptando sólo excepcionalmente su examen ante reglas expresas referidas a dicha exigencia (B).

A. *La regla general*

Aunque la tutela judicial y el debido proceso supongan una estrecha relación, la doctrina chilena ha diferenciado tradicionalmente sus reglas de consagración en la Constitución de 1980. Los autores han interpretado que la tutela judicial sería inherente a la garantía de la “igual protección de la ley” en el ejercicio de derechos, mientras que el debido proceso resultaría implícito a la exigencia de un procedimiento racional y justo, del artículo 19, núm. 3, incisos 1o. y 6o. de la Constitución (Bordalí, 2011a, p. 316). En principio, la consagración de cada una de estas disposiciones en el artículo 19 de la carta fundamental otorgaría la competencia legislativa en este ámbito (Soto, 2012, p. 444). Sin embargo, ninguna de dichas reglas ha permitido precisar el *quorum* de aprobación de las disposiciones que desarrollan legislativamente a la tutela judicial y al debido proceso, impidiéndose así determinar de antemano sus formas de control y, en particular, si el Tribunal Constitucional podría o no ejercerlo de manera preventiva.

En efecto, pese al reenvío de las características de la tutela judicial y el debido proceso al legislador por parte del constituyente chileno —que rechazaría la consagración de reglas específicas referidas a tales garantías (Cea, 2019, p. 170; Navarro, 2012, p. 624)—, el control preventivo de constitucionalidad de estos derechos ha carecido de una consagración autónoma, siendo ejercido a partir de la integración de dichas garantías en el artículo 77 de la Constitución, conforme al cual “[u]na ley orgánica constitucional determinará la organización y atribuciones de los tribunales que fueren necesarios para la pronta y cumplida administración de justicia”, como resultado del control constitucional obligatorio de leyes orgánicas constitucionales. Frente a los límites del concepto de “organización” para efectos de concretar el control del debido proceso y la tutela judicial, sólo ha sido posible verificar la constitucionalidad de ciertos aspectos del contencioso administrativo, indirectamente, de interpretarse que la modificación de tales garantías supone también modificar las “atribuciones” de los tribunales de justicia.

La integración de la tutela judicial y el debido proceso en la organización y atribuciones de los tribunales de justicia, sin embargo, no sería interpretada de manera uniforme en los contenciosos administrativos. Mientras que ciertos aspectos de la tutela judicial han sido ampliamente incorporados en tales expresiones —como la impugnabilidad (Bocksang, 2017, p. 541) y el *solve et repete* (Lewis, 2014)—, permitiendo de esta forma su control de constitucionalidad *ex ante*, múltiples componentes del debido proceso no han sido comprendidos en este examen, al interpretarse que las disposiciones que concretan un proceso debido no afectarían, en estricto rigor, al ejercicio de las atribuciones de los tribunales.³ El que la doble instancia sea un aspecto asociable tanto al recurso de apelación —comprendido dentro de la garantía de tutela judicial (García y Contreras, 2013)—, como al carácter debido del proceso (Hunter y Edison, 2022, 122), no ha sido indiferente a lo anterior, tampoco en procesos contenciosos administrativos.⁴

En efecto, tradicionalmente la jurisprudencia constitucional ha resuelto que la consagración o no del recurso de apelación en los procesos contenciosos administrativos no sería susceptible de afectar a las atribuciones de los tribunales, rechazando ejercer un control preventivo de constitucionalidad de tales disposiciones legales. La primera decisión expresa en tal sentido ha sido la STC 30/1985, en que dicha magistratura excluiría el examen de una disposición que le imponía a la Corte de Apelaciones fallar en “única instancia”, habiendo reiterado, posteriormente en la STC 81/1989, que tales artículos no eran

propios de la ley orgánica constitucional a que alude el artículo 74 [ex art. 77] de la Constitución Política de la República, según se desprende de la interpretación que deriva del texto de dichos preceptos, de la naturaleza de las leyes orgánicas constitucionales [...] y del espíritu del constituyente al incorporarlas a la Carta Fundamental.

B. Las excepciones

Entendido en tal sentido, el control de constitucionalidad del doble grado jurisdiccional por el Tribunal Constitucional sería marcadamente restric-

³ Vgr: STC 30/1985, STC 171/1993.

⁴ Lo anterior, sin perjuicio que, para un sector de la doctrina, la doble instancia haya “sido reconocida con rango constitucional, gracias a la incorporación de los Tratados internacionales sobre derechos humanos en el derecho interno”, incluso en procesos no penales (Palomo, 2010, p. 501).

tivo. Este no procedería con base en el artículo 77 de la Constitución, sino en función de otras disposiciones constitucionales que establecieran reglas expresas en la materia, imponiéndole al legislador el deber de desarrollar una acción en doble instancia. Debido a que la generalidad de las acciones constitucionales carecen de precisiones en torno a su tramitación en la carta fundamental, dicho criterio ha sido aplicado por excepción. Asimismo, al ser aplicado, su concreción ha supuesto sancionar la vulneración de una disposición constitucional expresa en la materia, sin relación con la construcción jurisprudencial del “proceso previo legalmente tramitado” (artículo 19, núm. 3, inc. 6o. de la Constitución), referido en la Constitución, en términos de una garantía susceptible de ser desarrollada de manera progresiva, según las características del proceso, como habría sido concebida originalmente la consagración constitucional de tal derecho (Navarro, 2011, p. 121).

En principio, el principal antecedente de este criterio ha sido la STC 155/1992, pronunciada con ocasión del control preventivo de constitucionalidad del Proyecto de Ley sobre Gobierno y Administración Regional, con relación a disposiciones que consagraban una reclamación en “única instancia” prevista inicialmente por el legislador, frente a las resoluciones de los Tribunales Electorales Regionales.⁵ El que la propia Constitución hubiese establecido la apelación de sus sentencias ante el “Tribunal Calificador de Elecciones en la forma que determine la ley” (artículo 96 de la Constitución), llevaría a la jurisprudencia a declarar la inconstitucionalidad de la única instancia inicialmente prevista, afirmando un criterio que, ante la ausencia de reglas expresas que impusieran la doble instancia en determinados procesos administrativos (como ocurriría en la especie), únicamente sería controlado en lo sucesivo de manera indirecta, a través de la interpretación constitucional de reclamaciones en única instancia.

2. La interpretación constitucional

La etapa siguiente en la interpretación de la garantía de doble instancia por parte del Tribunal Constitucional chileno ha sido aceptar su integración en el control preventivo de constitucionalidad. Inicialmente, sin embargo, tal aceptación no sería afirmada de manera explícita por dicha magistratura, sino sólo implícitamente, si una acción fuere establecida en única instancia, a través del condicionamiento de su constitucionalidad a la procedencia

⁵ Véase también la STC 2152/2011.

paralela de otros recursos contenciosos constitucionales y, especialmente, al ejercicio del recurso de protección (A). Como es sabido, esta interpretación contrastaría, no obstante, con la lectura desarrollada por los tribunales superiores de justicia frente al concurso de reclamaciones judiciales contra actos de la Administración, la cual ha favorecido una interpretación contraria al ejercicio facultativo de acciones constitucionales generales, juzgando que ellas son susceptibles de ejercerse de manera supletoria a otros recursos especiales y, por tanto, únicamente en el evento de no haber sido previstos por el legislador en un ámbito en específico (B).

A. La lectura del Tribunal Constitucional

Es sabido que las sentencias del Tribunal Constitucional chileno no han adoptado sólo las alternativas expresamente señaladas en el artículo 94 de la Constitución, referidas a la declaración de inconstitucionalidad o no de un precepto. Junto con ellas, tales decisiones han seguido también una técnica diversa, según la cual la constitucionalidad de una disposición se condicionaría a un determinado sentido (Fernández, 2016; Zapata, 2006, pp. 178 y ss.). El condicionamiento de una disposición a un sentido determinado — con la finalidad de salvar su eventual inconstitucionalidad— ha sido la primera técnica empleada en el control preventivo de constitucionalidad de las disposiciones referidas a los grados jurisdiccionales en que sería conocido un litigio administrativo. Debido a que este control sólo es ejercido ante disposiciones interpretativas de la Constitución y orgánicas constitucionales, es a partir de su aplicación que ha sido posible afirmar que dicha garantía constitucional sería sancionada con base en el art. 77 de la Constitución, que impone la dictación de disposiciones orgánicas ante la adopción de leyes que modifiquen las atribuciones de los tribunales, facultando ello a un control de constitucionalidad de tales normas antes de su entrada en vigor.⁶

Bajo la aplicación de esta técnica, que evitaría la declaración de inconstitucionalidad de preceptos que impondrían la tramitación de procesos contenciosos en única instancia, el condicionamiento del sentido de los

⁶ La STC 2074/2011 señalaría expresamente que determinadas disposiciones eran “propias de la ley orgánica constitucional a que se refieren los incisos primero y segundo del artículo 77 de la Constitución Política, toda vez que, al cambiar el sistema recursivo aplicable al procedimiento especial para la protección del interés colectivo o difuso de los consumidores, modifican las normas sobre atribuciones de los tribunales de justicia, en este caso de las Cortes de Apelaciones”.

preceptos en cuestión sería referido a la procedencia de otros recursos contenciosos o acciones paralelas a las que carecieren de doble grado jurisdiccional y, en particular, al ejercicio de acciones constitucionales generales en contra de los actos de la Administración, debiendo entenderse por tales la acción de nulidad de derecho público y el recurso de protección, caracterizadas por una tramitación de doble instancia, conforme al Libro I del Código de Procedimiento Civil (sin perjuicio de resultar aplicable un trámite de consulta, frente a una demanda patrimonial en contra del Fisco, de ser el fallo de primer grado desfavorable al interés fiscal y no haberse apelado⁷) y al núm. 2 del Auto acordado 94-2015, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales, conociendo en tal caso la Corte Suprema como tribunal de apelación.

En el contencioso administrativo, una de las primeras decisiones que originaría dicha tendencia sería la STC 320/2001, al afirmar la constitucionalidad de una disposición legal que establecía la insusceptibilidad de recurso alguno en contra de la sentencia que resolvía una reclamación, interpretando que ello dejaba “intactas las acciones que la Constitución consagra”.⁸ Aunque este criterio sería posteriormente aplicado frente a otras acciones diversas (v.gr. STC 1509/2009), su reiteración en los procesos contenciosos administrativos se observaría, entre otras, en las STC 2036/2011 y 2905/2015, en las que dicha magistratura interpretaría la constitucionalidad de disposiciones que impedían el ejercicio de “recurso alguno” en contra de sentencias de primera instancia dictadas por Cortes de Apelaciones, en la medida que lo fuera “sin perjuicio de la procedencia de las demás acciones”, agregando una referencia a las demás “vías de impugnación que tienen su fuente en la Carta Fundamental”, todas expresiones asociables, por regla general, tanto a la acción de nulidad de derecho público, como al recurso de protección, por corresponder a las acciones administrativas generales de jerarquía constitucional, susceptibles de superponerse a acciones legales.

⁷ Artículo 752 del Código de Procedimiento Civil.

⁸ Un antecedente puede encontrarse en la STC 155/1992, en que dicha magistratura recomendaría establecer un doble grado jurisdiccional en contra de ciertas sentencias en materia electoral. Asimismo, en la STC 225/1995, la interpretación de la procedencia de acciones constitucionales había permitido declarar constitucional un proceso en única instancia ante árbitro arbitrador en controversias de licitaciones. En fin, la STC 252/1997, declararía constitucional impugnaciones de resoluciones del director del Departamento de Tránsito y Transporte Público Municipal ante el juzgado de policía local, en única instancia, “en el entendido de que no priva a los afectados de las acciones constitucionales que la Carta Fundamental consagra”.

Ciertamente, diferentes aspectos de esta técnica resultaban cuestionables. Probablemente el principal haya sido la interpretación de la acción de nulidad de derecho público y del recurso de protección, como vía adaptada para la resolución de la generalidad de las controversias administrativas, por la sola circunstancia de conocerse en doble instancia, sin atender a otros aspectos de su procedimiento, como ha sido, respecto de la nulidad, su sujeción a un “largo y dificultoso” juicio ordinario (Lizama, 2014, p. 307) y, por el contrario, respecto del recurso de protección, su carácter “simple y desformalizado, incompatible muchas veces con la complejidad de los temas tratados” (Ferrada, 2003, p. 157). Las principales dificultades de la técnica aplicada por el Tribunal Constitucional, sin embargo, no se relacionarían con las características del procedimiento aplicable frente a otras acciones especiales, sino con su procedencia misma, ante el desarrollo de una interpretación opuesta por los Tribunales de Justicia que, al igual que ante otras acciones administrativas, impuso progresivamente su supletoriedad, admisible sólo si otro recurso contencioso no hubiera sido consagrado.

B. La relectura de los tribunales superiores de justicia

Diferentes razones permitirían sostener que la interpretación de una constitucionalidad condicionada, afirmada por el Tribunal Constitucional respecto de acciones carentes de doble grado jurisdiccional, únicamente era susceptible de producir efectos con relación a la acción de anulación constitucional, careciendo de trascendencia frente al ejercicio del recurso de protección. Tal era el caso de la interpretación literal del artículo 20 de la Constitución que, al consagrar el recurso de protección, establece que su interposición es “sin perjuicio de los demás derechos”, lo que ha sido calificado como una regla de compatibilidad de dicho mecanismo, no tan solo con el ejercicio de recursos ante la Administración —lo que exceptúa la prohibición de recursos paralelos del artículo 54 de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos (Flores, 2023, p. 25)—, sino también, y sobre todo, con otros recursos contenciosos (Pinochet, 2020, p. 203 y ss.; Ferrada, 2011, p. 274). De hecho, igual conclusión pudo afirmarse, considerando que una vez agotada la tramitación de la acción, la doctrina y jurisprudencia han afirmado que el actor puede ejercer otros recursos contenciosos administrativos, con base en su efecto de cosa juzgada formal (Valdivia, 2019, p. 423; Zúñiga, 2012, p. 622).

Sin embargo, es sabido que la jurisprudencia constitucional y judicial han seguido posiciones irreconciliables en este ámbito. Ello, pues mientras el Tribunal Constitucional ha calificado la complementariedad de las acciones constitucionales con el ejercicio de recursos contenciosos legales, como se ha visto, los Tribunales Superiores de Justicia han privilegiado la prevalencia de estos últimos (Bocksang, 2017, p. 541; Soto, 2015, p. 83), lo que equivale a restringir el ejercicio la acción de anulación y de protección a supuestos en los cuales ningún reclamo hubiese sido consagrado por el legislador. El carácter antagónico de ambos criterios resultaba por tanto evidente. Por un lado, la jurisprudencia constitucional interpretaría la constitucionalidad de una reclamación legal en única instancia a condición de dejar intacta la procedencia de acciones constitucionales. Por el otro, la jurisprudencia judicial limitaría la procedencia de acciones constitucionales de consagrarse una reclamación legal especial (que resultaba ser, precisamente, aquella cuya constitucionalidad había sido condicionada a la procedencia de las acciones que tienen su fuente en la Constitución).

Aunque tales dificultades bastarían para constatar la ineffectividad de la interpretación de una constitucionalidad condicionada a la procedencia de recursos constitucionales, sostenida por el Tribunal Constitucional, habrá de considerarse también que otros criterios pudieron llevar al mismo resultado. En los procesos contenciosos administrativos, este ha sido el caso de la creación de tribunales especializados, que si bien suelen integrar el ejercicio del recurso de casación, establecen restricciones al recurso de apelación,⁹ habiéndose también limitado la procedencia de las acciones administrativas constitucionales en tales casos (Báez, 2021; Ferrada, 2015, p. 316). Serían probablemente tales restricciones al criterio sostenido por el Tribunal Constitucional lo que motivaría a avanzar en el control del doble grado jurisdiccional, declarando la inconstitucionalidad (y no sólo la interpretación condicionada) de procesos en única instancia.

⁹ *V.gr.*: artículo 26 de la Ley 19.886, bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios y artículo 26 de la Ley 20.600, que crea los Tribunales Ambientales. El recurso de apelación para ante la Corte Suprema tampoco procede en contra de las sentencias dictadas por la Corte de Apelaciones, de reclamaciones contra el Consejo para la Transparencia, interpretado por un sector de la doctrina como una jurisdicción especializada, creada por la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública (Vergara, 2014, p. 136).

III. A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ÚNICA INSTANCIA

Una vez integrada la doble instancia como una garantía susceptible de ser controlada preventivamente por parte del Tribunal Constitucional chileno, y superada también la aplicación de una técnica de interpretación conforme a la Constitución en este ámbito, la fase siguiente en el desarrollo del control de constitucionalidad del doble grado jurisdiccional de los recursos contenciosos administrativos ha sido asociado a la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos legales que consagraren procesos administrativos en única instancia. Contrario a lo que podría pensarse, esta declaración sólo ha sido aceptada de manera reciente por la jurisprudencia chilena. En efecto, ha sido con ocasión de la STC 9939/2020 en que se ha aceptado, por primera vez, sancionar la inconstitucionalidad de una acción en única instancia, pese a no haberse previsto en la Constitución un doble grado expreso (1). El que el control de las instancias procesales sea susceptible de examinarse antes de la entrada en vigor de la ley, lleva a interrogarse acerca de la eventual inaplicabilidad de preceptos en vigor (2).

1. *La declaración de inconstitucionalidad*

Pese a que el debido proceso fuera reenviado a la ley —estableciendo la Constitución las garantías generales en la materia (Cea, 2019, p. 170; Navarro, 2012, p. 624)—, el Tribunal Constitucional chileno sólo ha controlado recientemente el margen de apreciación legislativo para determinar la única instancia, en ausencia de una disposición constitucional que lo limitase expresamente en una reclamación específica, con ocasión del control de constitucionalidad del artículo 141 de la Ley 21.325, que establece la acción de impugnación de medidas de expulsión de migrantes y extranjeros. Las características de la reclamación susceptible de interponerse en este ámbito torna de interés los antecedentes que llevarían a pronunciar esta sanción (A). En función de ello, podrán apreciarse, posteriormente, las consecuencias que acarrea la inconstitucionalidad de la única instancia, prevista inicialmente por ley frente a ciertos actos administrativos (B).

A. *Los antecedentes de la sentencia*

Las reclamaciones judiciales en contra de los actos desfavorables de la Administración, en materia migratoria, han caracterizado restricciones de garantías

procesales en Chile (Domínguez, 2016, p. 200), siendo uno de los principales ejemplos el ex artículo 79, inciso final del Decreto Ley 1094 de 1975, que establecía normas sobre extranjeros. Al consagrar un recurso contencioso en contra de las multas en este ámbito, dicho texto conservaría su pago parcial como condición de acceso a los tribunales de justicia —pese a que, en reiteradas ocasiones, tal exigencia hubiese sido inaplicada por su inconstitucionalidad, habiendo sido también declarada inconstitucional en otros ámbitos (Lewis, 2014)—. Igual apreciación pudo formularse con base en el artículo 89 de dicho cuerpo legal que, al consagrar la reclamación contenciosa en contra de las medidas de expulsión, impuso el plazo más breve que ha conocido el ejercicio de acciones de esta naturaleza (esto es, veinticuatro horas desde la notificación del acto administrativo impugnado).¹⁰ Si bien la vigencia de la Ley 21.325 de 2021, en materia de migración y extranjería, derogaría tales restricciones, algunas de sus disposiciones introducirían nuevas limitaciones, esta vez a la garantía de doble instancia.

En efecto, inicialmente, el proyecto que originaría la Ley 21.325 carecía de disposiciones legales que consagraran acciones generales en contra de los actos de la Administración en materia de migración y extranjería. En cambio, se limitaba a establecer una única acción dirigida en contra de las medidas de expulsión susceptibles de ser impuestas por la Administración. Como característica general, dicha reclamación consagraba su conocimiento en única instancia por la Corte de Apelaciones respectiva. Aunque la tramitación de esta iniciativa extendería tal grado jurisdiccional en función de una controversial supresión de los recursos administrativos de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, contra aquellas medidas, el proyecto de ley finalmente aprobado se distanciaría de dicha elección. Así, aunque, por un lado, conservaría la inaplicabilidad de aquellos recursos administrativos, por el otro restringiría el doble grado jurisdiccional que inicialmente justificaba dicha derogación, lo que supondría una opción marcadamente restrictiva de impugnación: quien fuere sujeto de una medida expulsión administrativa no sólo se vería privado de los recursos administrativos básicos antes procedentes. Tampoco podría acceder a la apelación en contra de la sentencia definitiva dictada.

Aunque el Tribunal Constitucional chileno no se hubiere pronunciado con relación a la exclusión de los recursos administrativos (a diferencia de ocasiones anteriores, en que se ha interpretado que una limitación

¹⁰ Artículo 89 del Decreto Ley núm. 1094 de 1975.

del principio de impugnabilidad administrativa supondría una afectación de una base esencial de la institucionalidad),¹¹ sí integraría el control de constitucionalidad del proceso aplicable a la acción contra medidas expulsivas. Para tales efectos, dicha magistratura se alejaría de las técnicas implementadas anteriormente en el juzgamiento de la constitucionalidad de acciones en única instancia, las que, como se ha visto, se han limitado a condicionar su constitucionalidad a una interpretación determinada, conforme a la cual quien fuere afectado pudiese ejercer acciones constitucionales y, en especial, el recurso de protección, ejercitable “sin perjuicio de los demás derechos”¹² —y, por ende, de los demás recursos susceptibles de ejercerse (Nogueira, 2010, p. 252)—. En cambio, reforzaría el control vinculado a la tramitación del recurso contencioso, pudiendo así sostenerse que la reserva de interpretación (Bordalí, 2005, pp. 220 y ss.), o interpretación condicionada ya referida, no habría sido adaptada para salvar la inconstitucionalidad.

No es posible ignorar que diferentes argumentos pudieron afectar tal declaración de inconstitucionalidad. Probablemente el principal de ellos haya sido la consagración de una regla de compatibilidad expresa en el artículo 139, inciso 2o., de la Ley 21.325, según la cual la exclusión de los recursos de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, en contra de las medidas de expulsión, lo era “sin perjuicio de los demás recursos y acciones judiciales que procedan” (lo que permitiría interpretar la consagración de una disposición legal similar a la regla constitucional, según la cual el ejercicio del recurso de protección procede “sin perjuicio de los demás derechos”¹³ que el afectado pudiese ejercer), todo lo cual tornaba compatible el condicionamiento de esta limitación a la procedencia paralela de dicha acción constitucional en contra de las medidas de expulsión de migrantes. Aunque este giro en las técnicas empleadas haya sido referido a la dictación de un tipo de acto en materia de migración y extranjería (la expulsión), ha tenido efectos susceptibles de extenderse a otros actos de igual naturaleza y, con ello, también a los recursos contenciosos procedentes en su contra, como se verá.

¹¹ STC 2009/2011.

¹² Artículo 20 de la Constitución.

¹³ Artículo 20 de la Constitución.

B. Las consecuencias de la sentencia

Al ejercer el control preventivo del Proyecto de la Ley 21.325, de migración y extranjería, dos aspectos serían reprochados por el Tribunal Constitucional con relación al proceso previo legalmente tramitado, asociado a la reclamación judicial de las medidas de expulsión. En el primero de estos aspectos, dicha magistratura se limitaría a reiterar criterios afirmados. Ello ocurriría frente a la interpretación de la inconstitucionalidad en la tramitación en cuenta del recurso ante la Corte de Apelaciones. Como es sabido, el juzgamiento en cuenta priva a las partes del proceso de escuchar la relación de la causa, por el relator, ante los jueces que resolverán una medida de expulsión, situación que en materia sancionadora sería susceptible de interpretarse en contradicción con el derecho a la defensa en los procesos contenciosos administrativos (García y Contreras, 2013, p. 265). *Mutatis mutandis*, al resolver la inconstitucionalidad del proceso en cuenta por la Corte de Apelaciones, el Tribunal Constitucional reiteraría el criterio aplicado al procedimiento sancionador en la STC 747/2007, en la cual afirmaría que la reclamación contra sanciones administrativas requeriría de una “audiencia pública a la que [quien fuere afectado] tenga derecho a asistir, escuchar la relación y hacer defensas verbales, como sucede cuando un asunto se pone «en relación»”.

En cambio, frente a otros de los aspectos, el Tribunal Constitucional innovaría con relación a su jurisprudencia anterior. Este ha sido el caso de la resolución del recurso contencioso administrativo “en única instancia” por parte de la Corte de Apelaciones respectiva. Al juzgar la inconstitucionalidad de esta expresión, la jurisprudencia constitucional ha reprochado, por primera vez, la exclusión del recurso de apelación, en ausencia de disposiciones constitucionales que lo impusieren expresamente. A partir de ello, el doble grado jurisdiccional no sólo se integraría al artículo 77 de la Constitución (al condicionar el ejercicio de las atribuciones de los tribunales, cuya regulación requiere de leyes orgánicas constitucionales) y, por ello, al control preventivo de constitucionalidad. También permitiría que dicha magistratura exceda la mera interpretación condicionada de tales normas, declarando la inconstitucionalidad (al imponer una instancia única frente a reclamos en los cuales el debido proceso requeriría de un doble grado jurisdiccional).

Sin perjuicio que la declaración de inconstitucionalidad de disposiciones que imponen una “única instancia” sea eficaz por regla general, no es posible ignorar que ella pueda suponer ciertas restricciones en el estable-

cimiento de un doble grado jurisdiccional, en la medida que la resolución de la controversia fuera atribuida a la competencia de una Corte de Apelaciones, como ocurre precisamente en materia migratoria, conforme al artículo 141 de la Ley 21.325 (que consagrara inicialmente las reglas declaradas inconstitucionales). Al menos, en atención a la exigencia de disposiciones expresas que establezcan la procedencia del recurso de apelación en contra de la sentencia definitiva dictada por tales tribunales, en función del limitado alcance del artículo 98 del Código Orgánico de Tribunales que, al establecer las materias de las cuales la Corte Suprema conoce en salas, carece de referencias generales relativas a las apelaciones que hubiesen sido interpuestas en contra de sentencias definitivas dictadas por aquellos órganos colegiados, todo lo cual ha llevado a una interpretación favorable a la exclusión de aquel recurso judicial (Harris, 2021, p. 394).

Lógicamente, la declaración de inconstitucionalidad de la única instancia referida inicialmente en el Proyecto de la Ley 21.325, de migración y extranjería, habrá de llevar a restringir la exigencia de un texto expreso en este sentido. En especial si se considera que, al establecerse que “son apelables todas las sentencias definitivas [...] salvo en los casos en que la ley deniegue expresamente este recurso”, el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil ha consagrado una regla de interpretación opuesta a la antes referida, conforme a la cual el carácter expreso de una disposición no sería necesario para determinar la procedencia del recurso de apelación, sino su improcedencia (Orellana, 2022, p. 73), no existiendo regla alguna que permita interpretar en contrario en el contencioso administrativo. Así interpretado, los alcances de esta sentencia, referida al control preventivo, son susceptibles de producir consecuencias relevantes en el ejercicio del recurso de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, bajo un examen represivo.

2. La inaplicabilidad por inconstitucionalidad

Aceptado ya que los procesos en única instancia pueden ser objeto de una declaración de inconstitucionalidad en Chile, como resultado del control preventivo de constitucionalidad de los procesos contenciosos administrativos (con base en la noción de atribución del artículo 77 de la Constitución, que impone dicho control al requerir una legislación orgánica constitucional), cabe interrogarse acerca de la procedencia o no de un control represivo, favorable a la inaplicabilidad por inconstitucionalidad en tales procesos. Debido a que determinar la procedencia de este control *a posteriori* se aso-

cia al sentido de la STC 9939/2020, frente a la declaración de inconstitucionalidad de la única instancia del reclamo contra medidas de expulsión migratoria, cabrá analizar las lecturas menos (A) y más (B) adaptadas, que justifiquen aplicar dicha interpretación.

A. Las lecturas menos adaptadas

La consagración del artículo 141 de la Ley 21.325, que estableció el recurso contencioso en contra de las medidas de expulsión de la Administración, en materia de migración y extranjería, permite observar una relación estrecha entre la garantía de doble instancia y la derogación por especialidad de los recursos de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos, procedentes hasta la entrada en vigor de aquella legislación. En efecto, ha sido la consagración del doble grado jurisdiccional en las reclamaciones contra las medidas expulsivas de la Administración lo que motivaría la eliminación de la vía administrativa frente a aquellos actos, sin perjuicio que la única instancia hubiese sido restablecida durante la tramitación del proyecto de ley (y, en cambio, conservada la supresión de los recursos administrativos). La primera lectura acerca de la declaración de inconstitucionalidad de un recurso contencioso en única instancia pareciera entonces relacionarse con reclamaciones que tornaren improcedentes la interposición de recursos ante la Administración en contra de sus actos, supuesto en el cual el proceso contencioso habría de ser de doble instancia.

En principio, la constitucionalidad de la única instancia, condicionada por la procedencia de los recursos administrativos, parece encontrar apoyo en la jurisprudencia, al haberse rechazado el ejercicio de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en contra de reclamaciones judiciales carentes de doble grado jurisdiccional frente a los actos de la Administración, precisamente, en atención a la procedencia de vías de impugnación de naturaleza administrativa, impuestas por el legislador a quien fuese legitimado activamente, antes de interponer el recurso contencioso. En efecto, ya con ocasión de la STC 1252/2008, dicha magistratura había afirmado tal lectura, al resolver que “en el procedimiento de única instancia sub lite se contempla una etapa administrativa previa, en la cual las partes son escuchadas y aportan antecedentes, tras lo cual se abre la instancia jurisdiccional en tanto reclamo de dicha resolución, por lo cual no se vislumbra como vulnerado el derecho al racional y justo procedimiento”.

No es difícil observar cómo una interpretación en tal sentido invierte la lectura tradicional de los recursos contenciosos administrativos caracterizados por consagrar una fase de impugnación ante la propia Administración. Al menos si se considera que, al calificarse en tales términos, las fases del agotamiento previo de una reclamación judicial, de haber sido cuestionadas en cuanto a su constitucionalidad —al imponer a la prejudicialidad administrativa como una condición de procesabilidad de la acción no expresada en el artículo 19 núm. 3 de la Constitución (Ferrada, 2011, p. 256)—, se entenderían legitimar la constitucionalidad de procesos carentes de doble grado jurisdiccional, precisamente, por haber intervenido previamente un órgano de la Administración en la controversia, afectando de esta forma no sólo el acceso a los tribunales de justicia (Aróstica, 2008, p. 90), sino también, y sobre todo, al número de instancias en las cuales habrán de resolver el litigio, originando en ambos casos lecturas desfavorables a los intereses de quienes fueren legitimados activamente para recurrir contra tales actos.

Necesariamente, dichos aspectos habrán de llevar a reformular tal lectura. Por un lado, ya que no resulta admisible condicionar la constitucionalidad de recursos contenciosos en única instancia al ejercicio de recursos administrativos, sin confundir las características del proceso contencioso y de los procedimientos impugnatorios administrativos, carentes de las garantías de imparcialidad e independencia (Ferrada, 2020, p. 61; Zúñiga y Osorio, 2016, p. 476). Y, por otro, ya que justificar el doble grado jurisdiccional por la supresión eventual de los recursos administrativos resulta igualmente inadecuado. Primero, en razón de su carácter básico, según el cual “siempre” procedería la reposición.¹⁴ Y, en segundo lugar, debido a que tales vías impugnatorias han sido consagradas, en general, como un derecho —y sólo por excepción como una obligación (Flores, 2023, p. 22; Quezada, 2022, p. 136)—¹⁵ insusceptible de afectar las características del proceso posterior, de interpretarse (como suele suceder) que la acción impugnaría la resolución del recurso administrativo (y no el acto impugnado por éste).

B. Las lecturas más adaptadas

Frente a la inadecuación de una vinculación de la doble instancia a la procedencia o no de recursos administrativos en contra de un acto de la Ad-

¹⁴ Art. 10 de la Ley 18.575, Bases Generales de la Administración del Estado.

¹⁵ Art. 54 de la Ley 19.880, Bases de los Procedimientos Administrativos.

ministración, la interpretación más razonable de la STC 9939/2020 parece justificar la inconstitucionalidad del proceso contencioso por la naturaleza misma del acto administrativo que hubiese sido reclamado y, en particular, por su carácter desfavorable. En efecto, el razonamiento seguido por la jurisprudencia constitucional, al declarar la inconstitucionalidad de la reclamación judicial en única instancia, no debe dissociarse de la inconstitucionalidad, también declarada de la misma disposición referida, con relación al juzgamiento “en cuenta” del recurso, lo que llevaría a dicha magistratura a requerir la previa vista de la causa, afirmada ya anteriormente frente a la aplicación de sanciones en contra de un funcionario público (siendo reiterada en este caso, al aplicarse a las medidas de expulsión).¹⁶

Esta vinculación del doble grado jurisdiccional a la aplicación de sanciones por parte de la Administración resulta en principio fundada. En especial, frente al “derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior”, garantizado en la Convención Americana de Derechos Humanos (artículo 8o., núm. 2, letra h) y, asimismo, con base en el derecho a un “tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley”, según el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14, núm. 5). En efecto, aunque sea debatido que tales disposiciones integren, *per se*, el derecho al recurso de apelación en contra de las sentencias definitivas, la jurisprudencia interamericana ha seguido una interpretación rigurosa en torno al derecho al recurso efectivo en contra de tales decisiones, habiendo ello motivado sentencias condenatorias al Estado chileno por las restricciones del recurso de apelación en materia penal (Fuentes y Riego, 2021, pp. 97 y ss.; Becker, 2015, pp. 123 y ss.).¹⁷ Esta jurisprudencia parece privilegiar el doble grado jurisdiccional, en vista de la doctrina favorable al trasvase de los principios penales en el orden sancionador administrativo, interpretados por el Tribunal Constitucional como manifestación de un mismo *ius puniendi* (Gómez, 2019, pp. 361 y ss.; Cordero, 2013, p. 88).

Precisado lo anterior, sin embargo, no será difícil observar que, vincular la doble instancia del contencioso administrativo a la aplicación de sanciones administrativas, supondrá, necesariamente, diferenciar su aplicación de la dictación de todo acto desfavorable, por un lado (Bermúdez, 1998, p. 323), así como también precisar la entidad de la sanción que habrá de ser impuesta para condicionar la constitucionalidad del proceso de reclamación

¹⁶ STC 747/2007.

¹⁷ Véase SCIDH C-279/2014.

a la consagración de la doble instancia, por el otro. Al haber sido establecida frente a la expulsión, calificada como la sanción más gravosas susceptibles de aplicarse en la materia (Lawson y Rodríguez, 2016, p. 222), la declaración de inconstitucionalidad de la única instancia —referida inicialmente en el artículo 141 de la Ley 21.325, de migración y extranjería— por parte de la STC 9939/2020, conlleva sólo un limitado ámbito de aplicación inicial, caracterizado por la severidad de la represión no jurisdiccional aplicada, que habrá de integrarse en eventuales recursos de inaplicabilidad.

Ciertamente, esta constitucionalización de la doble instancia no estará exenta de otras dificultades, no apreciadas inicialmente por la jurisprudencia aquí referida. En especial, en la medida que hubiese sido el tribunal de alzada aquel que, revocando la sentencia dictada por el tribunal de primera instancia, hubiese sancionado la culpabilidad del autor de una infracción en materia administrativa, con ocasión de un recurso de apelación deducido por la Administración contra la sentencia (hipótesis en la cual dicho mecanismo no operará a favor, sino en contra de los intereses de quien fuera sancionado). No parece intrascendente recordar que, en tal caso, el Derecho internacional requiera un recurso complementario al ya analizado, al originarse una vulneración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “no sólo si la decisión de un tribunal de primera instancia se considera definitiva, sino también si una condena impuesta por un tribunal de apelación o un tribunal de última instancia a una persona absuelta en primera instancia no puede ser revisada por un tribunal superior” (ONU, 2007).

IV. CONCLUSIONES

La evolución de la jurisprudencia constitucional chilena ha caracterizado una posición favorable al reconocimiento del derecho al doble grado jurisdiccional en el contencioso administrativo, no sólo por haber integrado el control de esta garantía en el examen preventivo de constitucionalidad, sino también por haber sancionado por primera vez la inconstitucionalidad de la configuración legal de un proceso en única instancia, en ausencia de una referencia expresa en la Constitución acerca de la exigibilidad de la apelación de las sentencias definitivas que hubieren sido dictadas, superando así la técnica utilizada anteriormente por el Tribunal Constitucional, consistente en interpretar la constitucionalidad de la única instancia, en el entendi-

do que la reclamación en cuestión no obstaba la interposición de las acciones constitucionales (sujetas a doble instancia) que procedieren.

Sin perjuicio que este reconocimiento únicamente configure un contenido primario del derecho al recurso —por no haberse precisado la extensión de la revisión jurisdiccional que origina (Ferrati, 2012, p. 258)—, se impone determinar si los criterios afirmados por el Tribunal Constitucional en sede preventiva permiten cuestionar la constitucionalidad de las múltiples reclamaciones en vigor configuradas en un único grado jurisdiccional, en sede represiva. A tales efectos, habrá de considerar que la interpretación menos adaptada es aquella que condiciona el doble grado jurisdiccional a la improcedencia excepcional de recursos administrativos, carentes de las garantías de imparcialidad e independencia. Más adaptado en cambio es afirmar que la doble instancia ha sido reconocida hoy en Chile frente a la aplicación de sanciones administrativas particularmente gravosas (como ha ocurrido en materia de expulsión migratoria), interpretación que resulta fundada conforme a la jurisprudencia de la CIDH en la materia.

V. REFERENCIAS

- Aróstica, I. (2008). Los contenciosos administrativos especiales en la legislación chilena. *Ius Publicum*. 20.
- Báez, R. (2021). Competencia de los Tribunales Tributarios y Aduaneros para conocer de la nulidad de derecho público: ¿mito o realidad?. *Diario Constitucional*. <https://bit.ly/3U9f26X>
- Baeza, M. J. (2021). La doble instancia en la jurisdicción contencioso-administrativa y la autonomía del derecho tributario. En L. M. García (Coord.), *La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa: sus cuestiones más actuales*. Thomson Reuters.
- Becker, S. (2015). La criminalización de la protesta: el caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena Mapuche) vs. Chile. *Anuario de Derechos Humanos*. 11.
- Bermúdez, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas. *Revista Chilena de Derecho*, 25(1).
- Bocksang, G. (2017). Siete distorsiones categoriales en el régimen recursivo del Derecho administrativo chileno. En J. Delgado y R. Núñez (Eds.), *Recursos procesales – Problemas actuales*. Der ediciones.

- Bordalí, A. (2005). Sentencia sobre la constitucionalidad de la Ley que crea Juzgados Laborales y Juzgados de Cobranza Laboral y Previsional (Tribunal Constitucional). *Revista de Derecho* (Valdivia), 18(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200010>
- Bordalí, A. (2011a). Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial. *Revista Chilena de Derecho*, 38(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372011000200006>
- Carmona, C. (2005). El contencioso-administrativo entre 1990 y 2003. En J. C. Ferrada (Coord.). *La Justicia Administrativa*. LexisNexis.
- Cea, J. L. (2019). *Derecho constitucional chileno*. Tomo II. Ediciones Universitarias Universidad Católica de Chile.
- Cordero, E. (2013). Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20(1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100004>
- Díaz, J. M. (2022). Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema sobre la nulidad de derecho público. *Actualidad Jurídica*, 45.
- Domínguez, C. (2016). Derecho chileno migratorio a la luz del derecho migratorio internacional: ¿ceden los derechos humanos mínimos de los extranjeros ante las prerrogativas soberanas de control migratorio?. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372016000100009>
- Fernández, J. (2016). La interpretación conforme con la Constitución: una aproximación conceptual. *Ius et Praxis*, 22(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122016000200006>
- Ferrada, J. C. (2003). El recurso de protección como mecanismo de control contencioso administrativo. En J. C. Ferrada (Coord.), *La justicia administrativa*. LexisNexis.
- Ferrada, Juan Carlos (2015). La justicia ambiental como justicia administrativa especializada y su articulación con los procesos administrativos generales. En J. C. Ferrada et al. (Coords.), *La nueva justicia ambiental*. Thomson Reuters.
- Ferrada, J. C. (2020). *Justicia administrativa*. Der ediciones.
- Ferrada, J. C. (2011). Los procesos administrativos en el Derecho chileno. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 36. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512011000100007>
- Ferrati, C. (2012). Estudios sobre el derecho al recurso en el proceso penal. *Estudios Constitucionales*, 10(1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000100007>

- Fuentes, C. y Riego, C. (2021). La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el debate sobre los recursos en las reformas procesales. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 52(157). <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2020.157.15226>
- Flores, J. C. (2023). *Revisión del acto administrativo: recursos administrativos, invalidación, revocación, caducidad y decaimiento*. Der ediciones.
- García, G. y Contreras, P. (2013). El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 11(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>
- Gómez, R. (2019). Antecedentes históricos de la potestad sancionadora de la Administración en Chile. *Revista de Derecho del Estado*, 44. <https://doi.org/10.18601/01229893.n44.13>
- González-Varas, S. (2019). *Contencioso-Administrativo: Praxis y propuestas*. Thomson Reuters.
- Harris, P. (2021). El acceso a la justicia y el debido proceso ante el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema: dos nociones del contencioso administrativo chileno. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*. 11(3). <https://doi.org/10.5102/rbpp.v11i3.7777>
- Hunter, I. y Lara, E. (2021). *Recursos procesales civiles – Doctrina y jurisprudencia*. Der ediciones.
- Larroucau, J. (2020). Los límites procesales de la protección de derechos fundamentales y el filtro de admisibilidad en la Corte de Apelaciones. *Revista de Derecho (Coquimbo)*. 27. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2020-0004>
- Lawson, D. y Rodríguez, M. (2016). El debido proceso en los procedimientos 227 de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas. En T. Vial (Coord.), *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*. Universidad Diego Portales.
- Lewis, Sebastián (2014). La regla solve et repete en Chile. *Estudios Constitucionales*, 12(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002014000200008>
- Lizama, F. (2014). ¿Puede tramitarse la nulidad de derecho público con las reglas del juicio sumario? Una propuesta garantista. *Revista de Derecho Público*, 76. <https://doi.org/10.5354/rdpu.v0i76.35409>
- Navarro, E. (2011). El debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional de Chile. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. UNAM.

- Navarro, E. (2012). 35 años del recurso de protección notas sobre su alcance y regulación normativa. *Estudios Constitucionales*, 10(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002012000200017>
- Nogueira, H. (2010). La acción constitucional de protección en Chile y la acción constitucional de amparo en México. *Ius et Praxis*, 16(1). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000100009>
- ONU (2007). Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos. <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/S-gencom32.pdf>
- Orellana, F. (2022). *Manual de Derecho Procesal - Recursos Procesales* (5a. ed.). Tomo IV. Librotecnia.
- Palomo, D. (2010). Apelación, doble instancia y proceso civil oral - A propósito de la reforma en trámite. *Estudios Constitucionales*, 8(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000200014>
- Pinochet, F. (2020). *El recurso de protección – Estudio profundizado* (2a. ed.). El Jurista.
- Ponce de León, S. (2021). *Jurisdicción contenciosa administrativa: El control de la administración por los tribunales – Acciones y procedimientos* (2a ed.) Der ediciones.
- Quezada, Á. (2020). Prescripción extintiva de los efectos patrimoniales derivados de la acción de nulidad de derecho público: crítica a la actual postura mayoritaria de la tercera sala de la Corte Suprema. *Revista Jurídica Digital (U. de Los Andes)*, 4(1). <http://rjd.uandes.cl/index.php/rjduandes/article/view/100>
- Quezada, Á. (2022). Derecho de opción frente al agotamiento previo y obligatorio de la vía administrativa para ejercer acciones especiales de carácter contencioso administrativo. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 36. <https://redae.uc.cl/index.php/REDAE/article/view/45093/45529>
- Palomar, A. et al. (2021). *Tratado de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Tomo II* (4a. ed.). Thomson Reuters.
- Romero, A. (2010). *Curso de Derecho procesal. Tomo III*. Editorial Jurídica de Chile.
- Ruiz, F. (2022). *El proceso contencioso-administrativo* (12a. ed.). Thomson Reuters.
- Soto, E. (2012). *Derecho administrativo: temas fundamentales*. Thomson Reuters.
- Soto, E. (2015). La nulidad de derecho público según la Corte Suprema hoy: de su tergiversación a su destrucción. *Ius Publicum*, 34.

- Valdivia, J. M. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant lo Blanch.
- Vergara, A. (2014). La tendance actuelle du droit chilien pour une juridiction administrative hyper-spécialisée. En *Mélanges en l'honneur de Pierre Bon. Dalloz*.
- Zapata, P. (2006). Las sentencias atípicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno. *Estudios Constitucionales*, 4(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200015>
- Zúñiga, F. y Osorio, C. (2016). Los criterios unificadores de la Corte Suprema en el procedimiento administrativo sancionador. *Estudios Constitucionales*, 14(2). <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002016000200015>



Reflexiones críticas sobre la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional

Critical Reflections on the Constitutional Reform in the Field of National Guard

Alberto Herrera Pérez

 <https://orcid.org/0000-0002-2696-8023>

Universidad Nacional Autónoma de México
Correo electrónico: edfra5@hotmail.com

Recepción: 24 de mayo de 2022
Aceptación: 27 de julio de 2022

RESUMEN: El cambio de naturaleza y reestructuración de la Guardia Nacional significó un enfoque diferente en la política de seguridad pública en nuestro país. Sin embargo, existieron diversos errores de simetría normativa ocasionadas muy posiblemente por el desconocimiento del poder reformador de la naturaleza y fines de esta corporación decimonónica que podrían acarrear graves fallos en la instrumentación de sus acciones.

Palabras claves: Guardia Nacional, poder reformador, simetría normativa, desconocimiento histórico, fallas técnicas.

ABSTRACT: The change in nature and restructuring of the National Guard meant a different approach in public security policy in our country. However, there are several errors of normative symmetry caused very possibly by the ignorance of the reforming power, of the nature and purposes of this nineteenth corporation that could lead to severe failures in the instrumentation of its actions.

Keywords: National Guard, reforming power, normative symmetry, historial ignorance, technical failures.

SUMARIO: I. *Exordio*. II. *Orígenes y naturaleza de la Guardia Nacional (antecedentes constitucionales)*. III. *Orden jurídico*. IV. *Orden jurídico federal*. V. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. VI. *Conclusiones*.

Vosotros vais a oír de mi toda la verdad
Platón, Apología de Sócrates

edfra semper iunctus

I. EXORDIO

Desde hace varios años el impresionante crecimiento en nuestro país de grupos que se han identificado como delincuencia organizada ha provocado en la sociedad alarma e inquietud al verse vulnerada la seguridad individual y colectiva en todos los ámbitos de relación (Herrera Montes et al., 2018, p. 61). Lo anterior constituyó una de las premisas fundamentales para el ingreso de las fuerzas armadas en el combate a estos grupos delincuenciales.

No fue pacífica la intervención castrense en materia de seguridad pública alzándose voces que reclamaban su regreso a los cuarteles y que la autoridad civil se ocupara de las tareas propias de su competencia (Álvarez Icaza, 2019, p. 28).

Para Gómez Jaimes (2011, p. 49) el proceso de militarización es una consecuencia del contexto de debilidad institucional del Poder Judicial, del Ministerio Público, de las policías y del sistema penitenciario, así como de la centralidad de una política represiva y no preventiva las cuales propician las condiciones para una intervención militar cada vez más intensa que confirma que asignar la seguridad a las Fuerzas Armadas genera violaciones sistemáticas a los derechos humanos.

Nada ocurrió y las fuerzas armadas desplegaron su potencial para tratar de disminuir la violencia que azotaba y azota nuestro país.

Así las cosas, en el año 2018 siendo Cámara de origen la de Diputados se presentó una iniciativa de reformas constitucionales en materia de Guardia Nacional la cual tenía por finalidad:

regular las funciones y las atribuciones de la Guardia Nacional la cual es una institución del Estado que participará en la salvaguarda de la libertad, la vida, la integridad y el pleno ejercicio de los derechos de las personas, protegiendo su seguridad y patrimonio, así como los bienes de la Nación, en los casos y bajo las condiciones dispuestos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (Dictamen, 2019)

Bajo estos escenarios en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* del 26 de marzo de 2019 se publicó la reforma a diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) en materia de Guardia Nacional (GN).

Planteamiento del problema: El aparente desconocimiento por parte del poder reformador sobre el origen y naturaleza de la Guardia Nacional plantea interrogantes sobre su idoneidad y conveniente creación e integración, así como su efectividad.

Hipótesis: Se analizará en el presente ensayo, a través de los antecedentes históricos, legislativos y doctrinales, el contenido y alcance de las reformas constitucionales en materia de Guardia Nacional.

II. ORÍGENES Y NATURALEZA DE LA GUARDIA NACIONAL (ANTECEDENTES CONSTITUCIONALES)

La Guardia Nacional decimonónica era una especie de servicio militar nacional (González, 2008, p. 374), dependiente de los gobiernos locales. “No era, ni mucho menos, un cuerpo policiaco [...] los antecedentes de esta institución se encuentran en la milicia provincial de la Nueva España junto con las milicias locales de origen colonial y de los Estados Unidos de América” (Sobranes, 2019, pp. 8 y 9). Agustín de Iturbide decretó en el Reglamento de la Milicia Cívica (1822) que debía formarse en cada pueblo o ciudad cuerpos de ciudadanos (ante la ausencia de fuerza de milicia permanente) para perseguir a los malhechores y desertores así como patrullar en las poblaciones contra cualquier enemigo (Villalpando, 2021, p. 143).

La constitución de 1824, de carácter federalista, había instituido la formación de pequeños ejércitos locales, es decir, el sistema de milicias;¹ los cuales llegaron, incluso, a usarse en contra de la propia federación. Desde la constitución de 1836 hasta el año de 1846 fue un periodo en donde el centralismo cobro mayor fuerza y se prohibieron las milicias. Sin embargo, es en 1846, a raíz de la guerra con Estados Unidos, cuando se crea la Guardia Nacional, base de un nuevo federalismo. y la importancia que representó la conformación de la Guar-

¹ Nota autoral. Las letras negritas en las transcripciones se realizan con la finalidad de destacar partes relevantes para el presente estudio y no corresponden necesariamente al texto original.

dia Nacional, a nivel local y nacional. Es preciso no confundir el sistema de milicias con la Guardia Nacional, pues respondieron a conceptos muy distintos y a necesidades coyunturales diferentes. El sistema miliciano fue establecido por la constitución de 1824 al momento de la implantación del federalismo, como un mecanismo para salvaguardar la soberanía de los estados. (Solano, 2012, pp. 207 y 208)

La Constitución de 1824 denominó a este cuerpo “milicia local”: “las cuales fungieron como mecanismo para salvaguardar la soberanía de los Estados desde el modelo federal, sin embargo, en la práctica se conformaron como una réplica del ejército sólo que su jurisdicción era local y alternativo al federal” (Solano, 2012, p. 208) concediendo facultades al Congreso General (artículo 50, fracción XIX) para Formar reglamentos para organizar, armar y disciplinar la milicia local de los Estados[...]; por su parte, el artículo 110 fracción XI estableció como facultad del Presidente de la República disponer de la milicia local para la seguridad interior y defensa exterior de la Federación: “[...]aunque para usar de ella fuera de sus respectivos estados o territorios, obtendrá previamente consentimiento del congreso general”.

Muchos países al mismo tiempo de nacer como tales asignan un papel importante a la milicia o guardia nacional, y con esto reconocen al pueblo el derecho y obligación de contribuir a la defensa de su nación; sin riesgo de tener un ejército permanente demasiado fuerte. El ciudadano se convierte en el depositario del deber de defender a la patria. Se entiende esta responsabilidad de defender a la nación porque al ser el propio pueblo la esencia del Estado es el primer interesado en su salvaguarda. [...] La Guardia Nacional está concebida en los círculos liberales como el instrumento para defender de enemigos internos y externos al sistema federal. El objetivo de la Guardia Nacional era sostener las instituciones democráticas, es decir, el sistema representativo restaurado en 1846. La Guardia Nacional significó la fuerza pública con la que cada uno de los estados contaba para que los ciudadanos pudieran colaborar en la defensa del país y, así, contribuir en la conservación del orden público. Con ello, no se pretendía que las entidades adquirieran un ejército particular, sino que cada estado contara con elementos de fuerza militar que garantizaran mantener el orden a nivel local. (Solano, 2012, pp. 208 y 210)

De estos primeros antecedentes podemos advertir la naturaleza local de la GN (integrada por ciudadanos de los estados federados bajo el mando

de autoridades locales). Cambiaría posteriormente el nombre de milicia local por el de Guardia Nacional.²

La Constitución de 1857 recogerá por primera vez el concepto Guardia Nacional. La de 1917 retomará esta denominación estableciendo como facultad exclusiva del Senado de la República dar su consentimiento para que el Ejecutivo Federal disponga de la Guardia Nacional fuera de sus respectivas entidades federativas.³

Al momento de redactarse la carta magna del 17 y debatirse el contenido del artículo 73 sobre las facultades del Congreso de la Unión para expedir reglamentos con objeto de organizar, armar y disciplinar la Guardia Nacional la intervención del diputado Alberto M. González nos arroja luz sobre la naturaleza de esta última:

Voy a ser muy breve, para demostrar la conveniencia de establecer las reglas con objeto de organizar la Guardia Nacional, y que esta facultad quede reservada exclusivamente a los Estados y no a la Federación.

Ha sido siempre muy distinta la institución de la Guardia Nacional, que no es, verdaderamente, una institución porque no ha llegado a crearse de una manera efectiva, pero que toma ya todos los caracteres de ella. La Guardia Nacional es la guardia de ciudadanos[...]

La Guardia Nacional, ha tomado el carácter de Ejército Nacional, en el momento en que pasa las fronteras del Estado. Inmediatamente que se le prescribe una función fuera de los límites, en ese mismo momento queda considerada como si fuera ejército y tiene que servir de auxiliar para los movimientos nacionales o federales; en ese mismo queda caracterizada como si fuera Ejército, en este caso sí debe aplicarse la disciplina militar, o sea la disciplina del Ejército; pero no cuando la Guardia Nacional sirva únicamente para salvaguardar los intereses, el honor y la integridad de los Estados.

[...] Los Estados Unidos del Norte, república que generalmente tenemos como modelo para las instituciones democráticas, tienen una Guardia Nacional, con el nombre de Milicia Nacional, y allí los Estados son los únicos facultados,

² Reglamento para Organizar, Armar y Disciplinar la Guardia Nacional en los Estados, Distrito y Territorios de la Federación del 11 de septiembre de 1846.

³ Se retomó para esta ley fundamental la finalidad prevista en el artículo 110 de la Constitución de 1824 (de igual redacción en el artículo 72 fracción XX de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857) en el sentido de solicitar el Ejecutivo Federal autorización al Congreso General para hacer uso de la Guardia Nacional.

tanto para reglamentar, como para sostenerlas, y aún en muchos casos pueden ser distintas las milicias de uno y otro estado.

Estas milicias se unen y forman el cuerpo de Guardia Nacional en un momento dado, y quedan entonces sujetas a la organización militar. Si recurrimos al carácter histórico de esa Guardia Nacional, nos encontramos con que, probablemente, viene su edad desde la época de los reyes católicos. Los reyes católicos, sin tener precisamente demócratas tenían consideración para el pueblo español, y alguna vez trataron de crear fuerzas de seguridad especiales para cuidar sus territorios locales, y les dieron la denominación de “Fuerzas de la Santa Hermandad”.

Estas fuerzas eran completamente distintas de las fuerzas municipales, y no existía entonces el municipio, como ahora; pero existía un núcleo de ciudadanos que tenía la necesidad de defenderse en el lugar donde vivían. [...] La Guardia Nacional la han sostenido siempre las provincias, exclusivamente para la defensa de sus intereses y de su honor.

[...] Vamos a darle la creación real, la vamos a tener como guardia ciudadana, que tiene que cuidar el honor, los intereses o integridad del territorio de los Estados: no la confundamos con los ejércitos.

Lo relativo al Ejército Nacional tendremos ocasión de estudiarlo cuando se presente aquí la iniciativa de que debe reducirse a un número sumamente corto, a lo preciso, a lo que sea verdaderamente un pie de Ejército, para que no constituya una amenaza para la nación. En cambio, debemos procurar que se establezca, que se propague y que se extienda hasta donde sea posible, la idea de la Guardia Nacional, para que los Estados podamos tener una fuerza que, en un momento dado, pueda dar su contingente en toda la República. Estas guardias nacionales, una vez establecidas en los Estados, deberán sujetarse al Reglamento que el mismo Estado determine, porque cada gobernador y cada Entidad conocen su fuerza, sus elementos y sus economías.

[...] Hay que distinguir entre la Guardia Nacional, que es una institución netamente democrática, que se forma de hombres libres, y los soldados del Ejército, que no son más que verdaderas máquinas o autómatas que sirven a determinado principio disciplinario y que sólo requieren la fuerza o la agilidad, pero nunca iniciativa. (Secretaría de Cultura, 2016, pp. 734, 735 y 737)

Con independencia de los argumentos vertidos sobre el tema central del debate de los constituyentes advirtamos la homogeneidad del criterio respecto de la naturaleza de la Guardia Nacional: unión de ciudadanos para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos

e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior⁴ con dependencia jerárquica y mando del gobernador de un estado federado, esto es, una fuerza no militar sino ciudadana de ámbito estrictamente local.

Solano González señala:

Por último, y no menos importante, la Ley del Servicio Militar desvirtúa la noción básica y fundamental de Guardia Nacional al considerarla como una tercera instancia para prestar el servicio de las armas en el ejército permanentemente, es decir, como una más de sus reservas orgánicas, diferenciada de las demás únicamente por la edad de sus reclutas; la Guardia nunca forma parte del ejército.

La Guardia Nacional, a pesar de ser un cuerpo militar, en ningún momento puede compararse con el ejército federal, ya que, si bien ambos están contemplados en la Constitución como fuerzas de defensa nacional, cada uno posee características y funciones de diferente nivel. Por tanto, es preciso entender a la Guardia Nacional y al Ejército Federal como complementarias y no como equivalentes, siendo ésta última una concepción común entre la ciudadanía.

Así, la Guardia Nacional tiene las siguientes características:

1. Es una fuerza temporal, no permanente.
2. Está constituida por ciudadanos y no por soldados.
3. Es comandada por el gobernador del estado, de acuerdo con las reglas de la Legislatura correspondiente y del Congreso de la Unión. La principal diferencia radica en que la Guardia Nacional es un cuerpo militar conformado por ciudadanos y cuyo alcance es a nivel local; en tanto que el ejército está conformado por soldados calificados y sus funciones corresponden al orden nacional. (Solano, 2012, pp. 211 y 232)

El origen y naturaleza local de la Guardia Nacional es reconocida de manera unánime por los diversos textos constitucionales al ordenar al Ejecutivo Federal solicitar al Congreso General-Congreso de la Unión (Constituciones de 1824, 1857) y posteriormente al Senado de la República (Constitución de 1917) autorización para disponer de la Guardia Nacional fuera de sus respectivas entidades federativas, lo anterior con la finalidad de respetar la soberanía de los estados integrantes de la Federación, el régimen republicano y por ende el pacto federal.

Es importante apreciar esta naturaleza intrínseca de la Guardia Nacional: local y formada por ciudadanos —no por el Ejército— a fin de valorar

⁴ Artículo 31 fracción III de la originaria constitución de 1917.

la aparente falta de sincronía normativa existente en la reforma constitucional de 2019 que posteriormente explicaremos.

III. ORDEN JURÍDICO

1. *Constituciones de los estados integrantes de la Federación*

La figura de la Guardia Nacional atendiendo a su origen e integración por ciudadanos de los estados federados encontró inclusión en diversas leyes fundamentales locales:

Baja California Sur

Artículo 29. Son deberes de las ciudadanas y ciudadanos sudcalifornianos:

III. Alistarse en la Guardia Nacional

Artículo 64. Son facultades del Congreso del Estado:

XV. Ejercer las facultades que le otorga la Constitución General de la República en relación a la Guardia Nacional.

Artículo 79. Son facultades y obligaciones del Gobernador:

XIII. Ejercer las facultades que le otorga la Constitución Federal en relación a la guardia nacional.

Campeche

Artículo 19. Son obligaciones del ciudadano campechano:

I. Alistarse en la Guardia Nacional;

Artículo 71. Son atribuciones del Gobernador:

XXIII. Las atribuciones en lo referente a Guardia Nacional y fuerza pública que confieren a los Estados de la Federación la Constitución General y las leyes relativas;

Coahuila de Zaragoza

Artículo 18. Son deberes del ciudadano coahuilense:

IV. Alistarse en la Guardia Nacional y servir en ella en los términos que designe la ley respectiva.

Artículo 82. Son facultades del Gobernador:

XIX. Organizar y disciplinar la Guardia Nacional y demás fuerzas del Estado y ejercer, respecto de unas y otras, las atribuciones que determinen las leyes y reglamentos respectivos.

Chihuahua

Artículo 21. Son derechos de la ciudadanía chihuahuense:

III. Tomar las armas en la Guardia Nacional.

Artículo 22. Son deberes de los ciudadanos chihuahuenses:

I. Alistarse y servir en la Guardia Nacional.

Artículo 64. Son facultades del Congreso:

IX. Autorizar al Gobernador:

F) Para que arme y ponga en servicio la Guardia Nacional.

Guanajuato

Artículo 23. Son prerrogativas del ciudadano guanajuatense:

I. Tomar las armas en el Ejército o en la Guardia Nacional para la defensa de la República, del Estado y de sus instituciones;

Artículo 24. Son obligaciones del ciudadano guanajuatense:

I. Alistarse en la Guardia Nacional;

Artículo 77. Las facultades y obligaciones del Gobernador del Estado son:

XIV. Mandar que se instruya y discipline la Guardia Nacional, conforme al Reglamento que expida el Congreso de la Unión y a las prevenciones que determine el Congreso del Estado;

Artículo 103. Para cooperar a la defensa de la República y para conservar el orden interior del Estado, habrá en él una Guardia Nacional, sujeta al Reglamento que para ese objeto expida el Congreso de la Unión.

Artículo 105. El Gobernador del Estado es el Jefe Superior de la Guardia Nacional.

Guerrero

Artículo 18. Son obligaciones de los ciudadanos guerrerenses:

I. Alistarse en la Guardia Nacional y servir en ella de la manera que disponga la Ley de la Materia

Hidalgo

Artículo 18. Son obligaciones de los ciudadanos del Estado:

III. Alistarse en la Guardia Nacional;

Artículo 71. Son facultades y obligaciones del Gobernador:

III. Cuidar de que se instruya a la Guardia Nacional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 73 fracción XV de la Constitución General de la República;

XXXII. Ejercer las facultades que le otorga la Constitución Federal en relación con la Guardia Nacional;

México

Artículo 77. Son facultades y obligaciones de la Gobernadora o del Gobernador del Estado:

X. Cuidar de la instrucción de la Guardia Nacional en el Estado, conforme a las leyes y reglamentos federales y mandarla como jefe;

Michoacán de Ocampo

Artículo 60. Las facultades y obligaciones del Gobernador son:

XI. Instruir a la Guardia Nacional, de acuerdo con los reglamentos que expida el Congreso de la Unión;

XIII. Disponer de las fuerzas de seguridad y de la Guardia Nacional, y ordenar que pase ésta a otros Estados, en los términos que establezca la Constitución Federal;

Morelos

Artículo 70. Son facultades del Gobernador del Estado:

XXI. Cuidar de la disciplina de la guardia nacional;

Nayarit

Artículo 18. Son obligaciones del ciudadano nayarita:

II. Alistarse en la Guardia Nacional.

Artículo 70. En ningún caso puede legalmente el Gobernador del Estado:

VIII. Mandar inmediata y personalmente, en campaña la Guardia Nacional, y demás fuerzas del Estado, sin haber obtenido permiso de la Legislatura o de la Diputación Permanente.

Oaxaca

Artículo 24. Son prerrogativas de los ciudadanos del Estado:

IV. Alistarse en la guardia nacional para la defensa del territorio y de las instituciones de la República y del Estado, en los términos que prescriben las leyes.

Artículo 59. Son facultades del Congreso del Estado:

XLVII. Ejercer las facultades que le otorga la Constitución de la República en relación a la Guardia Nacional;

Artículo 60. La Legislatura tiene facultades para pedir el apoyo de los Jefes y Oficiales de la Guardia Nacional del Estado, y éstos la obligación de dárselo, siempre que trate de hacer efectivas sus disposiciones legales y el Ejecutivo se niegue a obedecerlas o a ejecutarlas.

Artículo 80. Son obligaciones del Gobernador

XXI. Nombrar instructores de la Guardia Nacional del Estado;

Quintana Roo

Artículo 42. Son deberes de los ciudadanos del Estado de Quintana Roo:

III. Alistarse en la Guardia Nacional.

Artículo 75. Son facultades de la Legislatura del Estado.

XI. Ejercer las facultades que le otorgue la Constitución Federal en relación a la Guardia Nacional.

Artículo 90. Son facultades del Gobernador:

XI. Ejercer las facultades que le otorgue la Constitución Federal en relación a la Guardia Nacional.

Sonora

Artículo 12. Son obligaciones de los Sonorenses:

III. Alistarse y servir en la guardia nacional que en el Estado se organice conforme a las leyes relativas.

Artículo 16. Son derechos y prerrogativas del ciudadano sonorense:

IV. Tomar las armas en el ejército o Guardia Nacional para la defensa de la República, del Estado y de sus instituciones.

Artículo 64. El Congreso tendrá facultades:

XXXIV. Para expedir reglamentos sobre la instrucción de la guardia nacional, con sujeción a la fracción XV del artículo 73 de la Constitución General de la República.

XLI. Para conceder permiso al Gobernador del Estado a fin de que pueda asumir el mando, inmediata y personalmente, en campaña, de la guardia nacional y demás fuerzas del Estado.

Artículo 66. Son facultades de la Diputación Permanente:

IX. Conceder permiso provisional al Gobernador del Estado a fin de que pueda asumir el mando inmediato y personalmente, en campaña, de la guardia nacional y demás fuerzas del Estado. Este permiso quedará sujeto a la aprobación del Congreso.

Artículo 79. Son facultades y obligaciones del Gobernador:

XXVIII. Organizar y disciplinar la Guardia Nacional y las demás fuerzas del Estado y ejercer, respecto de una y otras, el mando conforme a las atribuciones que le conceden las Constituciones General y Local.

Artículo 80. Le está prohibido al Gobernador:

I. Mandar inmediata y personalmente en campaña la guardia nacional y demás fuerzas del Estado, sin haber obtenido para ello permiso del Congreso, o en su receso, de la Diputación Permanente.

Tamaulipas

Artículo 8. Son obligaciones de los ciudadanos del Estado:

III. Alistarse en la Guardia Nacional;

Artículo 58. Son facultades del Congreso:

XXII. Expedir la Ley de Organización para la Guardia Nacional en el Estado, de conformidad con la facultad que a los Estados concede la fracción XV del Artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Yucatán

Artículo 30. Son facultades y atribuciones del Congreso del Estado:

XI. Autorizar la organización, disciplina e instrucción de la Guardia Nacional y de la Policía de los municipios

Artículo 55. Son facultades y obligaciones del Gobernador del Estado:

IV. Disponer de la Guardia Nacional.

Los restantes estados federados no integran el concepto Guardia Nacional en su Constitución Política.⁵

⁵ Aguascalientes, Baja California, Colima, Chiapas, Durango, Jalisco, Puebla, Querétaro,

IV. ORDEN JURÍDICO FEDERAL

El artículo 29 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (inocinado desde las reformas constitucionales en materia de GN) en su fracción IV señala como atribuciones de la Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena): “IV. Manejar el activo del Ejército y la Fuerza Aérea, de la Guardia Nacional al Servicio de la Federación y los contingentes armados que no constituyan la guardia nacional de los estados”.

Observemos cómo el manejo de la GN al servicio de la Federación lo reserva esta ley a la Sedena (la Constitución federal lo hace para la secretaría

San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tlaxcala, Veracruz y Zacatecas así como la Ciudad de México.

Respecto del Estado de Nuevo León debemos indicar que fue el único que realizó adecuaciones a su ley fundamental después de la reforma constitucional en materia de GN. Así, en el Periódico Oficial del de fecha 20 de noviembre de 2020 se publicó la reforma a los artículos 34 fracción III, 85 fracción XIII y 86 fracción V, estos numerales antes de su reforma establecían:

“Artículo 34. Son obligaciones de los nuevoleonenses:

III. Alistarse y servir en la Guardia Nacional conforme a la Ley Orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria y del Estado, así como la tranquilidad y el orden interiores.

Artículo 85. Al Ejecutivo corresponde:

XIII. Como Jefe nato de la Guardia Nacional y demás fuerzas del Estado, cuidar de su instrucción con arreglo a las leyes y de que se use de ellas conforme al objeto de su institución;

Artículo 86. No puede el Gobernador:

V. Mandar inmediatamente y personalmente, en campaña, la Guardia Nacional y demás fuerzas del Estado, sin haber obtenido permiso de la Legislatura o de la Diputación Permanente”.

Actualmente establecen:

“Art. 34. Son obligaciones de los nuevoleonenses

III. Alistarse y servir en los cuerpos de reserva conforme a la Ley Orgánica respectiva, para asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria y del Estado, así como la tranquilidad y el orden interiores.

Art. 85. Al Ejecutivo corresponde:

XIII. Como Jefe nato de los cuerpos de reserva y demás fuerzas del Estado, cuidar de su instrucción con arreglo a las leyes y de que se use de ellas conforme al objeto de su institución;

Art. 86. No puede el Gobernador:

V. Mandar inmediatamente y personalmente, en campaña, a los cuerpos de reserva y demás fuerzas del Estado, sin haber obtenido permiso de la Legislatura o de la Diputación Permanente”.

del ramo de seguridad pública) adviértase asimismo la idea de una GN cuya responsabilidad corresponde a los estados integrantes de la Federación.

Al continuar la vigencia de este numeral es posible actualmente la existencia de interferencias entre las facultades de la Secretaría de Seguridad Pública y Protección Ciudadana y la Sedena si atendemos al contenido del artículo sexto transitorio de la reforma constitucional en comento⁶ el cual indica que para la conformación y funcionamiento de la Guardia Nacional las secretarías de los ramos de Defensa Nacional y de Marina participarán conforme a la ley, de lo anterior es posible afirmar que la ley referida por este numeral constitucional (entre otras) válidamente puede ser la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal⁷ cuya fracción comentada no fue derogada, bajo este argumento la Sedena alcanzaría una supremacía jerárquica (permitida por la ley secundaria ante el reenvío de la Constitución) sobre las otras dependencias federales en las materias que norma este transitorio, perdiéndose el espíritu de la reforma constitucional de no militarizar y mantener bajo mandos civiles este cuerpo de seguridad pública.

Omisiones en la reforma constitucional que crea la Guardia Nacional respecto de los órdenes locales y legislación secundaria

La reforma a nuestra ley fundamental olvidó establecer las acciones a realizar por parte de las legislaturas de los estados respecto del concepto Guardia Nacional incorporada en sus Constituciones. Creemos que lo anterior resultaba obligado⁸ en atención a que algunas de estas leyes funda-

⁶ Sexto. Durante el periodo a que se refiere el artículo anterior, para la conformación y funcionamiento de la Guardia Nacional, las secretarías de los ramos de Defensa Nacional y de Marina participarán, conforme a la ley, con la del ramo de seguridad, para el establecimiento de su estructura jerárquica, sus regímenes de disciplina, de cumplimiento de responsabilidades y tareas, y de servicios, así como para la instrumentación de las normas de ingreso, educación, capacitación, profesionalización, ascensos y prestaciones, que podrán estar homologados en lo conducente, a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente.

⁷ Igualmente, el párrafo tercero del inciso e) del artículo 21 constitucional señala: La ley determinará la estructura orgánica y de dirección de la Guardia Nacional, que estará adscrita a la secretaría del ramo de seguridad pública, que formulará la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, los respectivos programas, políticas y acciones.

⁸ Desde luego entendemos y tenemos presente la supremacía jerárquica de la Constitución federal sobre las leyes secundarias e inclusive sobre los órdenes locales.

Tesis: 1a. II/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 50, enero de 2018, t. I, p. 282

mentales confieren facultades a los ejecutivos estatales sobre la GN como es el caso de Guanajuato donde lo proclama como su jefe superior; el Estado de México que le concede atribuciones para mandarla como jefe; Michoacán de Ocampo le permite disponer de ésta; Morelos lo faculta para cuidar su disciplina o bien Yucatán donde se indica como facultad del gobernador disponer de la misma; más aún, las Constituciones de los estados de Baja California, Campeche, Chihuahua, Coahuila de Zaragoza, Guanajuato, Guerrero, Hidalgo, Nayarit, Quintana Roo, Sonora o Tamaulipas establecen como un deber constitucional del ciudadano alistarse en la Guardia Nacional (lo cual podría permitir eventualmente un reclutamiento forzoso para integrar este cuerpo policial pretextando el cumplimiento de esta obligación ciudadana).

La ausencia en la delimitación de perímetros competenciales respecto de la Guardia Nacional (por inexistencia específica de derogaciones o abrogaciones constitucionales o legales) podría constituir argumentos de presunta invasión de facultades por parte de la autoridad local sobre la esfera federal o viceversa (o inclusive entre dependencias federales).

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO OBJETIVA Y DIRECTA. LA FALTA DE ADECUACIÓN EN LAS LEGISLATURAS LOCALES CONSTITUYE UNA VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL.

El artículo 133 prevé dos dimensiones que rigen el sistema constitucional: 1) la supremacía de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y; 2) la jerarquía normativa en el Estado Mexicano que conforman la Constitución, las leyes que emanen de ésta y que expida el Congreso de la Unión y los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte y la Ley Suprema de la Unión. Así, las constituciones y las leyes de las entidades federativas, con independencia de la soberanía de los Estados que protege el artículo 40 constitucional para los asuntos concernientes a su régimen interno, deberán observar los mandatos constitucionales y, por lo tanto, no vulnerarlos; es decir, si las leyes expedidas por las Legislativas Locales resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones de la Norma Fundamental y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de su Constitución local, incluso cuando se trate directamente de esta última. Luego, si una entidad federativa no adecuó su normatividad a la obligación que impuso el artículo 113, párrafo segundo, de la Constitución General vigente a partir del 1o. de enero de 2014 (actualmente 109, último párrafo, según Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015), en relación con la responsabilidad objetiva y directa en que puede incurrir el Estado y que genera la indemnización a los particulares por los daños que puedan sufrir a sus bienes o derechos, con motivo de la actividad administrativa irregular, esa circunstancia deriva en una violación al principio de supremacía constitucional que tutela el artículo 133 constitucional.

Creemos que estos yerros o accidentes normativo-legislativos derivan de la ignorancia del poder reformador sobre la verdadera naturaleza de la GN,⁹ sus orígenes, su desarrollo histórico, su justificación, su finalidad e incluso la siempre criticable prisa legislativa.

En conclusión, en *ortodoxa técnica parlamentaria* debió ordenarse en los artículos transitorios del Decreto de reformas constitucionales de 2019 dejar sin efecto la referencia a la GN prevista en las Constituciones locales y derogar las normas secundarias que se opusieran a su observancia o realizar las adecuaciones legales correspondientes.¹⁰

V. CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

1. *Artículos constitucionales reformados en materia de Guardia Nacional*

Artículo 10

Apreciamos una omisión normativa en este numeral tutelante del derecho de los habitantes de nuestro país a poseer armas en su domicilio al no incluirse como excepción a esta prerrogativa las reservadas para el uso de la GN.

El artículo en comento en su texto vigente (ya reformado¹¹) permite la portación de armas por los habitantes de nuestro país con excepción

⁹ Como señalamos al principio de este trabajo, López Obrador en su campaña electoral y luego su equipo de transición, en los 5 meses de intersticios de julio a noviembre de 2018, se plantearon resucitar la Guardia Nacional, ahora con el propósito de encargarla de la seguridad pública. Evidentemente ello era un sinsentido, pues como hemos acreditado en las páginas anteriores, dicha institución era una especie de servicio militar, pero a nivel de las entidades federativas. Quizá lo anterior fue pensado porque leyeron en el anterior texto del artículo 10 constitucional que la GN serviría para “asegurar y defender la independencia, el territorio, el honor, los derechos e intereses de la Patria, así como la tranquilidad y el orden interior”, pero no entraron al fondo para saber realmente lo que era (Soberanes Fernández, 2019, p. 25).

¹⁰ En otras reformas constitucionales ha sido utilizada esta fórmula (ver a manera de ejemplos los *Diarios Oficiales de la Federación* del 13 de noviembre de 2007, 24 de agosto de 2009, 15 de octubre de 2012, 30 de septiembre de 2013, 17 de junio de 2014, 22 de mayo de 2015, 27 de enero de 2016 y 15 de mayo de 2019, entre otros).

¹¹ Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo de la Fuerza Armada permanente

de aquellas prohibidas por la Ley Federal y las reservadas para el uso exclusivo de la Fuerza Armada permanente y cuerpos de reserva.¹²

Pero adviértase, el poder reformador no previó en este artículo como armas reservadas aquellas destinadas al uso de la GN,¹³ lo anterior podría originar que el material armamentístico destinado al uso de esta última sea posible poseerlo por no prohibirlo expresamente la Constitución o alguna ley secundaria (la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos ha permanecido intocada a partir de la reforma constitucional en materia de GN sin hacerse referencia en ninguno de sus artículos a esta última).

Artículo 21

Genera confusión la nueva redacción de este numeral al mezclarse en apariencia los conceptos: seguridad pública y procuración de justicia.

El párrafo noveno de este numeral dice:

La seguridad pública es una función del Estado a cargo de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, cuyos fines son salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, así como contribuir a la generación y preservación del orden público y la paz social, de conformidad con lo previsto en esta Constitución y las leyes en la materia. La seguridad pública comprende la prevención, investigación y persecución de los delitos, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en esta Constitución.

El constituyente permanente subsume en el concepto seguridad pública aspectos cuya naturaleza intrínseca corresponden a la procuración de justicia.

y los cuerpos de reserva. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

¹² Destaquemos la inexistencia de algún ordenamiento constitucional o legal que expresamente explique o defina qué debe entenderse por “cuerpos de reserva”.

¹³ Antes de su reforma este numeral establecía: “Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.” Pareciera que por las prisas legislativas y la falta de reflexión se suprimió en este numeral de manera indebida la mención a la GN.

Nos explicamos, constitucionalmente corresponde al Ministerio Público y a las policías la investigación de los delitos (artículo 21, párrafo primero), sin embargo el párrafo en comento establece que la seguridad pública también comprende la investigación de los delitos.

Ahora bien, la persecución de los delitos (facultad exclusiva de los órganos de procuración de justicia) no es propiamente una función de seguridad pública.¹⁴ El texto originario de la Constitución de 1917 en su artículo 21 establecía que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial. Esta facultad, como una función propia de la procuración de justicia, se traduce en la instrumentación de acciones correspondientes a la comprobación de la existencia de un evento delictivo.

No debe confundirse el término persecución utilizado por la Constitución como la material “caza” del presunto delincuente que ha cometido un evento delictivo (“seguir a alguien que va huyendo” dice el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia) este vocablo técnicamente se refiere a las diligencias ministeriales encaminadas a probar la comisión de un delito, sus circunstancias de ejecución, así como la probable responsabilidad de una persona para eventualmente ejercer la acción penal ante la autoridad jurisdiccional.

Bajo esta línea de argumentación creemos que la persecución delictual no forma parte de la seguridad pública al ser un derecho social del Ministerio Público encaminado a la correcta y adecuada procuración de justicia (pensar lo contrario implicaría conceder facultades a los cuerpos policiacos para realizar diligencias dentro de la carpeta de investigación como sería

¹⁴ Tesis: 2a./J. 11/2017 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 39, febrero de 2017, t. I, p. 445.

SISTEMA NACIONAL DE SEGURIDAD PÚBLICA. EL ARTÍCULO 73 DE LA LEY GENERAL RELATIVA, ES INAPLICABLE A LOS MIEMBROS DE INSTITUCIONES DE PROCURACIÓN DE JUSTICIA.

El indicado precepto legal está dirigido únicamente a las instituciones policiales, dentro de las cuales no se ubican las instituciones de procuración de justicia. En efecto, si bien el artículo 5 de la Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública señala que las instituciones de seguridad pública incluyen a las de procuración de justicia y a las instituciones policiales, lo cierto es que establece un concepto diferenciado entre ellas. Las primeras, en cuanto a la aplicación de esa ley, se integran por el ministerio público, los peritos y sus auxiliares; mientras que las segundas se encuentran constituidas por los cuerpos de policía, de vigilancia y custodia de los establecimientos penitenciarios, de detención preventiva, o de centros de arraigos y, en general, todas las dependencias encargadas de la seguridad pública en los distintos niveles de gobierno. Por tanto, el artículo 73 de la citada ley es aplicable a las instituciones policiales, calidad que no tienen las instituciones de procuración de justicia, como la Procuraduría General de la República.

el caso del ejercicio mismo de la acción penal, bajo el pretexto de encontrarse investidos constitucionalmente de facultades persecutorias en su acepción ya analizada).¹⁵

Por lo anterior no resultó acertado que el constituyente permanente subsumiera en el concepto seguridad pública la procuración de justicia (no justifica la ignorancia y confusión sobre la verdadera naturaleza de este concepto establecer en el párrafo a estudio que la seguridad pública se ejercerá en el ámbito de las “respectivas competencias que esta Constitución señala”).¹⁶

Es importante lo anterior si atendemos al contenido del párrafo segundo del inciso *e* del artículo 21: “La Federación contará con una institución policial de carácter civil denominada Guardia Nacional, cuyos fines son los señalados en el párrafo noveno de este artículo”, de lo expuesto desprendemos que la Constitución otorga a la GN facultades en materia de procuración de justicia con los inconvenientes ya advertidos.

Finalmente, los atributos propios de la GN, establece el artículo 21, son: salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas, los bienes y recursos de la nación,¹⁷ la coordinación y colaboración con las entidades federativas y municipios en materia de seguridad pública, así como la prevención, investigación y persecución de los delitos (González, 2019).

Adscribe este numeral a la GN a la secretaría del ramo de seguridad pública confiriéndole una naturaleza civil.

Cabe señalar que la caótica inclusión de personal militar (Ejército y Marina) en las filas de la Guardia Nacional (institución del orden civil) impide puntualizar de una manera adecuada y exacta el fuero bajo el cual se registrarán ya como elementos integrantes de esta Guardia.

De otro modo, advirtamos que el ingreso a la GN de personal militar no modifica o extingue su naturaleza marcial,¹⁸ lo cual impide, en un primer

¹⁵ Posiblemente el legislador secundario se percató de este yerro y no incluyó en la Ley de la Guardia Nacional como atribución de esta institución policial la persecución de los delitos.

¹⁶ La Constitución no establece expresamente la persecución de los delitos como una facultad exclusiva del Ministerio Público en el periodo del procedimiento penal (en tanto sí lo hace para la etapa jurisdiccional ante los tribunales según se advierte de la lectura del artículo 102, apartado A, fracción VI constitucional) por lo cual las instancias de seguridad pública —instituciones policiales— podrían arrogarse esta facultad que la Constitución les concede.

¹⁷ Esta última con una clara orientación hacia el problema que representa el robo de hidrocarburos.

¹⁸ Transitorio tercero de la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional:

momento, considerarla como una auténtica institución de carácter civil como constitucionalmente está ordenado (recordemos los orígenes de la Guardia Nacional conformada por ciudadanos y no por miembros del Ejército), además, resulta sumamente confuso el tratamiento de las faltas que como militares comentan estos elementos cuyas acciones se rigen por una ley de naturaleza civil (Ley de la Guardia Nacional).

A mayor abundamiento, el artículo tercero transitorio citado establece que los elementos de las policías militar y naval que sean asignados a la GN *conservarán su rango y prestaciones* (derechos escalafonarios, grados castrenses, salarios, prestaciones, haberes, asignaciones, etcétera), infiriéndose de lo anterior que los militares *siguen siendo militares* (el transitorio no aclara los efectos para los cuales se conserva el rango militar) pero, entonces, ¿debemos entender que al momento de ingresar los militares a la GN, no obstante conservar por mandato constitucional su rango, los efectos de este último deben *suspenderse* al encontrarse bajo el mando y reglas de una institución de naturaleza civil¹⁹ y por lo tanto ser inaplicables a éstos las sanciones propias de la disciplina castrense?

La Constitución nada aclara sobre este aspecto, más aún el artículo 13 de nuestra ley fundamental sostiene la subsistencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar de lo cual se desprende que aquellos deben o debieran sancionarse bajo el fuero militar aun estando bajo las órdenes de una autoridad civil al continuar subsistente, por disposición constitucional, su naturaleza militar.²⁰

Abona a esta confusión el artículo 13 transitorio de la Ley de la Guardia Nacional el cual ordena que los elementos de la Policía Militar y la Policía Naval que sean asignados a la Guardia Nacional por acuerdos de carácter general que emita el presidente de la República quedarán sujetos a lo siguiente:

Tercero. Los elementos de las policías Militar y Naval, así como otros elementos de mando y servicios de apoyo de la Fuerza Armada permanente, que sean asignados a la Guardia Nacional, conservarán su rango y prestaciones; la ley garantizará que cuando un elemento sea reasignado a su cuerpo de origen, ello se realice respetando los derechos con que contaba al momento de ser asignado a aquélla, así como el reconocimiento del tiempo de servicio en la misma, para efectos de su antigüedad. Lo anterior será aplicable, en lo conducente, a los elementos de la Policía Federal que sean adscritos a la Guardia Nacional.

¹⁹ Según lo dispone el artículo 21 constitucional.

²⁰ Técnicamente no han sido dados de baja del servicio activo ni han sido privados de la calidad de militares (acciones que permitirían considerarlos como civiles). En el mismo sentido Soberanes Fernández (2019, p. 31).

“II. Podrán portar las insignias de la Guardia Nacional equivalentes al grado que ostenten en su institución armada de origen; III. Conservarán su grado, rango y todas sus prestaciones”,²¹ lo anterior nos hace entender que la calidad de militares de los integrantes de la GN provenientes de las policías militar y naval subsiste, esto es, se conserva con todas las consecuencias jurídicas apuntadas y para todos los efectos legales.²²

Lo anterior evidencia que en el fondo la GN no es una institución conformada netamente por elementos de origen y naturaleza civil (al subsistir la naturaleza militar de los miembros de la Policía Militar y Policía Naval que actualmente la integran) perdiendo la esencia de sus orígenes e incumpliendo con la idea de su creación plasmada en el artículo 21 constitucional párrafo décimo.

No hay que olvidar que el trabajo de las fuerzas armadas es diferente al de las fuerzas de seguridad. Los militares se encuentran entrenados para vencer

²¹ El artículo quinto del Reglamento de la Ley de la Guardia Nacional dice: QUINTO. Los elementos de las Policías Militar y Naval, así como otros elementos de mando y servicios de apoyo de la Fuerza Armada Permanente, que sean asignados a la Institución, continuarán percibiendo sus haberes y demás remuneraciones a que tengan derecho, conforme al grado que ostenten en la Fuerza Armada correspondiente ...

²² La Minuta con Proyecto de Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos elaborada por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión (Cámara de origen) en fecha 16 de enero de 2019 y remitida al Senado de la República (Cámara revisora) para sus efectos constitucionales correspondientes, estableció lo siguiente:

El artículo 13 de este Proyecto señaló:

“Artículo 13. ...

Los delitos cometidos por elementos de la Guardia Nacional en el ejercicio de las funciones de la misma serán conocidos por la autoridad civil competente, en tanto que las faltas y delitos contra la disciplina militar serán conocidas por las autoridades y tribunales militares que correspondan.

TRANSITORIOS

SEGUNDO. La Guardia Nacional se constituirá a la entrada en vigor del presente del presente Decreto con los elementos de la Policía Federal, la Policía Militar y la Policía Naval Militar que determine en acuerdos de carácter general el Presidente de la República.

TERCERO. Los elementos de las policías Militar y Naval, así como otros de la Fuerza Armada permanentes, que sean asignados a la Guardia Nacional conservarán su rango y prestaciones ...”

Advirtamos como la Cámara de Diputados entendió la imposibilidad de despojar de la naturaleza castrense a los elementos militares integrantes de la Guardia Nacional y por tal motivo redactó de esta manera el artículo 13 en el Proyecto de reformas el cual no subsistió en la revisión de su colegisladora.

a fuerzas enemigas y controlar territorios; a la policía le compete el control de la delincuencia (de cualquier tipo) y trabajar con la población en general para solucionar problemas de disturbios internos. Lo que se requiere es una policía nacional civil, debidamente capacitada y fortalecida (Memoria: 390).

En el mismo sentido la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido: “debido a que las fuerzas armadas carecen del entrenamiento adecuado para al control de la seguridad interna, corresponde a una fuerza policial civil, eficiente y respetuosa de los derechos humanos, combatir la inseguridad, la delincuencia y la violencia en el ámbito interno” (Comisión, 2003: párrafo 113).

Establece el numeral en comento (párrafo noveno parte final) que la actuación de las instituciones de seguridad pública se regirá por los principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los derechos humanos reconocidos en la Constitución, posiblemente debió indicarse que el respeto a los derechos humanos no sólo comprendía los reconocidos por la Constitución sino también los previstos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte (considerando que su omisión en el texto constitucional podría significar su *válida* inobservancia por las instituciones de seguridad pública argumentando que la propia Constitución no establece la regularidad de estos instrumentos internacionales para estas instituciones).

Indica el inciso b) parte final de este numeral (21) que ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema. Son incontrovertibles las bondades de este medio informático a efecto de robustecer el combate a la impunidad y la corrupción al vedar el ingreso a los cuerpos de seguridad pública hasta en tanto no se certifique y registre en el sistema respectivo, es una excelente medida para alcanzar la profesionalización en estos colectivos, sin embargo, advertimos que la Constitución en sus artículos transitorios no hace referencia al tratamiento que debe conferirse a los trabajadores de estas instituciones que prestan sus servicios al momento de la entrada en vigor del Decreto de reformas en materia de GN (no existe prevención sobre cuál será la forma de cumplir el mandato constitucional para estos trabajadores en el sentido que: “Ninguna persona podrá ingresar a las instituciones de seguridad pública si no ha sido debidamente certificada y registrada en el sistema”, debió establecerse en el texto constitucional la forma

de su observancia con la finalidad de evitar actos violatorios de derechos humanos por parte de los órganos de poder (*vgr.* una aplicación retroactiva).²³

Destaca el inciso e) el carácter civil de la Guardia Nacional adscribiéndola a la secretaría del ramo de seguridad pública.

Artículo 73

Confiere facultades exclusivas el poder reformador al Congreso de la Unión (fracción XXIII) para expedir leyes que organicen la Guardia Nacional y las demás instituciones de seguridad pública en materia federal, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 constitucional.

Como producto normativo de esta facultad constitucional se expidieron y reformaron las leyes siguientes:

Ley de la Guardia Nacional.²⁴

Ley General del Sistema de Seguridad Pública.²⁵

Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza.²⁶

Ley Nacional del Registro de Detenciones.²⁷

Artículo 76

La fracción IV otorga facultades al Senado de la República para analizar y aprobar el informe anual que el Ejecutivo Federal le presente sobre las actividades de la Guardia Nacional.

Artículo 89

Se establecen las facultades y obligaciones del presidente de la República indicando en la fracción VII la de disponer de la Guardia Nacional en los términos señalados por la ley²⁸ (presumimos debe entenderse la Ley de la Guardia Nacional).

2. Artículos transitorios

²³ Atendiendo a que lo previsto en la Constitución no puede ser inconstitucional *per se*.

²⁴ *DOF* del 27 de mayo de 2019.

²⁵ *DOF* del 2 de enero de 2009, última reforma el 23 de marzo de 2022.

²⁶ *DOF* del 27 de mayo de 2019.

²⁷ *DOF* del 27 de mayo de 2019.

²⁸ La siempre “eficaz y oportuna” fórmula legislativa de establecer una indeterminación normativa o abierta respecto a la ley que debe observarse permitiendo al sujeto obligado o al órgano aplicador una gran amplitud interpretativa. Posiblemente debió señalarse “[...] en los términos señalados por esta Constitución y la ley respectiva”, considerando que no sólo el artículo 89 establece obligaciones o facultades del ejecutivo federal respecto de la Guardia Nacional, sino diversos numerales de la ley fundamental.

Primero

Indica la entrada en vigor del decreto de reformas siendo éste al día siguiente de su publicación en el *DOF* que fue el 26 de marzo de 2019.

Se fija al Congreso de la Unión el plazo de sesenta días naturales para expedir la Ley de la Guardia Nacional (en vigor actualmente) y realizar las adecuaciones legales derivadas de las reformas constitucionales.

Respecto de las leyes nacionales reglamentarias del uso de la fuerza²⁹ y del registro de detenciones³⁰ ambas se publicaron oportunamente.

Segundo

Se establecen como iniciales sujetos integradores de la Guardia Nacional a partir de la entrada en vigor del Decreto de reformas constitucionales los elementos de la Policía Federal, la Policía Militar y la Policía Naval³¹ en los términos fijados por el Ejecutivo Federal mediante acuerdos de carácter general.³²

²⁹ *DOF* del 27 de mayo de 2019.

³⁰ *DOF* del 27 de mayo de 2019.

³¹ La Policía Federal encuentra su origen y fundamento legal en el artículo 2 de la Ley de la Policía Federal; la Policía Militar se considera un cuerpo especial del Ejército según lo establece el artículo 103 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en el caso de la Policía Naval la Ley Orgánica de la Armada de México la establece en su artículo 29.

³² En el *DOF* de fecha 28 de junio de 2019 se publicó el Acuerdo presidencial mediante el cual establece que los elementos de la Policía Federal, Policía Militar y Policía Naval integrarán la Guardia Nacional.

Advertimos en este Acuerdo posibles violaciones a los derechos laborales de estos servidores públicos específicamente el relativo al cambio forzoso de adscripción (artículo primero) y la variación de la naturaleza de la prestación del servicio, en atención a que los policías militares y marinos deben realizar en su nuevo cargo tareas que no efectuaban, como la prevención, investigación y persecución de delitos del orden común según lo ordena el artículo 21 constitucional en relación con los párrafos noveno y undécimo (el artículo 109 de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos —actualmente sin reforma alguna— establece que el Cuerpo de Policía Militar, en términos generales, tendrá a su cargo coadyuvar a la conservación del orden y a la vigilancia del cumplimiento de las Leyes, Reglamentos y demás disposiciones militares de carácter disciplinario, dentro de las Unidades, Dependencias, Instalaciones y áreas del terreno pertenecientes al Ejército y Fuerza Aérea) esto es, no existen igualdad de condiciones ni funciones al ejercer sus actividades ya como miembros integrantes de la GN (lo anterior sin dejar de advertir que no se confiere ningún medio de defensa en este Acuerdo a los sujetos que pudieran sentir vulnerados sus derechos por la observancia del mismo)

Tesis: 2a./J. 16/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 815.

POLICÍA INVESTIGADORA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE JALISCO. SUS AGENTES TIENEN INTERÉS JURÍDICO PARA PROMOVER JUICIO DE AMPARO CON-

En tanto se expide la ley respectiva, continúa señalando este transitorio, la Guardia Nacional asumirá los objetivos, atribuciones y obligaciones previstas en los artículos 2 y 8 de la Ley de la Policía Federal; bajo esta acción se sujeta a las policías militar y naval (integrantes de esta Guardia) a un orden jurídico civil así como a la realización de funciones no afines ni correspondientes al ejercicio de su cargo castrense (desnaturalizando su función y finalidad) siendo oportuno reflexionar si el mandato contenido en este artículo transitorio es legítimo a la luz de un estado democrático de derecho al permitir el ejercicio de acciones por parte de esta nueva fuerza policial sin la existencia de normas secundarias que organicen su creación, integración y funcionamiento (en el momento de la entrada en vigor del Decreto

TRA LA ORDEN DE CAMBIO DE ADSCRIPCIÓN, A MENOS DE QUE ÉSTE SE VERIFIQUE EN IGUALDAD DE FUNCIONES Y CONDICIONES.

Los artículos 13, 15, 18, 20, 21, 24, 35 y 36 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Estado de Jalisco establecen, entre otras cosas, la integración de esta Procuraduría, algunas de sus facultades, en especial la relativa a la potestad de establecer las delegaciones y las agencias del Ministerio Público que se requieran de acuerdo con la disponibilidad presupuestaria y la necesidad del servicio, la facultad del Procurador General para delegar facultades, la naturaleza de personal de confianza de la Policía Investigadora, así como su subordinación a la Procuraduría General de Justicia de esa entidad y la potestad del Procurador o de los delegados que se nombren para adscribir a los agentes del Ministerio Público, a los agentes de la Policía Investigadora y demás servidores públicos a las diversas unidades administrativas de la Procuraduría, tomando en cuenta su categoría y especialidad. Del contenido de esos numerales se advierte que si bien los agentes de la Policía Investigadora no tienen el derecho a permanecer indefinidamente en su adscripción, pues los fines de la institución de la que forman parte así lo imponen, lo cual se traduce en que las necesidades del servicio obligan precisamente a su movilidad, lo cierto es que el cambio de adscripción está sujeto a reglas que la propia autoridad debe observar y cumplir; en otras palabras, aunque dichos agentes se encuentran en una relación de especial sujeción, pues su adscripción está condicionada por las necesidades del servicio, una determinación de esa naturaleza no escapa ni es ajena a la garantía de legalidad, que obliga a la autoridad que ordena el cambio de adscripción a observar el procedimiento establecido en la propia legislación aplicable para esos casos; por tanto, de esas condiciones surge el interés de tales agentes para acudir al juicio de amparo cuando estimen que la autoridad no observó las normas dispuestas para el cambio de adscripción, a menos que éste se verifique en igualdad de funciones y condiciones a las anteriores, en cuyo caso se actualiza la causa de improcedencia prevista en la fracción V del artículo 73 de la Ley de Amparo. Tesis de jurisprudencia 16/2011. Aprobada por la Segunda Sala de este Alto Tribunal, en sesión privada del doce de enero de dos mil once.

no se había expedido la Ley de la Guardia Nacional³³ ni el Acuerdo del 28 de junio de 2019).³⁴

Confiere este numeral la facultad al presidente de la República para designar al titular del órgano de mando superior y a los integrantes de la instancia de coordinación operativa interinstitucional formada por representantes de las secretarías del ramo de seguridad, de la Defensa Nacional y de Marina.

En fecha 11 de abril de 2019 el Ejecutivo Federal designó al comandante operativo de la GN (a quien corresponde ejercer el mando superior de la misma).³⁵

Creemos que esta designación fue con carácter provisional y excepcional hasta en tanto se expedía la Ley de la Guardia Nacional (27 de mayo de 2019) por lo cual, una vez expedida ésta norma, debió el Presidente de la República, y no lo hizo, establecer a través del nombramiento respectivo su ratificación o sustitución considerando que el cargo conferido antes de la expedición de la norma citada es inválido por su inexistencia legal (la ley que debía establecer ese cargo no existía en el mundo jurídico, esto es, se realizó una designación respecto de un cargo legalmente inexistente).

³³ La Ley de la Guardia Nacional publicada en el DOF el 27 de mayo de 2019 no establece en sus artículos transitorios el tratamiento a las acciones realizadas por la Guardia Nacional a partir del 27 de marzo de 2019 (fecha de entrada en vigor del decreto de reformas constitucionales) y hasta el 28 de mayo de 2019 (fecha de entrada en vigor de la Ley de la Guardia Nacional), es posible que esta omisión pudiera invalidar los actos realizados por la GN dentro de estas fechas.

³⁴ *Mutatis mutandis* robustece esta afirmación el criterio del Tribunal Constitucional Alemán que señala: Las leyes no son constitucionales por el hecho de haber sido expedidas en cumplimiento de las formalidades previstas en el ordenamiento. También deben estar materialmente en consonancia tanto con los elevados valores fundamentales del ordenamiento fundamental liberal democrático, como con el orden de valores constitucionales, pero también deben satisfacer los principios constitucionales elementales no escritos, así como las directrices fundamentales de la Ley fundamental [al igual que el contenido de los tratados internacionales agregaríamos nosotros], especialmente el principio del Estado de Derecho y el principio del Estado Social. Ante todo, las leyes no deben violar el principio de la dignidad humana, que es el valor más importante de la ley fundamental, como tampoco restringir la libertad espiritual, política y económica de los seres humanos en modo tal que se vean afectados en su contenido esencial (Konrad, 2009, pp. 58 y 59).

Utiliza el poder reformador la ya clásica fórmula (no por ello con mayor valía) de insertar en la Constitución aspectos que de otra manera podrían ser tildados de inconstitucionales (por ejemplo, a través de leyes secundarias) atendiendo al poco sano principio de que lo previsto en la Constitución no puede ser inconstitucional.

³⁵ (Presidencia; El Sol de México; El País; Youtube, 2022).

La Ley de la Guardia Nacional nada aclara sobre este importante punto que inclusive podría llegar a invalidar las acciones realizadas por este servidor público antes de la expedición de la Ley que fundamentaría el ejercicio de su perímetro competencial.³⁶

Tercero

Dispone que los elementos de las policías Militar y Naval que sean asignados a la GN conservarán su rango y prestaciones garantizando la ley el respeto a los derechos que tuvieran en la corporación de origen en caso de reasignación a ésta, con lo anterior se confiere una dual naturaleza a estos servidores públicos (militar por sus antecedentes castrenses y civil por sus acciones en materia de seguridad pública). El análisis de estos supuestos lo hicimos en párrafos anteriores a los cuales remitimos al lector.

Es muy importante reflexionar sobre la permisión que otorga este numeral al señalar que la GN no sólo se integra por elementos de las policías militar y naval sino además pueden asignarse a esta: “[...] otros elementos de mando y servicios de apoyo de la Fuerza Armada permanente que sean asignados a la Guardia Nacional [...]”³⁷ creemos que esta porción normativa permite que esta Fuerza continúe *válidamente* con sus labores de seguridad pública sin que las restricciones legales o reglamentarias propias de la Guardia Nacional le sean aplicables (recordemos que la GN según establece el artículo segundo transitorio de esta reforma se constituye únicamente por las policías federal, militar y naval sin referirse en ningún momento a los miembros de la Fuerza Armada permanente),³⁸ transgrediéndose el sentido

³⁶ En fecha 24 de mayo de 2019 el Secretario de Seguridad y Protección Ciudadana y el “Comandante” de la Guardia Nacional, compartieron con los gobernadores la operación, formación y planes de esta última:

“El secretario Alfonso Durazo y el Comandante de la Guardia Nacional, General Luis Rodríguez Bucio, compartieron con los gobernadores la operación, formación y planes de la Guardia Nacional con respecto a la presencia y despliegue en las 266 regiones. Informaron que al final del año se contará con 82 mil elementos en 150 regiones”.

Fuente: página oficial del Gobierno de México, Boletín de prensa 434/19 [en línea 12 de mayo de 2022]

³⁷ La Fuerza Armada permanente se integra por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea (art. 89 fracción VI de la Constitución Federal).

Lo anterior permitiría advertir una falta de congruencia y armonía normativa entre los artículos segundo y tercero transitorios respecto del origen de los elementos integrantes de la GN.

³⁸ En este sentido los artículos décimo tercero y décimo cuarto transitorios de la Ley de la Guardia Nacional referidos a los elementos integrantes de la GN: -policías militar, naval y federal-, tampoco hacen mención de los elementos de la Fuerza Armada permanente como integrantes o integradores de esta guardia.

de la reforma constitucional en el sentido que la GN debe conservar esencialmente una naturaleza civil. En otras palabras, el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea pueden continuar (como de hecho lo hacen actualmente) realizando labores de seguridad pública aun cuando al presente tiene varios años de constituida la GN.

Cuarto

Establece el poder reformador en este numeral *directrices* sobre los aspectos que deben ser considerados por las leyes secundarias que instrumentarán la reforma constitucional en materia de GN.

Son cuatro los ordenamientos en los cuales se centran los lineamientos normativos:

- Ley General del Sistema Nacional de Seguridad Pública
- Ley de la Guardia Nacional
- Ley Nacional sobre el Uso de la Fuerza
- Ley Nacional del Registro de Detenciones

Quinto

Faculta al Ejecutivo Federal para que durante el plazo de hasta cinco años se utilice una fuerza *policial* paralela a la GN considerando la gradualidad en la composición de esta última, de donde se infiere que la seguridad pública (al menos provisionalmente) queda parcialmente en manos de militares hasta por cinco años (como ya explicamos, a esta Fuerza no le es aplicable la normatividad propia de la GN al no formar parte de esta).

En otras palabras, se confieren atribuciones al Ejecutivo Federal para disponer de la Fuerza Armada permanente (ya no solo de la GN) para labores de seguridad ciudadana con lo cual se trastoca el contenido y alcance del artículo 21 constitucional (naturaleza civil de las instituciones de seguridad pública).³⁹

³⁹ Por otra parte, no explica este transitorio cual será el destino de los miembros de esta Fuerza una vez que se incorporen gradualmente los elementos que integrarán la Guardia nacional (¿continuarán realizando tareas de seguridad pública? ¿regresarán a sus dependencias de origen?), de igual manera se omite establecer bajo el mando de qué autoridad este personal militar instrumentará las acciones de seguridad pública, insistimos, estos militares no son miembros de la Guardia Nacional ni reúnen los requisitos para integrarse a la misma (recordemos que esta se integró por la Policía Federal, la Policía Militar y la Policía Naval según lo mandata el artículo segundo transitorio del decreto de reformas) sin embargo realizarán tareas

Es importante recordar el contenido de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en el *caso Alvarado Espinosa y otros vs. México* en la cual se explica de manera precisa el sentido y alcance de las fuerzas armadas en labores de seguridad ciudadana:

[...] si bien los Estados partes de la Convención podrían desplegar a las fuerzas armadas para desempeñar tareas ajenas a las propiamente relacionadas con conflictos armados, dicho empleo debe limitarse al máximo y responder a criterios de estricta excepcionalidad para enfrentar situaciones de criminalidad o violencia interna, dado que el entrenamiento que reciben las fuerzas militares está dirigido a derrotar al enemigo y no a la protección y control de civiles, entrenamiento que es propio de los entes policiales [...] la intervención de fuerzas armadas en actividades de seguridad pública debe atender a criterios de estricta proporcionalidad, excepcionalidad y debida diligencia en la salvaguarda de las garantías convencionales, dado que el régimen propio de las fuerzas militares no se concilia con las funciones propias de las autoridades civiles [...] la participación de las fuerzas armadas en labores de policía judicial o ministerial puede resultar contrario a determinados principios del Estado de Derecho tales como la separación de poderes, independencia y autonomía de los tribunales judiciales y la subordinación a las autoridades civiles [...] En vista de lo anterior, como regla general, la Corte reafirma que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. No obstante, cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser: a) Extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso; b) Subordinada y complementaria, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial; c) Regulada, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo

policiales, lo que muy posiblemente provocará interferencias o faltas de coordinación en el ejercicio de la fuerza legítima.

Baste recordar los lamentabilísimos hechos ocurridos el día 17 de octubre de 2019 en la ciudad de Culiacán, Sinaloa, México, al ejecutarse un mandamiento de captura ordenado por un Juez en el cual existió intervención de diversas instituciones gubernamentales (Policía Federal, Guardia Nacional y Ejército Mexicano), apreciándose una descoordinación que provocó pérdida de vidas humanas y un desprestigio a nivel internacional para las fuerzas policiales y el Ejército mexicano (Animal Político, 2021).

los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y d) Fiscalizada, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces.

Es claro el sentido de la sentencia al establecer la estricta excepcionalidad de la intervención de las Fuerzas Armadas en las actividades de seguridad pública.

No basta para obviar este criterio establecer en el texto de la Constitución que la intervención de la Fuerza Armada permanente debe ser extraordinaria, subordinada, complementaria, regulada y fiscalizada (conforme los criterios de la Corte IDH), el *quid* en este tema es el *uso excepcional* (restringido a lo estrictamente necesario) de esta Fuerza en las tareas de seguridad ciudadana y en la forma en que se encuentra redactado el transitorio en estudio pareciera que la idea es permitir que de manera *permanente* (por lo menos cinco años)⁴⁰ intervenga la fuerza castrense (cualquiera que fuera el motivo aducido) en el tema de la seguridad pública.⁴¹ De otro modo, si el Ejecutivo Federal *cumple* con los criterios previstos en la Constitución puede válida y constitucionalmente hacer uso de manera *permanente* de las fuerzas armadas.⁴²

Sexto

Ordena este numeral que la conformación y funcionamiento de la GN la realizarán tres dependencias federales (Sedena, Secretaría de Marina y la Secretaría encargada del ramo de la seguridad) creemos que debió establecerse en este transitorio (en debida congruencia con el espíritu de la reforma cons-

⁴⁰ No se puede pensar rectamente que un plazo de cinco años sea excepcional. Por otra parte en las exposiciones de motivos o dictámenes parlamentarios no se explica con suficiencia el porqué de este plazo.

⁴¹ Con la idea que intervengan con una visión clara de los derechos humanos, es decir salvaguardar los derechos de la población ante instituciones del Estado que pudieran no estar preparadas para respetar estos derechos (Alvarado, 2018, p. 25).

⁴² Por lo demás, el constituyente no utilizó la acepción *excepcional* sino extraordinaria en los criterios para el uso de las fuerzas armadas lo cual es diametralmente diferente, el primer término se refiere a lo que constituye una excepción a la regla común en tanto la segunda significa lo que está fuera del orden, siendo que la regla común en el tema de la seguridad pública es que las autoridades civiles se encarguen del mismo esto es la intervención de las fuerzas armadas debe ser excepcional. Si bien entendemos que el término extraordinario fue utilizado por la Corte IDH esta lo refiere y define a un uso justificado y excepcional pero en el propio cuerpo de la sentencia citada, posiblemente el poder reformador debió utilizar el término excepcional para evitar confusión o tergiversadas interpretaciones.

titucional) que la titularidad para esta conformación y funcionamiento debía quedar en manos de esta última dependencia federal (sujetándose a este liderazgo a las secretarías de la Defensa Nacional y de la Marina), el no hacerlo de esta manera atenúa el grado de influencia de la Secretaría del ramo en materia de seguridad pública frente a los miembros integrantes de la GN (de extracción mayoritariamente militar).⁴³

Séptimo

Establece que las entidades federativas quedan obligadas a presentar ante el Consejo Nacional de Seguridad Pública un programa para el fortalecimiento del estado de fuerza y las capacidades institucionales locales de sus cuerpos policiales y municipales. La totalidad de los ejecutivos estatales dieron cumplimiento a esta presentación.⁴⁴

Continúa señalando este artículo que para la ejecución de este programa deben establecerse las previsiones necesarias en los presupuestos de egresos de la Federación y de las entidades federativas.

Finalmente se impone la obligación para los ejecutivos locales de enviar anualmente a sus legislaturas, así como al Consejo Nacional de Seguridad Pública, la evaluación integral de este programa cuyos resultados serán considerados para el ajuste del programa y su calendario de ejecución por los órganos correspondientes.

VI. CONCLUSIONES

Primera. La GN hunde sus raíces en la legislación española con una naturaleza predominantemente local conformada por ciudadanos habitantes de un estado federado bajo las órdenes y mando de ejecutivos estatales.

Segunda. La asaz inseguridad y violencia presente en nuestro país, así como las diversas estrategias fallidas, obligaron a la adecuación de un aparato policiaco-militar denominado GN destinado a alcanzar una eficacia en el combate de estos flagelos sociales.

Tercera. La modificación de la naturaleza jurídica de la GN en la Constitución federal evidenció un desconocimiento sobre sus orígenes y naturaleza por parte del poder reformador.

⁴³ El propio artículo en comento hace referencia a que para estos efectos en lo conducente podrán aplicarse las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente.

⁴⁴ (gob.mx, 2022).

Cuarta. Bajo el amparo de este desconocimiento pasó inadvertida la existencia de la figura de la GN en diversas Constituciones locales y leyes federales vigentes que posiblemente pueda provocar conflictos competenciales o normativos. En debida ortodoxia parlamentaria debió prevverse en la reforma constitucional la derogación de porciones normativas de las Constituciones locales, así como de diversas leyes federales a efecto de lograr una sincronía y evitar antinomias e interferencias en los perímetros competenciales.

Quinta. La esencia de la primigenia GN cuya conformación se realizó con ciudadanos —no con miembros del Ejército— parecer perderse en la nueva GN al integrarse con militares que conservaron su estatus castrense.

Sexta. Existe falta de sincronía normativa en diversos artículos de la reforma constitucional al establecer la naturaleza civil de la GN y permitir su integración por militares en activo subsistiendo el *statu quo* que se pretendió corregir o eliminar.

Séptima. La descompuesta inserción de militares y civiles⁴⁵ como miembros integrantes de la GN (policías militares, navales y federales) así como la transitoria participación de la Fuerza Armada permanente ha provocado actualmente interferencia, duplicidad y serios errores en el desarrollo de sus acciones en materia de seguridad pública sin alcanzarse resultados efectivos a la fecha.⁴⁶

Octava. La improvisación en el combate a la inseguridad pública y la falta de reflexión y conocimiento en las modificaciones a la delicada ingeniería constitucional tuvieron como resultado acciones ineficaces y de muy bajo impacto para contrarrestar este cáncer que evapora la deseable y necesaria tranquilidad para millones de mexicanos.⁴⁷

Novena. Las eventuales imprecisiones cometidas por el poder reformador al momento de crear la GN deben ser corregidas a través de una nueva

⁴⁵ Recordemos que existió una negativa de cierto sector de los integrantes de la Policía Federal a integrarse a la Guardia Nacional (La Jornada, El Universal, 2022).

⁴⁶ “[...]el gobierno de México debe reconocer que la estrategia de coordinación y seguridad que echó a andar —la creación de una fuerza de seguridad, la Guardia Nacional— no ha sido exitosa” (nytimes, 2022).

⁴⁷ Crece cifras de homicidios comparada con 2018 (La Jornada, 2022); Primer semestre de 2019 deja nuevo récord de homicidios; alza de violencia en 4 años ya rebasa el 70% / (Animal Político, 2022).

Incidencia delictiva nacional, presuntos delitos registrados en el periodo enero-octubre 2019: 1.699,097. Secretariado Ejecutivo del Sistema Nacional de Seguridad Pública (gob. mx, 2021).

reforma constitucional en donde se precise de manera simétrica y armónica su estructuración, funciones y alcances. Es posible que pudieran aprovecharse las reformas que próximamente pretenden ser enviadas al constituyente permanente para este fin.

Décima. La seguridad pública debe quedar bajo el ejercicio de autoridades civiles y devolver al Ejército el cumplimiento de sus labores constitucionales y legales, los miles de muertos que en más de quince años han teñido de sangre nuestro país y la experiencia acumulada debe aprovecharse, las autoridades no ven o no quieren ver que las estrategias no han sido del todo eficaces y con horror los ciudadanos vemos día con día que la costumbre y la indiferencia toman el lugar de la indignación, horror y asombro que naturalmente deben provocar estos nefandos e irracionales hechos.

VII. REFERENCIAS

- Alvarado Martínez, I. (2018). Las fuerzas armadas y sus funciones policiales. *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, 2(6).
- Álvarez Icaza Longoria, E., *Informe de Actividades Legislativas correspondiente al primer año del Ejercicio de la LXIV Legislatura*.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos (2003). *Justicia e inclusión social: los desafíos de la democracia en Guatemala*.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2018). *Caso Alvarado Espinoza y otros vs. México*, resolución de 28 de noviembre.
- Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados con proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en materia de Guardia Nacional.
- Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados (2019), año XXII, número 5198-III, 16 de enero.
- Gómez Jaimes, E. (2011). La situación de la violencia en México, *Dfensor: Revista de Derechos Humanos*, IX.
- González Aguilar, M. J. (2019). La Guardia Nacional: entre lo civil y lo militar. *Revista Hechos y Derechos*.
- González Oropeza, M. (2008). Reglamento para organización de la guardia nacional de 1846. En *Las facultades exclusivas del Senado de la República*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Herrera Montes, E. A. y Herrera Pérez, A. (2018). Reflexiones en torno a la Ley de Seguridad Interior. *Revista Mexicana de Ciencia Penales*, 2(6).
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/oper-prima-derecho-admin/article/viewFile/1502/1402>
<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13431/14861>
<https://www.gob.mx/presidencia/videos/presentacion-de-la-comandancia-general-y-de-la-coordinacion-operativa-interinstitucional-de-la-guardia-nacional?idiom=es>
<https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/politica/comandante-de-guardia-nacional-un-lujo-en-terminos-profesionales-alfonso-durazo-3309404.html>
https://elpais.com/internacional/2019/04/11/mexico/1555002830_590391.html
<https://www.youtube.com/watch?v=b8OeUaSBrEY>
<https://www.gob.mx/sspc/prensa/gobernadores-de-la-zona-sureste-apoyan-el-modelo-nacional-de-policia-y-la-guardia-nacional-201563>
<https://www.animalpolitico.com/2019/10/medios-internacionales-operativo-culiacan-chapo/>
<https://www.gob.mx/sspc/prensa/las-32-entidades-del-pais-cumplen-con-sus-diagnosticos-y-programas-para-el-fortalecimiento-de-sus-policias-219892?idiom=es>
<https://www.jornada.com.mx/2019/10/01/politica/018n1pol>
<https://www.eluniversal.com.mx/metropoli/cdmx/policias-federales-lanzan-bombas-de-gas-policias-capitalinos-durante-bloqueo-en-aicm>
<https://www.nytimes.com/es/2019/11/13/espanol/opinion/crecimiento-mexico-violencia.html>
<https://www.jornada.com.mx/2019/07/08/politica/011n2pol>
<https://www.animalpolitico.com/2019/07/nuevo-record-homicidios-primer-semester/>
<https://www.gob.mx/sesnsp>
<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3028/7.pdf>
<https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/oper-prima-derecho-admin/article/view/1502/1402>
<https://doi.org/10.36105/iut.2020n31.11>
- Konrad Adenauer Stiftung (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Alemán*.

- Memoria de la V Conferencia Nacional sobre Derechos Humanos (2007). *Gobernabilidad democrática y derechos humanos*. Universidad de San Carlos. Instituto de Derechos Humanos (IDHUSAC). Universidad Rafael Landívar, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Reglamento para Organizar, Armar y Disciplinar la Guardia Nacional en los Estados, Distrito y Territorios de la Federación del 11 de septiembre de 1846.
- Secretaría de Cultura, Instituto de Estudios Históricos de las Revoluciones de México (2016). *Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917*.
- Soberanes Fernández, J. L. (2019). *La nueva guardia nacional*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Solano González, J. (2012), La Guardia Nacional. *AIDA Ópera prima de Derecho Administrativo*, (12).
- Villalpando, J. M. (2021). La Guardia Nacional en México. Revisión Jurídica, Histórica y Política de un tema tan antiguo como contemporáneo. *Iuris Tantum*, 34(31).

...y entonces salimos a volver a ver las estrellas
Dante



Extradición en México: su convencionalidad a la luz de los estándares internacionales de derechos humanos y derecho comparado

Extradition in Mexico: it's Conventionality in the Light of International Standards of Human Rights and Comparative Law

Rogelio López Sánchez

 <https://orcid.org/0000-0002-2725-2887>

Facultad de Ciencias Políticas y Relaciones Internacionales, Universidad Autónoma de Nuevo León, México
Correo electrónico: rogeliolopezdh@gmail.com

Recepción: 21 de junio de 2022

Aceptación: 29 de agosto de 2022

RESUMEN: La reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 se erigió como un parteaguas en la construcción legislativa e interpretación constitucional en México. No obstante, la figura de la extradición no se ha situado en este nuevo paradigma. Por el contrario, aquella continúa siendo un procedimiento mixto de naturaleza formalmente administrativa, en el que la extradición pasiva no logra incorporar los principios constitucionales y convencionales a cabalidad. En contraste, la Ley de Extradición Pasiva en España nació desde hace más de dos décadas, y se sitúa desde el derecho supranacional europeo. En este artículo se propone un análisis convencional y de derecho comparado para garantizar el pleno respeto de los derechos humanos de las personas requeridas por el Estado mexicano.

Palabras claves: extradición, derechos humanos, derecho internacional público, convencionalidad.

ABSTRACT: The constitutional reform on Human Rights of 2011 was a disruptive new perspective in the legislative construction and constitutional interpretation in Mexico. However, the figure of extradition has not been submerged in this new paradigm but has only seen trails of it. Otherwise, it follows a mixed procedure of a formally administrative nature, in which passive extradition fails to fully incorporate constitutional and conventional principles. In contrast, the Spanish Passive Extradition Law born more than two decades ago, into the paradigm of the Euro order, and which is not yet fully recognized as a Human Rights instrument. It is proposed a guaranteeing full respect on human rights of the required individual through analysis of conventional international law.

Keywords: extradition, human rights, international public law, conventionality.

SUMARIO: I. Introducción. II. La extradición en el plano interamericano y europeo. III. La extradición en México desde la óptica constitucional: su convencionalidad. IV. La necesidad de reconocimiento al respeto a los derechos humanos en los procedimientos de extradición pasiva en México. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN

La reforma constitucional en materia de derechos humanos y amparo, del 6 y 10 de junio de 2011 respectivamente, constituyen pilares para el fortalecimiento de la democracia y el Estado constitucional en México. Particularmente, es de suma relevancia el poder transformador (Morales, 2021, p. 42) que debe tener en todo el sistema jurídico el artículo 1o., párrafo segundo, constitucional. Se trata de un cambio de paradigma que ha permeado en todos los ámbitos y esferas de competencia. En este contexto, la extradición se erige como una de las instituciones de derecho internacional público más olvidada por la legislación nacional mexicana. En efecto, nuestra legislación no satisface los más altos estándares internacionales, a pesar de que la nación mexicana se encuentra en una situación privilegiada para hacerlo, ya que el Estado mexicano ha suscrito más de 261 tratados internacionales sobre derechos humanos y, conforme a la contradicción de tesis 293/2011, está obligado a cumplir las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es factible hacer una comparación doctrinal, legislativa y jurisprudencial con España, por las similitudes de configuración normativa en materia de extradición. Además, tanto México como España comparten un sistema de incorporación de tratados internacionales similar, a partir de la cláusula de interpretación conforme (artículo 10.1 de la Constitución española y artículo 1, párrafo segundo, de la Constitución mexicana) y la vinculatoriedad de las sentencias de sus respectivos órganos supranacionales de derechos humanos (Corte Interamericana y Corte Europea, ambas de derechos humanos).

Ahora bien, la extradición se configura como una reunión de múltiples elementos de clara internacionalidad, en el que una persona se encuentra vinculada a dos o más ordenamientos jurídicos autónomos (Gómez, 2006, pp. 997-1005). Así, el caso de la extradición constituye una excepción respecto de la soberanía del Estado al que se le solicita entregar a cierta persona (Tesis XIX/2001), en el mismo sentido en el que las resoluciones de las cortes señaladas en el párrafo anterior son vinculantes para México.

La extradición es un acto de cooperación que realiza un Estado para entregar a otro a una persona señalada como “delincuente” que se encuentra en el territorio del primero, con el propósito de ser juzgado o que cumpla la pena en el territorio del segundo. La Corte Interamericana lo ha identificado como un mecanismo de cooperación internacional entre Estados en materia penal, reiterando que en ella habrán de observarse las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos, en la medida en que sus decisiones pueden afectar los derechos de las personas (*Caso Wong Ho Wing vs. Perú*, 2015, párr. 208).

Por otra parte, la jurisprudencia mexicana hace énfasis primero en que es una persona con el carácter de inculpada, procesada o convicta por la comisión de un delito; así como la Ley de Extradición Internacional indica que debe existir una solicitud de parte del Estado que recibirá a tal persona. Así, la relevancia de los derechos humanos representa un estándar que en la práctica se ha satisfecho a medias, oscilando la medida entre el derecho administrativo y el penal, y que, no obstante, no termina por reconocer plenamente los derechos humanos de la persona requerida al tiempo que mantiene opacidad en su procedimiento.

En este artículo se analiza el trasfondo histórico y esencial de los artículos constitucionales y legales en los cuales está consagrada la extradición, haciendo un análisis de los estándares internacionales emitidos por órganos supranacionales, buscándolos hacer conformes con la legislación mexicana principalmente y refiriendo a la legislación española a modo de paradigma. Lo anterior será visto desde un enfoque comparativo transversal con la exposición de sistemas de ambos países mencionados.

En México la actual configuración normativa en materia de extradición ha obedecido más a razones políticas que jurídicas. Por ello, se elige un análisis desde el sistema de fuentes, iniciando con los instrumentos internacionales, Constitución y derecho comparado. No será objeto de este estudio hacer una comparación pormenorizada, sino notar las diferencias esenciales en materia de reconocimiento de derechos humanos a lo largo de sus historias en esta forma tradicional de cooperación internacional que busca, finalmente, superar los límites territoriales de los poderes estatal clásicos (Bellido, 2001, p. 19). Por tal motivo, prescindiremos de tratados bilaterales y procedimientos para delitos específicos; en cambio, el análisis se circunscribirá a los siguientes textos: instrumentos internacionales, Constituciones de cada país, la Ley de Extradición Internacional (México) y la Ley de Extradición Pasiva (España), así como la jurisprudencia nacional e internacional

sobre extradición pasiva, dado que este último enfoque convencional, resulta novedoso e ilustrativo para comparar los argumentos del Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sainz, 2016, p. 16).

II. LA EXTRADICIÓN EN EL PLANO INTERAMERICANO Y EUROPEO

Considerando que los derechos fundamentales cuentan con una naturaleza más universal que local, y que se interpretan desde una misma cultura jurídica (García, 2016, p. 558), es de suma importancia tomar en cuenta el contexto en el que se han desarrollado las diferentes doctrinas y jurisprudencias, para determinar los puntos de encuentro y divergencia y, con ello, delinear la cultura jurídica en la que se ha desenvuelto la figura de la extradición.

En el plano global, México ha asumido serios compromisos para adoptar los estándares internacionales de mayor exigencia. Por ejemplo, en las “Conclusiones” del último Examen Periódico Universal de Naciones Unidas se destaca el compromiso del Estado mexicano por una rápida incorporación a la legislación federal y estatal de las disposiciones de los instrumentos internacionales, así como la implementación del Programa Nacional de Derechos Humanos que permitirá evaluar las líneas de acción que aseguren la observancia de los principios constitucionales en torno a los derechos fundamentales (Asamblea General, A/HRC/25/7, 2013).

Por su parte, España se encuentra dentro de la *Decisión marco, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros* de la Unión Europea, en donde se adoptaron estipulaciones específicas para el tratamiento, mejora y simplificación, en su calidad comunitaria, de la extradición (Cedeño, 2010, p. 56). No obstante, ya se erigió previamente la Ley de Extradición Pasiva de 1985, en cuyo preámbulo reconoce que en su Constitución se insta por el pleno respeto a un derecho “tan fundamental” como la libertad, en donde conceptos, procedimientos y plazos se configuran bajo este paradigma.

En ambos casos la extradición —como figura y acto jurídico— se encuentra ante un conflicto de territorialidad, jurisdicción y de derechos humanos, lo cual invariablemente repercute en la concepción de la soberanía nacional (Herdegen, 2005, pp. 183-193) pero que, a la postre, representará la coherencia con sus propias decisiones y compromisos a nivel internacional. Habida cuenta de que en el derecho internacional público moderno

“existe una tendencia a colocar en el mismo plano la soberanía con la independencia” (Herdegen, 2005, pp. 217-218), las obligaciones de derecho internacional, o contraídas en los tratados, no tocan tangencialmente la independencia, en la medida que no afectan la organización interna del Estado, pues su suscripción es un acto soberano de los Estados (García y Morales, 2011, p. 271). De ahí que la Cámara de Diputados mexicana haya reconocido dicho paradigma en la *exposición de motivos* de la reforma constitucional de derechos humanos (Cámara de Diputados, 2010, p. XIV) en el sentido de ampliar la protección y eficacia de los derechos humanos, sin que estos resulten excesivos.

Aunado a ello, a partir del caso Radilla el control de convencionalidad (*Caso Radilla Pacheco vs. México*, 2009, párr. 209) o control interno de convencionalidad (García, 2011, p. 126), permite comprobar la compatibilidad de normas, sentencias, actos y omisiones de la autoridad con los tratados internacionales (Morales, 2022, p. 136), por lo que se ha convertido en un mecanismo de imperiosa necesidad que debe ser empleado por las autoridades jurisdiccionales donde estén involucrados los derechos humanos de las personas (Ferrer, 2011, p. 340). España, en cambio, encuentra dos vías de incorporación de los derechos fundamentales de la Unión Europea, ya sea conforme al artículo 10.2 de la Constitución, o bien, por la vía comunitaria (Canosa, 2015, p. 262). Así, el bloque de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos son dos parámetros de regularidad que emplean los tribunales constitucionales en el mundo para fortalecer y ampliar las garantías a los derechos (Flores, 2014, p. 12).

En México esta contribución ha sido adoptada como parámetro para el control de las leyes creadas por el Poder Legislativo, a través de un análisis más riguroso que tome en cuenta los instrumentos internacionales. Además de lo anterior, los Estados parte del “Pacto de San José de Costa Rica” son sujetos de responsabilidad internacional ante la violación de cualquiera de los dispositivos convencionales. Sobre el particular, el ex-presidente de la Corte Interamericana, Sergio García Ramírez, ha puntualizado lo siguiente: “El tribunal interamericano, por su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados parte en ejercicio de su soberanía” (2004, párr. 3).

Así también sucede en el *caso Soering*, donde el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que el hecho de que ese tribunal tenga un ámbito territorial determinado no significa que sus miembros quedan

exentos de toda responsabilidad por las consecuencias que una extradición entraña más allá de sus fronteras. Del mismo modo, conforme al Caso STC 91/2000, España ha sostenido que los órganos del Poder Judicial e incluso el propio Tribunal Constitucional pueden llegar a vulnerar los derechos fundamentales cuando actúan en relación con la actividad que realiza una entidad extranjera (Queralt, 2008, p. 333).

Este cambio de paradigma hacia la convencionalidad y la aplicación del control difuso (según la doctrina Interamericana) para la defensa y protección de los derechos humanos ha transformado por completo el panorama tradicional a través del cual razonaba el operador jurídico, desde luego, porque ahora el derecho doméstico se interpreta a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, en el marco de la competencia de cada autoridad (Ferrer, 2011, pp. 339-429).

Por un lado, la Convención Interamericana sobre Extradición establece directrices para fomentar la cooperación entre las personas que sean requeridas judicialmente entre los países. En este contexto, una de las cuestiones fundamentales a dilucidar al modificar el marco normativo en la materia, es la posible afectación de la normativa vigente en relación con los convenios bilaterales previamente celebrados con otras naciones, debiéndose aclarar que la mayor parte de estos instrumentos internacionales a los que se hace referencia, contienen un estándar mínimo de derechos humanos y garantías.

En otra latitud, la Unión Europea conformada por veintisiete países, entre los cuales destacan Francia, Alemania, Italia, Países Bajos, España y Portugal, ha creado un frente común para regular los procesos de extradición en esta región a través de la *Decisión marco* del 13 de junio de 2002 (Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L90/1-18-07-2002), tratándose de casos de terrorismo. En el considerando octavo de este instrumento, se establece que las decisiones relativas a la ejecución de la orden de detención europea deben estar sujetas a controles suficientes; esto significa que “la decisión de entregar a una persona buscada tendrá que tomarla una autoridad judicial del Estado miembro en el que ha sido detenida esta persona”. Por otra parte, el artículo 14 de dicho cuerpo legal establece el derecho de audiencia de las personas buscadas ante la autoridad judicial de ejecución, mismas que deberán ser acordes al derecho interno de cada Estado miembro.

Además, existe la Decisión del Consejo de 25 de septiembre de 2008 sobre la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Consejo de la Unión Europea, 2008, 2008/801/EC), en el cual dedican el artículo 44 a explorar diversos

escenarios que se supeditan al derecho interno de los Estados signatarios. Del mismo modo, encontramos que el artículo 16 de la Decisión del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa a la celebración, en nombre de la Comunidad Europea, de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también observa esta figura como elemento esencial de la cooperación entre las naciones en su lucha contra la delincuencia y, como acotación, observamos que el numeral 11 del artículo referido, indica lo siguiente.

En todas las etapas de las actuaciones se garantizará un trato justo a toda persona contra la que se haya iniciado una instrucción en relación con cualquiera de los delitos a los que se aplica el presente artículo, incluido el goce de todos los derechos y garantías previstos por el derecho interno del Estado parte en cuyo territorio se encuentre esa persona.

Efectuado el análisis comparado con legislación europea, los numerales 22.1 a 22.6 del “Pacto de San José” establecen de manera expresa las reglas para limitar el derecho de circulación o residencia de cualquier persona, sujetas a los cánones de necesidad y proporcionalidad; así como la prohibición expresa de expulsión o devolución de extranjeros cuando se ponga en peligro su vida o libertad personal a causa de raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas. Así podemos observar que México se ha ceñido al “Pacto de San José”, tanto en el ámbito constitucional como en la legislación federal.

En este sentido, México y España han asumido un compromiso con la comunidad internacional a través de la adopción del paradigma de la convencionalidad, que permite un diálogo común de derechos humanos en América Latina y Europa, respectivamente, razón por la cual, los estándares mínimos establecidos en este contexto histórico son determinantes para concluir la imperiosa necesidad de realizar diversas actualizaciones legislativas acordes a estos cánones internacionales, mismos que reflejan fielmente el compromiso en estas regiones por mejorar y fortalecer el Estado democrático de derecho (Caballero, 2011, p. 132).

III. LA EXTRADICIÓN EN MÉXICO DESDE LA ÓPTICA CONSTITUCIONAL: SU CONVENCIONALIDAD

César Beccaria, al hablar del asilo, indicó que “la persuasión de no encontrar un palmo de tierra que perdonase a los verdaderos delitos sería un me-

dio eficaz de evitarlos” (2006, p. 175). Con esta premisa se ha consolidado la figura de la extradición a nivel global. Sin embargo, mientras que anterior a esta consolidación se percibía la extradición como una especie de moneda de cambio y una forma de protección política de individuos perseguidos por sus Estados, ha llegado al punto ahora de ser considerado un obstáculo a la justicia ante las nuevas formas de delincuencia (Dondé, 2011).

Respecto a la figura de la extradición pasiva, la doctrina y la jurisprudencia ha insistido ya sea en negar todo nexo con cualquier tipo de naturaleza penal, o bien, en resolver que su naturaleza mixta le exenta de deberes específicos a las cuestiones procesales penales, argumentando que las decisiones que se efectúan versan sólo en cuanto a una petición que se estima meramente administrativa, esto incluso admitiendo que se está entregando a una persona reclamada por el solicitante (Bellido, 2001, p. 19). Es un proceso administrativo sobre otro proceso penal (Rovira, 2005), que cobra la libertad de la persona solicitante pero que, sin importar este débito penal, no se le reconoce esa calidad.

Sin embargo, ha habido posturas que insisten en que la extradición pasiva en realidad es una forma indirecta de ejercer la acción penal, al servir de instrumento para la misma con su irremediable poder punitivo. Recordando la responsabilidad que tiene el Estado que acepta una solicitud de extradición, es útil observar cómo la doctrina española insiste en que “el destino del extradicta no es ni puede ser indiferente para las autoridades del Estado español que autoriza la entrega” (Rovira, 2005).

Cabe aclarar que no existe un derecho a no ser extraditado *per se* —el Tribunal Europeo lo ha manifestado así en el caso *José Monedero Angora c. España*, por ejemplo— (Álvarez y Queralt, 2014, p. 153), pero dentro de estos procedimientos sobra decir que las personas contarán con ciertas garantías y derechos humanos cuyo reconocimiento dependerá del modelo que se utilice para el trámite de extradición. Efectuado el estudio anterior, es importante enfatizar la existencia de dos modelos de trámite para la extradición que distingue el derecho internacional: el francés y anglosajón.

Por una parte, en Gran Bretaña y Estados Unidos de Norteamérica, la resolución judicial obliga siempre al Poder Ejecutivo; mientras que, por otro lado, el modelo francés y alemán establece un control mixto a partir del cual el Tribunal decide sobre la procedencia de la extradición, y será el Gobierno, que en un acto de soberanía decidirá sobre si ceñirse o no al fallo (Quintano, 1957, p. 203). Esto representa para México y España su canon, en cuyo procedimiento se conjugan el Poder Judicial con el Poder Ejecutivo. No obstan-

te, el papel del Poder Judicial es más bien, una unidad coadyuvante, mientras que, a nivel nacional, es el Poder Ejecutivo federal el que toma las decisiones en última instancia.

De tal manera, tenemos dos elementos importantes por estudiar en los diferentes instrumentos normativos: por un lado, el procedimiento mixto penal-administrativo; por el otro, las autoridades que toman las decisiones judicial y ejecutivamente.

A pesar del avance de una especie de derecho constitucional supranacional, sigue siendo de vital importancia la construcción de la Constitución como norma suprema y de sus clásicos intérpretes, por lo que procedemos a observar las coyunturas y diferencias encontradas en las Cartas Magnas de los países en estudio (García, 2016, p. 558). En México, la extradición se encuentra normada constitucionalmente en el artículo 15, el cual indica la prohibición de firmar tratados o convenciones de extradición en el que la persona en cuestión tenga la posibilidad de ser sujeta a violación de sus derechos humanos. Asimismo, el artículo 119 aborda el procedimiento de la extradición inter-estados federados, o extradición interior, así como las bases del procedimiento administrativo que se lleva a cabo para la extradición con Estados extranjeros.

Del mismo modo, en diciembre de 1975 se emitió la Ley de Extradición Internacional, la cual tiene por objeto determinar los casos y las condiciones para realizar extradiciones a Estados que lo soliciten, cuando no exista un tratado internacional que lo contemple. No obstante, esta figura ha estado presente desde la promulgación misma de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, e incluso en la Ley en la materia de 1897, bajo el escrutinio del entonces presidente Porfirio Díaz.

Por su parte, España contempla la extradición al hablar de los extranjeros en el artículo 13 de su Constitución. Cuenta con una Ley de Extradición Pasiva expedida en 1985, a la cual le precede la Ley de 26 de diciembre de 1958, como complemento de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la cual rompe con el paradigma de antaño en el que la extradición era más la consecuencia de prácticas diplomáticas sin sustento jurídico.

Enfocándonos oportunamente en el Estado mexicano, con la mencionada reforma en junio de 2011 se realizó una modificación al artículo 15 (la única, desde la promulgación de la Constitución mexicana de 1917) relativa a la prohibición de celebración de tratados o convenios internacionales donde se alteren los derechos humanos de las personas involucradas. Esta actualización y vigencia merece especial atención, toda vez que de su redac-

ción se desprende el fiel compromiso del Estado mexicano con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenio sobre Asilo Político, Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes y el Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, entre otros; en un cambio paradigmático al antiguo régimen de “garantías individuales”.

En el ámbito del *sistema universal*, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos consagra expresamente el principio del trato humano como eje fundamental de su artículo 10, mismo que establece las normas fundamentales aplicables a las personas privadas de libertad. Así, el numeral 1 de dicho artículo dispone que, “[t]oda persona privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano” (artículo 10.1). En esta sintonía, las obligaciones de trato humano establecidas en el artículo XXV de la Declaración Americana, así como en los Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas y del Conjunto de Principios para la Protección de todas las Personas sometidas a cualquier forma de Detención o Prisión, en su artículo primero reconocen la imperiosidad de un tratamiento digno que reconozca y respete sus derechos fundamentales.

En este contexto, es importante precisar la evidencia empírica consistente en la documentación relacionada con la violación a derechos humanos dentro de los centros de detención o internamiento de personas que están siendo sometidas a procesos administrativos. Por ejemplo, se ha logrado determinar que existe violación a la libertad e integridad física debido a una detención prolongada de personas que procuraban asilo como causal de un grave deterioro en su salud mental (Comité de Derechos Humanos, 2017, núm. 900/1999).

De igual forma, es vital señalar las reglas mínimas para el tratamiento de personas migrantes que sufren detención, las cuales deberán ser alojadas en las instalaciones cuyos oficiales de custodia hayan recibido entrenamiento apropiado en lo concerniente sobre aspectos psicológicos relacionados con la detención, sensibilidad cultural y procedimientos de derechos humanos (ONU, 2016, párr. 75).

De este modo, el Estado mexicano ha sido cuestionado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de las detenciones no ordenadas o con ausencia de supervisión por las autoridades judiciales cuando el detenido “no puede entender plenamente la razón de la detención o no tie-

ne acceso a un abogado y cuando su familia no puede localizarlo con prontitud [...] la relación entre la detención ilegal o arbitraria y la violación de otros derechos fundamentales de los detenidos no es circunstancial” (CIDH, 2012, párr. 219). Estas circunstancias no se encuentran contempladas en los artículos relacionados a la extradición, así como tampoco en la Ley respectiva, pues bajo la bandera de ser un procedimiento administrativo, han sido omisos en reconocer derechos tales como el de audiencia, debido proceso, presunción de inocencia, entre otros. Esto ha derivado en una interpretación restrictiva de la Carta Magna, a la vez que se omite el mandato del *principio pro persona* establecido en el artículo primero constitucional, con interpretaciones tales como:

Al no tener el procedimiento de extradición la naturaleza de un juicio penal, sino de un procedimiento administrativo con intervención judicial limitada, según se desprende del artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a las personas reclamadas por el Estado peticionario no le son aplicables las garantías previstas en el artículo 20 constitucional a favor de los inculpados en un proceso de esa naturaleza, toda vez que no están siendo sujetas a un juicio penal y, por ende, no tienen el carácter de procesados. (Contradicción de Tesis 4/2014)

No obstante, el artículo 15 ha sido reconocido en otras latitudes por su avanzada consagración de garantías y derechos (Rovira, 2005, p.67). El Constituyente de aquella época precisó un abanico de protección muy amplio en torno a la convencionalidad; es decir, incluyó todos aquellos instrumentos internacionales suscritos por el Estado mexicano (Zarco, 1957, p. 663), entendido esto bajo la óptica de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. (Rodríguez, 2013, pp. 223-227). Al mismo tiempo, nuestra nación ha sido una ferviente defensora de los derechos de los conacionales en otros países sometidos a tratos crueles e inhumanos, principalmente de naciones que han negado el acatamiento a fallos de la Corte Internacional de Justicia. Tal es el *caso Avena* cuya trascendencia ha tenido impacto en las reglas sobre debido proceso y derechos consulares de cualquier extranjero (International Court of Justice, 2017). En este sentido, cobra especial relevancia la tesis aislada constitucional P. LXVI/2011 (9a.), 2011.

Así pues, es necesario observar los criterios más relevantes que al respecto ha emitido la mencionada Corte Interamericana, como por ejemplo el caso de *Wong Ho Wing v. Perú*. En esta sentencia se observó que en el país

del acusado existía, al igual que en el caso mexicano, un sistema mixto en el procedimiento de extradición, donde el principal conflicto se encontraba en la posible violación de los derechos humanos del señor Wong Ho Wing en virtud de una probable pena de muerte ante el delito del que se le acusaba. Esta sentencia fue emitida el día 30 de junio de 2015, ya cuatro años después de la modificación al artículo 15 de la Constitución mexicana pero que, no obstante, dio luz respecto a la naturaleza de la extradición y los derechos que deben ser atendidos en ella. Si bien se reconoce que es un procedimiento administrativo *per se*, no es posible omitir su íntima vinculación con el derecho penal. En este sentido, la Corte hizo evidente durante la sentencia que la Convención Americana, al hablar del derecho de audiencia en el artículo 8o. de su texto como parte de las garantías judiciales, que este derecho no se atiende únicamente a un contexto penal:

Es decir que, cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, esta expresión se refiere a cualquier autoridad, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. (Caso Wong Ho Wing vs. Perú, 2015, párr. 208)

En otras palabras, la verdadera raíz de la obligación no se encuentra en la naturaleza del asunto, sino en el poder de determinación de derechos y obligaciones de forma unilateral para con las personas, donde además hay que tomar en cuenta tanto aspectos políticos como jurídicos sin abandonar jamás la observancia cabal de las obligaciones internacionales de los Estados en materia de derechos humanos.

Por otro lado, el artículo 15 de la Constitución mexicana se relaciona con la misma sentencia comentada en párrafos anteriores en torno a los hechos que ocurrieron en el caso, pues —como se dijo— existían indicios que daban lugar a una posible violación a sus derechos humanos, al grado de constituir tortura o privación de la vida. No obstante, en el caso en específico, la Corte determinó que no había habido violación alguna, puesto que se adquirieron las garantías necesarias para que no hubiera privación de derecho alguno. Sin embargo, sirve de referencia la emblemática sentencia *Soering v. Reino Unido* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos emitida en 1989, en la cual se declaró por primera vez que puede haber responsabilidad de un Estado si resuelve expulsar a una persona con posibilidades de sufrir malos tratos en el país de destino. En dicha sentencia es equiparable

extraditar a expulsar (Unidad de Prensa del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 2017). Este acto representaría una violación a la prohibición de la tortura y de tratos inhumanos y degradantes que se encuentra prescrito en el artículo 3o. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, independientemente de la incorporación al Convenio del Estado receptor o del Estado que ejerce la extradición activa.

Ahora bien, el vigente artículo 119, párrafo tercero, proviene de la Constitución de 1917 (párrafo segundo), donde se consagró por primera vez el requisito de auto del juez para motivar la detención, hasta por un mes, si tratare de traslados internos; y dos meses cuando fuere internacional. Luego, el espíritu de la norma a partir de lo expuesto por el Poder Constituyente de esa época consiste en el aseguramiento de personas, pero siempre bajo la garantía de una resolución judicial debidamente fundada y motivada.

Posterior a 1917, el artículo 119 ha sufrido cuatro reformas de importancia; dos de ellas en 1993, después el 10 de febrero de 2014, y, finalmente, el 29 de enero de 2016. De dicho cuarteto de reformas, dos de ellas están relacionadas con los traslados de una entidad federativa a otra, así como en materia de seguridad pública y cooperación; por otra parte, sólo en una se ha reformado el precepto para reafirmar el procedimiento mixto de colaboración que se lleva a cabo en la extradición. Finalmente, en 2016 nace la reforma que encontrara su inspiración en la mencionada Constitución de los Estados Unidos de América.

Sin ser óbice lo anterior y, para ahondar en el espíritu de la norma, sirve observar que, en la exposición de motivos de la Segunda Comisión, en la Sesión de 22 de enero de 1917, sobre el artículo en cuestión se advierte lo siguiente.

Otra novedad en este título es el del artículo 119, que en los casos de extradición autoriza la detención hasta por un mes; y dos, según que se trate de “criminales” pedidos por un Estado o por una potencia extranjera, lo cual tiene por objeto el aseguramiento del reo mientras se opera su extradición. La Comisión estima que en la palabra “criminales” se subentiende que ya han sido calificados por tales en sentencia judicial, y que, por lo mismo, es en realidad el fundamento de la detención. (Segunda Comisión, 1917)

Este hecho es de especial relevancia al conjugarlo con el artículo 15, así como la interpretación moderna del artículo el cual priva de derechos fundamentales a la persona detenida, toda vez que existe la posibilidad de que

el requerido no haya sido aún enjuiciado y sentenciado judicialmente como lo aseguraba la exposición de motivos arriba señalada y que, no obstante, se continúa con el paradigma de obviar la garantía de determinados derechos al encasillarlos como de naturaleza penal, contraria a la administrativa de la extradición. En el mismo sentido se desarrolla la jurisprudencia española en el caso, por ejemplo, del juicio *in absentia* o la cadena perpetua, considerados violatorios de derechos fundamentales en su Constitución.

De igual manera, como se ha mencionado, el procedimiento de extradición ha sido reconocido como un procedimiento de naturaleza administrativa seguido en forma de juicio por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación (Tesis. XVII/2008, 2008). Lo anterior se refuerza a partir de los acuerdos y convenios bilaterales en materia de extradición que dejan un margen reservado de decisión a los respectivos Estados, conforme a sus procedimientos internos para tramitar y dar cumplimiento a sus solicitudes, dejando en claro que el objeto fundamental de esta figura consiste en evitar la criminalidad y promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la Delincuencia Organizada Transnacional, tal y como se desprende de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (Convención de Palermo).

La propia Convención de Extradición, suscrita en la ciudad de Montevideo el 26 de diciembre de 1933 (OEA, 2014) por el Estado mexicano, consagra el margen reservado de las naciones para decidir conforme a sus procedimientos internos sobre la extradición. Sin embargo, de una interpretación sistemática e integral de los instrumentos tanto bilaterales como multilaterales se desprende la necesidad de que el acto administrativo seguido en forma de juicio, tenga sustento en las reglas mínimas y elementales del debido proceso, consistentes en el auto fundado y motivado del juez que determine la privación de la persona en cualquier proceso de extradición. Lo anterior se desprende también de los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el derecho internacional, y de manera ilustrativa, el derecho comparado en la Unión Europea. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que la detención preventiva o internamiento es de aplicación únicamente en el curso de un proceso de naturaleza penal, excluyendo de este modo las detenciones o internamientos en contextos civiles o administrativos (Jecius vs. Lituania, de 31 de julio de 2000 y Wloch vs. Polonia, de 19 de octubre de 2000), como es el caso de la extradición.

Volviendo a México, el artículo 119 constitucional contempla, en primer lugar, la protección de la Federación para con las entidades federativas de amenazas exteriores. Este artículo ha tenido una lenta evolución desde su origen en el Acta constitutiva de la Federación de 1824, mediante la incorporación de figuras como el reclamo de personas entre las entidades federativas, el cual significa un traslado interno de indiciados, procesados o sentenciados como parte del pacto federal, cuya interpretación sistemática con el artículo 121 cobra relevancia estableciendo reglas de territorialidad. No obstante, la solución de problemas relacionados con la criminalidad desde el siglo XIX hasta principios del XX se limitaban dentro de la esfera territorial nacional, lo cierto es que hoy en día los problemas de esta naturaleza han trascendido fronteras (Cárdenas, 2009, p. 477).

IV. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO AL RESPETO A LOS DERECHOS HUMANOS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXTRADICIÓN PASIVA EN MÉXICO

En términos del artículo 8o. de la Convención Americana de Derechos Humanos, todo órgano estatal que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal (Coidh, 2001, párr. 71). Donde enlista una serie de derechos indispensables en el desarrollo de la extradición, los cuales coinciden con Pajares que, de forma ilustrativa, no extensiva, son: la garantía de audiencia, el plazo razonable, un tribunal competente, independiente e imparcial, la presunción de inocencia, derecho de defensa, igualdad de armas, derecho a un recurso efectivo, entre otros (Pajares, 2008, pp. 123-158) y que, en conjunto, son parte del debido proceso. Éste se condiciona como articulador de la tutela judicial efectiva (Neria, 2013, p. 109).

Sentado lo anterior, la Ley de Extradición Internacional mexicana en vigor fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1975 (misma que sustituyó a la antigua Ley de Extradición de la República Mexicana de 19 de mayo de 1897), cuyo objeto es regular la extradición a solicitud de un Estado con quien México haya celebrado o no un Tratado bilateral sobre la materia. Conceptualmente, la extradición ha sido definida como: “la entrega que un Estado hace a otro de un individuo, acusado por un delito común, que se encuentra en su territorio, para que ese país se le enjuici-

cie penalmente o se ejecute la pena, realizada conforme a normas preexistentes de validez interna o internacional” (Jiménez, 1964, p. 187).

Sobra aclarar que, a pesar del título de la Ley, en realidad trata la Extradición Pasiva, como lo reconoce la Ley española; pues sólo contempla el procedimiento para hacer entrega del requerido y no ahonda respecto al procedimiento de petición de extradición (activa), además de no contemplar los casos de extradición de tránsito, temporal o cualquier otra.

1. Derecho a un recurso efectivo

Ahora bien, mientras que la garantía de audiencia y el derecho a la defensa se encuentran plenamente establecidos, no es así para otras prerrogativas. Una de las críticas más recurrentes contra el procedimiento de extradición en ambos países —que actualmente se encuentra operando— consiste en la ausencia de un parámetro claro que permita revisar las violaciones a derechos humanos cuando la persona se encuentra privada de su libertad que, antaño, se resolvía con mayor o menor eficacia por la vía del amparo (Rodríguez, 1897, p. 581).

Por tal motivo, una de las mejores propuestas por especialistas del Instituto Nacional de Ciencias Penales, consiste en otorgar herramientas efectivas para que, ante cualquier restricción o limitación a la libertad personal, dicha medida no se encuentre exenta de la revisión judicial, toda vez que es una consecuencia inherente e inevitable para cualquier persona que vaya o sea sometida a esta clase de procesos (Dondé, 2011, p. 17).

2. Presunción de inocencia, libertad personal y detención como ultima ratio

Por su parte, es evidente que un derecho que se ve restringido en primera instancia es la libertad personal. En el caso mexicano es una “detención provisional”, según la Ley en la materia, en la cual se detiene al individuo en cuanto se le reclama y la autoridad judicial da con su paradero (en este caso, el juez de distrito en materia penal cabe señalar). En España, en cambio, se debe solicitar expresamente una detención preventiva por la vía urgente con opciones de libertad, como vigilancia de domicilio o retirada de pasaporte, opciones que carece la legislación mexicana. Al mismo tiempo, la Corte Interamericana ha establecido que tanto la libertad personal como la presun-

ción de inocencia se ven afectadas por la arbitrariedad del Estado, en las siguientes palabras:

al ser la prisión preventiva una medida cautelar y no punitiva, existe una “obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquél no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia” (...) al privar de la libertad, en forma innecesaria o desproporcionada, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida, el Estado incurre en una violación del derecho de toda persona a que se le presuma inocente. (Corte IDH, 2008, párr. 110).

Análogamente, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha indicado que el carácter extraprocesal o los modos interrogativos del juez declarante no son causa suficiente para que el asunto quede sustraído del ámbito del art. 6.2 de la Convención Europea. Esta interpretación amplia de la presunción de inocencia será aplicable a las declaraciones que hagan por autoridades no judiciales, haciendo que la extradición (por su calidad especial administrativo-penal) se desenvuelva en este paradigma (Allue, 2014, pp. 325-342).

Lo anterior encuentra eco en diversos criterios del Poder Judicial de la Federación mexicana, donde se ha reconocido que la figura de la extradición implica la privación de la libertad de la persona requerida. Por consiguiente, la autoridad se encuentra obligada a reconocerlo y a estudiar el agravio correspondiente como derecho humano, en los términos del “Pacto de San José” (T.C.C., 2012). Por lo demás, también se encuentran precedentes donde se analiza la procedencia de las detenciones a la luz de pruebas suficientes que justifiquen la aprehensión y el enjuiciamiento del reclamado, conforme a los estándares de la legislación procesal y sustantiva mexicana (T.C.C., 2012).

No obstante este reconocimiento jurisprudencial, surge una legítima cuestión sobre las leyes que no logran esclarecer plenamente las condiciones de la detención, en las que incluye saber el lugar, el acceso a bienes y servicios, sus derechos y garantías, visitas, etcétera que, sin embargo, continúan cargados de poder punitivo con la máscara de procedimiento administrativo.

3. Derecho a un plazo razonable

Es de notar que el principio de plazo razonable también alcanza a las autoridades administrativas, siempre que su función tenga relación con la impar-

tición de justicia. Una de las preguntas que surgen con más facilidad es ¿a partir de cuándo se computa el “plazo razonable”? ¿de la acusación o de la solicitud? (Salado, 2014, pp. 229-250). Sin embargo, no se han establecido ni por el Tribunal Europeo ni por el Convenio, tampoco por la Corte Interamericana los límites temporales para el plazo en el que se habrá de informar de las razones por las cuales se les priva de la libertad, sino meros principios que dependerán de la situación dada (Álvarez y Queralt, 2014, p. 153), y cuya evolución ha sido bastante lenta (Neria, 2013, p. 115).

Observamos el plazo legal para la resolución del procedimiento de extradición, así como la posibilidad de ampliarse en determinados casos: que en España cuentan con una Ley de Extradición Pasiva en su ordenamiento jurídico (Ley de Extradición Pasiva, 1985, artículo 10). En ella se tiene un plazo de cuarenta días para la resolución del procedimiento; sin embargo, puede ampliarse por una única vez hasta por otros cuarenta días. Colombia también cuenta con un plazo de cuarenta días, más los que ocurran por distancia.

En su caso, Guatemala (Ley reguladora del procedimiento de extradición, 2008, artículos 12 a 33) contempla entre cuarenta y noventa días para la resolución de la extradición pasiva. Argentina, por su parte, refiere, en la Ley de cooperación internacional en materia penal, veinticuatro horas a partir de la detención del sujeto para dar audiencia; si el detenido acepta la extradición y el Estado que requiere sufraga los gastos de traslado, se dan hasta treinta días para finalizar el proceso (Ley de Cooperación Internacional, 1997, artículos 27 a 28). Si no lo acepta, se lleva a juicio que tendrá un plazo no mayor a quince días, se dan diez días de trámite con el Poder ejecutivo. Finalmente se dan treinta días para el traslado. Es decir, en total, son hasta cincuenta y seis días de proceso. Esto puede aplazarse dentro del proceso anterior hasta por treinta días más en caso de falencias en la solicitud del Estado receptor, o hasta diez días más para el traslado cuando las circunstancias lo hagan imposible de otro modo (Ley de Cooperación Internacional, 1997, artículo 38). También se puede alterar si el requerido había sido arrestado previamente, si compurgaba pena o si un tercer Estado solicita la extradición del mismo sujeto (Ley de Cooperación Internacional, 1997, artículo 45).

México contempla hasta sesenta días para su procedimiento, según el artículo 119. Sin embargo, al observar la Ley de Extradición Internacional, este plazo tiene términos y condiciones, al mismo tiempo que omisiones evidentes, que ocasionan la privación de la libertad por un tiempo mucho mayor y, por lo tanto, trasgrediendo el principio de razonabilidad del plazo. Por ejemplo, el artículo 17 permite como medida “apropiada” para el caso de extra-

dición el mecanismo de *arraigo*, a pesar de que constitucionalmente sólo pueda darse tal figura en caso de delincuencia organizada. Por su parte, el artículo 25 permite la ampliación del término para probar excepciones sólo al arbitrio del Juez sin disponer que se dé en beneficio al detenido. Finalmente, los sesenta días constitucionalmente decretados encuentran ampliación de hasta otros sesenta días, ambos en caso de que el Estado que requiere sea omiso en cumplir con su solicitud o con hacerse cargo del requerido.

Es decir, bajo ese esquema, el requerido podría estar cincuenta y nueve días detenido sin certidumbre jurídica. Luego, pasar cuarenta y ocho días (aproximadamente) del proceso interno de extradición. Y, una vez puesto a disposición del Estado solicitante, podría estar otros cincuenta y nueve días sin certidumbre alguna para luego ser liberado. De tal manera que podría estar más de cinco meses y medio dentro de un procedimiento administrativo que viola, evidentemente, el principio de plazo razonable.

Por el contrario, se debe observar la razonabilidad del plazo conforme a lo establecido en casos de la Corte Interamericana (*Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*, 2010, párr. 209). También se debe revisar la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades judiciales, y la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

Para ejemplificar esto, cabe decir que las Constituciones colombiana, guatemalteca y alemana no señalan plazo alguno en cuanto al procedimiento de extradición. Por su parte, Argentina plasma en su Constitución solamente la extradición interna entre sus provincias, mientras que en Ecuador sólo asegura en su texto constitucional que ningún ecuatoriano será extraditado. Finalmente, Estados Unidos de América menciona la obligación de cooperación internacional; mientras que Francia, por ejemplo, carece de toda mención a la extradición en su Constitución.

En todo caso, existe primeramente una detención con base en la mera intención de un Estado, sin más requisito. Esta detención podrá durar hasta dos meses, los cuales resultan ridículos para lograr obtener lo necesario para una petición formal, que, en el caso de México, sólo solicitan que se indique el delito, que haya cuerpo del delito o condena por delito, comprometerse a cuestiones de legalidad y derechos humanos, la definición legal del delito, la orden de aprehensión del requerido y sus datos; todos los cuales, deberían preceder a la intención de extradición. Estos dos meses pueden ampliarse en caso de que la resolución sea afirmativa, lo cual implicaría mantener presa

a la persona hasta por otros sesenta días en lo que el Estado solicitante pasa a recogerle.

En cambio, la ley española análoga prevé la detención sólo en casos de urgencia dada una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes con las debidas pruebas para el Estado español, reconociendo siempre la actuación judicial, fijando el plazo hasta por ochenta días de inicio a fin, sin ninguna excepción para su ampliación. Precisamente, la ley de 1985 anota que eliminó de su predecesora plazos intermedios que se prestaban a confusión. Sin embargo, de ambas leyes se hace mención de que prevalecen lapsos de tiempo prolongados en el que no se establecen medidas específicas de su situación jurídica, las condiciones en las que se va a encontrar ni qué garantías le amparan.

4. Derecho a la independencia judicial

Como se comentó anteriormente, el procedimiento de extradición ha sido reconocido sólo como un procedimiento de naturaleza administrativa seguido en forma de juicio por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ([TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F., (9a.) 2009), debiéndose precisar que esto ha sido en virtud de lo dispuesto por el propio legislador en la Ley de Extradición Internacional. En consecuencia, esto implica que el juez no cuenta con las herramientas suficientes para el tratamiento y revisión de los posibles actos lesivos a la libertad que pudieran surgir como consecuencia del indebido tratamiento de personas sometidas a los procesos de extradición.

Un caso de evidente arbitrariedad se encuentra en el artículo 14, al entregarle facultad ilimitada al Ejecutivo Federal para entregar a personas mexicanas a un Estado extranjero sin mediar protocolo o índice de razonabilidad. En este sentido, sirve recordar en la Ley mexicana le otorga la facultad a la Secretaría de Relaciones Exteriores de aceptar o negar la solicitud de extradición, pues el juez sólo emitirá mera opinión. Por su parte, la ley española en la materia indica en su preámbulo:

Se establece la facultad del Gobierno de no proceder a la extradición, aun habiéndola considerado procedente el Tribunal con base en el principio de reciprocidad, soberanía, seguridad, orden público y demás intereses de España. Con ello se siguen los sistemas francés e italiano en los que la decisión favorable a la extradición no es obligatoria, si bien se precisan los criterios de esta última decisión del Gobierno tal y como establece la legislación suiza.

Así, es dable cuestionarnos ¿cómo se garantiza la independencia judicial cuando la última decisión la toma el Gobierno? La independencia judicial es una prerrogativa del debido proceso fundamental, dado que su excepcional ausencia genera un riesgo innecesario de las demás garantías procesales de los justiciables y, finalmente, la denegación de la justicia propiamente dicha (Neria, 2013, p. 387).

5. Derecho a indemnización por error judicial

En este orden de ideas, se ha dejado a omisiones legislativas y arbitrariedad judicial, así como a la excusa de ser un procedimiento administrativo, la cabal observancia de los derechos humanos de las personas requeridas (o incluso a aquellas quienes fueron detenidas por error), sin mencionar que, al ser liberados en las causas legales para ellos, existe la desorbitante omisión de reparación alguna a la privación de su libertad por un tiempo tan amplio.

En la doctrina y en la jurisprudencia, tanto española como mexicana, se ha establecido que el reconocimiento del derecho a ser indemnizado en supuestos de error judicial sólo es dable en materia penal, por lo que bajo esa excusa es uno de los derechos que no se reconocen en la figura de la extradición, a pesar de que su libertad es material y efectivamente suspendida (Perelló, 2014, p. 387).

V. CONCLUSIONES

Las presentes conclusiones se concentran en México como objeto principal de estudio. Como acotación de forma, se propone redefinir la nomenclatura con la que actualmente se conoce a la extradición en México, para colocarla a la par de los más altos estándares a nivel mundial que existen en el derecho internacional y la doctrina especializada. Sobre el particular, conviene recordar que en la taxonomía de la materia existen dos tipos de extradición: la activa y la pasiva. La primera se refiere a la solicitud del Estado requirente; mientras que la segunda hace referencia a la solicitud del Estado requerido. Por tal motivo, la extradición regulada debería ser únicamente la pasiva (Bellido, 2001, p. 42), recogiendo lo dispuesto en el Acuerdo por el que se dan a conocer los procedimientos de la Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Con fundamento en lo anterior, se propone reconocer, como en el caso de España, el carácter pasivo del objeto de la actual Ley de Extradición Internacional. Por ello, la denominación de esta debería ser aquella que aluda a la Extradición Pasiva con el propósito de que la legislación mexicana en la materia se unificara al modelo de Naciones Unidas y países miembros de la Unión Europea.

En segundo término, se reconoce que la positivación en normas regionales no es capaz por sí misma de transformar su naturaleza (García, 2016, p. 537). Sin embargo, es necesaria una sistematización que brinde mayor homogeneidad y uniformidad al sistema actual, a través de una división coherente y ordenada de temáticas, en las cuales se utiliza la racionalidad lingüística a partir de una técnica legislativa más depurada (Sánchez, 1989, p. 113), proponiendo, además, una clasificación de tres fases en la extradición: finalidad y principios generales; procedimiento de extradición, y efectos de la entrega del reclamado. Esto en el sentido de integrar las tesis que ha surgido para aclarar cuestiones técnicas y procedimentales ([TA]; 9a. Época; T.C.C.; S.J.F., (9a.) 2009).

Además, es necesario que la Ley se actualice sus contenidos con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, en cuanto a los criterios de forma y fondo e instrumentos internacionales de carácter bilateral y multilateral que hayan sido suscritos por el Estado mexicano. En este sentido, la incorporación del principio pro persona dentro de la misma legislación, y como premisa para su interpretación, es menester para el óptimo desempeño de esta, en el que se observe, por ejemplo, el actual artículo 12 en el que se reclama la pena más grave para elegir a qué Estado solicitante se le entregará el requerido.

Sin lugar a duda, la extradición es un instrumento necesario e idóneo ante la territorialidad absoluta que se configura como instrumento de ejecución de la acción penal y, por ende, de justicia. No obstante, abandonar los principios de derechos humanos sería no sólo una atrocidad sino una falla del mismo Estado de derecho al que la extradición se encuentra íntimamente relacionada. Además, es imposible negar la inevitable toma de decisiones punitivas que afectan en las esferas jurídicas de los individuos y, en especial, en su dignidad como personas al inmiscuirse medidas como la privación de la libertad.

Es indudable que constitucionalmente nuestro país se encuentra obligado a promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de toda persona sometida a un proceso de extradición. De ahí que sea necesaria la modifica-

ción al artículo 119, para decretar únicamente los principios y las máximas directrices, por sobre imposiciones técnicas que logran luego ser interpretadas en perjuicio de las personas. Además, la creación de una nueva Ley que tenga como objeto fundamental actualizar los contenidos de esta en el contexto del derecho internacional de los derechos humanos; de ahí que sea procedente abordar la compatibilidad de ésta con los convenios bilaterales y multilaterales que ha suscrito el Estado mexicano.

Del mismo modo, es necesaria una reforma constitucional integral, con el objetivo de uniformar y armonizar nuestra Constitución con los estándares contenidos en los instrumentos internacionales, tanto bilaterales como multilaterales, de los que el Estado mexicano es parte. Se trata, pues, de cumplir con la finalidad de que los detenidos no evadan la acción de la justicia, a la vez que se optimizan los derechos y garantías procesales del propio reclamado. La tendencia indica una juridificación y judicialización de la política en las últimas décadas, por lo que la extradición como figura política, penal, administrativa y de tutela de derechos humanos ha perseguido esta misma transformación. Así, no es descabellado pensar que pronto veremos una reglamentación más a profundidad en este instrumento.

Finalmente, de modo transversal debe haber una amplia flexibilidad normativa y judicial que permita proporcionar elementos de especificidad suficientes como para que los operadores puedan enfrentarse a la singularidad de cada supuesto, a fin de alcanzar una justicia efectiva.

VI. REFERENCIAS

- Allué, A. (2014). Una presunción de inocencia extensa y poco intensa. En J. García y P. Santolaya, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 325-342). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Álvarez, F. y Queralt, A. (2014). El derecho a la libertad y a la seguridad y su sistema de garantías en el Convenio de Roma: un estándar mínimo europeo. En J. García, J. y P. Santolaya, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 129-200). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Beccaria, C. (2006). *De los delitos y de las penas*. Fondo de Cultura Económica.
- Bellido, P. (2001). *La extradición en Derecho Español*. Civitas.

- Comité de Derechos Humanos. Comunicación núm. 900/1999, CCPR/C/76/DE/900/1999. <http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2244.pdf>
- Caballero, J. (2011). Cláusula de interpretación conforme y el principio pro-persona. En M. Carbonell y P. Salazar Ugarte, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cárdenas J. (2009). Comentario al artículo 119. En M. Carbonell (coord.), *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y concordada* (pp. 477-486). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cavazos, A. (2013). La independencia judicial como presupuesto del Debido proceso. En M. Núñez (coord.), *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano* (pp. 81-96). Bosch.
- Centro de Noticias ONU (2017). ONU anuncia ganadores del Premio de Derechos Humanos. <http://www.un.org/spanish/News/story.asp?NewsID=28185#.VHIXodKG9CY>
- Corte IDH (2014). *Caso Argüelles y otros vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de noviembre de 2014. Serie C No. 288.
- Corte IDH (1997). *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30.
- Corte IDH (2009). *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH (2001). *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. Párrafo 71.
- Corte IDH (2008). *Caso Valle Jaramillo y otros vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008.
- Corte IDH (2015). *Caso Wong Ho Wing vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2015. Serie C núm. 297.
- CIDH (2012). *Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en México* (cáp. III). Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Consejo de la Unión Europea (2017). 2008/801/EC: Council Decision of 25 September 2008 on the conclusion, on behalf of the European Community, of the United Nations Convention against Corruption. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32008D0801>
- Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 190/1 18-07-2002.

- Dondé, M. (2011). *Extradición y debido proceso*, Instituto Nacional de Ciencias Penales; Tirant lo Blanch.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el Juez mexicano. En M. Carbonell y P. Salazar, *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2013). *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*. Marcial Pons; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2010). Voto Razonado del juez ad hoc Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Cabrera García y Montiel Flores c. México. San José. 26 de noviembre de 2010.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. En Carbonell, M. y Salazar, P. (coords.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos: un nuevo paradigma* (pp. 339-429). Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Flores, J. (2014). Prólogo. En C. Steiner y P. Uribe (eds.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Konrad Adenauer Stiftung.
- García S. (2004). Voto Concurrente Razonado del Juez Sergio García Ramírez a la sentencia del Caso Tibi vs. Ecuador, del 7 de septiembre de 2004.
- García S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Ius; Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 5(26).
- García, S. y Morales, J. (2011). *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*. Porrúa.
- García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Ius; Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, 1(5).
- García, J. (2016). El diálogo sobre derechos humanos entre el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana. En P. Santolaya y I. Wences, *La América de los derechos* (pp. 533-564). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Gómez, E. (2006). Los derechos individuales en el procedimiento de extradición y en la Orden Europea de Detención y Entrega. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 2(2006). Universidad Nacional Autónoma de México.

- Herdegen, M. (2005). *Derecho Internacional Público*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México; Konrad Adenauer Stiftung.
- International Court of Justice (2017). Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America). <http://www.icj-cij.org/docket/files/128/8188.pdf>
- Jiménez, L. (1964). *Principios del Derecho Penal*. Sudamericana.
- Morales, L. (2021). Reformas en Derechos Humanos y Amparo de 2011: Una década de transformación frustrada. En Sepúlveda *et al.*, *Las Reformas Constitucionales de Derechos Humanos y Amparo: A diez años de su promulgación*. Tirant lo Blanch.
- Morales, J. (2022). Prospectiva del control de convencionalidad en el sistema interamericano y su proyección nacional. En Salazar *et al.*, *Aportes de Sergio García Ramírez al sistema interamericano de derechos humanos* (pp. 131-156). (II). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Neria, M. (2013). Plazos razonables y Debido proceso. En M. Núñez, *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano* (pp. 109-124). Bosch.
- OEA (2012). Convención Interamericana sobre Extradición. <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/b-47.html>
- Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (2012). *Manual de asistencia judicial recíproca y extradición*. Naciones Unidas.
- Organización de las Naciones Unidas (2008). Tratado Modelo de Extradición. http://www.un.org/spanish/documents/instruments/docs_subj_sp.asp?subj=33
- Pajares, E. (). La libertad personal: la aproximación del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En M. Revenga, y A. Viana, *Tendencias jurisprudenciales de la Corte Interamericana y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos* (pp. 123-158). Tirant lo Blanch.
- Perelló, I. (2014). El derecho a ser indemnizado en supuesto de error judicial. En J. García y P. Santolaya, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 377-388). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Queralt, A. (2008). La interpretación de los derechos: del Tribunal de Estrasburgo al Tribunal Constitucional. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Quintano A. (1957). *Tratado de Derecho Penal internacional e internacional penal*, dos tomos. Instituto Francisco de Vitoria.

- Registro digital 160584 (2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Volumen. LXVI/2011. t. 1.
- Registro digital 188603 (2001). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Volumen XIX/2001. t. XIV.
- Registro digital 170317 (2008). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. Volumen XVII/2008. p. 14.
- Registro digital 167511 (2009). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época. T.C.C., p. 578.
- Registro digital 14694 (2011). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. VII, Décima Época, p. 1985
- Registro digital 200452 (1995). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. II. Novena Época, p. 200.
- Registro digital 2001644 (2012). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. III, Décima Época, p. 1742.
- Rey, E. (2008). *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. Porrúa.
- Rodríguez, G. (2013). El artículo 15 constitucional y los tratados internacionales. En E. Ferrer Mac-Gregor y J. Caballero (coords.), *Derechos Humanos en la Constitución (Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana)* (T. I). Konrad Adenauer; Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Rovira, A. (2005). *Extradición y derechos fundamentales; Comentarios al artículo 13.3 de la Constitución*. Civitas.
- Sainz, A. (2016). Derechos sin soberano: algunos elementos de comparación de los dos sistemas. En P. Santolaya y I. Wences, *La América de los derechos* (pp. 523-532). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Salado, A. (2014). El ‘plazo razonable’ en la administración de justicia: una exigencia del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En J. García y P. Santola, *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 229-250). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Sánchez, M. (1989). Contenido de las normas, principio de homogeneidad, estructura formal. En F. Sainz y J. Silva (coords.), *La calidad de las leyes*. Vitoria.



Suspición ante el control difuso de constitucionalidad

Suspicion of Diffuse Control of Constitutionality

Piero Mattei-Gentili¹

 <https://orcid.org/0000-0002-5289-1664>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: pieromg@unam.mx

Recepción: 13 de octubre de 2021

Aceptación: 2 de mayo de 2022

RESUMEN: El artículo cuestiona la popular creencia de que el control de constitucionalidad difuso es una herramienta necesaria para la protección de los derechos humanos. La investigación comienza exponiendo los postulados esenciales por medio de los cuales el Estado de derecho procura la garantía de los derechos. A continuación, se argumenta que la interpretación constitucional es casi ineludible, por lo cual se efectúa un examen de las dos grandes posturas teóricas en torno a la interpretación jurídica y sus consecuencias. Vistas las posibilidades que las dos posturas presentan, se finaliza por exponer los motivos por los cuales es preferible un esquema de control concentrado y se disipan posibles equívocos.

Palabras claves: control constitucional concentrado, control constitucional difuso, Estado de derecho, derechos fundamentales, interpretación jurídica, seguridad jurídica.

ABSTRACT: The paper questions the popular belief that judicial review is a necessary tool for human rights' protection. The investigation begins by exposing the essential postulates by means of which the Rule of Law seeks to guarantee rights. Next, it is argued that constitutional interpretation is almost unavoidable, which is why an examination of the two major theoretical positions regarding legal interpretation and its consequences is made. Given the possibilities that the two stances present, it ends by expressing the reasons why a concentrated control scheme is preferable and possible misunderstandings are dispelled.

Keywords: concentrated constitutional control, judicial review, rule of law, fundamental rights, legal interpretation, legal certainty.

¹ El desarrollo del presente trabajo ha sido posible en parte gracias al apoyo de la “Land Steiermark Fellowship” que me ha otorgado la Universidad de Graz, en Austria.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El Estado de derecho*. III. *La casi ineludible interpretación y el problema del control constitucional*. IV. *Sobre la interpretación*. V. *Optimismo interpretativo y el control difuso*. VI. *Teoría jurídica y control constitucional. Camino hacia un desenlace*. VII. *Conclusión*. VIII. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, el denominado paquete de reformas constitucionales en materia de derechos humanos del año 2011 modificó el texto del artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer que las normas relativas a los derechos humanos se interpreten de conformidad con la misma y con los tratados internacionales para favorecer en todo tiempo a las personas con la protección más amplia. Desde entonces se comprende que dicha disposición da pauta a la instauración de un mecanismo de control difuso de la constitucionalidad en nuestro ordenamiento; esto es, que la interpretación y constatación de la compatibilidad de la legislación conforme a la Constitución no es más una competencia exclusiva de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Con todo, el alcance del control difuso había permanecido restringido debido al criterio sostenido en el amparo en revisión 1046/2012, según el cual los tribunales colegiados solamente tenían facultades de control *ex officio* en consideración de la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y el Código de Procedimientos Civiles. En sesión plenaria del 28 de septiembre del 2021, por nueve votos contra dos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó abandonar dicho criterio por considerar que el artículo primero constitucional obliga a todas las autoridades a dejar de aplicar todas las disposiciones que vulneren los derechos humanos. Esto es, se estableció que los organismos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, cuando actúan en amparo directo o indirecto, están facultados para ejercer el control de constitucionalidad de todas las normas sometidas a su conocimiento.

En síntesis, la expansión de las facultades de los jueces y tribunales representa un paso hacia la consolidación del control difuso de constitucionalidad en el ordenamiento jurídico mexicano lo que, a juicio del ministro presidente, representa un paso decisivo en la protección de los derechos fundamentales en nuestro país.² Pero el ministro presidente no está solo en su

² Considero oportuno resaltar que, ciertamente, la adopción del mecanismo de control

opinión, la cual es secundada por un amplio grupo en la academia y en la comunidad jurídica. En general, se asume, por decirlo con palabras de Vázquez Sánchez (2020, p. 344), que “la práctica del control difuso [...] es la práctica de resolver cuestiones constitucionales con base en los derechos humanos”.

Sin embargo, asumir que el control difuso necesariamente implica resolver cuestiones constitucionales con base en derechos humanos es falaz. Cuando menos, esto significaría que el control concentrado no cuenta con la misma efectividad en materia de protección de derechos; incluso, que en algún sentido representa un obstáculo. Pero esto no es así. De hecho, la tradición constitucionalista europea suele asumir al modelo del control concentrado como indispensable para el sustento del Estado de derecho y la consecuente protección de los derechos humanos³ y, por otra parte, se desconfía de las supuestas virtudes del control difuso.

Considero que la reciente resolución de la Suprema Corte es un suceso que invita a reflexionar nuevamente respecto de nuestro diseño institucional con miras a la consolidación del Estado de derecho y la protección de los derechos. Con este fin, se asume una postura impopular respecto de la opinión imperante en la dogmática mexicana y, como consecuencia, se adopta una visión suspicaz. En particular, se desconfía de las supuestas virtudes del *judicial review* o control difuso. Se plantea como hipótesis que la confianza en el control difuso radica en una visión optimista —incluso *naïve*— respecto de la interpretación jurídica y de sus alcances para la consagración

difuso de constitucionalidad para el ordenamiento jurídico mexicano no fue una mera ocurrencia, y tampoco se trató simplemente de imitar el mecanismo estadounidense de *judicial review*. Por el contrario, se suele considerar que la adopción del mecanismo de control difuso de constitucionalidad se encuentra en línea con la “internalización” de la doctrina desarrollada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que ha promovido el control de convencionalidad desde el año 2006 con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, y que ha reafirmado de manera patente que dicho control sea realizado de manera difusa en el caso *Cabrera García y Montiel Flores vs. México* del 2010. La expectativa de esta doctrina, en líneas generales, es que los jueces nacionales sean también jueces interamericanos, los primeros y auténticos guardianes de la Convención Americana, de sus Protocolos, y de la jurisprudencia desarrollada por la Corte Interamericana. [Véase Ferrer Mac-Gregor (2011, pp. 923-935)]. Por lo tanto, considero que, en cierta medida, las reflexiones del presente artículo podrían trasladarse también para cuestionarse acerca de la idoneidad de la promoción del mecanismo del control difuso de convencionalidad para los países que han aceptado la competencia de la Corte Interamericana con miras a la consolidación regional del Estado de derecho y de la efectiva protección de los derechos humanos.

³ Véase Ferreres Comella (2011, cáp. 10).

del Estado de derecho en el que se garantiza la protección de los derechos fundamentales.

Para esto, partiré por exponer las consideraciones relativas a las exigencias de diseño institucional elementales que reclama el Estado de derecho. Posteriormente se expondrán los argumentos que muestran que la interpretación constitucional es casi ineludible, y las razones intuitivas que hacen atractivo al control difuso. Como consecuencia, se abordará un examen de las diversas teorías interpretativas que, se estima, permitirá observar al control difuso desde una perspectiva más crítica. Entonces se presentarán los argumentos por los cuales se considera que, con independencia de la teoría jurídica e interpretativa que se adopte, el control difuso es menos apto que el control concentrado para perseguir los postulados del Estado de derecho y la protección de los derechos. Como conclusión, se expondrá que, aunque el control concentrado tampoco es idóneo, es preferible al difuso por diversos motivos que serán expuestos.

II. EL ESTADO DE DERECHO

Definir al Estado de derecho dista mucho de ser una labor exenta de controversia. En particular, en las últimas décadas la controversia conceptual parece haberse acrecentado con motivo de las exigencias de que el ordenamiento jurídico supere los *impasses* que supuestamente representa la igualdad *formal* para procurar la igualdad *material* (Aarnio, 1990, p. 26; Böckenförde, 2000, p. 17-18; Tamanaha, 2004, p. 91). Por lo tanto, no bastaría un Estado constituido sobre el valor de la legalidad. También se suelen agregar los adjetivos “social”, “liberal”, “constitucional” y “democrático”, para enfatizar que el Estado de derecho es más ambicioso; que procura la concreción de valores morales que se consolidarían en la parte dogmática del texto constitucional (en particular en su catálogo de derechos fundamentales), valores que en ocasiones no se pueden garantizar mediante la formalidad de la legislación.

Este no es el lugar para profundizar en un debate de lo que considero es más un postulado debatible de teoría jurídica normativa y filosofía política que un axioma propio de los ideales ilustrados que han forjado el Estado de derecho; y, más importante, un postulado que tampoco proporciona una respuesta concreta acerca del diseño institucional del ordenamiento ju-

rídico en materia de control constitucional (con la posible excepción del Estado liberal de derecho).

Por el momento, con Elías Díaz (2002, p. 77), considero que es posible concordar en que la razón de ser del Estado de derecho es la protección de los derechos humanos, consolidados como derechos fundamentales en los textos constitucionales. Sumado a esta consideración, en general, estimo que las siguientes tesis continúan representando el núcleo significativo del concepto contemporáneo de Estado de derecho:

- a) La protección de los derechos solamente puede ser concretada de manera cabal por medio de la sujeción al derecho o, como suele ser denominado este postulado, el *imperio de la ley*. De hecho, imperio de ley, o expresiones como *rule of law* o *Rechtsstaat*, normalmente ser consideradas sinónimas; o, como mínimo, íntimamente ligadas (Díaz, 1975, pp. 30-31).
- b) El *imperio de la ley* no significa otra cosa que la sujeción del poder y de los actos públicos a reglas por todos conocidas. En este tenor, el Estado de derecho premia la certidumbre, pues los ciudadanos pueden planear su vida (ser autónomos) y pueden exigir sus derechos, en la medida en que conocen sus obligaciones y prerrogativas por medio de las reglas que los articulan (Salazar Ugarte, 2006, pp. 80, 116; Laporta, 2009, pp. 61-62). En esta línea, la garantía y protección de los derechos es efectiva en la medida en que el actuar de las autoridades es previsible.⁴
- c) Solamente se puede predicar que rige un Estado de derecho en las sociedades en que impera la igualdad ante la ley (o, ante el derecho). Esto significa que las leyes deben ser generales, en el sentido de que los supuestos que prevén se aplican a cualquier persona sin distinción indiscriminada (Troper, 2004, p. 73; Salazar Ugarte, 2006, pp. 88-89).
- d) El Estado de derecho impone un principio democrático de que todo ciudadano debe poder participar de la creación de las leyes (*no taxation without representation*), las cuales deben ser públicas, lo más claras posibles, y su aplicación jamás debe ser retroactiva.⁵

⁴ Es menester recordar que la importancia de este postulado constituye una lección tan antigua que ya era advertida por los antiguos griegos. Así, por ejemplo, Aristóteles (2007) señalaba como virtud del gobierno de las leyes la ausencia de lo pasional en el razonamiento para tomar decisiones (*Política*, 1286a).

⁵ Como expone Böckenförde (2000), el principio democrático se extiende prácticamente a todas las esferas del Estado y del gobierno constitucional, de modo que no se limita al

- e) Para evitar que se torne opresivo, el poder no debe concentrarse. Por lo tanto, el poder debe dividirse, de modo que las diversas instancias del poder público controlen mutuamente que sus actúes se conduzcan conforme al derecho (Troper, 2004, pp. 70-71).

También es importante considerar que la historia Estado de derecho contemporáneo discurre en línea paralela con la del *constitucionalismo*. De hecho, comparten tantos postulados en común que en parte resulta difícil distinguirlos. Como muestra, el constitucionalismo no es compatible con cualquier noción de Constitución —entendida como el conjunto de reglas supremas que dotan de identidad a un ordenamiento jurídico—. Como señala Pedro Salazar Ugarte (2006, p. 72), “el constitucionalismo es la forma particular de concebir ese conjunto de reglas”. Así, las reglas que forman la Constitución del constitucionalismo son aquellas que tienen como finalidad limitar el poder político y garantizar la protección de los derechos humanos. En esta línea, el artículo decimosexto de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano señala que “[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”.

La Constitución del ordenamiento es el instrumento jurídico primordial mediante el cual se procura garantizar las exigencias del Estado de derecho. El control de constitucionalidad representa una herramienta complementaria para la consecución y mantenimiento del Estado de derecho, por medio del cual se procura que las disposiciones jurídicas inferiores no contravengan a la Constitución. Dicho control consiste en interpretar la normatividad inferior para verificar su idoneidad respecto de la normatividad constitucional y dejar de aplicar, e incluso expulsar del ordenamiento, a aquellas normas que se identifican como inconstitucionales.

ejercicio del sufragio para la elección de los representantes populares. Además, el concepto “democracia” está dotado de una fuerte carga valorativa, por lo que, como expone Comanducci (2016, pp. 62-63), existe una variedad de definiciones que vacilan entre lo procedimental y lo sustancial, habiendo definiciones netamente mixtas. También, hace más de una veintena de años que pervive un debate en torno al oportunismo de la adopción de un modelo de democracia procedimental o uno de democracia deliberativa (Vázquez, 2015, cap. 6. IV). No es este el espacio para abrir un debate acerca de cuáles son los conceptos de democracia y los diseños instruccionales acordes para el Estado de derecho contemporáneo. Para los efectos de este trabajo, basta considerar el hecho de que el actuar del poder legislativo, al integrarse formalmente de representantes populares, cuenta de un cierto manto democrático cuyo respecto ha de procurarse en el Estado contemporáneo.

El control constitucional puede ejercerse de manera difusa o concentrada. La primera tiene efectos *inter partes*; la segunda, es *erga omnes*. El control difuso corresponde al esquema del *judicial review* arquetípicamente estadounidense, que confiere dicha tarea a todos los jueces que integran el poder judicial. En palabras de Elena Highton (2010, p. 108) “todos los jueces son jueces de legalidad y de constitucionalidad”. No obstante, es importante advertir que los ordenamientos que cuentan con mecanismos de control difuso también suelen contar con una instancia de control último y concentrado, como en el caso de México, cuya Suprema Corte de Justicia cuenta con la facultad de resolver de manera definitiva las controversias en materia de interpretación constitucional. Los ordenamientos que adoptan lisamente el control concentrado centralizan el ejercicio del control constitucional en un único órgano que habitualmente es independiente del poder judicial. Ese órgano suele ser un Tribunal Constitucional, obedeciendo a un diseño tradicionalmente europeo.

De manera intuitiva se revelan las ventajas de los ordenamientos que adoptan el control difuso. Este esquema pretende consentir la protección judicial expedita de los derechos fundamentales. Si un juez identifica que una determinada ley es inconstitucional, llanamente ha de abstenerse de aplicarla para garantizar el disfrute de los derechos de manera inmediata. Por su parte, esto no sería posible en el control concentrado. En éste, en el mejor de los casos, es posible que el diseño institucional permita a los jueces advertir que han encontrado alguna forma de irregularidad constitucional en alguna ley, pero habrá que esperar a que la instancia suprema y competente verifique este hecho para que, de ser el caso, la sentencia sea revertida y los ciudadanos retornen a gozar del derecho del que han sido privados en virtud de la declarada ley inconstitucional.

Pero determinar que una disposición jurídica es inconstitucional, o que una ley dada viola derechos fundamentales, es una cuestión de interpretación. Como habremos de ver, la interpretación no es algo sencillo, los procesos interpretativos conllevan demasiadas variantes para tener en cuenta como para decantarse por uno u otro esquema de control constitucional sin abordar un estudio sobre las diversas dificultades que se presentan en la interpretación y la forma en que las diversas teorías jurídicas las abordan.

III. LA CASI INELUDIBLE INTERPRETACIÓN Y EL PROBLEMA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL

En su parte dogmática, y particularmente en lo tocante al catálogo de derechos, los textos constitucionales suelen estar redactados de manera muy abstracta y generalizada. Podemos coincidir en que, en gran medida, esto hace que la identificación de normas constitucionales cuente con un amplio parámetro de vaguedad que acarrea una notable e ineludible labor interpretativa o, cuando menos, una actividad que no se puede limitar a la interpretación literal (Guastini, 2001, p. 257). Lo que esto significa es que, en cierto modo, todo juez ejerce algún grado de control constitucional, por lo que todo ordenamiento, de modo inevitable, está constreñido a tolerar un cierto grado de control difuso de constitucionalidad. Un control mínimo que, por lo menos, sirve para fijar la competencia jurisdiccional. Esto involucra no sólo identificar la norma que le otorga competencia (formal) para juzgar en general, sino también la norma que fija el ámbito de esa competencia (material).⁶ Esto es, el juez debe contrastar la legislación con el texto constitucional para identificar que existe una norma con fundamento constitucional que le otorga competencia definida para conocer y para resolver en la materia del asunto que se le presenta. En este sentido, todo cuerpo legislativo que fije la competencia jurisdiccional es constitucional, por lo menos en la medida en que se juzga (interpreta) que el fundamento de su validez se encuentra en la Constitución.

Pero, si prácticamente todo proceso de adjudicación involucra algún grado de control constitucional, ¿cómo entender la distinción entre control difuso y control concentrado? ¿Tiene sentido esta distinción?

Considero que la distinción tiene sentido. Después de todo, está claro que los juristas, cuando hablan de control constitucional, hablan de algo ulterior a la competencia judicial, un problema posterior y más sustancioso. Entonces, el modo de comprender la distinción con mayor claridad es como dos esquemas de control en el ordenamiento, uno en el que se alienta a los jueces ordinarios a realizar interpretaciones más abiertas y audaces para encontrar violaciones a derechos constitucionales, que sería el caso del control

⁶ Además, habría que tener en cuenta, como explica Bulygin (1994, p. 14), que la distinción entre interpretación formal y material es ficticia. El problema interpretativo que pasa de identificar las fuentes del derecho a los valores en ellas contenidas, no es un problema de interpretación esencialmente distinto, sin importar la fuente referida. Esto es, inevitablemente la llamada “interpretación formal” involucra una interpretación material, aunque pretendidamente encubierta.

difuso; y uno en el que se alienta a los jueces comunes a ser más prudentes en la labor de la interpretación de la legislación a la luz de los derechos consagrados en la Constitución, que sería el supuesto del control concentrado.

Utilizando los términos de Weber como analogía, el control difuso alienta a los jueces ordinarios a adoptar una ética de la convicción en materia constitucional, en donde se ha de aplicar la solución que se estima correcta dejando de lado ulteriores consideraciones. Mientras que el control concentrado los invita a adoptar una ética de la responsabilidad que, no dejando de lado los valores asumidos, acuda a un razonamiento estratégico que procure mantener la estabilidad del ordenamiento (Bobbio, 2009, pp. 214-215). La analogía no es perfecta, pero funciona en la medida en que se entienda que para la visión que patrocina el control difuso, el conocimiento objetivo de los valores constitucionales es posible, por lo tanto, si el juez ha ejecutado todas las técnicas interpretativas y ponderativas adecuadas, y está seguro de haber identificado una incompatibilidad inconstitucional en la legislación, sea parcial o total, debe declararla y dejar de aplicar la norma para garantizar el goce de los derechos, que es siempre prioritario. Por su parte, el control concentrado es más “agnóstico”, por decirlo de alguna manera. Es indudable que la Constitución procura ciertos valores en los que descansan los derechos, pero estos son intrincados y es difícil —prácticamente imposible— demarcar de modo objetivo cuáles son sus alcances, así como su peso cuando entran en conflicto. Incluso, es todavía más incierto que el juicio interpretativo que el juez efectúe acerca del alcance y el peso de los valores constitucionales no esté viciado por sesgos cognitivos y apreciaciones subjetivas. Por lo tanto, el control concentrado incita al juez ordinario a no adoptar una forma de cognitivismo moral en materia de valores constitucionales o, a lo sumo, a adoptar la prudencia de la duda como una virtud propia de su labor.⁷ El juez puede realizar una labor interpretativa densa, pero si considera que ha encontrado cierta irregularidad constitucional, el mejor modo de proceder es con

⁷ No es que el control concentrado necesariamente promueva un no-cognitivismo, o alguna forma de relativismo moral en materia constitucional; en realidad considero que no dice nada en este campo, pero sí invita a la prudencia como mejor actitud interpretativa y, en este sentido, a abrazar la duda acerca de los propios juicios de los juzgadores en materia constitucional. En este tenor, asumir la virtud de la duda para un agente es como si adoptara una forma de no-cognitivismo o de relativismo, en el que el agente se plantea que sus juicios morales pueden ser erróneos o no universales. Para una buena exposición acerca del modo en que el no-cognitivismo meta-ético promueve una forma de ética relativista o de la duda, véase Scarpelli (2007, pp. 46-56) y Williams (2016, pp. 195-214).

prudencia, dudar del propio juicio, ser estratégico y finalmente aplicar la ley para procurar respetar los valores de certeza y democracia que implica el hecho de que haya sido creada por medio de un procedimiento constitucional (esto es, asumir la presunción de constitucionalidad) y, como mucho, manifestar su duda acerca de la compatibilidad constitucional del precepto interpretado para que la instancia correspondiente lo examine.

Como es posible entrever, el control difuso parece descansar en una visión optimista de la interpretación. Por otra parte, no necesariamente es posible señalar que el control concentrado descansa en una visión escéptica de la interpretación; pero, sin duda, no considera que la labor interpretativa en materia constitucional sea algo sencillo de efectuar, por lo que invita a ser más cautelosos.

Ahora bien, autores como Jeremy Waldron (2006) y Donald Bello Hutt (2016) se han manifestado en términos generales en contra del control judicial por considerarlo antidemocrático y, como consecuencia, no necesariamente afín con el Estado de derecho (Waldron, 2006, p. 1346). El debate constitucional contemporáneo suele ser planteado en términos de la *objeción contramayoritaria* (Bickel, 1986, p. 16) y el oportunismo de que el diseño de nuestros ordenamientos jurídicos incorpore esquemas de control constitucional. No me detendré en dicho debate, pues no es objeto de la cuestión que me interesa abordar aquí. Lo que me incumbe mostrar es que, si un ordenamiento incorpora el control constitucional, el esquema concentrado es más adecuado para procurar los ideales del Estado de derecho que el esquema de control difuso. De hecho, considero que es posible asumir una postura escéptica de la interpretación, y que esto es compatible con una defensa del control concentrado como el mejor esquema para la consecución del Estado de derecho. Más controversial aún, me parece que incluso desde los postulados de la postura optimista de la interpretación existen buenos motivos para preferir el esquema de control concentrado sobre el difuso. Esto es, incluso desde la postura optimista, las ventajas del control difuso son sólo aparentes o, al menos, no existen garantías suficientes para preferirlo sobre el control concentrado.

IV. SOBRE LA INTERPRETACIÓN

La aplicación del derecho involucra la identificación de normas. Las normas se identifican a partir de las diversas fuentes —como la legislación, la juris-

prudencia, los tratados o la costumbre— en las que se encuentran supuestos de hecho, *casos*, que el derecho busca regular. En general, las normas son concebidas como el significado asignado a las fuentes jurídicas, particularmente a sus textos (Guastini, 2011, p. 63)

Por su parte, la sentencia o resolución judicial involucra una norma individualizada (Kelsen, 1982, p. 33) que supone que el caso específico que ha sido presentado ante el juez es una instancia subsumible del supuesto de hecho previsto en la norma general. Como se suele exponer, este proceso compone la implementación del silogismo judicial, en el cual la premisa mayor es la norma general que asigna una consecuencia a un supuesto de hecho, mientras que la premisa menor es un enunciado que resulta del razonamiento por medio del cual el juez califica que los hechos ante él presentados y probados constituyen un caso particular del supuesto de hecho previsto por la norma general (Gascón Abellán, 2010, p. 67).

Para el caso que nos concierne, basta centrar la atención en las normas, dejando de lado la no menos problemática —y también relevante— cuestión de la determinación de los hechos. Como es sabido, la configuración del silogismo judicial difícilmente representa un proceso llano o directo de identificación de normas generales listas para ser aplicadas a los casos que son presentados antes los jueces. Habitualmente, de hecho, se asume que la identificación de las normas generales a partir de las fuentes conlleva un proceso interpretativo casi ineludible.⁸

Frente a este panorama, la teoría jurídica analítica ha tendido a recurrir a la metáfora de la “textura abierta” para ilustrar el espectro de vaguedad

⁸ Aunque conviene ser precavidos y no caer en el extremo de asumir la tesis popular, pero equívoca, de la *inevitabilidad de la interpretación*, la cual refiere a la idea de que siempre es necesaria una labor interpretativa sobre las fuentes para la identificación o aplicación de las normas jurídicas generales (Nino, 2014, pp. 89-91). Por el contrario, no todo es interpretación y, con especial referencia a las fuentes escritas, como bien señala Navarro (2005, pp. 121-122): “La legislación refleja el intento de determinar normativamente ciertas acciones. Estos intentos reflejan decisiones que se formulan en un lenguaje compartido por los miembros de una cierta comunidad y las valoraciones de las autoridades normativas. Las decisiones interpretativas comparten ambas características de la legislación, es decir: el intérprete usa un lenguaje común a una cierta comunidad y basa sus decisiones en ciertas valoraciones. Por esta razón, el argumento de la inevitabilidad de la interpretación parece destinado al fracaso. Si la legislación es imposible como técnica de regulación del comportamiento, entonces la interpretación que comparte sus rasgos centrales no puede superar esta deficiencia. Ello conduce a un escepticismo radical incompatible con el análisis no sólo de las prácticas interpretativas sino también de la idea de que es posible motivar conductas mediante instrucciones o normas”.

que recorre la identificación del derecho (Hart, 1994, pp. 123-124). Centrándonos en el caso de las fuentes escritas, este postulado nos expone que las disposiciones jurídicas cuentan con un núcleo de significado claro, socialmente compartido, que hace posible su comunicación para regular de modo generalmente eficaz la vida social. Por otra parte, el lenguaje presenta un límite inherente en su capacidad comunicativa, por lo que existe un contorno de penumbra o vaguedad en donde no es totalmente claro cuál es la regla que el legislador ha buscado comunicar, o si ésta es aplicable a cierto caso en lo particular. En los supuestos en que no existe una convención manifiesta sobre cuál es la regla que el legislador buscó transmitir, o sobre los casos de su aplicación, se recurre a la interpretación, que no es sino el acto de elegir un significado, o norma-sentido (Alchourrón y Bulygin, 1997, pp. 16-17), entre diversos posibles.

Entonces, las normas son significados deónticos por medio de los cuales se busca dirigir la conducta de los agentes. Cuando no ha sido necesaria la mediación de la interpretación, se ha identificado a la norma jurídica por medio de un proceso cognitivo y ésta obedece a la voluntad del legislador o del constituyente, según sea el caso. Cuando media la interpretación, y en la medida en que interviene, la norma jurídica conlleva una dimensión de discrecionalidad o arbitrio por parte del juez que ha tomado la decisión de asignar un determinado significado a una disposición jurídica. En este sentido, la interpretación es una labor creativa por parte del juzgador; esto es, produce derecho. Pero esto tampoco acarrea necesariamente un ejercicio ilimitado o desmesurado. Podemos convenir en que la labor interpretativa es creativa en la medida en que el juez se aleja del núcleo del significado convencional del lenguaje en que las disposiciones jurídicas han sido formuladas. Esto es, la labor interpretativa puede ser más o menos creativa según sea el caso.

La dimensión de discrecionalidad o arbitrio es una cuestión que divide a distintas líneas teóricas y sus concepciones sobre la interpretación jurídica. Por un lado, tenemos la *postura escéptica*, que considera que allí donde se agota el significado convencional, la labor interpretativa es discrecional, obedece a valoraciones subjetivas por parte del intérprete al elegir entre las alternativas de significados posibles, y no existen parámetros objetivos de corrección en el derecho sobre su decisión. Se trata de una decisión política tomada por un juzgador. Por otro lado, se encuentra la *postura optimista*, que si bien coincide en que cuando se agota el significado convencional del lenguaje toca al intérprete realizar una acción discrecional para asignar

un significado a las disposiciones jurídicas (Prieto Sanchís, 2013, p. 134), no obstante, considera que el derecho cuenta con otros parámetros por medio de los cuales deben guiarse las labores interpretativa y argumentativa, y, por ende, con parámetros de corrección que permiten evaluar el acierto en la decisión tomada por el intérprete.

Conforme a la postura optimista, el grado de corrección en la decisión del intérprete estará determinado por el uso adecuado de diversas técnicas interpretativas y ponderativas en relación con los valores políticos y morales que consagra el ordenamiento jurídico de referencia. Incluso, esto permitiría al intérprete alejarse del significado convencional de una determinada disposición jurídica si encuentra que éste se aparta de manera radical de los fines del ordenamiento incitando un resultado extremadamente injusto.

VI. OPTIMISMO INTERPRETATIVO Y EL CONTROL DIFUSO

Las posturas optimistas invitan a no ser temerosos respecto de la incertidumbre que supuestamente representa la vaguedad del lenguaje proyectado en las disposiciones jurídicas. La interpretación, nos dicen, no necesariamente incorpora un ejercicio arbitrario o de abierta discrecionalidad. Ciertamente, esta actividad, en última instancia, descansa en un acto decisorio por parte del intérprete para asignar un significado a un texto, pero existen parámetros por atender y técnicas adecuadas para lograr resultados justificados, esto es, concordes con los valores que abraza la Constitución (Dworkin, 1986, pp. 108-110). De hecho, esos valores guían la pretensión de corrección del derecho (Alexy, 2007, pp. 208-209; Alexy 2011, pp. 31-32) y, por tanto, siempre existen modos de controlar la corrección de esas decisiones.

En este punto no debe quedar duda que los optimistas en materia interpretativa son, en algún modo, cognitivistas en materia moral. Esto es, consideran que los enunciados morales son susceptibles de ser verdaderos o falsos. En este sentido, si la Constitución incorpora valores, los juicios que los jueces realizan son susceptibles de ser verdaderos o falsos (Dworkin, 1986, p. 225); y, por ende, susceptibles de ser controlados y corregidos en tanto que los enunciados que manifiestan esos juicios se inserten en las formas y las reglas del discurso jurídico, que incluyen leyes, precedentes y dogmática jurídica (Alexy, 2007, pp. 211-213). A su vez, esto presupone

que el discurso jurídico es racional en cuanto se inserta como un caso especial del discurso práctico general⁹ (Alexy, 2011, p. 52).

En la exposición de Dworkin, los parámetros de corrección de las decisiones interpretativas que realizan los jueces están fijados de manera etérea por el proceder ideal de un juez hipotético, el juez *Hércules*, un arquetipo al que deberían aspirar todos los jueces. Hércules es un personaje con conocimiento jurídico supremo y una sensibilidad filosófica privilegiada, de modo que tiene no sólo un dominio de las leyes, los precedentes y las costumbres jurídicas que deben conducir su actuar como juez, sino que también conoce los valores o principios abrazados por la Constitución, y conoce la historia de su ordenamiento jurídico y los motivos éticos y políticos que llevaron a la adopción de esos principios (Dworkin, 1978, pp. 105-106). En esta línea, frente a la labor interpretativa que acarrea decidir un caso novedoso en algún aspecto, el juez Hércules se asume como autor inserto en la cadena de juicios y argumentos que han conformado el ordenamiento jurídico del que forma parte (Dworkin, 1986, pp. 238-239), de modo que, con todo su conocimiento de las fuentes legislativas vigentes, los precedentes, la doctrina, y los principios constitucionales, formula una teoría constitucional y política concorde con la narrativa que ha construido su ordenamiento para proporcionar la decisión interpretativa que concorde de mejor manera, y, de modo integral, con la narrativa que ha guiado la existencia de su ordenamiento jurídico. De tal manera, la *teoría del derecho como integridad* propugna la tesis de que un determinado enunciado jurídico es verdadero si encuentra respaldo o se sigue de los principios que proporcionan la mejor interpretación constructiva de la práctica jurídica de la comunidad (Rapetti, 2019, p. 70).

El modelo de Alexy, más aterrizado, también implica que la interpretación jurídica ha de ser realizada por agentes con talentos particulares, que son capaces de manejar una gran cantidad de información y tener una sensibilidad especial para seleccionar premisas axiológicas. Este modelo concibe al discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general. La parte específica del discurso jurídico radica en el manejo de leyes, precedentes y dogmática jurídica, mientras que la corrección en la impetración de los materiales jurídicos está dictada por los parámetros que gobiernan la racionalidad de los juicios morales.

⁹ Por si cupiera duda, cuando Alexy habla de “discurso práctico general”, éste ha de entenderse como el discurso moral. Véase Prieto Sanchís (2009, p. 98).

Inspirado en la teoría de la acción comunicativa de Jürgen Habermas, Alexy presenta a la teoría del discurso como una teoría procedimental de la razón práctica, de acuerdo con la cual, una proposición, práctica o normativa, es verdadera (o correcta) solamente si es el resultado de un discurso práctico racional. Como señala Alexy (2011, pp. 38-39):

Las condiciones de racionalidad discursiva pueden resumirse en un sistema de principios, reglas y formas del discurso práctico general. Este sistema comprende reglas que exigen la no-contradicción, claridad lingüística, fiabilidad de las premisas empíricas, ciertas consideraciones acerca de las consecuencias, la ponderación, la universalidad y la génesis de las convicciones normativas. Su núcleo procedimental está constituido por reglas que garantizan la libertad y la igualdad en el discurso.

De tal manera, los elementos específicos del discurso jurídico constituyen la dimensión real del derecho, su paso hacia la positividad; mientras que la dimensión ideal, que descansa en los parámetros del discurso práctico general, establece la pretensión de corrección del derecho positivo, esto es, la dimensión ideal que no se desvanece cuando el derecho se institucionaliza sino que, por el contrario, representa la pretensión de justicia que vive en el trasfondo del derecho. En esta línea, la dimensión real implica al principio de seguridad jurídica como un principio formal, y la dimensión ideal conlleva a la justicia como principio moral o sustantivo. Cuando ambos principios colisionan; lo cual sucede a menudo, entra en juego la ponderación, una práctica que busca situar en su correcta proporción a ambos principios en la creación y aplicación del derecho (Alexy, 2011, pp. 42-43).

Uno de los aspectos más distintivos —y controversiales— de las teorías optimistas es la tesis de la única respuesta correcta. Esta tesis es una consecuencia ineludible del cognitivismo y se basa en un razonamiento muy sencillo. El derecho califica hechos y derechos de manera concluyente para hacer valer sus consecuencias: un contrato es válido o no es válido; una promesa se ha cumplido o se ha incumplido; un determinado sujeto es culpable de cometer un delito o es inocente; se tiene o no se tiene un derecho (Dworkin, 1985, p. 120). Por difíciles que lleguen a ser los casos que se presenten ante los jueces, el derecho no deja estas cuestiones sin resolver, y el hecho de que clame ser un mecanismo de protección de derechos y de cumplimiento de las obligaciones excluye el ejercicio del arbitrio judicial, que representaría una forma de imponer soluciones de manera retroactiva (Dworkin,

1978, pp. 32-39). Por el contrario, la respuesta puede no siempre ser clara, pero esto no significa que no exista una respuesta correcta ni que los jueces cuenten con una discrecionalidad abierta. Después de todo, si el derecho implica una pretensión de corrección, debe contarse con parámetros respecto de los cual evaluar la corrección de los juicios. En efecto, el derecho cuenta con reglas, pero también con principios morales consolidados en sus constituciones y, además, existen mecanismos de interpretación y ponderación; todo ello guiado por las máximas del razonamiento práctico general, por lo cual necesariamente debe siempre haber una respuesta correcta —como necesidad lógica— a las cuestiones jurídicas, incluso a las más abstractas y controversiales.

Entonces, si un juez atiende adecuadamente los parámetros interpretativos del discurso jurídico significa que no es posible decir que sus decisiones han sido arbitrarias. También, si bien es cierto que estos modelos no establecen un procedimiento infalible para alcanzar *la* respuesta correcta y que, de hecho, lo más probable es que los jueces no logren conseguirla, esto no significa que deban desistir de seguir dichos procedimientos. De hecho, con Alexy, es posible decir que la única respuesta correcta finalmente es un ideal al que siempre hay que aspirar de conformidad con los parámetros de corrección que adopta el derecho (Alexy, 2007, p. 302).

Como consecuencia, el derecho asume una pretensión de corrección e incorpora valores en los que descansa la Constitución y los derechos que propugna. Además, existen técnicas interpretativas integradoras, aunado a los parámetros de la razón práctica que asisten a buscar respuestas correctas. Entonces, ¿qué impide asumir un esquema de control difuso de constitucionalidad que garantice el disfrute inmediato de sus derechos a todo ciudadano cuando un juez así lo advierta? Nada, de hecho, hasta aquí todo parece consistente y lo más sensato, en efecto, es adoptar el esquema de control difuso.

1. *Inconvenientes del optimismo interpretativo*

Sin embargo, posiblemente conviene comenzar a frenar un tanto el optimismo. Digamos, permaneciendo optimistas, que el control difuso puede ser visto como un esquema que propicia una plétora de resoluciones constitucionales que, si bien no son idénticas respecto de la única respuesta correcta, como mínimo se acercan. Pero otra forma de verlo es la siguiente: el control difuso promueve una plétora de respuestas, todas erróneas en distintos grados, pues ninguna es *la* respuesta correcta. Incluso, los parámetros de la

razón práctica y las técnicas interpretativas y ponderativas no garantizan llegar a una respuesta correcta; pero es que tampoco pueden garantizar cierta consistencia en los juicios efectuados por los diversos juzgadores. Como ilustra Aarnio (1990, p. 32), incluso dos jueces Hércules podrían llegar a respuestas diversas en consideración de los datos que se les presenten. Esto es, como mínimo, están irreductiblemente limitados a decidir conforme a la información que se le proporciona, y a los intereses que reclaman las partes interesadas. También, conforme a la teoría del discurso de Alexy, incluso los parámetros de justificación externa dejan ciertos espacios discrecionales al intérprete, espacios que no están ulteriormente sujetos a otros parámetros claros de corrección, como sucede con la fundamentación de las premisas basadas en enunciados empíricos o en premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas jurídicas (Alexy, 2007, p. 222). No obstante, si se insiste en que, a pesar de todo, igualmente una de las respuestas necesariamente es mejor que la otra, es posible retornar a Aarnio para exponer que esta polémica tampoco podría solucionarse invocando la respuesta que hubiera utilizado otro hipotético juez superior, un *meta-Hércules*, pues esto solamente nos llevaría a un círculo vicioso de regreso *ad infinitum*.

Así, incluso asumiendo una postura optimista, pero más recatada respecto de la tesis de la respuesta correcta, habría que tomar con cierto recelo el control de constitucionalidad en general, pero en especial el difuso. Podría admitirse que los parámetros de corrección existen y que hay que observarlos. Pero esto, como máximo, permitiría diferenciar a unas respuestas como más adecuadas que otras. Incluso, permitiría identificar respuestas llanamente incorrectas; pero no respuestas correctas, en toda la extensión de la expresión. Además, es menester recordar que el problema de que toda forma de control de la corrección de las resoluciones judiciales es *ex post*. Entonces, también habría que reconocer que no existe forma de garantizar siquiera cierta consistencia interpretativa entre las diversas resoluciones de los jueces, a pesar de que hayan realizado su mayor esfuerzo por seguir de manera rigurosa los parámetros de la razón práctica general y las técnicas interpretativas y ponderativas. Así las cosas, y puesto que no debe quedar duda en que el teórico optimista es un defensor del Estado de derecho, habría buenos motivos para desconfiar del esquema de control difuso, pues es indudable que abre la puerta para que los siguientes problemas se acentúen de cara a la procuración del *imperio de la ley*:

- a) Disparidad en el disfrute de los derechos. Puesto que, si el juez de la circunscripción A ha decidido que la ley X es inconstitucional, pero el juez de la jurisdicción B no lo ha hecho, esto significa que, como cuestión de hecho, los ciudadanos de la jurisdicción A gozan de derechos y obligaciones distintas a las de los ciudadanos de la jurisdicción B.
- b) Incertidumbre jurídica. Si diversos jueces están facultados para declarar inconstitucionales las leyes conforme al mejor esfuerzo interpretativo que realicen, pero no se garantiza la consistencia en los resultados, la aplicación del derecho se torna sumamente incierta. La previsibilidad acerca de qué derechos tengan los ciudadanos dependerá en gran medida de un cálculo acerca de la circunscripción judicial en la que se encuentren, pero nada impide un resultado totalmente imprevisible si el juez de una determinada circunscripción nunca ha resuelto un caso de un cierto tipo; o incluso considerando que es posible que los jueces no estén constreñidos a seguir las resoluciones precedentes de sus colegas (dos jueces de una misma circunscripción pueden llegar a resultados muy distintos). Asimismo, si se encontraran vigentes diversas interpretaciones sobre los asuntos jurídicos más relevantes (los constitucionales), no solo será difícil contar con seguridad jurídica sobre nuestros derechos, sino también sobre las normas que establecen los límites al poder y las que aseguran la división de los poderes.
- c) Vacilación sobre la presunción de constitucionalidad y democrática. Cuando una ley se promulga, a menos que su procedimiento de creación haya sido particularmente convulso, se ha de asumir: primero, que es constitucional, porque es sensato asumir que en sistemas políticos más o menos saludables, el legislador normalmente no busca crear leyes contrarias a la Constitución; y, segundo, que es democrática, puesto que el diseño de representación asume que los legisladores personifican la voluntad popular, por lo cual las leyes que crean están revestidas por un manto democrático *prima facie*. No obstante, no siendo claro que exista una respuesta correcta acerca de la constitucionalidad de diversos asuntos (esto es, siempre son algo controversiales), basados en estimaciones subjetivas, los jueces ordinarios tienen poder de inaplicar disposiciones jurídicas que fueron creadas de modo no controvertido conforme a procedimientos constitucionalmente previstos y por representantes populares democráticamente electos.

2. Contrarréplicas

Los optimistas, fieles a su condición, confían en contar con buenos argumentos para resistir a las objeciones de quien asuma una visión algo más reservada respecto de la interpretación y del control difuso. Por un lado, aunque reconocen que el control difuso conduciría a la existencia de una diversidad de criterios interpretativos, en realidad consideran que esto es algo positivo, algo que impulse la mayor protección de los derechos humanos, pues “la deliberación será más amplia y democrática si se nutre de diferentes visiones y no sólo de unas cuantas” (Vázquez Sánchez, 2021, p. 343). También, nos dicen, existen mecanismos institucionales que asisten a la unificación de criterios por contradicción, así como instrumentos teórico-doctrinales que asisten a controlar un posible caos jurídico generado por la pluralidad interpretativa del texto constitucional y de los desacuerdos que pueda causar.

Contra la idea de que es algo positivo que existan diversas visiones u opiniones en materia deliberativa, y que esto en algún modo esto es democrático, el planteamiento optimista se antoja mal dirigido. En efecto, en un Estado democrático, la diversidad de opiniones, el diálogo y el debate, son algo positivo, y algo que, de alguna manera, se espera tenga reflejo en el derecho por medio de la legislación e incluso en la reforma constitucional. De hecho, la pluralidad de partidos políticos está pensada con este fin. Pero una vez que la pluralidad de opiniones encuentra reflejo en la legislación, o en la reforma constitucional, no es algo necesariamente positivo que los jueces diverjan en sus opiniones acerca de cuál es el derecho aplicable, de cuáles son las obligaciones de las autoridades, y cuáles son los derechos y deberes de los ciudadanos. No cuando dichas opiniones divergentes se reflejan en sus sentencias. Incluso, aunque genere una suerte de diálogo judicial¹⁰ que pueda entenderse de algún modo como “democrático”, se trata de un diálogo que no incluye a la ciudadanía ni a sus representantes. Concretamente, en la

¹⁰ La idea del “diálogo de los jueces” es una doctrina popular creada en Francia por Bruno Genevois en 1978, quien, en su papel de miembro del Consejo de Estado de su país, señalara que no debía existir un espacio para el gobierno de los jueces, pero tampoco para la guerra entre los jueces, sino para el diálogo entre los jueces. La idea simple es que los jueces de diversas instancias y jurisdicciones deben buscar cooperar entre sí, atendiendo a las resoluciones de sus pares, pero también comunicándose, manifestando sus puntos de acuerdo y desacuerdo, para llegar a puntos comunes y así procurar atender criterios semejantes, y que las soluciones que decidan para distintos casos sean más o menos consistentes entre sí. Véase De Montalivet (2018).

medida de lo posible, no es deseable que sea la opinión de los jueces la que determine cuáles son los derechos y obligaciones de los ciudadanos, y los límites de los poderes, cuando para esos existen mecanismos institucionales específicos.¹¹

De hecho, si el reflejo de la pluralidad judicial es algo que debe ser considerado de modo positivo, entonces ¿qué sentido tiene implementar mecanismos centralizados de resolución de conflictos y de unificación de criterios? El motivo es que es patente que la unificación de criterios constitucionales tiene ventajas indudables, en especial cuando se refiere a los derechos fundamentales; y el conflicto siempre estará latente en la medida en que las diversas opiniones de los jueces encuentren cabida en sus resoluciones.¹² Pero tampoco se traduce en un argumento convincente en favor del control *difuso* el hecho de que finalmente existan mecanismos concentrados para la unificación de criterios; no cuando estos mecanismos no son expeditos (y no lo suelen ser, pues serían contrarios a la lógica del control difuso).

Por ejemplo, en México la controversia acerca de la interpretación constitucional sobre la penalización del aborto estaba abierta por lo menos desde el año 2008. No obstante, no ha sido sino hasta el año 2021 que la Suprema Corte ha zanjado esta polémica en favor de la interpretación que favorece a la despenalización. Lo que esto significó es que, por más de diez años, en diversas partes del territorio mexicano hubo muchas mujeres encarceladas por ejercer lo que para muchas otras mujeres en el país era una prerrogativa. Esto es, como cuestión de hecho, por más de diez años, en México

¹¹ Para evitar equívocos, no es algo negativo *per se* que los jueces tengan diversas opiniones sobre cuáles *deberían ser* nuestros derechos y obligaciones. Sin duda, algunos serán más conservadores que otros; todos cuentan con diversas experiencias de vida, etc. En este tenor, como cualquier ciudadano, los jueces cuentan con mecanismos específicos mediante los cuales buscar que su opinión encuentre reflejo en el derecho. Pero esto es muy distinto a que discrepen acerca de cuáles *son* los derechos y obligaciones, con independencia de sus propias opiniones. En este sentido, el deber del juez es juzgar conforme a derecho, la legislación, los precedentes, los tratados, incluso si esto contraviene sus preferencias personales.

¹² De hecho, a pesar de contar con un sistema de control difuso, para evitar la proliferación de criterios interpretativos y procurar respetar las leyes y las razones que llevaron a su creación, la doctrina constitucional estadounidense ha formulado dos reglas de deferencia al legislador. La regla de la interpretación conforme exige que, entre varios significados posibles, el intérprete opte por el que mejor se adecue al cuerpo constitucional. La regla de presunción de constitucionalidad exige una carga argumentativa fuerte para mostrar que la correcta interpretación de un texto legislativo con la del texto constitucional y, frente a cualquier duda acerca de la interpretación correcta, ésta debe resolverse en favor del legislador (Thayer, 1893).

había mujeres que contaban con el derecho a decidir sobre su propio cuerpo y plan de vida, y muchas mujeres que no contaban con este derecho (e incluso era un delito), siendo que, *de facto*, el único criterio que establecía quién contaba con esta prerrogativa era el del lugar de residencia de las mujeres.

Finalmente, si bien existen teorías normativas acerca de cómo interpretar cuestiones constitucionales abstractas e intrincadas, la facultad interpretativa de los jueces significa que pueden adoptar la teoría que les plazca e, incluso, no adoptar ninguna teoría y guiarse por su mejor juicio. También, como se ha expuesto, no está demostrado que alguna de estas teorías garantice un resultado adecuado, ni existe un criterio objetivo para determinar cuál teoría de la interpretación y argumentación jurídica es la correcta y que, por tanto, sea la que los jueces deberían utilizar para resolver cuestiones constitucionales.

VI. TEORÍA JURÍDICA Y CONTROL CONSTITUCIONAL. CAMINO HACIA UN DESENLACE

En contra de la opinión de que el control difuso es necesario para la viabilidad del paradigma del constitucionalismo de los derechos, de hecho, existen buenos motivos para sospechar que este esquema de control constitucional sea siquiera propicio para concretar las exigencias elementales del Estado de derecho. Desarmado de argumentos concluyentes, al optimista no le queda más que apelar a confiar en las capacidades de los jueces ejerciendo su mejor juicio, y en que, a pesar de nuestro temor acerca de la proliferación de un caos de criterios interpretativos, las cosas no serán así e incluso que estos arreglos serán para bien. Pero esta respuesta resulta poco satisfactoria. La invitación a tener fe en que las autoridades se controlarán en su actuar es contraria a la lógica del constitucionalismo. Respecto del ejercicio del poder hemos de preferir toda medida que lo encauce lo más posible.

En todo caso, el optimista podría replicar que la postura teórica del escéptico no ofrece respuestas al problema de la vaguedad y la indeterminación en la interpretación. De hecho, puesto que el escepticismo se limita a una empresa descriptiva, y no abarca una normativa, esta postura no cuenta con argumentos propios ni concluyentes para decantarse por uno u otro esquema de control constitucional. En efecto, esto es cierto. Pero el escéptico simplemente habrá de responder que los argumentos para preferir un determinado diseño institucional de control constitucional no son propios de la

teoría jurídica, sino que son políticos y, cuando mucho, pueden apoyarse y estar influidos por consideraciones de la teoría jurídica para preferir uno u otro diseño.

Como he adelantado, incluso un optimista podría inclinarse por un esquema de control concentrado si, por argumentos similares a los que he expuesto, considera que es posible llegar a respuestas correctas, pero debido a la dificultad que implica llegar a ellas, es preferible políticamente que la actividad de control constitucional se concentre —en la medida de lo posible— en una única instancia especialmente capacitada para llevar a cabo esa función, de modo que se evite la pluralidad de interpretaciones (más o menos erróneas), se procure una única respuesta profundamente madurada, y se procure la igualdad sustantiva en el goce de los derechos de los ciudadanos.

No obstante, existe una cuestión relevante por responder. ¿Si la interpretación es inevitable, qué garantiza que el control concentrado mantenga la uniformidad en los criterios de aplicación del derecho? ¿Si no hay respuestas correctas (o no existen criterios que garanticen llegar a ellas), qué sentido tiene la preferencia por un esquema de control constitucional centralizado?

Ciertamente, la interpretación es virtualmente ineludible, y el esquema de control concentrado no garantiza ni resultados correctos en los juicios de los jueces constitucionales, pero tampoco que los jueces ordinarios adopten esquemas interpretativos consistentes en la aplicación del derecho de un ordenamiento. Esto es, no existe forma de garantizar que los jueces efectuarán las mismas interpretaciones, asumirán los mismos criterios, y llegarán a los mismos resultados. De hecho, el problema de la consistencia interpretativa es inherente al derecho, con independencia de su diseño. No obstante, considero que, conforme a lo expuesto, es posible esgrimir argumentos acerca del raciocinio inherente al control constitucional concentrado que lo presentan como preferible al control difuso de cara a la consecución de los ideales del Estado de derecho. Esto es, que el control concentrado incita a los jueces a procurar mantener una cierta uniformidad en sus criterios, de modo que todos hablemos el mismo “idioma” jurídico en materia de derechos.

Con Laporta (2009, p. 58), es posible respaldar la visión de que la judicatura es un cuerpo de profesionales del derecho que asume una actitud de deferencia respecto de las normas del ordenamiento y que, en general, no acepta embarcarse en empresas creativas o justicieras si no se los requiere. En general, nos dice, estos profesionales no piensan en realizar *Justicia*, con mayúscula, sino en aplicar las normas a las que se sienten sometidos.

En esta línea, para procurar en la mayor medida posible atenerse a la aplicación conforme de esas normas, su labor será prudente, lo que significa que procurarán no apartarse del significado convencional, y que se atenderán cuanto sea posible al principio dogmático de presunción de constitucionalidad de las leyes y de su origen democrático. Respecto de los casos controvertidos, los casos difíciles, como mejor estrategia prudencial (Laporta, 2009, pp. 90-91), se propondrán atender a la práctica de sus pares para procurar mantener aproximadamente los mismos cánones interpretativos. Son conscientes de no ser Hércules, y de sus capacidades finitas de racionalidad y para procesar información, por lo que únicamente de forma excepcional, como cuando es la primera vez que se plantea un caso y el material de las fuentes es muy vago, realizarán interpretaciones novedosas. Que los jueces adopten esta actitud es más probable cuando se les dice que ellos no son los responsables directos de llevar a cabo juicios morales densos e intrincados, como los que conlleva el control de constitucionalidad en materia de derechos. Además, contra lo que se puede llegar a suponer (Vázquez Sánchez, 2021, pp. 349-350), este esquema tampoco exime a los jueces de (o debilita) la exigencia de fundamentar y motivar sus decisiones. Aunque más prudente, continúan realizando una labor interpretativa que se desahoga mediante argumentos que explican los motivos de sus decisiones,¹³ y está claro que la exigencia que la ley les impone de motivar sus decisiones implica que deben exponer esos argumentos.

En caso contrario, si a los jueces se les requiere que realicen esos juicios morales densos, se les invita en mayor medida a cuestionarse sobre la labor de juzgar conforme a reglas preestablecidas, a actuar por mayor convicción que prudencia. Se les está diciendo que existe la posibilidad de que esas reglas violen derechos y que es su responsabilidad evitar que esto suceda. Esto es, en cierto sentido se le invita a realizar Justicia, con mayúscula. Pero no se les dice cuándo estas reglas violan derechos y contravienen la Constitución. Esto es tan difícil de determinar que no se les puede señalar de antemano cómo y cuándo la aplicación de una ley acarrea un caso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, deben ser menos prudentes y actuar con mayor gallardía y convicción, pues es parte de la labor de los jueces aventurarse cuando ten-

¹³ De hecho, como expone Guastini (2008, p. 50), una técnica interpretativa no es sino un procedimiento intelectual que discurre en la forma de un discurso acerca del seguimiento de determinados pasos por los cuales se ha decidido otorgar un determinado significado a un texto. La motivación de las sentencias consiste en hacer públicos esos pasos intelectuales por medio de los cuales se ha llegado a esa conclusión.

gan sospecha, y alejarse de la “zona de confort” de la legislación y los significados convencionales, y de lo que sus pares hacen, para ser ellos quienes descubran y resuelvan la injusticia de la legislación que hasta ese entonces nadie más había podido vislumbrar. Finalmente, además se les libera en importante medida del peso de la responsabilidad de su actuar por convicción, pues si su decisión no es la correcta, siempre existe la posibilidad de que una instancia superior la corrija.

La interrogante que restaría por resolver es la de los tribunales constitucionales o instancias últimas de control constitucional. El planteamiento invitaría a proporcionar una respuesta en favor del control concentrado cuando éste tampoco evita la discrecionalidad y no garantiza las respuestas correctas. De hecho, no hay nada que impida que los tribunales constitucionales o últimos tomen decisiones imprevisibles, abiertamente políticas, y creadoras de derecho. Incluso es posible que una decisión de estos tribunales contravenga el significado convencional del texto constitucional y, de algún modo, decir que ha violentado la Constitución. Como Hart (1994, pp. 142-146) se ha encargado de demostrar, la definitividad de las decisiones judiciales en modo alguno involucra su infalibilidad. En esto, el escéptico o no optimista, respondería que, efectivamente, los tribunales constitucionales o instancias últimas, al ejercer el control constitucional, crean derecho, y lo pueden hacer con un margen considerable de arbitrariedad que sin duda no es deseable. No obstante, desde la perspectiva política del diseño institucional que procure los ideales del Estado de derecho, persisten argumentos más sólidos para promover el control concentrado sobre el modelo difuso.

VII. CONCLUSIÓN

La premisa que he expuesto es que el control constitucional concentrado es más adecuado para perseguir los ideales del Estado de derecho; no que sea un mecanismo totalmente idóneo. Aunque no profeso antipatía respecto del control constitucional en general, como especificué, no me interesa en este trabajo el debate en contra del control constitucional y de los jueces como intérpretes últimos. El sencillo motivo por el que considero que es preferible el control concentrado es porque estimo que es preferible tener a un único cuerpo colegiado de jueces tomando decisiones tan intrincadas y abiertas de manera sincrónica, que a una plétora de jueces tomando esas decisiones de manera diacrónica. En materia de constitucionalidad y de derechos, es pre-

ferible contar con una decisión uniforme con efectos *erga omnes*, que tener varias con efectos *inter partes*, esperando a ser dirimidas eventualmente para contar un criterio uniforme que nivele a la población en el goce de sus derechos. También, es más fácil controlar el actuar y las decisiones de un solo órgano colegiado que el de varios de sus individuos de manera difusa.

Igualmente, considero que los tribunales constitucionales, dentro de los amplios límites que encuentran, y en la peculiaridad de su labor, asumen una deferencia a la Constitución y a los derechos, así como a las leyes que emite el legislador en respeto de su manto democrático. Asimismo, ser los únicos que pueden realizar esa labor interpretativa tan sustantiva e intrincada les carga de mayor responsabilidad en sus decisiones; aunque también cuentan con más tiempo y elementos para su estudio, por lo que esto permite presumir que su labor contará con mayor prolijidad que la de un juez ordinario.

No obstante, para que no exista duda, tampoco considero que el esquema de control concentrado sea la respuesta definitiva para la protección de los derechos y la garantía del Estado de derecho; solamente pienso que es más consistente con estos fines. Y es más consistente con estos fines porque procura limitar el actuar discrecional de más individuos investidos con poder público; además de que procura la adopción de criterios unificados, más previsibles, pues provienen en gran medida dictados por la actividad de un mismo órgano. Finalmente, profeso la idea de que si lo que se desea es procurar la mayor protección de los derechos y la consecución del Estado de derecho, debemos observar las lecciones de la historia constitucional. Estos fines no se persiguen de mejor manera invistiendo con más poder público y discrecional a una multiplicidad de sujetos. El diseño que debemos procurar es que el actuar de aquellos que están investidos con poder público sea lo menos discrecional posible. Por su parte, en la toma de decisiones que por su naturaleza no pueden ser del totalmente definidas *ex ante*, y que exigen una actuar discrecional en mayor medida, es preferible contar con pocos cuerpos de decisores, bien definidos, y que puedan ejercer mecanismos mutuos de control de pesos y contrapesos, pero que también la ciudadanía pueda reconocer y examinar sus acciones. En este tenor, suscribiendo una potente idea de Roberto Gargarella (2014, pp. 332-334), considero que debemos concentrarnos en estudios más concienzudos sobre “la sala de máquinas de la Constitución”; esto es, en la organización del poder y en la forma de dirigirlo para asegurar que persiga el fin de la protección de los derechos.

VIII. REFERENCIAS

- Aarnio, A. (1990). La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico (J. Aguiló Regla, trad.). *Doxa*, (8), 22-38.
- Alchourrón, C. y Bulygin, E. (1997). *Sobre la existencia de normas jurídicas*. Fontamara.
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica* (2a. ed.) (M. Atienza e I. Espejo, trads.). Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Alexy, R. (2011). La doble naturaleza del Derecho (J. A. Portocarrero Quispe, trad.). En C. Bernal Pulido (ed.), *La doble dimensión del Derecho* (pp. 29-58). Palestra.
- Aristóteles (2007). *Política* (M. García Valdés, trad.). Gredos.
- Bello Hutt, D. (2016). Contra la supremacía judicial en la interpretación de la Constitución. *Revus*, (29), 83-106.
- Bernal Pulido, C. (ed.) (2011), *La doble dimensión del Derecho*. Palestra.
- Bickel, A. (1986). *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*. Yale University Press.
- Bobbio, N. (2009). *Teoría general de la política* (3a. ed.) (M. Bovero, ed.; A. de Cabo y G. Pisarello, trads.). Trotta.
- Böckenförde, E. W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (R. Agapito Serrano, trad.). Trotta.
- Bogdandy, A. von, Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (coords.) (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización, Tomo I*. IJ-UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Bulygin, E. (1994). On Legal Interpretation. En H. J. Koch y U. Neumann (eds.), *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung* (pp. 11-22). Franz Steiner.
- Comanducci, P. (2016). *Estudios sobre Constitución y derechos fundamentales*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Díaz, E. (1975). *Estado de derecho y sociedad democrática* (6a. ed.). Cuadernos para el Diálogo.
- Díaz, E. (2002). Estado de derecho y legitimidad democrática. En E. Díaz y J. L. Colomer (eds.), *Estado, justicia y derechos* (pp. 75-104). Alianza Editorial.
- Díaz E. y Colomer, J. L. (eds.) (2002). *Estado, justicia y derechos*. Alianza Editorial.

- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (131), 917-967.
- Ferreres Comella, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo del control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- Gargarella, R. (2014), *La sala de máquinas de la Constitución*. Katz.
- Gascón Abellán, M. (2010). *Los hechos en el derecho* (3a. ed.). Marcial Pons.
- Guastini, R. (2001). *Estudios de teoría constitucional* (M. Carbonell, trad.). Fontamara.
- Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional* (M. Carbonell y P. Salazar Ugarte, trads.). Trotta.
- Guastini, R. (2011). *Intepretare e argomentare*. Giuffrè.
- Hart, H. L. A. (1994). *The Concept of Law*. Clarendon Press.
- Highton, E. (2010). Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En Bogdandy, A. von, Ferrer Mac-Gregor, E. y Morales Antoniazzi, M. (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización; Tomo I* (pp. 107-173). Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM; Max-Planck-Institut; Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.
- Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (R. Vernengo, trad.). UNAM.
- Koch, H. J. y Neumann, U. (eds.) (1994). *Praktische Vernunft und Rechtsanwendung*. Franz Steiner.
- Laporta, F. (2009). Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas. En F. Laporta, J. Ruiz Manero, y M. A. Rodilla, *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas* (pp. 55-94). Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Laporta, F., Ruiz Manero, J., y Rodilla, M. A. (2009). *Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas*. Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- Montalivet, P. de (2018). QPC et «dialogue des juges». *Revue Française de Droit Constitutionnel*, 4(116), 919-932.
- Navarro, P. E. (2005). Acerca de la inevitabilidad de la interpretación. *Isonomía*, (22), 99-123.
- Nino, C. S. (2014). *Derecho, moral y política*. Siglo XXI.
- Prieto Sanchís, L. (2009). *Justicia constitucional y derechos fundamentales* (2a. ed.). Trotta.
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos*. Trotta.
- Rapetti, P. (2019). *Desacuerdos en el derecho y positivismo jurídico*. Marcial Pons.

- Salazar Ugarte, P. (2006). *La democracia constitucional*. FCE; IIJ-UNAM.
- Scarpelli, U. (2007). *Ética jurídica sin verdad* (A. Rentería Díaz, trad.). Fontamara.
- Tamanaha, B. (2004). *On the Rule of Law*. Cambridge University Press.
- Thayer, J. (1893). The Origin and Scope of the American Doctrine of Constitutional Law. *Harvard Law Review*, 7(3), 129-156.
- Troper, M. (2004). *Ensayos de teoría constitucional* (B. Bolaños, trad.). Fontamara.
- Vázquez, R., (2015). *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*. IIJ-UNAM.
- Vázquez Sánchez, O. (2020). Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado?. *Cuestiones Constitucionales*, 1(44), 325-359.
- Waldron, J. (2006). The Core of the Case Against Judicial Review. *The Yale Law Journal*, 115(6), 1346-1406.
- Williams, B. (2016). *La ética y los límites de la filosofía* (S. Rosell, trad.). Cátedra.



La ley española de eutanasia: algunos atinos y desatinos desde la perspectiva constitucional

The Spanish Law of Euthanasia: Some Success and Wrong from the Constitutional Perspective

Ma. del Pilar **Molero Martín-Salas**

 <http://orcid.org/0000-0003-0053-1592>

Facultad de Ciencias Sociales de Cuenca. UCLM. España
Correo electrónico: mariapilar.molero@uclm.es

Recepción: 28 de noviembre de 2022
Aceptación: 2 de agosto de 2023

RESUMEN: En junio de 2021 entra en vigor la ley de eutanasia en España. Se trata de un tema complejo, con numerosas implicaciones, por lo que su regulación no resulta para nada sencilla. Con este trabajo no se pretende ofrecer un análisis exhaustivo de la ley, pero sí analizar aquellos elementos más relevantes, bien por lo acertado de los mismos, bien por entender que han sido regulados de manera incorrecta. El artículo gira en torno a dos ideas principales. Por una parte, lo adecuado de la existencia de la ley y que la misma se haya fundamentado en la libertad y autonomía personal, y por otra, la crítica en cuanto a considerar la eutanasia como un derecho y la limitación respecto a los supuestos de hecho.

Palabras clave: eutanasia, vida, libertad, atinos y desatinos.

ABSTRACT: In June 2021, the euthanasia law comes into force in Spain. It is a complex issue, with numerous implications, so its regulation is not easy at all. This work is not intended to offer an exhaustive analysis of the law, but to analyze the most relevant elements, either because of their correctness, or because they understand that they have been incorrectly regulated. The article revolves around two main ideas. On the one hand, the adequacy of the existence of the law and that it has been based on personal freedom and autonomy, and on the other, the criticism regarding considering euthanasia as a right and the limitation regarding the assumptions of done.

Keywords: euthanasia, life, freedom, success and wrong.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El principal atino de la ley: la existencia de la propia ley.* III. *La libertad como sustento principal de la ley.* IV. *No puede*

decirse que no sea garantista. V. El principal escollo: la eutanasia no es un derecho. VI. ¿Por qué se limitan los supuestos de eutanasia? VII. Otros aspectos cuestionables de la ley. VIII. Conclusiones. IX. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de ser una ley relativamente reciente,¹ podemos encontrar numerosas opiniones doctrinales al respecto; sin duda el tema lo merece. Sin embargo, si bien coincido con gran parte de ellas en lo adecuado de regular el tema de la eutanasia, en otros casos no las comparto, empezando por el hecho de que considero que la disposición de la propia vida no puede entenderse como un derecho.

Con la entrada en vigor de esta regulación, España se convierte en el último estado que decide legislar en la materia, legalizando la eutanasia en determinados supuestos.² Si bien adelanto mi opinión favorable a que finalmente se haya legislado sobre el tema, quisiera referirme a los aspectos que entiendo son más interesantes; compartiendo algunos de ellos y disintiendo en otros. Por razones de espacio, no es objetivo de este trabajo analizar de manera pormenorizada la totalidad de la ley, pero sí exponer aquellos elementos más vinculados al ámbito jurídico-constitucional.

Ya en otras ocasiones he mostrado mi desacuerdo con la regulación existente en la materia, entendiendo que la tipificación llevada a cabo desde el artículo 143 del Código Penal (CP) era inadecuada y desproporcionada.³ Es por ello que siempre he abogado por la necesidad de legislar respecto a este tema, y poder ofrecer una solución jurídica adecuada a un tema tan complejo y con tantas aristas como la disposición de la propia vida.

El anuncio de la llegada de esta ley sé que supone un gran avance, y un aliento para muchas personas, y sus familias, inmersas en situaciones muy dramáticas. También soy consciente de la dificultad de legislar en esta materia, siempre controvertida, delicada y con multitud de elementos a tener en cuenta. Además, desde lo político, entiendo que se deben tener en cuenta

¹ Ley Orgánica 3/2021, de 24 de marzo, de regulación de la eutanasia. En vigor el 25 de junio de 2021.

² Pueden consultarse al respecto algunos estudios de derecho comparado como Cámara Villar (2021) o Buriticá Arango y Agón López (2022).

³ Para profundizar en el tema puede consultarse Molero Martín-Salas (2014, pp. 258 y ss.).

ciertos cálculos, por decirlo de alguna forma, pero que en ningún caso deben empañar lo jurídico. Por ejemplo, la forma en cómo se legislan algunos aspectos parece pensada en un futuro recurso de inconstitucionalidad, recurso que efectivamente, y como era de esperar, sí fueron planteados.⁴

Como decía antes, no es mi intención examinar en profundidad cada uno de los elementos que componen la ley, pero sí realizar un estudio dogmático de aquellas partes que considero son las más relevantes. Es por ello que este trabajo tiene un doble objetivo principal, por una parte se expondrán aquellos aspectos más positivos, y que entiendo han sido un acierto por parte del legislador. De igual forma trataré de explicar aquellos otros con cuya regulación disiento y que considero no tienen un correcto encaje constitucional. Precisamente, al hilo de estas discrepancias, se abordarán una serie de objetivos específicos como son el entender que la eutanasia no puede ser entendida como un derecho, lo incoherente de limitar los supuestos de eutanasia, lo inadecuado que sólo pueda llevarla a efecto el personal sanitario, y se analizarán otras problemáticas más concretas como son la exigencia de mayoría de edad o la capacidad plena del solicitante. Además del análisis de cada uno de estos objetivos, se tratará de aportar una propuesta de mejora respecto a la regulación existente.

II. EL PRINCIPAL ATINO DE LA LEY: LA EXISTENCIA DE LA PROPIA LEY

Desde luego comparto el que se haya legislado en la materia, creo que ya tocaba una regulación al respecto; era necesaria. Hace más de 20 años de las primeras iniciativas, y aunque desde entonces han sido varios los intentos por poner en marcha una legislación, hasta ahora no se había conseguido que las propuestas llegaran a buen término.⁵

⁴ Se presentaron dos recursos a la ley. El primero fue interpuesto por VOX, el 16 de junio de 2021, seguido del Partido Popular que lo presentó el 24 de junio de 2021.

⁵ Desde el año 1998 se han presentado varias iniciativas legislativas para la despenalización de la disposición de la propia vida cuando necesita el auxilio de un tercero. A mediados de 1998 se presentan dos propuestas para la despenalización de la eutanasia, una del Grupo Parlamentario Federal de Izquierda Unida y otra del Grupo Parlamentario Mixto. Se puede consultar un comentario de las mismas en Landrove Diaz (1998). En el año 2002 se presentaron tres: una de Izquierda Unida, otra de Iniciativa Per Cataluña y otra del Grupo Parlamentario ICS-Verds. En cuanto a estas, se puede consultar un comentario a las mismas

Se trata de la vida y la muerte. Como decía unas líneas más arriba, sin duda es un tema complejo, controvertido, de los que tocan muchas sensibilidades y en los que se deben examinar cuidadosamente aristas de muy diversa índole. Pero no por ello debemos seguir mirando hacia otro lado. “Los datos emergentes del grupo social en el que se desenvuelve nuestra vida nos obligan a salir de nuestra «torre de marfil» y acometer la trabajosa tarea de dar respuesta jurídica a las situaciones enmarcadas dentro de la eutanasia” (Marcos del Cano, 2021, p. 129).

Sí, creo que era necesaria una regulación al respecto, por varios motivos, aunque me centraré en dos que entiendo especialmente relevantes.

España, como ordenamiento jurídico, se basa en la libertad. Creo que esta afirmación no debería provocar dudas al respecto. Somos un estado basado en la libertad, y por tanto las limitaciones a la misma deben entenderse excepcionales y justificadas. Lo general es la libertad, aunque pueda y deba ser limitada en algunas circunstancias, o por algunos motivos.

En la Constitución (CE) encontramos argumentos jurídicos suficientes para sostener dicha afirmación, lo que ha llevado a reconocer a gran parte de la doctrina la existencia de una norma general de libertad. Así lo entiende Prieto Sanchís (1990, pp. 160 y ss.),⁶ y de manera similar Díaz Revorio (2009, pp. 94 y 95).⁷

La jurisprudencia también se ha pronunciado al respecto. El Tribunal Constitucional (TC) ha afirmado expresamente “[...] ante el principio general

en García Rivas (2003). En 2004 se presentaron otras dos, una por parte del Grupo Parlamentario Izquierda Republicana y otra del Grupo Parlamentario de Izquierda Verde. En marzo de 2017, la propuesta fue promovida por Unidas Podemos, si bien no fue admitida a trámite. Es hasta mayo de 2018 cuando llega hasta el Congreso una propuesta con visos de poder salir adelante. En aquel momento fue presentada por el Grupo Parlamentario Socialista, aunque el adelanto electoral de 2019 provoca que, finalmente, la iniciativa decaiga. Nuevamente, el Grupo Parlamentario Socialista, y a pesar de los retrasos de tramitación provocados por la pandemia, consigue elaborar una proposición que fue avalada por el Congreso en diciembre de 2020, y que ha dado lugar a la actual Ley Orgánica de eutanasia.

⁶ Fundamenta su existencia en el valor superior de la libertad, reconocido en el artículo 1o. de la CE, en el artículo 10.1. que reconoce el libre desarrollo de la personalidad, y especialmente, en el artículo 16.1. en el que considera se encuentra implícita la libertad de conciencia.

⁷ Considera que la CE contiene una norma general de libertad, utilizando como principales argumentos la previsión que realiza el artículo 10.1 de los derechos inviolables y el libre desarrollo de la personalidad, el reconocimiento de la libertad como valor superior y el mandato que recoge el artículo 9.2. en virtud del cual los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias para que la libertad sea real y efectiva

de libertad que inspira nuestro sistema constitucional[...]”⁸ y de igual forma el Tribunal Supremo ha afirmado “[...]visto el principio general de libertad que consagran los artículos 1.1. y 9.2. de la Constitución Española[...]”⁹.

Así las cosas, debemos entender que la existencia de dicha norma daría cobertura, al menos en principio, a cualquier acción u omisión voluntariamente decidida. Todas las libertades deben entenderse como constitucionales, ya sea porque así lo menciona expresamente el texto constitucional, o porque derivan de la norma general de libertad.

Evidentemente, la decisión de morir adoptada por una persona plenamente competente de manera voluntaria debe entenderse como una libertad. Se trata de una alternativa de acción libremente elegida. Dicha decisión debe considerarse amparada por la mencionada norma general de libertad; otra cosa es que a esa libertad se le deban poner límites y cautelas, si existe justificación para ello. “La carga de la prueba tendría que recaer sobre los que restringen la libertad y no sobre los que la reivindicamos” (Sádaba, 2021, p. 19).

Aun considerando que nuestro ordenamiento se basa en una norma general de libertad, y que la decisión de morir es una posible alternativa libremente elegida, hasta el momento no ha existido una regulación al respecto, es más, nuestro CP ha castigado (y sigue castigando, salvo las situaciones concretas que regula la nueva ley) la ayuda prestada a un tercero para morir. Como acertadamente expone Carbonell Mateu, “[...]el cuerpo punitivo sigue tratando a quien ha decidido disponer de su propia vida fuera de un contexto eutanásico como un ser que actúa en contra de los dictados éticos dominantes, y concibe a quien colabora con él, sencillamente, como un criminal a quien impone penas que pueden llegar a diez años de prisión” (2021, p. 49).

Aunque no puedo profundizar en ello en este momento reitero lo ya dicho en otras ocasiones, entiendo que dicha regulación es inadecuada y desproporcionada. Si bien la CE en ningún momento impone al legislador la obligación de castigar, el legislador penal opta por la prohibición absoluta para salvaguardar unos fines, que si bien pueden entenderse como legítimos,¹⁰ no tienen la suficiente envergadura como para limitar (yo diría cercenar) una libertad que se deduce de la propia CE.

⁸ STC 139/1989, de 20 de julio, f.j. 2º.

⁹ STS 10 de junio de 1994, f.j. 4º.

¹⁰ Las regulaciones de este tipo suelen perseguir varios fines, sin embargo, el principal motivo aludido entre la doctrina es el evitar el posible riesgo de abuso. Este motivo, evitar el

El segundo motivo (si bien no de carácter jurídico como el anterior, pero sí esencial para el tema que nos ocupa) por el cual creo que era necesaria una regulación al respecto es porque entiendo que socialmente ya estábamos preparados para ello. Cuando se trata de temas especialmente sensibles como lo es este, o como pueden serlo otros tales como el aborto, se debe tener muy en cuenta si la cultura social al respecto es suficiente, esto es, si la sociedad en la que se va a implementar la norma está preparada para asumirla.

“Aunque algunos lo nieguen, en la actualidad estamos en nuestro país ante una demanda social instaurada y sostenida acerca de la pertinencia de la regulación legal de la muerte eutanásica asistida[...]” (Cámara Villar, 2021, p. 51). Si analizamos algunas encuestas realizadas a este respecto, podemos concluir que una gran mayoría se mostraba a favor de legislar acerca de la disposición de la propia vida y de la legalización de la eutanasia.¹¹

Encontramos en la doctrina diversidad de opiniones en cuanto a si el debate en torno a su regulación ha sido el adecuado. Un ejemplo sería Marcos del Cano quien compara la situación española con la que se produjo en Países Bajos, afirmando que en estos otros lugares hubo “[...]un proceso largo, rico y complejo en el que desde un principio se involucraron muy intensamente tanto la propia profesión médica como los tribunales, dando lugar a un debate tanto social como parlamentario que, en España, desde luego, no se ha producido” (Marcos del Cano, 2021, p. 139). En sentido contrario, Cámara Villar (2021) afirma que

riesgo, es el fundamento central de un argumento doctrinal muy utilizado, la denominada *pendiente resbaladiza* (*slippery slope*). Aunque de manera genérica se hable de riesgo de abuso, dicho concepto haría referencia a temores tales como que la petición haya sido realizada de manera realmente libre, que no hayan existido coacciones, que no se produzcan errores en el diagnóstico de la enfermedad[...]

¹¹ Puede consultarse el siguiente artículo acerca de “La postura de los españoles antes la muerte digna” <https://www.20minutos.es/opiniones/jose-pablo-ferrandiz-postura-espanoles-muerte-digna-metroscopia-3612484/> (consultado el 7 de julio de 2022). En el se pone de manifiesto, entre otras encuestas, la realizada por Metroscopia en 2019, en la que se afirma que el 87% de los españoles se mostrarían favorables a la práctica de la eutanasia. De manera similar, una encuesta realizada por Ipsos en 2018 pone de relieve que el 85% de los españoles se mostraban a favor de regularizar la eutanasia <https://www.ipsos.com/es-es/el-85-de-los-espanoles-favor-de-regularizar-la-eutanasia> (consultado el 7 de julio de 2022). El Colegio Oficial de Enfermería de La Rioja realizó una encuesta en 2019, afirmando que “Más de 8 de cada 10 enfermeros riojanos declara que la ley debería permitir y regular la aplicación de la eutanasia” http://www.colegioenfermeriarioja.org/fileadmin/noticias/Estudio_completo_nuevo.pdf (consultado el 7 de julio de 2022).

Tampoco es cierto, como a veces se sostiene queriendo denotar cierta celeridad y precipitación en el intento de regulación actual en la materia, que no haya habido todavía debate social y parlamentario suficiente al respecto. Cabe constatar que el debate sobre la muerte asistida en España, como en otras sociedades occidentales, viene siendo recurrente, intenso y cada vez más amplio, tanto en el ámbito deontológico médico y social como académico[...]. (p. 53)

Aun reconociendo que el proceso en España ha podido ser distinto al llevado a cabo en otros lugares, lo cierto es que se discute sobre el tema desde hace ya varias décadas, y cada vez con más fuerza y apoyo social.

Hace muchos años que, en la cuestión que abordamos aquí, la sociedad española está viva: ha contemplado el dolor que tantos testimonios públicos daban a conocer, ha sufrido en carne propia sufrimientos intensos e innecesarios de pacientes, familiares y amigos [...] El apoyo de la sociedad española a la regulación legal de la eutanasia ha ido aumentando desde hace más de dos décadas, y así lo atestiguan encuestas y sondeos de opinión rerealizados con rigor metodológico. (Barra Galán, 2021, p. 153)

Como ya se indicaba, hasta el momento han sido varias las iniciativas de regulación, si bien con escaso éxito; posiblemente porque no era ni el momento social ni político para ello. Y sea como fuere, la última de las iniciativas ha conseguido el apoyo suficiente, según las reglas de nuestro juego parlamentario, que nos pueden gustar más o menos, pero que son las que son. Por tanto, el hecho de que una iniciativa al respecto haya contado con el respaldo suficiente para convertirse en ley, ya me parece un gran avance. Al menos hemos sido capaces de enfrentarnos cara a cara con este tema, que tantas veces ha sido puesto sobre la mesa y nunca ha conseguido avanzar lo suficiente.

III. LA LIBERTAD COMO SUSTENTO PRINCIPAL DE LA LEY

Ya desde el propio preámbulo de la ley se reconoce que la misma se asienta en pilares tan importantes como la dignidad, la libertad y la autonomía de la voluntad. El legislador pretende compatibilizar ciertos derechos como son el derecho a la vida y la integridad física, con estos principios.

Algo que me parece especialmente importante es que claramente se descarta una jerarquía entre los derechos, de tal forma que cuando hay conflicto entre ellos se debe acudir a la ponderación. Reconoce el legislador que la protección de la vida puede decaer para proteger otros valores. “Surge con claridad la evidencia de que los derechos fundamentales no pueden ser concebidos en todo caso como absolutos, ilimitados e ilimitables. También el mismo derecho a la vida puede tener ciertos límites, pese a su carácter troncal y esencial, como cuando en determinadas circunstancias y condiciones puede colisionar con otros bienes jurídicos” (Cámara Villar, 2021, p. 37).

Este reconocimiento es esencial, pues no sólo supone que todos los derechos están en una posición de igualdad, sino que en determinadas circunstancias la protección de la vida debe ceder para garantizar otros derechos o principios también dignos de ser salvaguardados.

Aunque puedan existir opiniones que todavía defienden la sacralidad del derecho a la vida, y que el mismo está a la cabeza de nuestro sistema de derechos, lo cierto es que el TC avala la decisión de rechazar tratamientos médicos.¹² Ciertamente, el Tribunal lo argumenta diciendo que imponer un tratamiento contra la voluntad del sujeto atenta contra su integridad física, pero incluso cuando el rechazo supone un peligro para la vida, también es admitido plenamente.¹³ Esto supone asumir que la vida puede ceder ante ciertos supuestos.

Si imponer un tratamiento atenta contra la integridad física, imponer la vida a quien no quiere seguir viviendo atenta contra su libertad, libre desarrollo de la personalidad, autonomía personal, dignidad (e incluso contra otros derechos como la libertad ideológica y religiosa en algunos casos).

Al margen de lo expuesto en cuanto a lo adecuado de acudir a la ponderación en caso de conflicto, y reconocer que la vida puede ceder ante la necesidad de proteger otros valores, el hecho de situar la libertad como eje vertebrador de la ley ha sido un acierto por parte del legislador; al menos es lo que se deduce de la propia literalidad de la ley cuando se afirma: “[...] legislar para respetar la autonomía y voluntad de poner fin a la vida[...]" o “[...] garantías suficientes que salvaguarden la absoluta libertad de decisión[...]".

¹² Así lo dice expresamente en la primera de las sentencias dictadas para el conocido caso GRAPO, la STC 120/1990, de 27 de junio, f.j. 8º, entre otras.

¹³ Así lo prevé la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (en adelante ley de autonomía del paciente).

Creo que se ha elegido la perspectiva correcta. Como ya he apuntado en otras ocasiones,¹⁴ normalmente, cuando se analiza un tema como la disposición de la propia vida, suelen usarse dos enfoques para dicho análisis: la dignidad o la libertad. Debo aclarar que no son elementos excluyentes, si hablamos de reconocimiento y ejercicio de derechos, tanto la dignidad como la libertad deben estar presentes. Sin embargo, cuando se plantea la posibilidad de legalizar un tema como la eutanasia, entiendo que su análisis desde la perspectiva de la dignidad no es el más adecuado.

Aunque la dignidad de la persona goza de una relevancia poco discutida, debemos entender que estamos ante un concepto modulable, lo que supone que la dignidad no es entendida de la misma forma por todos. Ello provoca que no pueda ser parámetro suficiente para legalizar la disposición de la propia vida; todas las vidas y todas las decisiones son igualmente dignas. Con ello no digo que su presencia no deba ser tomada en cuenta o que carezca de importancia en esta materia, nada más lejos, se trata de un valor trascendental, que si bien no nos sirve para determinar si el ordenamiento jurídico nos debe permitir disponer de nuestra vida, sí resulta imprescindible para marcar cuál podría ser el contenido o establecer los límites a esa disposición.

El principal sustento de una regulación de este tipo debe ser la libertad, que cada cual ejercerá a través del libre desarrollo de la personalidad y la autonomía de la voluntad. Este es el único elemento que nos asegura que se adoptan decisiones realmente personales, y atendiendo a lo que cada cual entiende por digno o indigno.

IV. NO PUEDE DECIRSE QUE NO SEA GARANTISTA

Como apuntaba anteriormente, sobre este tipo de regulaciones suele planear la sombra de la duda y los abusos que, amparados en ellas, puedan realizarse.

La ley de eutanasia es muy garantista, al menos en lo que respecta a comprobar y confirmar que la voluntad del solicitante es la que es, y que se trata de una petición voluntaria, clara, reiterada y consciente. Sin embargo, yo diría que algo farragosa en cuanto a técnica legislativa, especialmente en la descripción del procedimiento y los controles de verificación (Beltrán Aguirre, 2021, pp. 169 y ss.).¹⁵ Aunque la ley definitiva ha mejorado res-

¹⁴ Puede consultarse al respecto Molero Martín-Salas (2012: 33 y ss.).

¹⁵ Beltrán Aguirre trata de clarificar dicho procedimiento exponiéndolo en 9 pasos, lo que sin duda ayuda a su mejor comprensión.

pecto a la proposición de ley, más críticos se muestran otros autores, como González Rus, quien afirma que “La proposición de ley me parece un claro ejemplo de la pésima técnica legislativa a la que nos ha acostumbrado el legislador en los últimos tiempos; con una prosa pesada, confusa y reglamentista” (González Rus, 2020, p. 26).

Volviendo a las garantías, se exigen dos tipos de controles, uno *a priori* y otro *a posteriori*. El control *a priori* se satisface con la emisión de sendos informes, que han de ser favorables:¹⁶ del médico “responsable”,¹⁷ del médico “consultor”¹⁸ y de la Comisión de Garantía y Evaluación.¹⁹ El control *a posteriori* lo lleva a cabo la Comisión de Garantía y Evaluación,²⁰ a la que el médico responsable hará llegar dos documentos.²¹

Encontramos algunas voces discrepantes en cuanto a las garantías que ofrece la ley. Marcos del Cano realiza diversas críticas en cuanto a los requisitos exigidos para que el paciente emita su voluntad. Por ejemplo, para el caso de que se encuentre impedido físicamente, en cuyo caso podrá hacerlo por él una persona mayor de edad, sin especificarse qué persona sería, o cuando se habla del documento de instrucciones previas, la ley tampoco

¹⁶ Procedimiento previsto en los artículos 8, 9, 10 y 11 de la ley.

¹⁷ Define la ley en el artículo 3. d) al médico responsable como: “facultativo que tiene a su cargo coordinar toda la información y la asistencia sanitaria del paciente, con el carácter de interlocutor principal del mismo en todo lo referente a su atención e información durante el proceso asistencial, y sin perjuicio de las obligaciones de otros profesionales que participan en las actuaciones asistenciales”.

¹⁸ Define la ley en el artículo 3. e) al médico consultor como: “facultativo con formación en el ámbito de las patologías que padece el paciente y que no pertenece al mismo equipo del médico responsable”.

¹⁹ El Capítulo V de la ley se dedica a la regulación de la Comisión de Garantía y Evaluación. Se trata de un equipo de profesionales multidisciplinar, compuesto por personal médico, personal de enfermería y juristas. Su labor de control *a priori* está prevista en el artículo 10, con la emisión del tercer informe, que también deberá ser favorable. Además, la ley prevé que puede recurrirse a la Comisión los informes desfavorables tanto del médico responsable, como del médico consultor, lo que supone que tiene la última palabra en cuanto a autorizar o no la petición de eutanasia.

²⁰ El procedimiento de control *a posteriori* está previsto en el artículo 12 de la ley.

²¹ El primero contiene datos más personales del paciente, del médico responsable, del médico consultor y de aquella otra persona que haya podido participar como puede ser el representante designado en el documento de instrucciones previas. El segundo contiene datos más médicos tales como la fecha y hora del fallecimiento, la dolencia del paciente, tiempo transcurrido desde la petición a la muerte, copia del documento de instrucciones previas si lo hubiera, el procedimiento seguido para prestar la ayuda a morir[...]

fija el plazo de vigencia de estos documentos. La autora pone sobre la mesa ciertas dudas al respecto, considerando que “La nueva regulación va a generar muchos problemas de interpretación no solo entre los médicos, sino también respecto a las familias” (Marcos del Cano, 2021, p. 147).

Sin embargo, aunque la mayoría de la doctrina coincide en que estamos ante una ley bastante garantista, han surgido críticas en torno a dos aspectos: por una parte, en cuanto a la necesidad de que exista un control previo, considerando, la mayoría, que es suficiente un control *a posteriori*, y, por otra parte, en cuanto a la labor que desempeña la citada Comisión.

En cuanto a la primera de las cuestiones, la mayor parte de la doctrina coincide en las críticas hacia el control preventivo.²² Como acertadamente expone Cámara Villar, el motivo por el que la ley exige un doble control es para extremar las precauciones y evitar al máximo los riesgos, al tratarse de un derecho tan sensible en el que está en juego la vida de una persona. Sin embargo, el mismo autor considera que “[...]resulta pertinente que se debata y valore sobre si determinados trámites son o no del todo necesarios, especialmente la cuestión del control previo que ha de llevar a cabo la Comisión de Garantías y Evaluación[...].” entendiendo que esta fase podría haberse aligerado (Cámara Villar, 2021: 64 y 65).

Personalmente, sí estoy de acuerdo con la existencia de dos controles. El control *a priori* es necesario para verificar, principalmente, que se trata de la decisión real del paciente, y que la toma cumpliéndose los requisitos que la ley exige. El control *a posteriori* también lo es, para comprobar que todo se ha desarrollado según dispone la ley.

Es cierto que otras legislaciones al respecto exigen únicamente un control posterior, como es el caso de los Comités de comprobación de Países Bajos, que sirven para verificar que el médico ha actuado correctamente. Pero, ¿de qué sirve un control cuando ya está todo hecho? Más allá de la responsa-

²² Algunos ejemplos: Carbonell Mateu considera que el control *a priori* “resulta sumamente discutible”. Para el autor dicho control aleja la decisión final de la voluntad del solicitante y de la relación médico-paciente (2021, pp. 57 y 58). Presno Linera opina que la exigencia de la ley al respecto “no hace impracticable el derecho a la eutanasia ni lo despoja de la necesaria protección, aunque toda la tramitación prevista ciertamente dificulta de forma importante el ejercicio del derecho[...].” (2021, p. 37). Para Juanatey Dorado el control *a posteriori* sería suficiente y considera que hubiera sido preferible prescindir del control previo, pues el mismo indica una desconfianza de la actuación del personal sanitario, además de que alarga innecesariamente el proceso (2021, p. 87). En un sentido similar Tomás-Valiente Lanuza, pues considera que se trata de un complejo sistema mixto, con control previo y posterior, pero muy escorado hacia el control *a priori* (2021, p. 116).

bilidad del médico si ha actuado mal, lo importante es el paciente y asegurar que se actúe siempre conforme a su auténtica voluntad.

Considero que el control *a priori* es importante y necesario, y no porque desconfíe de la labor del personal sanitario, simplemente, porque creo que ofrece mayores garantías el hecho de que la decisión médica inicial pueda ser confirmada por un equipo interdisciplinar, en el que no sólo participa personal médico, sino también juristas, que aportan otra visión distinta, y que al estar más alejados del paciente y de la circunstancia concreta que lo rodea, pueden analizar la situación de manera más objetiva.

La otra duda surgida en la doctrina es con respecto a la propia conformación y consideración de la Comisión. La ley establece que su naturaleza será administrativa y que será cada Comunidad Autónoma la que nombrará su propia Comisión. Para Carbonell Mateu esto puede provocar un desarrollo desigual de la ley y que las decisiones puedan diferir de unos territorios a otros (Carbonell Mateu, 2021, pp. 57 y 58). Juanatey Dorado habla directamente de error, al referirse a la existencia de 19 comisiones con su propio reglamento (Juanatey Dorado, 2021, p. 86).

En mi opinión, no veo problema en que se trate de un ente administrativo, pues también está compuesta por personal médico y de enfermería, por lo que el enfoque sanitario no se pierde en ningún momento. Además, como dije antes, puede ofrecer una visión distinta y no tan pegada a la propia circunstancia personal del paciente.

Sí me plantea mayor duda el hecho de que cada territorio nombre su propia Comisión, pues ello sí puede provocar, y de hecho provocará, diecisiete visiones distintas de una cuestión muy compleja, y para la que sería más oportuno contar con directrices homogéneas para todos los territorios. Posiblemente, una Comisión única, a nivel estatal, aun con un carácter administrativo, hubiese sido más adecuada. Es cierto que trata de darse una visión de uniformidad con la reunión anual que exige la ley de los presidentes de las diversas Comisiones y el Ministerio de Sanidad para, dice de manera expresa, “homogeneizar criterios e intercambiar buenas prácticas”, sin embargo, dudo que esto sea suficiente. Habrá que ver cómo se va desarrollando con el paso del tiempo.

V. EL PRINCIPAL ESCOLLO: LA EUTANASIA NO ES UN DERECHO

Como acertadamente se cuestiona Presno Linera,

[...]es pertinente plantearse si, además del derecho a imponer a los poderes públicos el deber de “dejar morir” (deber de abstención o tolerancia), la CE reconoce la facultad —que también forma parte del objeto del derecho fundamental— de que “nos ayuden a morir”, bien a través de la facilitación de los medios idóneos (suicidio asistido), bien mediante la intervención de una persona que provoca la muerte a quien lo ha pedido (eutanasia activa directa). (Presno Linera, 2021, p. 28)

Pues bien, el legislador español responde afirmativamente a esta pregunta; la eutanasia es configurada por la ley como un derecho. La persona que desea llevar a cabo dicha actuación podrá solicitarlo y el estado debe poner los medios oportunos a su alcance para que pueda llevarla a cabo; siempre que se cumplan los requisitos exigidos por la ley. El texto no deja lugar a dudas, para el solicitante es un derecho y para la administración una obligación. Afirma el artículo 1, respecto al objeto de la ley, “[...]regula las obligaciones de las administraciones e instituciones concernidas para asegurar el correcto ejercicio del derecho reconocido en esta Ley”. Además, la eutanasia se incluye como un servicio más dentro de la cartera de servicios del sistema nacional de salud, lo que claramente indica una obligación directa e ineludible para el estado. “Que el Sistema Nacional de Salud se organice para que la eutanasia sea una prestación social constituye un excesivo poder otorgado al Estado, un poder que no le corresponde” (Marcos del Cano, 2021, p. 141).

Para parte de la doctrina la respuesta también es afirmativa (comparten esta opinión, entre otros, Carbonell Mateu, 2021 y Tomás-Valiente Lanuza, 2021). El propio Presno Linera habla de “derecho complejo a morir”. Complejo porque se deriva de los artículos 15 y 10.1 de la CE, aunque no se mencione expresamente, y a morir, pues no sólo incluye el poder exigir al estado que se abstenga de prolongar la vida del que no quiere vivir, “[...]sino también la facultad de solicitar al Estado la prestación asistencial para morir y ello de forma ilimitada[...].” (Presno Linera, 2021, p. 34).

Para Cámara Villar se trata de “[...]un derecho legal prestacional, vinculado a un derecho fundamental como es el derecho a la vida [...] que se establece a favor de toda persona que cumpla las condiciones exigidas por la misma[...] (refiriéndose a la ley)”. Sin embargo, el autor descarta la posibilidad de que tal derecho incluya una vertiente negativa, en cuanto a poder exigir “ayuda indiscriminada para morir” (Cámara Villar, 2021, pp. 60 y 62). En un sentido similar, Moreso considera que mientras hay razones para

hablar de derecho a la asistencia médica en determinados supuestos (como la enfermedad grave, terminal e incurable...), afirma que “[...]este derecho no se extiende a un derecho al suicidio en toda circunstancia” (Moreso, 2021, p. 77).

También encontramos a quien considera que la eutanasia no puede ser concebida como un derecho. Es el caso de Marcos del Cano, quien considera que “[...]una de las cuestiones más discutibles de la LORE es que instituye un derecho [...] en todos los casos la eutanasia constituye una excepción al principio general de protección y garantía del derecho a la vida: no se trata de un «derecho civil» al que tiende la ciudadanía” (Marcos del Cano, 2021, p. 139).

Pues bien, creo que este es el principal desacierto de la ley, pues entiendo que la eutanasia debe ser configurada como una libertad legislativamente limitable.

No profundizaré en ello, pues ya lo hizo de manera excepcional Rey Martínez, pero sí quisiera referirme a una clasificación que nos proponía el autor hace algunos años (Rey Martínez, 2008, pp. 89 y ss.). Nos habla de cuatro interpretaciones posibles de la eutanasia: como algo prohibido, como un derecho fundamental, como excepción permitida y como libertad limitable.

La eutanasia no puede ser entendida como algo prohibido. Ello supondría admitir ciertas afirmaciones que entiendo no pueden admitirse. Afirmaciones tales como que la CE impone al legislador que castigue, que la vida está a la cúspide del sistema de derechos y que la misma debe protegerse de manera absoluta. La sanción penal vendría impuesta desde la CE y cualquier despenalización sería inconstitucional.

La eutanasia tampoco puede ser entendida como derecho. En primer lugar, esto supondría entender que desde la CE se prohíbe al legislador que castigue, lo cual no sólo no se produce, sino que de hecho el CP ha castigado la eutanasia hasta hace muy poco (y lo sigue haciendo fuera de los límites marcados por la ley). También supondría que el derecho a la vida reconocido en el artículo 15 de la CE incluye tanto una vertiente positiva como una vertiente negativa, reconociéndose el derecho a la muerte. Esto sería interpretable, pues de manera expresa nada dice al respecto del texto constitucional.

Sin embargo, el argumento principal por el cual entiendo que la eutanasia no podría entenderse como un derecho es la llamada teoría de la doble vertiente o doble naturaleza de los derechos. Dicha teoría ha sido acogida por gran parte de la doctrina y la jurisprudencia, tal es el caso de nuestro

TC que reconocía expresamente, desde sus primeras sentencias, la existencia de esa doble vertiente en los derechos.²³

La eutanasia no puede ser un derecho. Dicha interpretación chocaría directamente con la vertiente objetiva del derecho a la vida, que impone al estado la obligación genérica de proteger la vida allí donde se encuentre, ante cualquier ataque, sea o no querido por su titular. Así lo reconocía expresamente el TC en la famosa sentencia dictada para el aborto en el año 1985, afirmando que el estado tiene la obligación genérica negativa de no lesionar el derecho, y la obligación genérica positiva de protegerlo.

Afirmar que la eutanasia en un derecho supone que el titular puede ejercerlo (gracias a la vertiente subjetiva del mismo) y por tanto exigir al estado que adopte las medidas que sean oportunas para que pueda verse satisfecho el derecho, lo que claramente chocaría con la obligación genérica de protección a la que me refería antes.

Por todo ello, no podemos entender la disposición de la vida como un derecho subjetivo que incluya un derecho a acciones por parte del Estado, sino una libertad, que aunque el Estado deba desincentivar (dada la naturaleza de la misma), debe respetar.

Generalmente, el estado, frente a una libertad tiene una actitud de indiferencia, pero respetando la decisión adoptada por su titular, es decir, lo normal es que el Estado simplemente se limite a no obstaculizar. Sin embargo, dependiendo del tipo concreto de libertad, el Estado puede incentivarla, por ejemplo, si se trata de que los ciudadanos tengan hábitos alimenticios saludables, o desincentivarla si se trata de un tema como el aquí tratado; parece coherente que el Estado trate de desincentivar conductas suicidas o encaminadas a que la persona termine con su vida (Molero Martín-Salas, 2021, p. 311).

Puesto que ni la CE obliga ni prohíbe el castigo, la única interpretación posible es entender que la CE permite al legislador castigar. Es evidente que los textos constitucionales no pueden prever todas las actuaciones y omisiones posibles del ser humano, y en esos ámbitos en los que la CE no dice nada, es donde el legislador tiene la capacidad para regular, siempre dentro del marco constitucional y de la forma más coherente con los valores y dere-

²³ STC 25/1981, de 14 de julio, f.j. 5º. La vertiente objetiva o axiológica, es la que define la estructura política y social de un estado, mientras que la vertiente subjetiva o individual, otorga a su titular un status jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia (en palabras del propio Tribunal).

chos que sí se consagran expresamente. El propio TC ha afirmado, refiriéndose a las distintas actuaciones que afectan a la vida humana, que “[...]tan conforme es con la Constitución [...] que un hecho que es penalmente típico deje de serlo, o viceversa, o que sobre él el legislador establezca una diferente pena en el aspecto cualitativo y cuantitativo[...]”.²⁴

Al margen de la prohibición absoluta, que es por la que ha optado el legislador penal hasta la llegada de la actual ley de eutanasia, y con la cual siempre me he mostrado en desacuerdo, las dos opciones posibles son entender la eutanasia como excepción permitida o como libertad legislativamente limitable.

Entender la eutanasia como excepción permitida supone partir de una idea general de prohibición, si bien puede eximirse o atenuarse la responsabilidad por dicha actuación en momentos o ante supuestos puntuales.

Sin embargo, en nuestro sistema, no partimos de una idea general de prohibición. Si consideramos que nuestro estado está basado en la libertad, y que existen fundamentos jurídicos suficientes para entender que de la CE se deriva una norma general de libertad, lo más acorde con dicha interpretación es entender la disposición de la propia vida como libertad legislativamente limitable.

Evidentemente, como cualquier otra libertad, incluso las que forman parte de los derechos fundamentales, está sujeta a límites, que serán los que deba establecer el legislador. Para ello es necesaria una regulación rigurosa, exhaustiva, garantista y respetuosa con todas las realidades implicadas.

Puesto que el Estado no puede ofrecer las prestaciones necesarias para poder ejercerla, por lo expuesto anteriormente, y teniendo en cuenta la actitud de respeto que deberían tener los poderes públicos hacia una decisión tomada de manera libre, voluntaria, reiterada y plenamente consciente, la opción adecuada es la no penalización del tercero (particular) que ayude a morir al que así lo decida. Volveré sobre este extremo un poco más adelante.

Así las cosas, y dada la interpretación dada al asunto por la reciente ley de eutanasia, entiendo que debería ser considerada inconstitucional.

VI. ¿POR QUÉ SE LIMITAN LOS SUPUESTOS DE EUTANASIA?

Como exponía unos párrafos más arriba, me parece totalmente coherente con nuestro sistema constitucional el hecho de que la ley tenga como pilares

²⁴ STC 129/1996, de 9 de julio, f.j. 4º.

básicos la libertad y la autonomía de la voluntad. Dice el legislador que para respetar dichos valores se deben despenalizar los supuestos que la ley contempla: el padecimiento grave, crónico e inhabilitante, y la enfermedad grave e incurable, que provoca un sufrimiento insoportable.

Se refiere la ley de manera explícita al valor superior de la libertad, a la autonomía de la voluntad, a la libertad ideológica y de conciencia, a la libertad de decisión, etcétera. Sin embargo, a pesar de este reconocimiento, la ley exige que exista un padecimiento o enfermedad graves, que deben acompañarse de otros elementos tales como la cronicidad o incurabilidad para que la petición sea atendida.

Pero, ¿qué ocurre si la enfermedad no es entendida médicamente como grave, pero a la persona le provoca un sufrimiento insoportable, e incluso, ¿qué ocurre con determinadas situaciones que no provocan enfermedad, pero que para las personas que las sufren suponen una carga intolerable, incluso inhabilitante, para el desarrollo habitual y pleno de la vida; lo que en otros ordenamientos se ha llamado sufrimiento existencial (Molero Martín-Salas, 2021, p. 320).

Quizá por ello De la Mata Barranco, aun reconociendo lo complejo del debate acerca de la eutanasia, entiende que hay una discusión aun más compleja “[...]la que se refiere al modo en que la idea de libertad, en sus diversas manifestaciones debe estar presente como barrera de contención en la respuesta penal que se da a determinados comportamientos” (De la Mata Barranco, 2020, p. 25).

No puedo compartir la idea expuesta por Juanatey Dorado cuando afirma que la ley “[...]ofrece una solución a aquellas personas (en realidad, potencialmente a todas) que se encuentran en situaciones dramáticas de sufrimiento insoportable” (Juanatey Dorado, 2021, p. 74). A mi entender son muchas las “situaciones dramáticas de sufrimiento insoportable” que quedan fuera de la ley.

Además, como acertadamente indica Marcos del Cano, si la ley concibe la eutanasia como un derecho, “[...]cualquier individuo estaría ética y jurídicamente legitimado para exigir la ayuda del Estado para acabar con su vida, y ello al margen de que padeciera una enfermedad terminal o crónica” (Marcos del Cano, 2021, p. 141).

Me parece una regulación incoherente con los valores en los que se sustenta, y en los que se basa nuestro ordenamiento jurídico. Si abrimos la libertad debemos entender que se abre para todo, si hablamos en nombre de la libertad para dar luz verde a determinadas actuaciones, no podemos ignorar

otras muchas cuyo fundamento es el mismo; la autonomía de la voluntad (Molero Martín-Salas, 2021, p. 320).

No creo que el legislador tenga la capacidad para decidir qué padecimientos son merecedores de ayuda, en perjuicio de otros; máxime cuando se usa la libertad como sustento principal. Posiblemente, este sea el momento de recuperar el concepto de dignidad al que aludía anteriormente, porque lo que sí atenta contra dicho valor es el hecho de establecer diferentes niveles de libertad, atendiendo al tipo de dolencia que se padezca. Es indigno que unos sufrimientos se consideren más merecedores que otros de ser ayudados.

Apunta en este sentido la reciente sentencia del Tribunal Constitucional alemán, del 26 de febrero de 2020, pues considera que el derecho a la muerte libremente decidida no podría limitarse por causas externas como el hecho de que la enfermedad sea grave e incurable, o por el grado de sufrimiento, o por el motivo por el cual se adopta tal decisión, Carbonell Mateu considera que la interpretación llevada a cabo por el Tribunal alemán “[...]es extrapolable a España y que, cuando se den las condiciones para ello, debería comportar una revisión a fondo de todo el artículo 143 del Código Penal[...]” (Carbonell Mateu, 2021, p. 50).

Tomás-Valiente Lanuza habla de la perspectiva intersubjetiva, pues es la que provoca que el legislador limite la legalidad de la eutanasia a determinadas situaciones concretas. Dicha perspectiva es utilizada por el legislador para matizar o relativizar el alcance del respeto a la autonomía de la voluntad. La autora reconoce que esto supone un cierto paternalismo jurídico, si bien también hace referencia a que lo habitual es establecer restricciones por parte de los estados (Tomás-Valiente Lanuza, 2021, p. 109).

Tampoco se ciñe la ley al concepto clásico de eutanasia, que habitualmente suele referirse a situaciones de enfermedad terminal, “[...] pues su situación difiere de las que se enmarcan en otros supuestos (entre ellos, los tretapléjicos, las personas con discapacidad, las personas con problemas de salud mental [...])” (Marcos del Cano, 2021, p. 130). Sin embargo, el legislador también incluye el padecimiento grave, crónico e imposibilitante.

Aun siendo este el concepto de eutanasia que usa la ley, no todos los supuestos se agotan con la eutanasia; hablar de disposición de la propia vida supone incluir otras muchas situaciones. Así las cosas, el hecho de que la ley hable de eutanasia para referirse a esos dos supuestos concretos, no convierte a la ley en inconstitucional, pues la ley regula lo que regula. Ahora bien, ni es consecuente con los valores que abandera, ni ofrece una respuesta jurídica-

mente razonable a numerosas decisiones también basadas en la autonomía y la libertad de decisión.

VII. OTROS ASPECTOS CUESTIONABLES DE LA LEY

1. *Eutanasia sólo para mayores de edad*²⁵

Entre los requisitos personales que se exigen al solicitante pueden destacarse tres: nacionalidad española (o residencia legal en España o certificado de empadronamiento que acredite la permanencia en España por un periodo superior a 12 meses), ser mayor de edad y tener plena capacidad para prestar el consentimiento.

No abordaré la exigencia de nacionalidad o permanencia en España, pues considero que es un requisito razonable y entiendo que trata de evitar lo que suele conocerse como turismo eutanásico o turismo de eutanasia. “Con este requisito, el legislador pretende evitar que la aprobación de la ley atraiga a extranjeros no residentes en España que provengan de países en los que no se haya legalizado la eutanasia voluntaria (o se haya legalizado con requisitos más restrictivos)” (Juanatey Dorado, 2021, p. 83).

Sí quisiera detenerme en el requisito de la mayoría de edad. Ciertamente, en derecho comparado e internacional contamos con muy pocos ejemplos de regulaciones que permitan la disposición de la propia vida a menores de edad. En Bélgica se modifica la ley en 2014 para abrir dicha posibilidad a los menores (que necesitan el consentimiento paterno), también existe tal posibilidad en Países Bajos (pueden pedirla los niños a partir de 12 años, si bien necesitan el consentimiento de sus padres. Los mayores de 16 años ya pueden decidir por ellos mismos) y de forma similar en Colombia (de 12 a 14 años se necesita la autorización de los padres, mientras que los mayores de 14 pueden decidir autónomamente).

En el caso de España la ley establece el límite mínimo en la mayoría de edad. Me parece correcto, pues como decía en otra parte del texto, ante determinados asuntos es importante analizar la conciencia social al respecto. Acaba de despenalizarse la eutanasia y parece que lo más oportuno, por el momento, es regularla únicamente para mayores de 18 años. Además, dicha limitación es coherente con la también existente dentro del ámbito sanitario,

²⁵ Un interesante análisis lo encontramos en Hernández García (2021, pp. 93-118).

cuando la decisión afecta a un menor; si bien, como veremos, los mayores de 16 años al menos deben ser consultados.

Sin embargo, no debemos descartar que en algún momento dicha posibilidad se plantee también para menores, como ha ocurrido en otros lugares. Creo que esta evolución sería perfectamente posible por varios motivos:

En primer lugar, no podemos olvidar que los menores son titulares de todos los derechos, y el ejercicio no se les niega por el hecho de ser menores; otra cosa es que se vaya configurando con el avance de la edad. Así lo ha entendido el TC, considerando que el ejercicio de los derechos no es solo cuestión de edad, sino de la madurez que muestre el menor. El ejercicio no es pleno desde el principio, a medida que el menor va creciendo y va siendo más maduro, sus derechos se van consolidando. Y no realiza estas afirmaciones ante un supuesto de poca entidad, se trataba de un caso especialmente dramático, relacionado con la vida y el riesgo que para ella suponía la decisión adoptada por un menor. Por razones religiosas, un menor de 13 años rechaza una transfusión sanguínea, decisión que acaba costándole la vida.²⁶

“Es razonable plantear si su ejercicio debiera garantizarse también a los menores de más de doce años que tengan la madurez suficiente, si bien incrementando la garantía en estos casos[...]” (Cámara Villar, 2021, p. 67). Como muy acertadamente afirma Laporta, cuando se trata de la capacidad de una persona para tomar decisiones, siempre debemos tener en cuenta que se trata de una cuestión gradual. No sólo depende de su edad, también de otros factores como la propia enfermedad que padece o su personalidad (Laporta, 2010, pp. 24 y ss.).

En segundo lugar, si comparamos el tema que nos ocupa con la interrupción del embarazo, la ley que lo regula,²⁷ en su redacción actual²⁸ (después de varias modificaciones al respecto), permite que las menores de 16 a 18 años puedan abortar sin contar con el consentimiento de sus padres o tutores legales.

Por último, también resulta relevante lo que la normativa establece para el ámbito sanitario, y más concretamente la posibilidad de aceptar o rechazar un tratamiento médico, cuando se trata de menores. La ley de autonomía del paciente para nada ignora la opinión del menor. Cuando se trata

²⁶ STC 154/2002, de 18 de julio.

²⁷ Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

²⁸ La dada por la Ley Orgánica 1/2023, del 28 de febrero.

de menores emancipados o mayores de 16 años, no cabe el consentimiento por representación, lo que implica que deben ser ellos mismos los que lo presten. Sí se necesita el consentimiento del representante legal (normalmente, los padres) cuando se trata de una actuación grave que puede poner en riesgo su vida, pero incluso en ese caso, la ley exige que la opinión del menor sea escuchada.

Hernández García profundiza en la materia aplicando el test de proporcionalidad al hecho de que todos los menores hayan quedado fuera de la regulación. El autor afirma que si bien el fin puede entenderse legítimo (neutralizar totalmente los posibles riesgos que se producen si la práctica se abre a menores), la exclusión no puede entenderse ni adecuada, ni necesaria, ni proporcional en sentido estricto (es importante incidir en el hecho de que el autor se refiere a menores con suficiente madurez y competencia cognitiva, moral y autónoma) (Hernández García, 2021, p. 116).

Parte de la doctrina considera que estas limitaciones dentro del ámbito sanitario suponen un retroceso en el ejercicio de los derechos por parte de los menores. Así Juanatey Dorado habla de involución, la cual respondería más a motivos ideológicos que a falta de madurez de los menores de edad o a que se hayan producidos abusos por ser más vulnerables. Para la autora sería más razonable una regulación similar a la holandesa o belga (Juanatey Dorado, 2021, p. 85); opinión compartida por otros autores (es el caso de Presno Linera, 2021, p. 36).

Tomás-Valiente Lanuza considera que la regulación operada por la ley de eutanasia es coherente con la ya existente dentro del ámbito sanitario, si bien considera que si la ley de autonomía del paciente se abriera a menores maduros, podría hacerse lo mismo en la de eutanasia. En este último caso, la autora considera que los supuestos deberían restringirse a “casos de intenso sufrimiento en una situación irreversible de terminalidad”, e incluso propone dar al menor maduro un tiempo “extra” de espera para ver si puede adaptarse a la situación (se refiere a padecimientos crónicos e imposibilitantes) (Tomás-Valiente Lanuza, 2021, p. 105).

Por tanto, parece factible que, con el paso del tiempo y la evolución social al respecto, pueda llegar a plantearse la apertura de la disposición de la propia vida a otras edades.

2. Eutanasia solo para personas plenamente competentes

El tema de la competencia es tratado de manera similar, en cuanto a que la postura del legislador ha sido la previsible (ante una regulación novedosa de un tema tan complejo), y bastante cautelosa; estipulando que sólo podrán solicitar la eutanasia las personas plenamente competentes. También se admite la petición de la persona que, si bien al momento de realizar la solicitud no se encuentra en el uso pleno de sus facultades, tenga un documento de instrucciones previas que deja constancia de que esa era su decisión.²⁹

Como indicaba en el caso de la edad, me parece perfectamente posible que la situación también pueda ir variando en cuanto a la capacidad necesaria del solicitante. En los últimos tiempos se están produciendo reformas de calado en cuanto al ejercicio de ciertos derechos por personas sin capacidad plena.³⁰ Un ejemplo de estos cambios sería el operado en materia electoral en el año 2019,³¹ o la importante reforma llevada a cabo en materia civil a través de la Ley 8/2021, del 2 de junio.

Además de esta tendencia evolutiva en la materia, y sin poder profundizar en este aspecto, considero que la ley podría ser más exhaustiva al respecto. Es evidente que no todas las incapacidades son iguales, y puesto que lo esencial debería ser el respeto por lo que la persona realmente quiere, la incapacidad no debería ser un obstáculo para ofrecer una información adecuada y permitir que la persona participe en todo el proceso de decisión, siempre de manera adaptada a su capacidad de entendimiento.

3. Eutanasia practicada sólo por personal médico

Tras la entrada en vigor de la ley de eutanasia el texto del artículo 143 de CP queda tal cual, salvo las modificaciones realizadas en el apartado 4, para adaptarlo a la ley, y la incorporación del apartado 5, que es el realmente relevante. Básicamente, se sigue castigando la inducción y la cooperación y/o ayuda a morir a un tercero, salvo que dicha cooperación o ayuda se realice bajo las directrices que establece la ley.³²

²⁹ Puede leerse al respecto Domínguez (2021, pp. 119-153).

³⁰ Encontramos algunas opiniones acerca del avance que se está produciendo en la materia en el siguiente trabajo Miranda Erro (2019, pp. 359 y ss.).

³¹ Puede leerse al respecto Marco Franco (2021, pp. 211 y ss.).

³² Puede profundizarse en el análisis de las modificaciones introducidas en el artículo 143 del Código Penal en Peñaranda Ramos (2021, pp. 222 y ss.).

Como ha quedado expuesto, sólo se permitiría en los dos supuestos descritos y la actuación debe llevarla a cabo personal médico. Ciertamente, en la redacción del apartado 5 del artículo 143 se dice textualmente “quien causare o cooperare”, sin embargo, la ley sí habla de manera expresa de profesional sanitario.

Por tanto, la participación de un tercero particular, más allá del ámbito médico que establece la ley, se sigue castigando. Afortunadamente, la redacción final no contempla lo previsto en el Proyecto de ley, que no sólo castigaba la intervención de terceros, sino que se eliminaba la atenuación de las penas, por lo que las mismas eran considerablemente más elevadas. Aun conservándose la atenuación para estas actuaciones, son diversas las críticas que llegan desde la doctrina ante este reproche penal. Por todos puede citarse a Carbonell Mateu quien afirma que “el castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional” (Carbonell Mateu, 2020, pp. 10 y ss.).

Es evidente que la presencia de profesionales sanitarios es necesaria a lo largo del todo el proceso, sin embargo, ello no es óbice para permitir que también puedan participar terceros particulares. Para la persona que toma una decisión de ese tipo el apoyo y acompañamiento de la familia y amigos suele ser crucial, no sólo porque conocen de primera mano el padecimiento o circunstancia que la persona está sufriendo, sino porque posiblemente hayan compartido todo el proceso y sea con ellos con los que se siente más cómoda, acompañada y confiada.³³

Otro de los aspectos que se discute en torno al personal médico, es la opinión que el sector tiene en cuanto a la eutanasia y su actitud respecto a la práctica de la misma.

Teniendo en cuenta que el texto aprobado en el Congreso de los Diputados acoge en su articulado la inclusión de la prestación de ayuda para morir en la Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y que los médicos tendrán un papel protagonista cuando este nuevo derecho se haga efectivo,

³³ Precisamente, concluyendo este trabajo, se conoce la decisión de absolver a Ángel Hernández, por ayudar a morir a su mujer. Tras la entrada en vigor de la ley de eutanasia, la fiscalía retira su acusación, por entender que la actuación de Ángel está amparada por la nueva regulación. Humanamente, me parece la decisión más correcta. Jurídicamente, abogo porque así sea, y que el familiar que coopera en la muerte del solicitante no sea castigado por ello, pero hoy por hoy la literalidad de la ley lo deja claro, la actuación debe ser llevada a cabo por profesionales sanitarios. Puede consultarse en <https://elpais.com/sociedad/2021-07-06/angel-hernandez-absuelto-de-un-delito-de-cooperacion-al-suicidio-por-ayudar-a-morir-a-su-esposas-tras-la-entrada-en-vigor-de-la-ley-de-eutanasia.html> (consultada el 13 de julio de 2022).

es importante conocer la posición actual de estos profesionales sobre la eutanasia y su regulación por ley. (Barra, 2021, p. 158)

Parte de la doctrina pone sobre la mesa la preocupación de la profesión médica ante la entrada en vigor de la ley. Un ejemplo sería Marcos del Cano quien considera que “[...]no se ha fomentado ni el debate ni el consenso necesario con los profesionales sanitarios que debe aplicar la eutanasia”. Hace referencia la autora a un pronunciamiento realizado por la Organización Médica Colegial de España el 18 de diciembre de 2020, en el que expresaban “[...]su honda preocupación ante la aprobación de esta ley y anunció que activaría todos los mecanismos necesarios en defensa de la profesión médica, el ejercicio de la medicina, los valores del profesionalismo médico y la relación entre médico y paciente[...]” (Marcos del Cano, 2021, p. 143).

De igual forma encontramos opiniones en el sentido opuesto. El doctor Carlos Barra, en activo durante 40 años, apoyándose en diferentes encuestas sobre el tema, considera que hay una divergencia entre lo que exige el código deontológico, que todavía hoy en día no permite que el médico participe u ocasione la muerte del enfermo de manera deliberada, y la opinión de los profesionales al respecto. También afirma que se observa una evolución positiva clara en defensa de la necesidad de regular por ley la eutanasia (Barra, 2021, p. 159).

Es claro que dentro del ámbito sanitario encontramos opiniones diversas, sin embargo, esta disparidad de opiniones no puede impedir que este tipo de regulaciones avancen. Sin duda es necesario un debate sosegado y profundo con los profesionales sanitarios, dado el papel esencial que juegan, y puesto que para ellos no puede suponer una obligación en ningún caso, la previsión de la objeción de conciencia es esencial y necesaria, pues les permite eludir su participación en este tipo de actuaciones; si así lo consideran.³⁴

4. El encaje de la ley en la jurisprudencia nacional y europea

A. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional español

Como sabemos, no han llegado hasta el TC asuntos directamente relacionados con la disposición de la propia vida, más allá del conocido caso de Ra-

³⁴ Acerca de este tema puede consultarse Ruiz Miguel (2021, pp. 243-282) o De Montalvo Jääskeläinen (2022, pp. 41-57).

món Sampedro, si bien no llegó a ser analizado por el Tribunal al producirse su fallecimiento.

Hasta fechas muy recientes, solo se contaba con las sentencias dictadas para el caso GRAPO, durante los años 90.³⁵ Entonces el Tribunal exponía que el derecho a la vida, reconocido en el artículo 15, sólo incluía la vertiente positiva, y no una vertiente negativa, por lo que interpretaba, de manera clara e indubitaba, que la CE no ampara ni reconoce un derecho a la muerte.

Sin embargo, en marzo de este mismo año, el TC resuelve el primero de los recursos interpuestos frente a la ley en junio de 2021, dando un giro a la interpretación existente hasta el momento.³⁶

Afortunadamente, la decisión del TC no ha tardado demasiado en llegar, si lo comparamos con otros casos, pues como muy acertadamente se advertía desde la doctrina, la ley “[...]gozará de presunción de constitucionalidad mientras el TC no sentencie lo contrario y por eso se aplicaría sin problemas desde el momento de su entrada en vigor” (Presno Linera, 2020, p. 8).

Si bien no es objeto de este trabajo realizar un análisis jurisprudencial al respecto, sí considero interesante exponer las observaciones más relevantes realizadas por el TC. La idea básica de la sentencia es que avala por completo la ley de eutanasia recurrida. Afirma el Tribunal que el derecho a la vida regulado en el artículo 15 de la CE comprende una “[...]facultad de autodeterminación consciente y responsable de la propia vida que cristalizaría en el derecho a la integridad física y moral”, considera que nos encontramos ante un derecho subjetivo de naturaleza prestacional,³⁷ y que los poderes públicos no tienen el deber incondicional de proteger la vida, por lo que no se puede entender la protección de la vida desconectada de la voluntad de su titular.³⁸ Sí menciona la jurisprudencia anterior, la emitida para el caso GRAPO, pero la referencia a la misma es escasa y sesgada, pues no realiza una interpretación profunda y sosegada de por qué en aquel momento se entendió que no existía un derecho a la muerte y ahora se considera un derecho subjetivo prestacional. También usa como argumento la jurisprudencia europea, pero como explicaré unos párrafos más adelante, entiendo que hace una lectura tergiversada de la misma.

³⁵ Se emitieron tres sentencias por parte del Tribunal: SSTC 120/1990, del 27 de junio, 137/1990, del 19 de julio y 11/1991, del 17 de enero.

³⁶ STC 19/2023, del 22 de marzo.

³⁷ F. j. 5º

³⁸ F. j. 6º

Como puede deducirse de lo expuesto hasta el momento, no comparto la postura adoptada por el TC. Más acertadas me parecen otras argumentaciones realizadas por la doctrina antes de conocerse el sentido de la sentencia. Me parece interesante la reflexión aportada por Tomás-Valiente Lanuza cuando afirmaba que

sería perfectamente posible que el TC negara tal derecho (se refiere al derecho a la muerte) y, simultáneamente, considerara conforme con la Constitución la ponderación plasmada en la LORE (Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia) por el legislador democrático, que, por lo demás, es la más coherente con el derecho fundamental del sujeto (este sí afirmado por el TC) a decidir sobre su tratamiento médico. (Tomás-Valiente Lanuza, 2021, p. 102)

Coincido plenamente con la autora, no sólo hubiera sido perfectamente posible, sino que creo que esa debería haber sido la interpretación por parte del Tribunal; lo cual no implica que la ley sea constitucional. Creo que no existe un derecho a la muerte, y creo que la ponderación realizada por la ley es la correcta; teniendo en cuenta los valores que la Constitución consagra. Lo inconstitucional, a mi modo de ver, es entender que nos encontramos ante un derecho subjetivo prestacional y que deba ser el estado el que cumpla con dicha prestación.

La propia autora reconocía que este podría ser el único escollo, afirmando que

[...]el examen de constitucionalidad no puede sino recaer sobre la cuestión de si con la LORE incurre el Estado en una vulneración de sus deberes positivos de proteger la vida; unos deberes que han de traducirse no como la imposición a los ciudadanos y residentes de la obligación de mantener su existencia física a toda costa —que es, en definitiva, el principal corolario de la comprensión de la vida como bien irrenunciable—, sino como la suficiencia de un sistema de garantías que asegure el carácter estable, no coaccionando ni influenciando y, en suma, verdaderamente libre de la decisión del sujeto enfrentado a un contexto de enfermedad o extrema dependencia en el que el sufrimiento domina su existencia (Tomás-Valiente Lanuza, 2021, p. 103).

Vuelvo a estar de acuerdo con la autora, la obligación genérica que tiene el Estado de proteger la vida no implica que deba imponerla, pero sí que debe velar por que exista un sistema de garantías adecuado. Insisto en lo

dicho anteriormente, lo inconstitucional es que sean los poderes públicos los que deban llevar a cabo la prestación. Como ya dije en otro momento, el Estado, ante una libertad de este tipo, debe mantener una actitud de tolerancia, de no obstaculización y de respeto.

B. *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Sin ánimo de exhaustividad, trataré de exponer la línea jurisprudencial seguida por el TEDH en el tema que nos ocupa.³⁹ Sin embargo, como acertadamente expone Martín Sánchez, la interpretación ofrecida por el TEDH ha sido “una vaga respuesta hasta la fecha, que justifica en la «inidoneidad» de adoptar una decisión unánime en el complejo y diverso contexto europeo, recurriendo al margen de libre apreciación nacional («vía de escape» ante los denominados conflictos «difíciles»)» (Martín Sánchez, 2020, p. 7).

El caso paradigmático sigue siendo el de *Pretty vs. Reino Unido*, del 29 de abril de 2002, en el que una mujer solicitaba poder ser auxiliada a morir por su marido, sin que fuese castigado por ello. Los tribunales ingleses no conceden la petición y por ello acude al TEDH. De manera clara afirma el Tribunal que del Convenio no se deriva un derecho a decidir sobre el final de la vida, ni que exista la vertiente negativa del mismo. No se reconoce un derecho a la muerte, ni con ayuda de un particular, ni de un poder público. Sin embargo, tampoco prohíbe que los estados puedan regular al respecto, basándose en el manido argumento del libre margen de apreciación nacional.

Situación distinta se produce en el caso *Haas vs. Suiza*, del 20 de enero de 2011. En Suiza sí está permitido el auxilio al suicidio, si bien se requiere que un médico analice la petición y recete la sustancia necesaria. El demandante sufría un grave trastorno de bipolaridad, sin embargo, el facultativo no entendió justificada la prescripción de la sustancia. El Tribunal alude nuevamente al margen de apreciación de los estados, de tal forma que igual que el Estado puede decidir si permite o no ciertas actuaciones, también puede establecer los límites o requisitos que se consideren oportunos.

Precisamente, por estar permitido el auxilio al suicidio en Suiza, el caso *Koch vs. Alemania*, de 19 de julio de 2012, comienza en Alemania, si bien la decisión de morir finalmente se lleva a cabo en Suiza. La solicitante de ayuda pide a las autoridades alemanas la sustancia necesaria para llevar

³⁹ Algunos trabajos recientes al respecto son: Molero Martín-Salas (2022), Martín Sánchez (2020), Climent Gallart (2018) o Marín Castán (2018).

a cabo el suicidio en su propia casa. Ante la negativa de su país, decide acudir a Suiza, acompañada de su esposo, donde finalmente pone fin a su vida. De vuelta a Alemania, el esposo comienza una batalla legal por negar a su mujer la posibilidad de suicidarse, y por no haber entrado a valorar el fondo del asunto. El caso llega hasta el Tribunal de Estrasburgo que, si bien reconoce que se han vulnerado los derechos procesales del demandante, previsto en el artículo 8o. del Convenio, ante la negativa de los tribunales alemanes a entrar al fondo del asunto, en lo que respecta al suicidio asistido, el Tribunal vuelve a ampararse en el margen de apreciación que tienen los Estados para prohibirlo o autorizarlo.

Nuevamente en territorio suizo se produce el caso *Gross vs. Suiza*, del 14 de mayo de 2013,⁴⁰ asunto que además de llegar a la Gran Sala, el 30 de septiembre de 2014, pone sobre la mesa uno de los asuntos más espinosos; el llamado sufrimiento existencial. La demandante alega como motivo principal la vejez. Ciertamente, la legislación suiza no hace referencia a dicha motivación, lo que impide a la demandante obtener el visto bueno del facultativo. El Tribunal estima la pretensión de la demandante, alegando que la falta de concreción, y de un marco normativo preciso al respecto, provoca una vulneración del derecho a la vida privada del artículo 8. Sorprendentemente, cuando el gobierno suizo recurre ante la Gran Sala, el recurso es inadmitido, dejando sin efectos lo dictado en la primera sentencia, pues el Tribunal entendió que había mediado engaño. La demandante había ocultado su propia muerte para evitar que se diese por finalizado el proceso. Más allá de las extrañas circunstancias de este caso, el Tribunal deja sin resolver lo más interesante del mismo, qué ocurre cuando nos encontramos ante una persona que, sencillamente, ha perdido el interés por la vida. Posiblemente, dada la trayectoria del Tribunal, entendería que las decisiones adoptadas internamente al respecto estarían amparadas por el margen de libre apreciación de los estados.

Otra de las problemáticas más complejas es la que se produce en el caso *Lambert vs. Francia*, del 5 de junio de 2015. La legislación francesa permi-

⁴⁰ Se menciona expresamente en el Preámbulo de la ley española el caso *Gross vs. Suiza*, de 14 de mayo de 2013, para justificar que lo adecuada es elaborar una regulación específica, en la que se incluyan los requisitos y garantías de manera clara. Comparto plenamente esta visión, lo que me sorprende es que el legislador español use esta sentencia para poner de manifiesto que se actúa de forma correcta y acorde con lo interpretado por el Tribunal Europeo, obviando que dicha sentencia finalmente queda sin efecto, tras el pronunciamiento de la Gran Sala.

te interrumpir un tratamiento cuando la enfermedad es irreversible y sólo permite que la vida continúe de manera artificial. El señor Lambert estaba en estado vegetativo desde hacía siete años, y aunque sus padres se oponían a la desconexión, las autoridades médicas francesas deciden desconectarle, lo que provoca que el asunto llegue hasta el Tribunal europeo. Finalmente, desde Estrasburgo, se avala la decisión del equipo médico francés, entendiendo que actuaron en todo momento según establece la legislación francesa al respecto. El Tribunal simplemente constata si el Estado cumple con las obligaciones derivadas del Convenio, entendiendo que sí, al disponer de una regulación clara al respecto. No entra el Tribunal en el tema realmente espinoso, y es la falta de voluntad por parte del paciente, y la negativa de parte de sus familiares para llevar a cabo la desconexión.

En el caso *Gard vs. Reino Unido*, del 28 de junio de 2017, se aborda posiblemente uno de los temas más controvertidos, la disposición de la vida cuando se trata de menores. La situación es similar a la del caso anterior, pues se trata de un supuesto en el que se plantea la retirada de un tratamiento, cuando el enfermo tiene una enfermedad irreversible, pero en este caso el paciente era un bebé afectado por una grave enfermedad genética. Los padres querían seguir manteniendo con vida a su hijo, mientras las autoridades sanitarias consideraban más apropiada la desconexión. Nuevamente, el Tribunal avala la decisión tomada por los facultativos, entendiendo que actuaban conforme lo establece la regulación nacional, eso sí, considerando que la misma forma parte del margen de apreciación del Estado, y soslayando los asuntos más espinosos y controvertidos. Parecida situación se produce en el caso del menor de 12 años, Archie Battersbee, que quedó en muerte cerebral tras realizar un reto en Tik Tok. En agosto de 2022 el Tribunal dicta sentencia, afirmando que no debe interferir en las decisiones adoptadas a nivel nacional encaminadas a la desconexión del menor.

El último caso resuelto por el Tribunal es el caso *Mortier vs. Bélgica*, del 4 de octubre de 2022. Como sabemos, la eutanasia está regulada en Bélgica, en virtud de la cual, la solicitante, paciente crónica de depresión desde hace más de 40 años, decide poner en marcha el proceso para que sea ayudada a morir; petición que es finalmente satisfecha. Ante tales hechos, son los hijos los que acuden al TEDH, siendo preguntado por primera vez acerca de la adecuación de la existencia de una ley de este tipo con el contenido del Convenio. Ciertamente, el Tribunal entiende que la eutanasia practicada en este caso es conforme al Convenio, pero no porque del mismo se derive un derecho a la muerte, como parece dar a entender el TC español. El Tribu-

nal europeo no realiza esta afirmación en ningún momento, sino que entiende que la opción de regular respecto a la eutanasia, así como la opción de no regular, están amparadas en la letra del convenio, siendo una decisión que recae en los Estados. En el caso de Bélgica decide regular al respecto, y la eutanasia se practica siguiendo los criterios que en dicha regulación se exigen.

Tras un rápido repaso por algunos de los casos resueltos por el TEDH, podría observarse una cierta evolución en sus pronunciamientos, pues al inicio, de manera bastante clara, afirma que del Convenio no se deduce que exista un derecho a la muerte, mientras que de manera reciente avala la desconexión de un bebé y un menor; incluso en contra de la voluntad de sus padres. Sin embargo, aunque así lo parece, entiendo que no se ha producido tal evolución, lo que ocurre es que nos encontramos ante casuísticas muy distintas, y por ello las respuestas también parecen serlo. Además, el Tribunal no sólo basa sus argumentaciones en el artículo 2o., que es el que regula el derecho a la vida, sino que también lo hace, y en una mayor medida, en el artículo 8o., que regula la vida privada y familiar.

Aunque pueda apreciarse un cierto cambio en la línea interpretativa del Tribunal, lo cierto es que en todos los casos encontramos un doble denominador común. Por una parte, el tan aludido libre margen de apreciación de los estados. Ciertamente, son muchos y diversos los estados bajo el ámbito del Convenio, y en este, como en muchos otros temas, no existe unanimidad en cuanto a regulaciones o consideraciones sociales al respecto. También podría afirmarse que del Convenio no se deriva una prohibición para los estados para despenalizar, pero tampoco encontramos argumentos que impidan que así sea.

El otro elemento común a todas las interpretaciones es que, en ninguna de ellas, sea cual sea el tema concreto abordado, el Tribunal ha admitido que del Convenio podamos deducir que el derecho a la vida, previsto en el artículo 2o., incluye una vertiente negativa. O dicho de otra forma, en ningún momento el Tribunal ha afirmado que exista un derecho a la muerte, ni que el Estado esté obligado a proporcionar o facilitar la ayuda a morir.

VIII. CONCLUSIONES

Cuando una persona competente, voluntaria, reiterada e inequívocamente no quiere seguir viviendo, sin duda dicha decisión forma parte de su ámbito de libertad y autonomía personal. En un estado basado en la libertad y con

un amplio reconocimiento de la existencia de una norma general de libertad, parecía necesario que dicha decisión de morir contara con una adecuada regulación y cobertura jurídica.

El legislador español ha optado por configurarla como un derecho, si bien únicamente para dos casos concretos. Como he tratado de exponer a lo largo del trabajo, discrepo de sendos aspectos. La eutanasia, más allá del contenido que le atribuye la ley, y que tampoco coincide con el habitualmente descrito para un contexto eutanásico, no puede entenderse como un derecho que implique prestaciones por parte del Estado, básicamente porque dicho aspecto entra en conflicto con la obligación genérica que tiene el Estado de proteger la vida. Tampoco me parece coherente que la ley reconozca un derecho, usando como principal sustento para ello la libertad, y sin embargo sólo se pueda prestar ayuda ante dos situaciones concretas, dejando fuera otras muchas circunstancias, igualmente dramáticas e imposibilitantes, y cuya petición de ayuda también podría sustentarse en la autonomía, la voluntad y la libertad.

Desde mi punto de vista, el encaje constitucional adecuado de la disposición de la propia vida sería como libertad legislativamente limitable. Dicha libertad, si bien se entiende no será fomentada por el Estado, sí debe permitirle y no obstaculizarla. La ayuda sería prestada por terceros particulares, sin que existiese reproche penal para ellos.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Barra Galán, C. (2021). Avanzando en derechos. Por fin ley de eutanasia. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, junio, 152-168.
- Beltrán Aguirre, J. L. (2021). El procedimiento y los controles necesarios con el fin de garantizar la observancia de los requisitos objetivos y subjetivos. En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 155-199). Marcial Pons.
- Buriticá Arango, E. D. y Agón López, J.G. (2022). Eutanasia y suicidio asistido: un análisis de derecho comparado. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, LV(164).

- Cámara Villar, G. (2021). La regulación de la eutanasia y el suicidio asistido en el mundo. Panorama general y comparado. *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, XXXVII.
- Cámara Villar, G. (2021). La tríada «bien constitucional vida humana/derecho a la vida/inexistencia de un derecho a la muerte» (Acerca de la constitucionalidad de la regulación de la eutanasia en España en perspectiva comparada). En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 25-76). Marcial Pons.
- Carbonell Mateu, J. C. (2021). Ley de eutanasia: una ley emanada de la dignidad. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, junio, 46-72.
- Carbonell Mateu, J. C. (2020). El castigo de la ayuda al suicidio es inconstitucional. *Revista Derecho a Morir Dignamente*, 82, 10-12.
- Climent Gallart, J. A. (2018). La jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la disposición de la propia vida. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 8, 124-137.
- De la Mata Barranco, N. (2020). El Derecho Penal y la eutanasia. *Revista Derecho a Morir Dignamente*, 82, 23-25.
- De Montalvo Jääskeläinen, F. (2022). La objeción de conciencia en la ley española de eutanasia. *Labor hospitalaria: organización y pastoral de la salud*. (332).
- Díaz Revorio, F. J. (2009). *Los derechos humanos ante los nuevos avances científicos y tecnológicos. Genética e internet ante la Constitución*. Tirant Lo Blanch.
- Domínguez Luelmo, A. (2021). Voluntades anticipadas y prestación de ayuda para morir. En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 119-155). Marcial Pons.
- García Rivas, N. (2003). Despenalización de la eutanasia en la Unión Europea: autonomía en interés del paciente. *Revista Penal*, 11, 15-30.
- González Rus, J.J. (2020). Una ley manifiestamente mejorable. *Revista Derecho a Morir Dignamente*, 82, 26-28.
- Hernández García, J. (2021). Derecho individual a la eutanasia y la (discutible) exclusión de las personas menores de edad. En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 93-119). Marcial Pons.

- Juanatey Dorado, C. (2021). Sobre la Ley Orgánica de regulación de la eutanasia voluntaria en España. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, Junio, 72-98.
- Landrove Díaz, G. (1998). El derecho a una muerte digna. *La Ley: revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, 2, 1999-2005.
- Laporta Sanmiguel, F. (2010). Algunas incógnitas del principio de autonomía personal en tratamientos médicos. En B. Mendoza Buergo (coord.), *Autonomía personal y decisiones médicas: cuestiones éticas y jurídicas* (pp. 19-34). Civitas.
- Marco Franco, M. P. (2021). Discapacidad y Derecho Electoral. En G. D. Ruvalcaba García (Coord.). *Tiempos de pandemia. Diálogo sobre constitucionalismo, democracia y derechos fundamentales* (pp. 211-219). Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- Marcos del Cano, A. M. (2021). ¿Existe un derecho a la eutanasia? Panorama internacional y análisis de la Ley Orgánica de la eutanasia de nuestro país. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, junio, 128-152.
- Marín Castán, M. L. (2018). La polémica decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el caso Gard y otros contra el Reino Unido. *Revista de Bioética y Derecho*, 43, 261-276.
- Martín Sánchez, M. (2020). El margen de apreciación en el derecho humano a la vida: Restricción de derechos y respuesta del Tribunal de Estrasburgo. *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, 18(2), 3-50.
- Miranda Erro, J. (2019). Crónica sobre discapacidad y Derecho. Crónica del II Congreso Nacional de Derecho de la Discapacidad. Pamplona, 6 a 8 de febrero de 2019. *Parlamento y Constitución. Anuario*, 20, 359-371.
- Molero Martín-Salas, M. P. (2022). Tribunal Europeo de Derechos Humanos y terminación de la vida tras dos décadas del caso Pretty V. Reino Unido. *Revista General de Derecho Europeo*, (58).
- Molero Martín-Salas, M.P. (2021). La decisión de morir, ¿libertad o derecho? Una perspectiva desde el ámbito español. *Revista de Estudios Constitucionales de Chile*, 19(2), 297-324.
- Molero Martín-Salas, M.P. (2014). *La libertad de disponer de la propia vida desde la perspectiva constitucional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Moreso, J. J. (2021). Dignidad humana: Eutanasia y auxilio ejecutivo al suicidio. En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Pri-*

- meras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 76-93). Marcial Pons.
- Peñaranda Ramos, E. (2021). Participación en suicidio, eutanasia, autonomía personal y responsabilidad de terceros. En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 199-243). Marcial Pons.
- Presno Linera, M. Á. (2021). La eutanasia como derecho fundamental. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, junio, 24-46.
- Presno Linera, M. Á. (2020). ¿Cabe la eutanasia en la Constitución española? Constitucionalidad de una Ley Orgánica de eutanasia. *Revista Derecho a Morir Dignamente*, 82, 7-9.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*. Debate.
- Rey Martínez, F. (2008). *Eutanasia y derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Ruiz Miguel, A. (2021). Objeción de conciencia y eutanasia. En C. Tomás-Valiente Lanuza (ed.). *La eutanasia a debate. Primeras reflexiones sobre la Ley Orgánica de Regulación de la Eutanasia* (pp. 243-283). Marcial Pons.
- Sábada, J. (2021). La eutanasia en la vida humana y en España. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, junio, 16-24.
- Tomás-Valiente Lanuza, C. (2021). La ley Orgánica de regulación de eutanasia: valoración global y primeras dudas interpretativas. *Teoría y Derecho. Revista de pensamiento jurídico (La Ley Orgánica 3/2021 de regulación de la eutanasia, a debate)*, junio, 98-128.

 **¿De una nación fuerte a una nación segura? Recuento de la legislación y la política migratoria en México**

From a Strong Nation to a Secure Nation? An Account of Migration Law and Policy in Mexico

Valentina Rabasa Jofre

 <https://orcid.org/0000-0003-2976-914X>

Investigadora posdoctoral, Programa de Becas Posdoctorales, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México
Correo electrónico: vrabasaj@gmail.com

Recepción: 8 de noviembre de 2021
Aceptación: 20 de abril de 2022

RESUMEN: En México, la selectividad y la seguridad son elementos que han caracterizado la regulación a la inmigración. Durante el siglo XX, el carácter restrictivo y selectivo caracterizó la regulación del proceso de inmigración primando ideales de nación fuerte y homogénea en términos del desarrollo nacional. Actualmente, la Ley de Migración se fundamenta, de iure, en el respeto de los derechos humanos de las personas inmigrantes; no obstante, sigue teniendo un carácter restrictivo ahora basado en la seguridad nacional, que en la práctica viola todo tipo de derechos humanos mostrando no nada más su contradictoria actuación y la importancia que tiene para el Estado la ley en el texto y no el proceso de ejecución sino la relevancia que tiene el contexto internacional, en particular la política migratoria del vecino del norte.

Palabras clave: legislación migratoria, política migratoria, derechos humanos, migración internacional.

ABSTRACT: In Mexico, selectivity and security are elements that have characterized immigration regulation. During the 20th century, the restrictive and selective nature characterized the regulation of the immigration process, prioritizing the ideals of a strong and homogeneous nation in terms of national development. Currently, the Migration Law is based, de jure, on respect for the human rights of immigrants; however, it continues to have a restrictive character now based on national security, which in practice violates all kinds of human rights, showing not only its contradictory actions and the importance that the law in the text has for the State and not the process of execution but the relevance of the international context, in particular the migratory policy of the United States.

Keywords: immigration law, migration policy, human rights, international migration.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen cambiante, carácter constante*. III. *¿Poca comprensión y muchas palabras? La nueva coyuntura y las caravanas*. IV. *Conclusiones*. V. *Fuentes consultadas*.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los grandes temas para México desde los inicios de su construcción como nación independiente ha sido la inmigración, aunque en el imaginario colectivo no haya conciencia acerca de esa condición de receptora de flujos migratorios de diversa índole. Lo cierto es que la llegada de extranjeros ha sido un fenómeno continuo, pero poco cuantioso, razón por la que no había representado un tema de preocupación sino hasta finales del siglo pasado. “A pesar de ello, la legislación ha sido relativamente abundante en términos de mecanismos de control y pautas de admisión para la permanencia de extranjeros” (Castillo, 2010, p. 548). ¿Cómo los ideales de una nación fuerte se convirtieron en unos de nación segura? El objetivo de este artículo es presentar la evolución de la ley y la política migratoria desde inicios del siglo XX y hasta la actualidad y observar cómo los ideales internos y los contextos externos han sido fundamentales para comprender los cambios que ha tenido.

Las ideas de construir una nación fuerte y homogénea a través de la preponderancia de genes blancos y la reducción de genes indígenas fueron un elemento de peso en los contextos políticos y sociales en el proceso de construcción de la política migratoria de principios del siglo XX que le dieron un carácter selectivo y excluyente. No obstante, el fundamento principal que parecía ser la mejora de la raza dejó de ser central rebasado por temas de desarrollo nacional también, pero vinculados a factores más directos como la oferta de trabajo, la economía y las relaciones con el exterior; mientras que las formas de cubrir tales aspectos no cambiaron y se mantuvo el carácter restrictivo y selectivo ante la inmigración.

A principios de la segunda década del siglo XXI se publicó una Ley de Migración que a pesar de estar sustentada en el respeto de los derechos humanos tal como lo establece su articulado, opera con un precepto de seguridad nacional que ha transitado por la vía de la securitización y contención migratoria, criminalizando a quienes ingresan al país de forma irregular, a pesar de que dicho acto es considerado como una falta administrativa desde 2008. Así, en sus inicios, la legislación migratoria buscó ser un instrumento

que fomentara el desarrollo nacional con deseos de una nación fuerte; a finales del siglo XX y principios del XXI se observó con claridad que dicha normatividad se buscó sobre todo con el objetivo de fundamentar una política de seguridad nacional; sin embargo, el carácter restrictivo se mantuvo desde su génesis y hasta nuestros días.

II. ORIGEN CAMBIANTE, CARÁCTER CONSTANTE

Durante el siglo XIX dos proyectos distintos protagonizaron el debate de la construcción nacional: los conservadores que buscaban una nación que modificara la herencia prehispánica en lengua, raza y cultura a través de la inmigración de españoles; y los liberales, quienes veían a la nación mexicana heredera de las culturas prehispánicas, por lo que, eliminar todo vestigio del legado español era primordial para la historia (Pérez, 2009). Fue un siglo en el que el nacionalismo permeó todas las esferas del quehacer político, entre las que destacó la política migratoria.

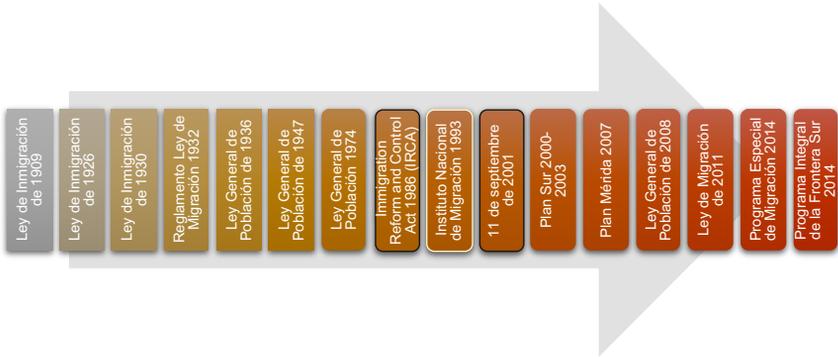
En sus inicios, la legislación migratoria estuvo construida sobre un pilar que evocaba a la soberanía nacional a través de medidas de contención migratoria que hace más de un siglo tenían como fundamento medular “mejorar la raza” para ser una nación que se presentara ante el mundo como fuerte y unida (Yankelevich, 2019). La fortaleza estaba basada en la mezcla de la población local (precolombina) con ciertas nacionalidades que consideraban como superiores, y la unidad, en una percepción de homogeneidad de raza, necesidades, intereses y formas de desarrollo, vida y convivencia.

Las diferencias entre las dos posturas tuvieron concurrencia, hasta finales del siglo XIX y principios del XX en que, para lograr la nación deseada se requería la mezcla de ambas “razas”, para acrecentar el componente blanco y disminuir el indígena local, por lo que las normas de inmigración debían establecer parámetros que permitieran seleccionar qué nacionalidades eran bienvenidas y cuáles no, para lograr la nación anhelada y sin planearlo, el extranjero se convirtió simultáneamente en solución y precursor de los males para la génesis de la nación mexicana dependiendo de la nacionalidad.

Desde entonces se pueden observar diversos hitos que han marcado la evolución y continuidad de la política migratoria nacional, delineados no nada más por el entorno doméstico, sino también por el contexto internacional, en particular, por las decisiones de Estados Unidos en la materia. En un periodo de más de un siglo se han producido diferentes instrumen-

tos para la regulación migratoria en México, así como planes y programas que han guiado la política pública en torno a la migración (véase esquema 1). Pero también ha sido un siglo en el que las políticas de inmigración para construir una nación con ciertas características han producido en el imaginario social, la percepción de la existencia de nacionalidades buenas y deseables y malas e indeseables.

Esquema 1. Principales hitos en la evolución de la regulación migratoria en México



FUENTE: elaboración propia.

En 1903 hubo un brote de peste bubónica que se creía provenía de un buque japonés atracado en el puerto de Manzanillo, evento que tuvo gran influencia para la creación de la Ley de Migración en 1909 que imponía, entre otras cuestiones, restricciones en temas de salubridad y salud física y mental de la población, aunque también se protegían de posibles disturbios políticos impidiendo la entrada de ideologías no deseadas,¹ en vísperas de la revolución.

Tanto la selectividad por nacionalidad como por condición física y laboral fueron factores que marcaron desde aquellos años a la sociedad mexicana, con acciones como la desaparición en el diálogo, de representantes de la cultura prehispánica, para debilitar su presencia por ser frágiles y carentes

¹ Esta ley prohibió el ingreso de personas con ciertas enfermedades, con defectos físicos y a aquéllas que desempeñaran actividades riesgosas para la sociedad como la prostitución, la vagancia, el crimen y la militancia anarquista (Pérez, 2009).

de inteligencia, percepciones que siguen presentes hasta nuestros días (Gutiérrez y Valdés, 2015).

Es posible que uno de los primeros impactos considerables de la política migratoria restrictiva impuesta por Estados Unidos fue durante la crisis económica que sufrió ese país en los años 20 y principios de los 30 del siglo pasado. Estas restricciones generaron en primer lugar el retorno de importantes cantidades de mexicanos emigrados en ese país, pero también que flujos de migrantes de otras latitudes con destino en el vecino del norte optaran, en busca de oportunidades, entrar a México para, eventualmente, llegar a Estados Unidos, principalmente asiáticos, negros, árabes, turcos, rusos, polacos, libaneses, entre otros (Yankelevich, 2015).

Con la Ley de Inmigración de 1926, México estableció una política restrictiva basada en la selectividad de origen, impidiendo la inmigración china que trabajaba sobre todo en Baja California y Sinaloa (Mármora, 2002, pp. 284-285). Consideraba la conveniencia de la inmigración, pero establecía condiciones selectivas para determinar el tipo de inmigrante al que se le permitiría la entrada (Yankelevich, 2017) muchas veces a través de acuerdos discrecionales por parte de la Secretaría de Gobernación para decidir el número y nacionalidad de extranjeros admitidos (Paris, 2014; Palma, 2006; Yankelevich, 2019; Yankelevich y Chenillo 2009). Presentaba claras restricciones para indios, judíos, polacos, negros, indobritánicos, sirios, libaneses, armenios, palestinos, árabes y turcos (Castillo, 2010, p. 550) y mantenía las reglas exclusivas para la inmigración de trabajadores de su antecesora, en este caso primaba un elemento de ciudadanía como fundamento para reservar la oferta laboral a los mexicanos deportados por Estados Unidos debido a la crisis; no obstante, la restricción no era generalizada sino selectiva con base en las nacionalidades mencionadas.

La Ley de Inmigración de 1930 fortalece el criterio de selectividad y excluye a razas que amenazaban al mestizo mexicano de una involución biológica (Yankelevich y Chenillo, 2009); asimismo, conceptualizaba la diferencia entre no inmigrante e inmigrante para darle un peso especial al turismo y diferenciar la inmigración según el motivo y el tiempo de estancia. Se establecieron también cargas impositivas o penas al incumplimiento de lo estipulado en la ley (Yankelevich y Chenillo, 2009). En 1932 se estableció el primer Reglamento de la Ley de Migración. Parte del contexto que reforzó estas medidas fue el ingreso de alrededor de 14,000 extranjeros por año entre 1928 y 1932 y aunque representaban alrededor del 0.1% de la población total nacional de aquel entonces fue motivo de alarma que concluyó en el

restablecimiento de cuotas al ingreso tal como lo estableció Estados Unidos desde 1924 (Yankelevich y Chenillo, 2009).

La Ley General de Población en 1936, se consideró la más restrictiva de todas, por el número de estipulaciones en su articulado que imputaba multas y sanciones o penas a extranjeros por cometer distintas faltas a la ley y su reglamento, pero también selectiva por la forma explícita en que establecía los mecanismos para otorgar el ingreso a personas según criterios como la nacionalidad, raza, sexo, educación, medios económicos, entre otros (LGP, 1936, art. 7.3). Las sanciones y multas también eran imputables a empresas y patrones que contrataran extranjeros que no pudiera comprobar su estancia legal en el país (LGP, 1936, art. 85); mientras que para los extranjeros que ingresasen de forma ilegal se les impondrá la multa que determine la Secretaría de Gobernación además de ser deportado (LGP. 1936, art. 185).

Con los artículos 32 y 37, se establecieron criterios de admisión diferenciados según país de origen estableciendo cuotas y, a discreción de la Secretaría de Gobernación, el lugar y la actividad permitida para realizar en el país. El artículo 84 de la ley en comento prohibió, por tiempo indefinido, la entrada al país de inmigrantes trabajadores.

Según Castillo (2010), la Ley General de Población de 1947 reconocía el aporte positivo de la inmigración al desarrollo nacional, pero mantenía muchas de las restricciones de su antecesora de 1936; sin embargo, hay que puntualizar aquí en que la legislación migratoria siempre tuvo una relación directa con el desarrollo nacional y en ese sentido se establecieron, desde un principio, las restricciones o anuencias al ingreso de extranjeros. Fue en esta Ley y en su Reglamento de 1950, en donde se formalizaron las instalaciones conocidas, desde entonces, como Estaciones Migratorias, destinadas para el arresto y sanción de aquellas personas que no cumplieran con los requisitos de la autoridad migratoria para el ingreso regular (CNDH, 2019). Las penas iban de seis meses a dos años de prisión y multas (LGP, 1947, arts. 105, 106, 107) para aquellos que incurrieran en algún delito relativo al ingreso irregular al país.

Como se ha dicho, la restricción indefinida a trabajadores extranjeros ha sido una medida que se justificó sobre todo entre la década de los veinte y treinta del siglo pasado con el argumento de anteponer la nacionalidad mexicana para ocupar las fuentes de empleo ofrecidas en la época de las deportaciones provenientes de Estados Unidos. Sin embargo, existen diferentes argumentos para la restricción, además del laboral, ya comentado. En la década de los setenta se empezó a utilizar un argumento que en la actualidad

es muy demandado, el de la seguridad nacional. Éste ha sido muy criticado por diversos analistas por las consecuencias discriminatorias que ha generado, ya que la seguridad nacional es concebida por los diferentes gobiernos según, nuevamente, las percepciones particulares, los prejuicios y las generalizaciones de atributos impuestos a un grupo étnico, religioso, ideológico (Mármora, 2002, p. 287) o socioeconómico.

En 1974 la Ley General de Población incorporaba una visión que criminalizaba a la migración y establecía duras sanciones. Los artículos² 73, 98 y 103 son ejemplo de una concepción gubernamental que daba prioridad a la seguridad nacional sobre la prevalencia de los derechos humanos, sin imaginar que el flujo de indocumentados se volvería un problema humanitario. Siendo la tercera versión de una ley que regía de manera general el desarrollo nacional social y económico a través de la dinámica demográfica del país en conjunto con la regulación de los procesos migratorios y no por separado como fue, al menos a principios del siglo XX (Yankelevich, 2019) dejó a criterio de las autoridades migratorias la definición de políticas específicas y coyunturales, lo que fortaleció los actos discrecionales que ya se venían desde la Ley de Migración de 1926 dando continuidad a las medidas de selectividad para la admisión de extranjeros con criterios imprecisos que insinuaban actitudes discriminatorias o racistas y posibilitaban actos de corrupción y extralimitación de autoridad, incluso de abuso.

Así como se esgrimieron argumentos de carácter laboral y el de seguridad nacional, el argumento político se utilizó en México y en Estados Unidos en la década de los años ochenta. En México se establecieron restricciones manifestando que pretendían evitar que centroamericanos con ideologías distintas a las internas “contaminaran” las zonas fronterizas y la Ciudad de México; mientras que Estados Unidos declaró que el contexto ideológico del que provenían las personas migrantes no era al que tradicionalmente le otorgaban asilo y, a finales de la década de los ochenta, “decidió fortale-

² Se lee en la Ley General de Población de 1974 en el art. 73: las autoridades que por ley tengan a su mando fuerzas públicas, federales, locales o municipales, prestarán su colaboración a las autoridades de migración cuando éstas lo soliciten para hacer cumplir las disposiciones de esta ley. Art. 98 “se impondrá pena de hasta 10 años de prisión y multa de hasta cinco mil pesos al extranjero que habiendo sido expulsado se interne nuevamente al territorio nacional sin haber obtenido acuerdo de readmisión”. “Igual sanción se aplicará al extranjero que no exprese u oculte su condición de expulsado para que se le autorice y obtenga nuevo permiso de internación”. Art. 103 “se impondrá pena de hasta dos años de prisión y multa de trescientos a cinco mil pesos, al extranjero que se interne ilegalmente al país” (DOF, 1974).

cer su política migratoria de control de los migrantes en situación migratoria irregular” (Mármora, 2002, p. 287).

Para México, este flujo se convirtió en un ingreso para la población habitante de las localidades por donde pasaban. Pequeños negocios se desarrollaron gracias al paso constante de personas buscando agua, comida, tarjetas telefónicas o un lugar donde pasar la noche (Rabasa, 2016). No obstante, la política practicada parecía percibir otra situación desde mucho antes. Incluso en los ochenta, cuando los conflictos armados en Centroamérica se recrudecieron, el gobierno mexicano tenía la firme creencia que el incremento del flujo de indocumentados y solicitudes de asilo político o refugio disminuirían cuando la guerra fraguada en las últimas décadas del siglo XX concluyera, por lo que no se requería modificación en las políticas migratorias, incluso se percibía que la disminución del flujo era cuestión de tiempo, pero la realidad fue otra (Casillas, 2008).

Con la aprobación de la *Immigration Reform and Control Act* (IRCA) en 1986, pero sobre todo a partir de 1993 con la puesta en marcha por el gobierno de Estados Unidos de controles más estrictos en la frontera con México, se produjo un fuerte impacto en las políticas migratorias de ambos países (Delano y Serrano, 2010, p. 490). Dichos controles de aseguramiento de la frontera con empleo de tecnología militar en la vigilancia aduanera y fronteriza ha llevado a algunos autores a hablar de “estado de alarma, de excepción migratoria y de militarización de la frontera” (López, 2005, p. 31); dichos controles que se materializaron en los programas de reforzamiento fronterizo Operación Bloqueo, en El Paso en 1993; Operación Guardián, en San Diego en 1994; Operación Salvaguarda, en Arizona en 1995; Operación Río Grande, en Texas en 1998, y Operación Salvavidas en 1998, creando una suerte de militarización selectiva de los flujos migratorios en la frontera (Aragonés y otros, 2008, p. 206) con el objetivo de impedir el ingreso de migrantes irregulares a territorio nacional. Hay que agregar que el contexto regional y mundial añadían fuertes elementos de apremio para Estados Unidos, quien a través de su intervención en los conflictos armados de Centroamérica se disputaba el control geopolítico regional con la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS), el otro polo del sistema bipolar durante la Guerra Fría.

Asimismo, a la par de la activación de controles reforzados por parte de Estados Unidos en 1993, en el marco de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio entre ese país, México y Canadá y

como resultado de la estrategia de desarrollo nacional, basada en el ejercicio de la soberanía, de la seguridad nacional, de la apertura comercial, del fomento cultural y turismo, de la defensa de los derechos de los migrantes y de la atención a los mexicanos que viajaban al extranjero, se constituyó el Instituto Nacional de Migración (INM), responsable de la planeación, ejecución, control, supervisión y evaluación de los servicios migratorios, así como de la coordinación con las diferentes dependencias (*DOF*, 1993, p. 1)

así, en México, los controles fronterizos y restricciones a la internación de personas fueron actividades que se concentraron en una instancia específica para ello.

Estas acciones del gobierno dieron lugar a una percepción de “securitización” de la migración, pero pronto, un debate alrededor del término que se centraba en un nuevo panorama de mayor seguridad para los migrantes viró para aclarar que “securitización” implicaba mayor vigilancia u observación a las migraciones (Casillas, 2015c) de tal forma que en el fondo intentaba mostrar a la migración en tránsito indocumentada como una amenaza a la seguridad de la nación por la que transitaban o en la que se establecían por periodos indeterminados y legitimaba a las instituciones a actuar en contra de aquéllos que conforman los flujos migratorios “no deseados” (Waever, 1995).

El siglo XXI para México inició con la alternancia de partidos en la presidencia de la república y con el ánimo que ello ameritó para el presidente electo Vicente Fox Quesada (2000-2006), se buscó un diálogo constante y proactivo para llegar a acuerdos en términos de la política migratoria con el gobierno de Estados Unidos, ímpetu que duró poco menos de un año debido a los atentados del 11 de septiembre de 2001 (Durand, 2019), que no nada más obstruyeron la política migratoria de Vicente Fox, sino que fueron un parteaguas en el tema de seguridad nacional a nivel internacional. Si bien las políticas de seguridad interna no eran nuevas a principios del siglo XXI, sí llegaron a formar parte de las prioridades en la agenda de seguridad de muchos países, en particular de Estados Unidos, pero no para reformarlas sino únicamente para endurecerlas (Hernández, 2008).

En este contexto, Castillo y Toussaint afirman que, “el gobierno mexicano comenzó a endurecer su política hacia la inmigración en la frontera Sur y sobre todo a la transmigración con la intención explícita de impedir que los migrantes no autorizados llegaran a la frontera Norte de México” (Castillo y Toussaint, 2010, p. 281). Así, el Plan Sur (2000-2003) creado como meca-

nismo de coordinación interinstitucional para mejorar y reforzar los controles migratorios en la región Sur,³ operaba en torno a una serie de cinturones consecutivos de vigilancia para contener los flujos de transmigrantes antes de que cruzaran el Istmo de Tehuantepec. “Además, este plan proponía mejorar las instalaciones de las Estaciones Migratorias en las que el INM detenía temporalmente a los extranjeros sin los documentos requeridos para estar en la región” (Castillo y Toussaint, 2010, p. 281).

No obstante, como comentan Castillo y Toussaint, el Plan Sur pronto

evidenció su inoperancia y poca efectividad por razones que iban desde la complejidad en la tarea de controlar el tránsito de personas en un territorio lleno de dificultades por su heterogeneidad geográfica, hasta la persistencia de vínculos, mecanismos de corrupción y convivencia entre conductores y autoridades que les garantizaban a los migrantes la evasión de obstáculos impuestos a su trayecto. (Castillo y Toussaint, 2010, p. 282)

Toda una red de beneficios económicos que, si no surgió con la securitización de las fronteras a principios del siglo XXI, sí se fortaleció tanto en el flujo de dinero manejado como en los actores favorecidos que iban desde autoridades locales, estatales y federales, hasta ciudadanos que veían en el paso del flujo clandestino una fuente de ingresos para aminorar sus difíciles condiciones económicas.

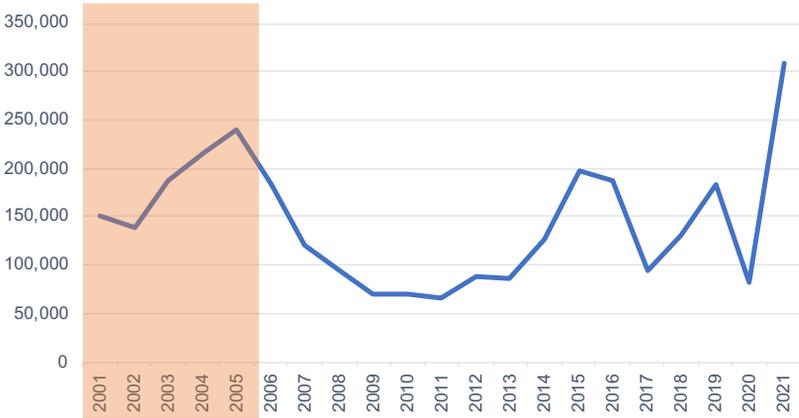
Esto, por un lado, agudizó la criminalización de la migración con miles de deportaciones; por otro, la contención migratoria puesta en marcha desde México jugó una especie de extensión de las regulaciones migratorias establecidas en Estados Unidos (González, 2011). A pesar de ello, el flujo de personas presentadas⁴ (detenidas) por el Instituto Nacional de Migración, por ingresar en situación irregular, tuvo un fuerte incremento durante el primer lustro del siglo XXI (véase gráfica 1). Aragonés y otros, exponen que este incremento, a pesar de los controles establecidos, tiene su esclarecimiento en que, en esos años, la demanda de trabajadores en el mercado estadounidense se mantuvo a pesar de que se establecieron algunas políticas de sanción a empleadores de indocumentados, pero que nunca se aplicaron,

³ Entre el istmo de Tehuantepec y la frontera con Guatemala.

⁴ Si bien las personas en situación migratoria irregular registradas por el Instituto Nacional de Migración no corresponden a la totalidad que ingresa al país con dicha condición, las detenciones por esa autoridad son los datos oficiales con los que es posible estimar las tendencias del flujo.

y en el incremento del pago a traficantes de personas debido al fortalecimiento de la frontera (Aragónés et al., 2008) redes delictivas que no tenían la organización y estructura con la que cuentan hoy.

Gráfica 1. Flujo de personas presentadas (detenidas) por el Instituto Nacional de Migración, 2001-2021



FUENTE: elaboración propia con base en los boletines estadísticos publicados por la Unidad de Política Migratoria, 2001-2021.

En 2005 la Secretaría de Gobernación (Segob), encargada de la política y seguridad internas, dispuso que el INM “sea instancia de Seguridad Nacional debido a que dicho instituto, tiene la facultad de vigilar la entrada y salida de los extranjeros, negar su entrada cuando se estime perjudicial a los intereses nacionales o expulsar al extranjero en caso de que atente en contra de la soberanía o la seguridad nacionales” (ASF, 2014, p. 4). Paradójicamente, dentro del INM se conformó el “Grupo Beta” de protección a migrantes que realiza actividades que se contraponen con las mencionadas. Los grupos de protección a migrantes tienen como objetivo proporcionar ayuda humanitaria, primeros auxilios, asistencia migratoria, orientación e información a los migrantes sobre sus derechos. Para el cumplimiento de su objetivo, estos grupos se ubican en zonas del territorio nacional donde estratégicamente puedan desarrollar sus funciones, las cuales consisten en la protección y defensa de los derechos humanos de los migrantes, a través de las acciones de apoyo como: rescate y salvamento, ayuda humanitaria, asesoría legal y orientación (Segob, 2021)

El cambio de presidente en 2006 tuvo también un giro en la política migratoria. Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012) buscó “desmigratizar” la relación bilateral con su vecino del norte, en otras palabras, para que dicha relación se centrara primordialmente en la guerra contra el narcotráfico con énfasis en la iniciativa o Plan Mérida (Durand, 2019).

En 2007 con el Plan Mérida, aunque su objetivo fundamental era la lucha contra el narcotráfico y el control fronterizo, incluyendo el control de personas, se concibe a la migración como un problema que había que erradicar y el perfil para otorgar permisos y visas de entrada se vuelve más selectivo, ocasionando un incremento en el flujo migratorio irregular. Aquello facilitó el desarrollo del negocio criminal de tratantes y traficantes volviendo inevitable el surgimiento de distintos tipos de violencia en contra de los migrantes (REDODEM, 2014). Pero también se incrementaron las denuncias por parte de la sociedad civil y organismos internacionales por la violación a los derechos humanos de los migrantes en tránsito irregular que tuvieron su máxima expresión con los hallazgos de los cuerpos sin vida de 72 personas migrantes indocumentadas de diferentes nacionalidades en San Fernando, Tamaulipas en 2010, año en que las detenciones por parte del INM tocaron su punto histórico más bajo (véase gráfica 1).

Estas presiones tuvieron resultados positivos, aunque no suficientes. Se promovieron nuevas reformas a la Ley General de Población en 2008 despenalizando la situación de irregularidad migratoria y convirtiéndola en una falta administrativa, hecho que fue ratificado posteriormente en la Ley de Migración (LM) de 2011 en su artículo 144, fracción primera. Asimismo, se establecieron como delitos penales las prácticas de traficante de persona con intención de tener algún tipo de ganancia como resultado de dichas actividades que la ley reconocía en los artículos 159 y 160.

La Ley de Migración de 2011 plantea en su artículo primero, que “tiene por objeto regular lo relativo al ingreso y salida de mexicanos y extranjeros al territorio de los Estados Unidos Mexicanos y el tránsito y la estancia de los extranjeros en el mismo, en un marco de respeto, protección y salvaguarda de los derechos humanos, de contribución al desarrollo nacional, así como de preservación de la soberanía y de la seguridad nacionales” (LM, 2011, art. 1). Tanto con la difusión oficial de esta Ley como de manera explícita en su texto pretendieron convencer de que era una ley basada en el respeto a los derechos humanos; no obstante, de facto, es una ley que debido a su redacción haciendo uso de conceptos que permiten evadir actos de inconstitucionalidad como por ejemplo la violación al artículo 21 de la Consti-

tución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) y a la regulación y permanencia de estancias de privación de la libertad como son las Estaciones Migratorias, impiden que el respeto a los derechos humanos sea una realidad. Es una ley que en su operación sigue estando basada en la política de seguridad nacional, carácter que hasta la fecha no da cabida o relega a segundo plano, la protección de los derechos humanos.

La llegada de Enrique Peña Nieto a la presidencia en 2012, además de traer nuevamente la alternancia al sistema político nacional se caracterizó por una falta de interés en materia de inmigración. Heredó la Ley de Migración y su reglamento, logros de la anterior administración e incluyó en el Plan Nacional de Desarrollo un apartado especial intitulado Programa Especial de Migración (PEM), política de Estado a cargo de la Secretaría de Gobernación en coordinación con otras secretarías y consensado con diversas organizaciones de la sociedad civil; no obstante, se operó una “política sin estridencias” en la relación con Estados Unidos en la que el tema migratorio se mantenía en un perfil bajo, pero la coyuntura forzó a tomar medidas no previstas con la llegada crítica de niños, niñas y familias migrantes centroamericanas en 2014 (Durand, 2019).

En 2014, como respuesta a la oleada⁵ de menores migrantes que llegaron a Estados Unidos entre octubre de 2013 y mayo de 2014 huyendo de diversos tipos de violencia, el gobierno mexicano estableció el Programa Integral de la Frontera Sur el cual nuevamente mostraba un carácter de seguridad nacional con acciones restrictivas a la entrada de personas. Estas políticas restrictivas, más que detenerlo, han propiciado que el flujo de personas migrantes intensifique su carácter de irregular; que un sector de la sociedad mexicana que está en contra del ingreso y cruce de personas sin documentos se sienta temerosa e intranquila, y que se genere un incremento de la vulnerabilidad y penurias durante el tránsito por México y el cruce fronterizo con Estados Unidos de estas personas migrantes irregulares.

⁵ Se estima que 75% de los niños que ingresó a Estados Unidos de manera irregular, provenían de Honduras, El Salvador y Guatemala (Soto-Acosta y Morales-Camacho, 2015). Esa crisis humanitaria, como se le llamó a la oleada de niños en Washington sigue siendo un problema humanitario en la administración de Donald Trump. De acuerdo con la Oficina de Aduanas y Protección Fronteriza de Estados Unidos en 2019 se registró un incremento del 52% con respecto al año anterior en entradas de niños y jóvenes menores de edad a ese país. (De junio, 2020: <https://www.cbp.gov/newsroom/speeches-and-statements/acting-commissioner-morgans-remarks-FY2019-border-enforcement-results?ga=2.58957101.1017075062.1592847804-1072865201.1592847804>).

Con la llegada de Donald Trump a la Presidencia de Estados Unidos en enero de 2017, las acciones en contra de los inmigrantes en aquel país, en particular mexicanos y centroamericanos se endurecieron, además de generar un ambiente de rechazo y xenofobia entre los diferentes grupos ya establecidos en esa sociedad. En este contexto de fuertes hostilidades en contra de los migrantes en el vecino del norte, el 1o. de diciembre de 2018 tomó posesión del Gobierno de la República Mexicana, Andrés Manuel López Obrador (AMLO).

El triunfo de AMLO significó para la gran mayoría de la población una oportunidad real de cambiar el *statu quo* de un país en el que siempre son los mismos los privilegiados y los que, con base en el poder, manejaban la política del país. En el caso de la política migratoria era especialmente alentador el panorama. Se presentó un “proyecto de transformación que inicialmente tuvo un horizonte innovador, respetuoso de los derechos humanos y promotor del desarrollo conforme con la legislación del país y coherente con los principios internacionales más avanzados, pero que en breve tiempo terminó convertido en su contrario” (Guillén, 2020, p. 111).

Este radical giro tiene un antecedente en las primeras conversaciones informales con el presidente Trump⁶ en el contexto de la campaña política hacia las elecciones presidenciales de 2018, durante las cuales el tema migratorio fue de especial importancia y donde se dejó claro que se buscaba que México se posicionara como “tercer país seguro” (Guillén, 2020). Sin embargo, en la coyuntura es posible explicarlo al menos en la génesis de dos factores muy vinculados entre sí: el primero se refiere a la llegada de una caravana de migrantes centroamericanos de alrededor de siete mil personas en octubre de 2018, modalidad migratoria que no había sido enfrentada con anterioridad y radicalmente opuesta a la hasta ese momento observada porque lo que buscaba era visibilizar un flujo que otrora se movilizaba de manera clandestina, invisible como principal estrategia de su razón de ser; la segunda fue la reacción del vecino del norte al observar que la caravana avanzaba hacia la frontera norte de México que se materializó en mayo de 2019 con la amenaza de imponer 5% de aranceles a la totalidad de las importaciones desde México, porcentaje que se incrementaría hasta un 25%

⁶ El presidente Donald Trump pasó a la historia como uno con posicionamientos radicales en muchos sentidos, en el migratorio en particular era relativo a su xenofobia y fuerte discriminación hacia cierto tipo de migrantes fue reconocido como, a sus decisiones arrebatadas como la iniciativa de concluir la construcción del muro en la frontera sur y sus constantes declaraciones de desprecio hacia personas migrantes que definía como delincuentes.

si el gobierno de AMLO no lograba detener el flujo de migrantes. Así, “lo que nació como iniciativa de reforma vanguardista rápidamente se debilitó y el gobierno retornó al modelo duramente criticado del pasado, no solamente para repetirlo sino para impulsar su versión más radical, agresiva y distante del sentido humanitario” (Guillén, 2020, p.111)

El despliegue de las fuerzas armadas de la Guardia Nacional en el sur del país lejos de fortalecer el respeto a los derechos humanos de los migrantes ha exacerbado la violencia en contra de ellos, cristalizada en una cacería de migrantes en la frontera. Pero la política migratoria con objetivos de restringir la entrada de extranjeros con ciertas características no es nueva, de hecho, fue ese fin el que incitó al surgimiento de la primera Ley de Migración en 1909 (Yankelevich, 2019), y la presente actualmente, aunque no fue iniciativa directa del gobierno mexicano, es una política con orígenes similares.

III. ¿POCA COMPRENSIÓN Y MUCHAS PALABRAS? LA NUEVA COYUNTURA Y LAS CARAVANAS

A pesar de que la reformas que ha tenido dicha ley en el tiempo muestran tendencias a disminuir el léxico xenófobo en su redacción e incrementar la importancia que pretende tener con respecto a los derechos humanos de las personas migrantes, al menos en su redacción, sigue siendo una ley que asienta sus directrices en la visión de seguridad nacional que, como mencioné anteriormente, se exacerbó a principios del siglo XXI. Asimismo, los tiempos que demandan las modificaciones y entrada en vigor de las normas son distintos y mucho más expeditos que lo que se tarda una sociedad en comprender y asimilar dichas normas y actuar en el mismo sentido. Se puede plantear que la sociedad mexicana ha sido xenófoba y racista a partir de varias expresiones, probablemente desde la época de la conquista y, a pesar de que en la historia de las instituciones de gobierno ha habido episodios en los que México ha sido un ejemplo de apertura y acogida de refugiados, exiliados y perseguidos, son episodios que pueden verse como excepcionales en las acciones de sus instituciones, pero también en las de la sociedad en su conjunto (Yankelevich, 2019) y entendidos desde las características sociodemográficas y económicas de las personas recibidas.

El arribo de las caravanas de migrantes, ocurridas desde octubre de 2018, desestabilizó la concepción que se tenía de la migración irregular que entra por la frontera sur y que, por lo general, cruzaba por el país con dirección

al norte, y mostró nuevamente el carácter xenófobo y racista de diversos sectores de la población mexicana. No existe una causa precisa que explique la llegada de la primera caravana proveniente de Centroamérica en octubre de 2018, pero el triunfo de AMLO en las elecciones de ese año y por la visión de país que había mostrado los años anteriores y durante su campaña para la contienda presidencial, generó expectativas positivas para algunos sectores de la población de los países centroamericanos, sobre todo de aquellos que tienen alguna relación con el éxodo de migrantes indocumentados que desde hace varias décadas transita por México y que más recientemente empieza a establecerse en el país sea por necesidad o por convicción.

Ante esta primera caravana, conformada por alrededor de 7000 personas (Arroyo et al., 2018), con una destacada presencia de mujeres, niñas y niños, personas adultas mayores y familias completas, fundamentalmente procedentes de Honduras, la respuesta por parte de las autoridades mexicanas fue de contención del flujo en la frontera (Varela, 2019). No obstante, ante las protestas y la violencia que se gestó en el contexto fronterizo con actores que diariamente transitan por ahí, el gobierno mexicano decidió prestar apoyo y atención humanitaria a la caravana. Esta respuesta fue improvisada según organizaciones de la sociedad civil. Fue un fenómeno que no se esperaban y que desconocían en términos de las demandas y el impacto que iba a generar tal multitud en un espacio delimitado, sin infraestructura ni condiciones óptimas para la ayuda humanitaria (Gandini, 2019).

La recepción de la segunda caravana, el 17 de enero de 2019, corrió con mayor suerte. El nuevo gobierno, con base en la experiencia de la primera y tomando como fundamento la postura de seguridad humana, decidió recibirla con los brazos abiertos y permitió el libre acceso de alrededor de 13,000 personas que componían este contingente. Una tercera oleada de personas migrantes empezó a arribar a la frontera en grupos más reducidos que las dos anteriores, pero constantes de entre 50, 100, 150 y 300 personas aproximadamente (Gandini, 2019).

Así como cambiaron las características de estos tres contingentes, también la respuesta de las autoridades cambió, lo que ocasionó que sus declaraciones y medidas de control/apoyo fueran confusas: primero de contención, luego de apertura y apoyo al asilo y otorgamiento de visas, que no contó con las medidas suficientes para solventar las solicitudes de tantas personas a la vez. Muchos migrantes optaron por dejar de esperar los permisos de ingreso y estancia en el país, en los estados sureños de México y avanzar con o sin caravana hacia el norte. Esto ocasionó que personas del primer

contingente se juntaran con el tercero y que las experiencias e información que compartían fuera contradictoria o diferente (Gandini, 2019). Pero únicamente grupos definidos de la primera caravana lograron llegar en conjunto hasta la frontera norte.

Esta falta de claridad en las medidas tomadas por el gobierno ante el fenómeno de “las caravanas”, exaltó expresiones de xenofobia y desprecio de parte de la sociedad civil hacia las personas que las conformaban, percepciones hacia el “otro” que han estado presentes en la sociedad mexicana, por lo menos desde principios del siglo XX. En el caso particular de la presencia de las caravanas, hubo tres expresiones recurrentes, siempre con intenciones de presionar a las instituciones para restringir la entrada al país: “nos están invadiendo”, “nos van a quitar fuentes de empleo”, “son delincuentes”, afirmaciones que mostraron un desprecio por el “otro, el extranjero, el diferente” (Yankelevich, 2019). Asimismo, revelaron la ignorancia que existe en esos sectores de la sociedad mexicana con respecto al proceso migratorio de personas centroamericanas irregulares en México, las dimensiones de ese flujo y las motivaciones que tienen para transitar o establecerse en el país, pero sobre todo, lo que les ha hecho salir de sus países de origen.

En abril de 2019 se observaron los últimos contingentes de personas migrantes en números mayores de los que se observaban habitualmente antes de la primera caravana que llegó al país. Para este mes se estimó que habían entrado en caravana alrededor de 17,000 extranjeros de diferentes nacionalidades, en su mayoría centroamericanos de Honduras que transitaban en diferentes rutas por el territorio mexicano (Varela, 2019). Esto desestima por mucho la afirmación: “nos están invadiendo” que venía acompañada de argumentos relacionados con la falta de capacidad del gobierno para atender a tanta gente, si en el país hay muchos nacionales con carencias. Con base en la gráfica 1 podemos aproximar que, en promedio, desde 2001 y hasta 2021, entraron a México alrededor de 200,000 personas migrantes centroamericanas al año;⁷ en otras palabras, han entrado en promedio alrededor de 17,000 personas por mes.

Por otro lado, las personas en situación migratoria irregular que deciden quedarse y buscar un trabajo, por lo general son personas que tienen algún

⁷ Estos datos considerando únicamente las fuentes oficiales, es decir, los registros administrativos del INM. Pero es preciso reconocer que las redes de tráfico de personas se han fortalecido enormemente y que movilizan a una gran cantidad de personas al año que no son contabilizadas por las autoridades.

trámite ante el INM o COMAR en proceso. Son trámites que pueden demorar incluso meses, lo que los obliga a buscar un sustento durante la espera. Debido a su situación migratoria y su nivel educativo, los trabajos que encuentran son trabajos mal pagados, sin prestaciones ni seguridad social y en horarios extendidos que en ocasiones se desarrollan en horarios nocturnos como veladores, conserjes de edificio, etcétera, empleos en los que les ofrecen un salario de alrededor de 2,500 pesos mensuales. El salario mínimo en México es de 185.56 pesos en la zona libre de la frontera norte y de 123.22 en el resto del país para una jornada laboral de 8 horas diarias, es decir alrededor de 2,500 pesos mensuales en zonas no fronterizas (Deloitte, 2020), por lo que 2,500 pesos por horarios extendidos, sin prestaciones ni seguridad social se convierte en un salario más precario que el salario mínimo. No se sabe con precisión qué porcentaje de las personas migrantes irregulares en México deciden quedarse y de ellas, cuántas encuentran un trabajo.

En el caso de las 17,000 personas que ingresaron al país en los diversos contingentes de las caravanas de 2018 y 2019, más de la mitad cruzó el país y llegó a Tijuana con intenciones de cruzar la frontera México-Estados Unidos para establecerse en este último país. Así es que argumentar que aproximadamente 8,500 personas serán las culpables de quitarle las fuentes de empleo a los mexicanos es irresponsable. Además, existe toda una red de instituciones nacionales e internacionales que trabajan para apoyar, en muchos sentidos incluyendo el laboral, a las personas extranjeras en nuestro país sin importar su situación migratoria, por lo que no ha sido nunca una responsabilidad asumida enteramente por instituciones de gobierno.

Finalmente, la noción de delincuente imputada a las personas que ingresan a México de manera indocumentada por ciertos sectores de la sociedad es una percepción que puede tener origen en la ley de migración anterior a 2008, que como mencioné, establecía como delito ingresar al país sin el permiso requerido para hacerlo, de tal forma que todo aquel que sin el documento que avalara la autorización de ingreso, se internaba en el país, se convertía en un delincuente. En el fondo, los orígenes de estas aseveraciones podrían estar más relacionadas con el carácter xenófobo y racista, que en pruebas fehacientes del carácter de delincuente de las personas migrantes irregulares.

Con lo dicho anteriormente, la política migratoria mexicana no ha logrado su cometido de detener la inmigración regional e internacional; no ha impedido que las personas continúen internándose en México de mane-

ra irregular. Esta política incentiva el ingreso de forma irregular, fortalece las redes de tráfico y trata de personas y la precarización del tipo de empleos ofrecidos. Pero no es lo único que se puede observar ante una ley que respeta los derechos humanos en su redacción y un Estado que los viola en su acción. Los contingentes que conformaron las caravanas que irrumpieron, por primera vez la frontera sur en 2018, muestran una nueva forma de migrar que, entonces, no parecía ser la forma a la que recurrirían las personas migrantes por las reacciones tan violentas por parte del Estado mexicano y sociedad civil; sin embargo, esté o no politizada esa forma de movilización de personas, se ha mantenido como estrategia tres años después.

Con la despenalización del ingreso al país sin la documentación requerida por las instancias migratorias nacionales en 2008 se observa con mayor claridad que no existe claridad en la política migratoria nacional. Hay una flagrante falta de interés al interior del país en comprender los flujos de extranjeros que ingresan de forma irregular, que parece solventarse con una legislación que a ojos de la comunidad internacional es ejemplo de buenas prácticas en términos de derechos humanos. México ha recibido felicitaciones por el texto de su ley y recomendaciones por las formas en las que se operacionaliza sin apego a ella de parte de organismos de derechos humanos internacionales; no obstante, no han tenido eco en las acciones del Estado, las razones pueden ser muy diversas y dependerán de la perspectiva con la que se busquen y el interés real que haya en observar a las personas migrantes como seres humanos antes que como delincuentes o extranjeros; antes de ser vistos como recursos económicos, como cuerpos con un valor monetario, como seres humanos que no importan.

IV. CONCLUSIONES

Las legislaciones y las políticas migratorias en México han estado distinguidas por un carácter restrictivo y selectivo por diversas motivaciones a lo largo de su historia. En un principio se buscaba que la inmigración coadyudara a la construcción de una nación fuerte a través de la selección de las nacionalidades que se consideraban aptas para tal cometido. La legislación imponía una selectividad al ingreso determinada por la nacionalidad, afiliación política y muchas veces ideología o valores del extranjero y, sin pensarlo de esa forma, contribuía a que la sociedad en construcción asimilara quienes eran deseables y necesarios y quienes indeseables y desechables.

Muy pronto, la selectividad de la nacionalidad se empezó a justificar, ya no con un argumento de raza sino con las posibilidades de aportar al país y no significar una fuente de competencia y perjuicio para la población mestiza existentes por lo que la selección por nacionalidad se justificaba no por ella en sí misma, sino por las aportaciones que podría promover en el país. Así, la legislación y la política migratoria pasó de ser un instrumento de génesis de una nación, a uno de desarrollo de la misma a través de la selectividad y posteriormente a uno de “protección” a través de la contención y restricción migratoria. Siempre impactada por la coyuntura internacional, particularmente, por las acciones del vecino del norte.

Actualmente, la restricción por nacionalidad lo que privilegia es la seguridad nacional sobre la seguridad humana en la redacción de los instrumentos que regulan la dinámica migratoria de los países de la región. Las políticas fundamentadas en la seguridad nacional generan más violencia al interior de los países que las adoptan fortaleciendo las redes delictivas de trata y tráfico de personas, la extorsión de personas migrantes por parte de la sociedad civil y las autoridades de diversas adscripciones. Asimismo, provocan que la sociedad en la que se ponen en práctica perciba al otro, al extranjero que entra al país de manera irregular como una amenaza a su seguridad y a su tranquilidad, así como un ser humano de segunda categoría del que no importa su vida.

En el contexto actual de la globalización, la interacción y comunicación entre países se realiza con mayor facilidad debido a los avances tecnológicos; a las transformaciones o fortalecimientos de los modelos económicos; al fomento de mercados globales por medio de tratados de libre comercio y a las nuevas demandas de mano de obra. Los flujos migratorios internacionales han formado parte del dinamismo mundial hasta nuestros días. En algunos casos estos movimientos de población llegan a sus destinos de manera indocumentada y muestran, a los ojos de diversos sectores de la sociedad que irrumpen, la cara negativa de todo este proceso. En ocasiones estos flujos se caracterizan por haber iniciado su experiencia migratoria de manera forzada, ya sea por razones económicas o de violencia directa, la motivación es la supervivencia.

En este tenor, se desprenden múltiples cuestionamientos e interrogantes sobre estos procesos migratorios desde diversos enfoques y perspectivas; en el caso particular de los estudios del derecho queda pendiente insistir en el análisis de la legislación migratoria cuestionarse no nada más por la ineficacia que ha tenido en términos del cumplimiento del respeto de los derechos

humanos de las personas migrantes, sino también por la brecha que existe entre la publicación de una política pública en concordancia con dicha ley y la posibilidad real al acceso a los derechos que promueve. Es preciso buscar respuestas a las interrogantes que surgen al observar cómo a lo largo de su historia, el fundamento del carácter selectivo y restrictivo de este entramado de normas se ha ido modificando; no obstante, dicho carácter ha permanecido con justificaciones “legitimadas” por las nuevas realidades.

¿Una nación segura? La seguridad nacional ha sido la forma en la que las medidas de securitización operadas por el Instituto Nacional de Migración han sido justificadas, lo cierto es que no han podido detener a un flujo migratorio que es considerado como nocivo y peligroso para el país, todo lo contrario; gracias a la clandestinidad con la que transitan las personas migrantes irregulares se han generado y fortalecido redes de la delincuencia organizada en las que participan actores del Estado y sociedad civil.

La existencia de Estaciones Migratorias operadas y reguladas como lo establece la Ley de Migración vigente no permite hacerle justicia a ese fundamento en derechos humanos que pregona dicha legislación en su texto y funcionarios públicos en su narrativa. Estas instancias son un ejemplo del desprecio que la sociedad mexicana tiene por ciertas nacionalidades, pero también desvela la posibilidad de que las reglas operadas diariamente a cargo de los custodios sean parte del contexto de detención y encierro que tienen que controlar, tal vez por órdenes de mandos superiores y para conservar su trabajo; tal vez, en el fondo por la xenofobia y discriminación que permea en la sociedad mexicana. Lo cierto es que la simple existencia de las Estaciones Migratorias como centros de privación de la libertad, son un impedimento fundamental del respeto de los derechos humanos y lejos de abonar a una nación fuerte o segura, endurecen las expresiones de rechazo y prejuicio, materia prima para el surgimiento o recrudecimiento de diferentes tipos de violencia y factor importante en la exacerbación de la inseguridad.

V. REFERENCIAS

- Arroyo, E., Brenda C., París, D., y Ruíz, R. (2018). *Cronología Caravana Centroamericana*. El Colegio de la Frontera Norte. <https://observatoriocolef.org/infograficos/cronologia-caravanas-centroamericanas-2019>
- Aragónés, A. M., Pérez de la Torre, J. F., Mejía Valencia, M., y Ríos, E. (2008). Migración y mercados de trabajo en el nuevo siglo: un acerca-

- miento teórico y un estudio de caso. En E. Levine (Ed.). *La migración y los latinos en Estados Unidos* (pp. 201-223). CISAN-UNAM.
- Auditoría Superior de la Federación (2014). *Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública: grupo funcional gobierno*.
- Castillo, Manuel, A. (2010). Las políticas y la legislación en materia de inmigración y transmigración. En F. Alba, M. Á. Castillo y G. Verduzco. *Migraciones Internacionales, Los Grandes Problemas de México* (pp. 547-578) Tomo III. El Colegio de México.
- Castillo, M., y Toussaint, M. (2010). Seguridad y migración en la frontera sur. En A. Alvarado y M. Serrano (Coord.). *Seguridad nacional y seguridad interior, Los Grandes Problemas de México* (pp. 269-299) Tomo XV. El Colegio de México.
- Casillas, R. (2015). Notas para entender la migración: instituciones gubernamentales y política migratoria mexicanas en los albores del siglo XXI, *Migración y desarrollo*, 13(24), 47-80.
- Casillas, R. (2011). Usos identitarios y culturales en la transmigración por México. *Red Internacional de Migración y Desarrollo*, 145-155.
- Casillas, R. (2008). Las rutas de centroamericanos por México, un ejercicio de caracterización, actores principales y complejidades. *Migración y Desarrollo*, 157-174.
- Delano, A., y Serrano, M. (2010). Flujos migratorios y seguridad en América del Norte. En F. Alba, M. Á. Castillo y G. Verduzco (Ed.). *Los grandes problemas de México. Migraciones internacionales* (pp. 481-513). Tomo III.
- Diario Oficial de la Federación (1936). Ley General de Población. México (2/08/1936).
- Diario Oficial de la Federación (1947). Ley General de Población. México (27/12/1947)
- Diario Oficial de la Federación (1974). Ley General de Población. México (7/01/1974).
- Diario Oficial de la Federación (2011). Ley de Migración. México (25/05/2011).
- Durand Arp-Nisen, J. (2019). Política migratoria: entre el discurso, la práctica y la coyuntura. *Foro internacional*, 59(3-4), 1021-1047.
- Guillén, T. (2020). Un paso adelante, tres atrás. En R. Becerra y J. Woldenberg (Coords.). *Balance Temprano* (pp. 111-127). Grano de Sal.
- González V., E. (2011). *Frontera Vertical: México frente a los migrantes centroamericanos*. UTEG.

- Gandini, Luciana. (2019) Las “oleadas” de las caravanas migrantes y las cambiantes respuestas gubernamentales. Retos para la política migratoria. En A. Fernández de la Reguera Ahedo, L. Gandini, E. E. Gutiérrez López y J. C. Narváez Gutiérrez. *Caravanas migrantes: las respuestas de México* (pp. 23-31), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández Joseph, D., (2008). Política migratoria y de control fronterizo de Estados Unidos hacia México y Centroamérica. *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública*, 6(8), 193-214.
- López, A. (2005). El control de la inmigración: política fronteriza, selección del acceso e inmigración irregular. *Arbor*, 181(713), 27-39.
- Mármora, L. (2002). *Las políticas de migraciones internacionales*. Paidós.
- Rabasa, V. (2016). *Violencia en contra de migrantes centroamericanos en tránsito irregular por México*. Tesis, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, México.
- REDODEM, Red de Documentación de las Organizaciones Defensoras de Migrantes, (2014). *Informe 2014: Migrantes invisibles, violencia tangible*.
- Unidad de Política Migratoria, Registro e Identidad de Personas (2021). *Boletines Estadísticos. Boletín Anual 2001-2021*. <http://www.politicamigratoria.gob.mx/es/PoliticaMigratoria/CuadrosBOLETIN?Anual=2021>
- Varela, A. (2019). México, de ‘frontera vertical’ a ‘país tapón’. Migrantes, deportados, retornados, desplazados internos y solicitantes de asilo en México. *Iberoforum, Revista de Ciencias*, (27), 49-76.
- Villafuerte Solís, D. (2013). Frontera sur: transmigración centroamericana y crisis. En M. E. Anguiano Téllez, y R. Cruz Piñeiro. *Migraciones Internacionales: crisis y vulnerabilidades* (pp. 253-283). COLEF.
- Waever, Ole (1995). Securitization and de-securitization. En R. D. Lipschutz (Ed.). *On Security* (pp. 46-86), Columbia University Press.
- Yankelevich, P. (2017). Migración, mestizaje y xenofobia en México (1910-1950). *Anuario de Historia de América Latina*, 54, 129-156.
- Yankelevich, P. (2019). *Los otros. Raza, normas y corrupción en la gestión de la extranjería en México, 1900-1950*, Diásporas, Bonilla Artigas Editores, El Colegio de México e Iberoamericana Vervuert.



Nuevos enfoques del federalismo en México, por una mayor preponderancia del orden estatal en materia migratoria

New Approaches to Federalism in Mexico, Through a Greater Preponderance of State Participation in Immigration Matters

Roxana Rosas Fregoso

 <https://orcid.org/0000-0001-5336-0163>

Estación Noroeste de Investigación y Docencia, Instituto de Investigaciones Jurídicas,
Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: roxana.rosas@unam.mx

Recepción: 13 de octubre de 2021
Aceptación: 28 de enero de 2022

RESUMEN: El presente estudio es una investigación jurídica desde el derecho constitucional mexicano y la legislación migratoria en México que pretende abrir un canal teórico y de reflexión sobre las implicaciones de la configuración del federalismo mexicano actual y de sus límites constitucionales en los sistemas de competencias legislativas en el ámbito migratorio para preponderar el accionar de las entidades federativas.

Palabras claves: federalismo, derecho constitucional, entidades federativas, migración internacional.

ABSTRACT: This study is an investigation from a Mexican constitutional law point of view and legislation of migration in Mexico, with intention to open a theoretical channel of reflection on the implications of the configuration of current Mexican federalism and its constitutional limits within the systems of legislative powers in the migratory field, that preponderates the actions of the federal entities.

Keywords: federalism, constitutional law, federal entities, international migration.

SUMARIO: I. *Ideas preliminares.* II. *Derecho constitucional mexicano y federalismo en la actualidad.* III. *La migración internacional en México, una mirada al papel de las entidades federativas.* IV. *Retos y desafíos del sistema de competencias legislativas en materia migratoria en México.* V. *Derecho constitucional comparado, estudio del caso español.* VI. *Reflexiones finales.* VII. *Fuentes consultadas.*

I. IDEAS PRELIMINARES

En México la legislación sobre el tema migratorio se encuentra reservada a la Federación, según lo previsto por el artículo 73 constitucional, en su fracción XVI. En este sentido, esta materia pertenece al ámbito del tradicional sistema de competencias de orden federal, que delimita y restringe el alcance de las facultades de los Estados al abordar el fenómeno de la migración con leyes estatales o subnacionales.¹

Bajo esta misma línea, al establecerse una Federación, se deduce la existencia de un sistema de competencias de dos tipos, uno federal y otro local, según lo señalado por el artículo 133 constitucional, por lo que existe *a priori* una subordinación a la competencia material de las entidades federativas (Serna de la Garza, 2003, pp. 314-316).

Asimismo, la fórmula del artículo 124 constitucional establece un sistema rígido de distribución de competencias. Según dicha fórmula, típica del llamado “federalismo dual”, pareciera que se configura un sistema en el que de manera clara se puede determinar que una competencia corresponde ya sea a la Federación o a las entidades federativas. Dicha rigidez deriva de la utilización que en dicho artículo se hace del adverbio “expresamente”, en virtud del cual se ha de entender que una facultad pertenece a la Federación, o bien, pertenece a las entidades federativas (Carpizo, 1994, pp. 15-17).

El derecho constitucional mexicano y la Ley de Migración federal asumen la regulación de la migración en nuestro país. Por lo que hace al derecho constitucional tratándose de este tema, no media expresamente ningún sistema de competencia concurrente o coincidente con las entidades federativas.

Tradicionalmente, en nuestro país ha prevalecido un sistema federal obsoleto tendido al centralismo, que generalmente se abstiene de visibilizar los sucesos en los Estados, contrario a la realidad y la participación cada vez más involucrada de las entidades federativas en la solución y atención de las problemáticas federales.

En este sentido, las entidades federativas están habilitando remedios legislativos locales, para afrontar de forma directa las problemáticas migratorias que se presentan en sus respectivas regiones, a partir de leyes migratorias de naturaleza estatal. Adicionalmente el artículo 117 constitucional,

¹ Este texto es un producto de investigación realizado como parte de los proyectos a desarrollar en el marco de las actividades investigativas de la Estación Noroeste de Investigación y docencia (ENID) del IIJ-UNAM.

como precisamos, no prohíbe a los estados legislar en materia migratoria en sus ámbitos de competencia local.

Las premisas anteriores no solamente nos invitan a repensar el alcance del texto constitucional para expandir la competencia en materia migratoria a las entidades federativas, puesto que, en el plano fáctico, los Estados se encuentran elaborando normas migratorias para coadyuvar con la Federación en esta temática. De allí que este estudio nos exhorte a plantearnos nuevos enfoques y perspectivas distintas a la naturaleza tradicional del federalismo en México; esto es, que se transite de la visión centralista a una inclusiva y preponderante del orden estatal, para lograr superar la tradición federal aislacionista y dar paso a un nuevo federalismo desde una mirada colaborativa o de cooperación.²

Para ello, debemos analizar el federalismo mexicano de cara a la migración internacional actual y en atención a los retos de México como un país de origen, tránsito y destino de migrantes regulares e irregulares. De igual modo, considerar los nuevos fenómenos que se han gestado en este marco, particularmente las caravanas migrantes y las acciones que derivadas de estos movimientos migratorios, han realizado las entidades federativas para dar respuesta efectiva a las necesidades de las personas migrantes extranjeras y nacionales a pesar de sus limitados recursos.

Adicionalmente, en esta investigación utilizaremos el método de derecho constitucional comparado. A través de esta disciplina realizaremos un estudio de caso, del tipo *ejemplar*. En este sentido, elegimos a España y su modelo de federalismo aplicado al contexto migratorio, con el propósito de contrastarlo con el federalismo mexicano. Particularmente, nos interesa analizar el enfoque de laxitud que se ha concedido a las comunidades autónomas españolas para crear normas migratorias en las regiones, y con ello, sustentar la viabilidad de la expansión de la competencia normativa en materia migratoria a las entidades federativas en nuestro país.

² Al utilizar la expresión “lograr superar la tradición federal aislacionista y dar paso a un nuevo federalismo desde una mirada colaborativa o de cooperación”, nos referimos a transitar desde el característico sistema federal mexicano que posee una clara inclinación al centralismo paternalista, que generalmente se abstiene de visibilizar los sucesos en los estados, excluyéndolos de las decisiones sobre temas de relevancia nacional.

II. DERECHO CONSTITUCIONAL MEXICANO Y FEDERALISMO EN LA ACTUALIDAD

1. *Apuntes sobre Derecho constitucional mexicano*

El derecho constitucional reserva a la Federación la competencia legislativa en materia migratoria, conforme al artículo 73 en su fracción XVI. Este designio constitucional forma parte del tradicional sistema federal que delimita y restringe el alcance de la competencia normativa de los estados.

Para analizar estas premisas debemos partir del estudio del concepto de *derecho constitucional*, desde su dimensión local, así como de la figura del *bloque constitucional* y sus implicaciones en el derecho migratorio.

La ciencia del derecho constitucional habitualmente ha estado centrada en una sola fuente: la Constitución nacional, comprendida formalmente como la creación de un universo normativo (Bogdandy, 2010, p. 464). Por su parte, la teoría general del Estado establece el concepto de Constitución en sentido material como el conjunto de preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales (Kelsen, 1995, p. 147-148).

Walker (2002) explica que el concepto de constitucionalismo se basó en una articulación mutua entre derecho y política. La política no podía ser concebida sin un marco jurídico constitutivo; y el derecho constitucional presuponía un espacio político previo. Tres ideas se desprendían de esto: a) El derecho constitucional era una característica interna e intrínseca a la *polity* (al Estado). b) La idea de *polity* o comunidad política es la de un sitio en el que se da una pretensión de autoridad (política) y sentido de identidad de parte de una población particular (comunidad). c) Excluye de lo constitucional los procesos y fenómenos que no entran en este esquema centrado en el Estado (Walker, 2002, p. 342).

Por otra parte, resulta necesario al hablar del marco constitucional aplicable a la migración en México y recuperar la figura del bloque constitucional,³

³ Sobre la denominación “bloque de constitucionalidad”, esta categoría conceptual y analítica se incorpora a nuestra investigación a manera de antecedente universal de los desarrollos constitucionales en materia de derechos humanos, en un marco referencial del constitucionalismo mexicano en la actualidad, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha denominado como “parámetro de regularidad constitucional”. Véase, sentencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la Acción de Inconstitucionalidad 9/2011, en sesión del 31 de enero de 2013, bajo la ponencia del ministro Sergio A. Valls Hernández.

que se inserta a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, publicada en el DOF en 10 de junio de 2011. En los artículos 1o. y 103, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se reconoce un rango constitucional a los derechos humanos contenidos tanto en la propia Constitución como en cualquier tratado internacional que haya sido ratificado por el Estado mexicano.

El concepto *bloque de constitucionalidad*, acuñado por Louis Favoreau (1991), se construyó traduciendo de manera literal *bloque*, que en francés significa “conjunto que no puede ser escondido, dividido”. Una de sus acepciones en español tiene un sentido similar, e incluso complementario: “Conjunto de cosas con alguna característica común”. El elemento adicional corresponde al sufijo *-dad*, aplicado al adjetivo constitucional, que en español corresponde a la idea de coincidencia con algo, en este caso con la Constitución, de la misma manera que legalidad denota la coincidencia con lo dispuesto por la ley, y convencionalidad, la coincidencia con las convenciones o tratados internacionales (Favoreau, 1991, pp.19-20).

Finalmente, el derecho constitucional mexicano y la Ley de Migración federal asumen la regulación de la migración en nuestro país de carácter federal; sin que medie expresamente ningún sistema de competencia concurrente o coincidente con las entidades federativas en ninguna de las legislaciones mencionadas.

2. Una breve revisión del federalismo hasta nuestros días

En esta investigación entenderemos al *federalismo mexicano* como una técnica constitucional, es decir, como una forma de organización política instrumentada por la constitución mexicana vigente. Es cierto que el concepto de federalismo no se puede restringir a una dimensión normativa; no obstante, nos limitaremos al impacto generado desde su concepción constitucional y el camino que transita hacia los cambios y necesidades de la sociedad mexicana en la actualidad, a partir del accionar de las entidades federativas.

La teoría del federalismo⁴ fue establecida por primera vez por los Estados Unidos de América en la Constitución de 1787, donde la soberanía de los estados era sustituida por la soberanía del pueblo. El ente superior lo integró en una unión de la que no podrían separarse los Estados miembros y dicho

⁴ El origen del vocablo “federalismo” proviene del latín *foedus-oris* que significa unión, alianza, pacto, acuerdo. Véase Baca Olamendi (2000, p. 238).

ente se dotó de una Constitución que se consideraba “la suprema ley de la tierra” (Goldwin y Schambra, 1987, p. 67).

Para Alexis de Tocqueville el federalismo es la unión de Estados soberanos que, en conjunto, integran la Federación, “el gran cuerpo de la Unión” (Carpizo, 1994, p. 276). Por su parte, Bothe (1977) establece que existen cinco elementos comunes para que un Estado pueda ser calificado como federal: 1) Un Estado federal es un Estado dividido en unidades territoriales; 2) Estas unidades poseen una cierta (y no irrelevante) autonomía; 3) Participan en la formación de la voluntad federal a través de una segunda cámara en el Parlamento federal; 4) Estos elementos se garantizan, no en una ley, sino en una Constitución cuya modificación resulta costosa; 5) Existe un mecanismo *ad hoc* para la resolución de conflictos, especialmente a través de decisiones judiciales sobre conflictos federales (Bothe, 1977, p. 10).

En el mismo sentido, Duchacek (1970, p. 194) define al sistema federal como la división constitucional de poderes entre un gobierno general y una serie de gobiernos subnacionales. De forma similar, King (1991, p. 94) considera que las federaciones son soberanías estatales en las que existe una representación predominantemente territorial, estructurada en dos niveles subnacionales (gobiernos locales y regionales).

Es en este marco referencial que surge el federalismo conocido como *clásico*, que ha sido denominado “federalismo dual”, el cual se fundamenta justamente en el principio de la división de dos niveles de gobierno mencionados, uno general y otro regional, de modo que a cada uno de ellos corresponde por disposición constitucional una esfera determinada de poderes (Armenta, 1996, p. 7).

Es verdad que en un federalismo primigenio, como fue el de los Estados Unidos, las entidades políticas fundadoras fueron —como mencionamos— las colonias angloamericanas; y, en resumidas cuentas, el régimen federal constituye la expresión de la voluntad de las comunidades autónomas para federarse hacia metas comunes, independientemente de que en la práctica, como sucede en muchos sistemas federales, no funcionan con base en los cánones teóricos que exige un auténtico federalismo (Armenta, 2010, p. 67).

Desde de esta visión bifronte es que al federalismo tradicional se le concibe como “una organización política donde las actividades gubernamentales se dividen entre gobiernos regionales y el gobierno central, de forma tal que cada esfera tenga ciertas actividades sobre las que toma las decisiones finales” (Riker, 1975, p. 101). A partir de esta mirada, el federalismo se interpreta en relación con el grado de independencia que tienen los gobiernos

federales sobre los Estados miembros y viceversa, bajo esta consideración, las federaciones pueden ir desde la centralización total a la descentralización total.

Por otro lado, es inextricable que el federalismo es el resultado de negociaciones políticas entre grupos, puesto que el sistema federal aparece derivado de las intenciones de expandir los controles territoriales y de la decisión de los estados de ceder parte de su soberanía para crear una unión mayor que los protege de potenciales conquistas militares. Indudablemente, un aspecto medular de la teoría de Riker (1975, p. 101) en esta tesitura, es la clara estimación de que los sistemas federales no son producto de razones coherentes, sino de manipulación y negociación.

En este orden de ideas, estimamos acertada la teorización del federalismo como un sistema repleto de obsolescencias y de desafíos, que se finca en un sistema de conveniencias que no atiende a una estructura científica y racional. La complejidad y naturaleza del federalismo en su momento de creación fue diseñada con motivos que no encuentran eco en la sociedad contemporánea.

A pesar de lo anterior, bajo ningún esquema coherente con un modelo democrático debemos desestimar categóricamente al federalismo, puesto que nos muestra nuevas facetas en la actualidad para romper con algunos de los presupuestos apuntados; tal es el caso del federalismo cooperativo.

El *nuevo federalismo* o *federalismo cooperativo*, “se presenta como un proceso práctico e innovador con altas posibilidades de una efectiva cooperación *interpoderes*, lo mismo en su sentido vertical que en su vertiente horizontal, sin que se vulnere el equilibrio de la división de poderes, el sistema de frenos y contrapesos y menos la estabilidad de la unión” (Vidal, 1997, p. 67).

Esta nueva vertiente sustentada en un enfoque democrático, señala Croisat, “es un conjunto de medios usados según modalidades distintas en cada Federación, para responder a las mutaciones de nuestra época, sin modificar la distribución constitucional de las competencias legislativas y de las fuentes de financiación” (1995, pp.103-104).

Observamos que este nuevo enfoque teórico es necesario para lograr el discernimiento y la inserción de nuevos aspectos al ámbito constitucional mexicano, como la flexibilidad de la distribución de competencias de acuerdo con las prácticas regionales, sin vulnerar el principio de división de poderes y los límites constitucionales, así como permitir y facilitar la cooperación

entre los ámbitos federal y regional que incluya todos los aspectos y diversidades de los distintos segmentos sociales.

Por su parte, Nohlen y Grotz (2007, pp. 146-153) sostienen que el federalismo en la actualidad debe cumplir dos funciones: la estructuración del poder por medio de la división vertical de poderes (a la vez que la protección de las minorías por medio de la autonomía territorial); y la integración de sociedades heterogéneas, en lo cual casi siempre se aspira a la integración económica, aunque también la política y militar al mismo tiempo que la autonomía sociocultural y/o política de los Estados miembros o provincias.

Desde estas nuevas vertientes, el federalismo plantea algunas ventajas sociales, como la integración y la inclusión de las minorías y la distribución democrática de la riqueza en las entidades federativas; es decir, apunta a “unir una cierta unidad con una cierta diversidad” (Friedrich, 1968). En este tema de integración un claro ejemplo se ha presentado en España, que ha desarrollado bases legales locales para la integración social y política de la población migrante extranjera, como revisaremos en el caso de estudio más adelante.

Ahora bien, en el ámbito de las migraciones en México, donde se presentan discrepancias regionales o contextuales, la labor coadyuvante de los Estados se rezaga ante un texto constitucional que no expresa claramente los límites del actuar de la Federación, ni de las entidades federativas, ya que no se encuentran precisadas sus interacciones, lo que a la postre genera vaguedad sobre los alcances del federalismo mexicano.

En este escenario es donde pueden implementarse gradualmente ideas derivadas de un federalismo cooperativo, o de apertura, y de mutación de competencias. Desde hace algunos años, al menos en la práctica de los Estados en el tema migratorio, se ha hecho más necesario ensayar un federalismo cooperativo, a partir de la eclosión de fenómenos sociales que han requerido ser atendidos en lo inmediato, como las caravanas migrantes.

Como es ampliamente conocido en nuestro país, el modelo de Estado federal fue tomado de la Constitución norteamericana. A diferencia de los Estados Unidos de Norteamérica, el federalismo en México no logró conjuntar sus componentes territoriales, sino que produjo unidades descentralizadas dentro de una nación con tradiciones fuertemente centralistas heredadas del período colonial (Tena, 1972, p. 469). Es por ello que el federalismo mexicano actual se presenta como un sistema anquilosado y desarticulado, carente de un esquema claro de organización con los diferentes órdenes gubernamentales.

Ahora bien, por lo que hace a la relación entre el federalismo y el tema migratorio, en cuanto a la distribución de las esferas de competencia, tenemos que las entidades federativas, en principio, no están facultadas para legislar sobre migración. No obstante, la ausencia de prohibición constitucional expresa ha propiciado que los Estados enfrenten el fenómeno migratorio desde sus regiones a través de leyes locales. En efecto, la promulgación de este tipo de normas locales de naturaleza migratoria es una práctica que están desarrollando las entidades federativas de Durango, Chihuahua, Sonora, Puebla, Estado de México, Tlaxcala y Baja California.

Baja California, por poner un ejemplo, publicó la Ley para la Protección de los Derechos y Apoyo al Migrante del Estado de Baja California⁵ como una norma local que tiene por objeto coadyuvar con las autoridades federales en la protección de los derechos de personas migrantes que se encuentren en territorio del Estado de Baja California. Encontramos algunos aspectos a destacar en dicha norma, como la promoción de la participación social en los programas de atención a migrantes, así como el reconocimiento a los migrantes nacionales y extranjeros de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución, en los tratados y convenios internacionales de los cuales sea parte el Estado mexicano. Adicionalmente plantea que el poder ejecutivo del Estado y los ayuntamientos podrán celebrar convenios de colaboración y concertación con las autoridades migratorias, a fin de coadyuvar entre ellas para impulsar diversas acciones en el tema.

Bajo este análisis, la realidad y la necesidad de los Estados en el tema migratorio ha trascendido al mandato constitucional establecido en el artículo 73 fracción XVI. En este sentido, el derecho constitucional, de cara a los nuevos requerimientos del federalismo mexicano, debe accionar la transformación y expansión de las competencias migratorias a partir del conocimiento de las necesidades y de la realidad local que los Estados están manifestando.

Por lo anterior, es necesario plantearnos los nuevos desafíos que nos presenta la migración, principalmente por lo que hace al acceso a derechos de las personas migrantes en las entidades federativas, lo que nos invita a precisar y a repensar —en el ámbito constitucional desde la propia técnica constitucional— las esferas de competencia federales y estatales, ya que las entidades federativas, a partir de leyes de apoyo al migrante de carácter local, han encontrado una justificación empírica para ampliar estas competencias.

⁵ Periódico Oficial del Estado de Baja California, 12 de septiembre de 2014.

III. LA MIGRACIÓN INTERNACIONAL EN MÉXICO, UNA MIRADA AL PAPEL DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS

El siglo XXI se ha caracterizado como el siglo de las migraciones (Ruiz, 2002, p. 13), destacándose por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. De acuerdo con la Organización Internacional para las Migraciones (2006, p. 40), se denomina *migración internacional* al “movimiento de personas que dejan su país de origen, o en el que tienen residencia habitual, para establecerse temporal o permanentemente en otro país distinto al suyo”. Estas personas, para ello, han debido atravesar una frontera.

En relación con la legalidad de la migración internacional, esta se divide en dos grandes grupos: la regular y la irregular. La migración irregular parece ser un fenómeno casi universal, aunque sólo se ha visto como un asunto de preocupación en épocas relativamente recientes. Los esfuerzos orientados a un mejor control fronterizo y a evitar el empleo irregular se han realizado principalmente en los Estados de destino. Paradójicamente, mientras más controlan los Estados la migración, más migrantes irregulares parece haber (Bhagwati, 2003, pp. 98-104).

Por otra parte, la migración irregular se presenta cuando una persona ingresa o vive en un país del cual no es ciudadano o ciudadana, violando sus leyes y regulaciones de inmigración. Muchos de los migrantes irregulares son trabajadores, pero no todos ingresan en el mercado de trabajo: la gente que migra para unirse a miembros de su familia, como los menores sin acompañamiento o por razones de estilo de vida, puede convertirse en irregular. Los solicitantes de asilo que son rechazados pueden también caer en la irregularidad (Castles y Miller, 1993, p. 113).

Para efectos de este trabajo, analizaremos a la migración internacional, particularmente la centroamericana, tanto regular e irregular, que se desplaza por las entidades federativas mexicanas, por lo que las razones de dichos movimientos migratorios —reiteramos— no son relevantes para nuestro texto. Sin embargo, nos interesa profundizar en el fenómeno migratorio de las caravanas migrantes que se han originado desde el espectro de la migración centroamericana y que ha sido atendido por los Estados al interior de la república.

La migración centroamericana en México reviste una gran importancia y representa un desafío mayúsculo no sólo para los gobiernos de los tres países centroamericanos con mayores flujos migratorios —a saber, Guate-

mala, Honduras y El Salvador—, sino también para el gobierno mexicano que debe brindar respuesta humanitaria inmediata ante el tránsito por el país de estos migrantes cuyo destino es arribar a Estados Unidos (Paredes, 2009, pp. 93-124).

Es importante recordar que, en virtud de la vulnerabilidad a la que se enfrentan quienes transitan por territorio mexicano sin los permisos correspondientes, las personas migrantes son víctimas de asaltos, robos, violaciones, explotación laboral y sexual, abuso de autoridades y crimen organizado, situaciones que han incidido en la dinámica de migración en “grupo” o colectiva.⁶ Esto se ha denominado como el fenómeno de “caravana” (Fernández *et al*, 2019, p. 21) que obedece principalmente a la necesidad de los migrantes de protegerse, evitar violencia y obtener algunas facilidades de alimentación y refugio al ser más visibles estas necesidades si se exigen de forma colectiva.

Estos nuevos acontecimientos en las dinámicas de las migraciones en México han instado a los Estados a desarrollar un papel más activo en el tema migratorio, desde su ámbito local de competencia, lo que ha propiciado el desarrollo de legislación subnacional o local en la materia en diversas entidades federativas, como lo hemos apuntado.

En este sentido, de la revisión del federalismo realizada en líneas anteriores, hemos identificado innovadores debates para la aplicación de nuevos abordajes en el espectro de las localidades, a efecto de ampliar la competencia de los Estados en el contexto de las migraciones.

Las entidades federativas constituyen un presupuesto *sine qua non* para la existencia del Estado federal. Sólo pueden considerarse como auténticos Estados federales aquellos en cuya estructura coexisten entidades federadas dotadas de autonomía; esto como una de las dimensiones del mencionado federalismo dual (Armenta, 2010, p. 72).

Es cierto que, de lo analizado en el apartado de facultades de los estados, hemos advertido que el uso de leyes generales se ha hecho prevalente. En particular, en aquellas materias en la que se busca una rectoría normativa de la Federación y la incidencia en el ámbito local por una necesidad

⁶ La oficina de Washington para asuntos latinoamericanos (WOLA) sostiene que, derivado de la vulnerabilidad a la que se enfrentan las personas migrantes extranjeras que transitan por territorio mexicano de forma irregular, se ha desarrollado el fenómeno de migración de *caravana*. Véase Washington Office in Latin America, *Mexico's Other Border. Security, Migration, and the Humanitarian Crisis at the Line with Central America*, 2014. Disponible en: <http://www.wola.org/files/mxgt/report/>

de coordinación o en una evidente falta de la eficacia de ésta. En este sentido, la Constitución mexicana no presenta una idea clara de cuáles son las funciones y el contenido (Mejía y Rojas, 2018, p. 200) de diversos ejes temáticos de importancia nacional, como lo es, el tema migratorio respecto de la competencia de los Estados.

Observamos una dinámica que nos manifiesta que la fórmula general de competencias establecidas en la Constitución opera con matices distintos en cada materia, por lo que se configuran e implementan de manera distinta (Mejía y Rojas, 2018, p. 201). Sin embargo, en nuestra consideración, esta ausencia de claridad ha permitido a las entidades federativas crear normatividad local para hacer frente al fenómeno de la migración en sus respectivas regiones y al mismo tiempo propiciar una mayor protección a la población migrante. Esta tipología de normas migratorias locales se han diseñado, en general, como documentos normativos focalizados para ser aplicados por las autoridades federales facultadas como los primeros respondientes en el ámbito local.

Sabemos que la legislación existente en el ámbito nacional que regula a la migración en México, guiada por la Ley de Migración, es vasta; aunque no necesariamente completa. Allí encontramos normas elaboradas incluso desde la materia administrativa, denominadas *protocolos* o lineamientos internos de las dependencias de gobierno facultadas, instrumentos que son tan diversos y heterogéneos como las instituciones involucradas, y, sobre todo, distantes de unificar la normatividad aplicable a todos los sectores migrantes.

En virtud de lo anterior, consideramos que en aquellas entidades federativas, y particularmente en las regiones con grandes flujos migratorios como el Estado de Baja California, con una frontera con características propias y con problemáticas definidas —principalmente por su ubicación geográfica al colindar con Estados Unidos—, posee elementos que permiten justificar el diseño de una norma regional que atienda a sus necesidades particulares y que haga más accesibles los derechos de las personas migrantes.

En este sentido, los Estados, como primeros respondientes en el ámbito local, juegan un papel protagónico en la creación de una normatividad migratoria, de cara a orientar procesos de armonización legislativa con la Federación. También les corresponde diseñar mecanismos y bases legales para la integración social de las personas migrantes en cada una de sus regiones.

Como lo expresamos, un aspecto del dinamismo de las migraciones es observable en el fenómeno de las *caravanas*. El “año 2019 inició con una

caravana andando desde Honduras hacia Norteamérica. La política migratoria en México flexibilizó algunos procesos administrativos, y ha expedido miles de visas por razones humanitarias; con ellas, las personas migrantes pueden vivir y trabajar en México de manera temporal” (Fernández *et al*, 2020, p. 21). Quienes recibieron estos grandes colectivos de personas fueron las entidades federativas directamente; cada Estado asumió el establecimiento de albergues temporales y la satisfacción temporal de necesidades vitales para estos contingentes migrantes.

Es claro que la migración en México transita por una realidad cambiante, dinámica y heterogénea. Nuestro país está siendo considerado por un segmento importante de la migración centroamericana y latinoamericana como país de destino migrante, lo que apela a repensar la migración e insertar mecanismos de integración social, política y jurídica en los marcos normativos. En esta línea de argumentación,

de acuerdo con datos del INM, de abril de 2017, en Baja California permanecían cerca de 3,400 extranjeros originarios de Haití: 75% en Tijuana y 25% en Mexicali. De ellos, 1,274 habían iniciado su trámite de regularización migratoria, de los cuales 609 ya cuentan con su tarjeta de visitante por razones humanitarias. Entre marzo y junio 2017, la mayoría de los haitianos empezaron a trabajar y dejaron los albergues de Tijuana para buscar vivienda. Con ayuda de las organizaciones de la sociedad civil, de las iglesias y de instituciones públicas, muchos de los extranjeros que llegaron a la frontera noroeste de México han empezado así a *integrarse a la sociedad* y han inscrito a sus hijos a las escuelas, es decir, se han iniciado procesos incipientes de integración social. (París Pombo, 2018, pp. 10-11)

La integración social de las personas migrantes en municipios de los Estados, como el de Tijuana, en relación a la comunidad Haitiana, es un claro ejemplo que pone de relieve la necesidad de instrumentar en las normas jurídicas locales mecanismos que propicien esa integración desde las localidades en términos de acceso a derechos humanos, como los son la educación, la asistencia social, la vivienda y la cultura, por mencionar algunos derechos relevantes tratándose de personas en el contexto de migración.

Estos nuevos fenómenos que se han gestado en relación con la migración actual, particularmente las caravanas migrantes y la integración social de las personas migrantes en las regiones de México, han evidenciado las acciones que las entidades federativas han realizado para dar respuesta efectiva

a las necesidades de las personas migrantes extranjeras y nacionales a pesar de sus limitados recursos.

Derivado de este análisis, estimamos que los Estados necesitan poder legislar al respecto para dar frente al fenómeno migratorio que se presenta en sus respectivas áreas geográficas; fenómeno que sin duda ha fluctuado drásticamente en los últimos años, lo que ha implicado un mayor involucramiento y participación de las entidades federativas de forma directa.

IV. RETOS Y DESAFÍOS DEL SISTEMA DE COMPETENCIAS LEGISLATIVAS EN MATERIA MIGRATORIA EN MÉXICO

1. *Sistema de competencias legislativas en México*

Como señalamos, la Constitución mexicana designa las competencias normativas de las entidades federativas y sus límites, puesto que es el derecho constitucional el que se ocupa de fijar la naturaleza de las normas. Es decir, se trata de las reglas que señalan la competencia de las competencias y, con ello, la organización del orden jurídico estatal (Carlos SÁCHICA, 1999, p. 8).

El concepto de *competencia legislativa* tiene origen en la teoría del principio de competencia normativa. Este principio es el que sirve generalmente para ordenar las relaciones entre los diversos centros de producción normativa dentro del Estado federal. La competencia legislativa “consiste en acotar un ámbito material y encomendar su regulación a un determinado tipo de norma, de manera que los demás tipos de norma no pueden, en principio, incidir sobre dicha materia” (DÍEZ-PICAZO, 1995, p. 1183). Esta competencia, por lo tanto, crea una división en dos órdenes materiales de la capacidad de normación, uno federal y otro local, en el tema que ahora se trata; es decir, establece una distribución de poder sobre una superficie horizontal (ZAGRELSKY, 1993, p. 66).

Como hemos referido, el sistema de competencias legislativas mexicano parte de una premisa rígida para su distribución, que gesta el denominado “federalismo dual” (SERNA, 2003, pp. 315-317), en el que pareciera se configura un sistema claro, capaz de determinar que una competencia corresponde ya sea a la Federación o a las entidades federativas.⁷ Sin embargo,

⁷ Según la Academia Mexicana de la Lengua, una entidad federativa es una unidad de-

esta división genera confusión sobre los límites del actuar de las entidades federativas respecto a la Federación en una diversidad de temas, como lo es el migratorio.

Coincidimos con Carpizo, quien expresa que en realidad el sistema mexicano es mucho más complicado que una división en dos planos, puesto que la propia Constitución establece una serie de principios que definen facultades como las siguientes: facultades atribuidas a la Federación; facultades atribuidas de manera expresa o tácita a las entidades federativas; facultades prohibidas a la Federación; facultades prohibidas a las entidades federativas, tanto de manera absoluta (artículo 117) como relativa (artículo 118); facultades coincidentes; las facultades coexistentes; facultades de auxilio; y, por último, facultades derivadas de la jurisprudencia (Carpizo, 1994, pp. 953-959).

Por su parte, Zagrebelsky (1993, p. 66) sostiene que la Constitución prevé una alteración de la distribución competencial genérica al establecer, en determinadas materias, una concurrencia entre las autoridades federales y las estatales, lo que se ha llamado “paralelismo de las competencias”, como ocurre con algunas materias en el derecho constitucional mexicano como el caso de la educación (artículo 73, fracción XXV).

En cuanto a la teoría de competencias normativas, resulta relevante el concepto de federalismo colaborativo o cooperativo que hemos estudiado en líneas anteriores, como un proceso intergubernamental en donde los objetivos nacionales son alcanzados no por el gobierno federal o el gobierno provincial actuando solo, sino en colaboración conjunta (King, 1991, p. 24-75). Este tipo de federalismo puede ser visto desde el enfoque del derecho constitucional mexicano como “concurrente”; es decir, donde los dos entes, el federal y el local, colaboran en aras de alcanzar objetivos comunes.

De acuerdo con Arteaga Nava, dentro de las facultades derivadas de las competencias mencionadas, subyace una clasificación más extensa a las que el autor ha denominado como *implícitas*, las cuales están integradas por la jurisdicción dual, las facultades concurrentes, las inhibiciones y prohibiciones a los estados, así como por las obligaciones a cargo de las autoridades estatales derivadas de la Constitución general (Arteaga, 1994, pp. 39-55). Es concretamente en esta clasificación de facultades donde centraremos nuestra atención, principalmente en las facultades concurrentes

limitada territorialmente, que en unión con otras conforma una nación. Véase <http://www.academia.org.mx/espin/respuestas/item/entidades-federativas>

y las inhibiciones y prohibiciones de las entidades federativas, toda vez que ahí encontramos aspectos medulares que desembocan de forma indiscutible en el tema migratorio desde el ámbito de la legislación local y federal.

En este sentido, según Serna de la Garza, existe un sistema complejo de distribución de competencias entre Federación y Estados que permite la coordinación, el empalme, la coexistencia y la coincidencia entre estos dos términos de la ecuación del sistema federal. A pesar de ello, la matriz del esquema sigue siendo el artículo 124 constitucional y su reserva residual en favor de las entidades federativas (Serna, 2003, p. 315).

El artículo 124 constitucional señala que en el Estado mexicano los Estados miembros tienen cierta área de atribuciones sobre la que pueden legislar en forma autónoma. Es desde este artículo que debemos explorar las posibilidades de una autonomía local, que permita dibujar el devenir de las competencias legislativas en torno a la estructuración de una nueva fisonomía del federalismo mexicano.

En las federaciones tradicionalmente las potestades residuales han sido objeto de centralización, una consecuencia inevitable de un enfoque federalista típico. En este sentido, los tribunales constitucionales, del orden nacional de gobierno, han tendido a favorecer a los gobiernos nacionales en caso de controversia. Por el contrario, cuando existen listas bien definidas de competencias exclusivas y concurrentes, la tendencia ha sido favorecer a los gobiernos subnacionales, es decir, buscar una mayor preponderancia de los Estados en temas prioritarios y urgentes como lo es, la migración. “Lo que es cierto, es que estamos frente a una dinámica que nos fuerza a observar el desarrollo de la Constitución en cada materia en lo particular y entender que la fórmula general de distribución de competencias se configura e implementa de manera distinta en cada materia” (Mejía y Rojas, 2018, p. 201).

Lo anterior supone que las competencias establecidas en la Constitución operan con matices distintos en cada materia, por lo que corresponde hacer un análisis de especialidad o temático para arribar a conclusiones específicas del área a revisar —la migración concretamente en este trabajo—.

La parte neurálgica de lo expresado estriba en lograr una mayor preponderancia de los Estados en materia migratoria. Esta apertura nos hace un llamado inextricable a definir líneas claras en las esferas de competencia establecidas en la Constitución federal, de manera que se exprese sin vaguedad la facultad de los Estados de legislar en materia migratoria, para que las entidades federativas dejen de realizar estos desarrollos legislativos locales desde bordes legales peligrosos y potencialmente inconstitucionales. Ade-

más, en general, se trata de permitir a los Estados brindar, desde sus experiencias cercanas al fenómeno migratorio, guías de actuación, celeridad en la activación de las esferas locales y en el accionar de sus instituciones como primeros respondientes en el ámbito local, en aras de potenciar los derechos de las personas migrantes, con un enfoque integrador y respetuoso de la Constitución federal.

2. ¿Federalismo ficticio en México en materia migratoria?

Como precisamos, las legislaturas de los Estados están facultadas para elaborar normas respecto a las áreas que sean de su competencia. El caso del tema migratorio que atendemos no lo es en principio, toda vez que está reservado a la Federación. Así lo prescribe el artículo 73 de la Constitución,⁸ que en su fracción XVI señala que la migración es un tema que compete a la esfera federal, y señala como facultad del Congreso de la Unión la de legislar en materia de emigración e inmigración. Lo anterior deriva del tradicional y anquilosado sistema de competencias de orden federal que delimitan y restringen el alcance del derecho constitucional local.

Las constituciones estatales se conforman al orden jurídico fundamental federal. De tal manera, estas constituciones locales no pueden incorporar o legislar con base en algún precepto que se oponga a la Constitución federal (Armenta, 2010, pp. 26-27). Sin embargo, debemos apuntar que una de las premisas para un federalismo *racional* —esto es, en nuestra consideración, un federalismo plural, dinámico y asertivo— implica que las constituciones locales no sean meras repeticiones de las disposiciones consagradas en la Constitución federal (Vernet I Llobet, 1997, p. 81), sino que sean verdaderos instrumentos jurídicos del desarrollo local, de tal manera que puedan constituirse en documentos legales originales que rediseñen su propia sociedad. Al menos en materia migratoria, existe una delimitación Constitucional a esta oportunidad de los estados de legislar sobre el fenómeno mencionado.

A pesar de que, en un sentido dicotómico, el legislador estatal está llamado a que sus Constituciones locales y sus normas derivadas conviertan a sus entidades federativas en auténticos centros políticos de vanguardia

⁸ Artículo 73. “El Congreso tiene facultad: ...Fracción XVI.– Para dictar leyes sobre nacionalidad, condición jurídica de los extranjeros, ciudadanía, naturalización, colonización, *emigración e inmigración* y salubridad general de la República”, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

en el progreso del país, el ámbito constitucional local debe ser un epicentro generador del desarrollo democrático; e incluso innovar en aquellos casos en los que la Constitución federal no establece prevención alguna (Armenta, 2010, p. 74).

Reiteramos que la autonomía de las entidades federadas significa la capacidad que ellas tienen de configurar sus propias constituciones que, en rigor, deben ser diferentes entre sí y con respecto a la Constitución federal, porque la diversidad de una entidad federativa no se limita únicamente a los contextos geográfico, político, cultural, demográfico, entre otros, sino al aspecto jurídico-constitucional que tendría que responder a esos escenarios. De lo contrario, estaremos ante un federalismo ficticio (Armenta, 2010, p. 75).

¿En qué sentido nos encontramos potencialmente frente a un federalismo ficticio en México? Esta simulación constitucional se puede presentar en la medida en que las entidades federativas sean limitadas en su ejercicio autónomo constitucional; donde se excluya la importancia de sus particularidades contextuales como su entorno geográfico, sus valores, su cultura, sus dinámicas regionales y sus necesidades, para ser absorbidas por el gobierno central o federal. Esto implica simular una autonomía en aras de darle preeminencia un régimen de competencias tradicional, que realmente no permite que las entidades federativas puedan realizar aportaciones. Por supuesto, esta participación debe ser desarrollada con un riguroso apego a la Constitución federal, y con ello nutrir al sistema jurídico mexicano, como lo es en el caso del tema migratorio.

Pérgola (1994) expresa que

al Constituyente se le presenta la tarea de saber encontrar un término medio entre la exigencia de tutelar y preservar las autonomías que conviven en el ordenamiento federal y las de favorecer las oportunas modificaciones del mismo, sólo de esta forma se puede desenvolver el sistema federal, es decir constituir un proceso y mantener al mismo tiempo, íntegras sus propias características estructurales. (p. 24)

Es verdad que existe una preponderancia del orden federal respecto del local, pero esto no conduce a afirmar que haya una superposición de un orden respecto de otro, estrictamente hablando (Armenta, 1996, p. 86). Al no existir esta superposición de los órdenes competenciales, las entidades federativas, con apego irrestricto a la Constitución federal, necesitan participar en los procesos de construcción del sistema jurídico mexicano, realizando

sus propias aportaciones legislativas, desde sus realidades y sus contextos, a través de documentos legales que reflejen sus especificidades y sus características. De esta manera, fortalecen y mejoran el sistema federal; en cambio, si esta actividad por parte de los Estados está limitada, como en el tema migratorio, la división del federalismo en dos segmentos, un ámbito federal y otro local, termina convirtiéndose en una práctica falaz, innecesaria e improductiva. Y, por ende, en un ejercicio político de ficción.

V. DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO, EL CASO ESPAÑOL

Para este estudio hemos seleccionado al derecho constitucional comparado con el propósito de analizar los alcances del federalismo en materia migratoria en otros países, así como el estudio de los modelos constitucionales de competencia normativa en los ámbitos federal y local.

El objeto del derecho constitucional comparado consiste en confrontar normas, institutos e instituciones de ordenamientos constitucionales de Estados diferentes, para evidenciar sus semejanzas y diferencias (Alfonso, 2009, p. 29). Es decir, esta disciplina jurídica nos auxilia en el entendimiento de las Constituciones, al considerarlas como instrumentos esencialmente nacionales, cuya fuerza como normas superiores deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales (Saunders, 2006, p. 50).

Adicionalmente, esta rama nos auxilia a identificar las tendencias dominantes y valorar los diseños institucionales a través de las figuras constitucionales de otros países. Sin embargo, en condiciones estándar en las que se puede inferir que convergen los objetivos del constituyente y de los órganos constituidos, también existen disparidades, como señala Loewenstein (1964, p. 163). En este marco se hacen presentes problemáticas cuya solución exige un instrumental complementario al del solo examen jurídico de las Constituciones.

Es cierto que el derecho constitucional tiene una función instrumental al interior de los Estados y que esta función se encuentra limitada por diversos factores de la más variada índole. Entendemos que el análisis de las Constituciones no albergará todas las respuestas sobre el tema de federalismo que nos atañe. Sin embargo, sí nos proveerá de un diagnóstico real de otras latitudes y sus comportamientos, y lo que estas experiencias constituciona-

les nos puedan brindar para enriquecer el enfoque del federalismo mexicano, en lo que respecta al tema migratorio como frontera de este análisis.

Utilizaremos el método del derecho constitucional comparado, a través de la selección de España, para estudiar al federalismo a través de un caso de naturaleza ejemplar, por lo que designaremos bajo las directrices de esta metodología, en la que profundizaremos más adelante, y justificaremos su selección en su contexto metodológico.

En relación con el objeto de estudio del caso seleccionado, tiene el propósito de desentrañar a la Constitución, específicamente a la figura del federalismo. En este sentido, elegimos a España como un caso contemporáneo, toda vez que resulta de nuestro interés el análisis del federalismo *vis a vis* al escenario actual de las migraciones.

Por lo que hace a la naturaleza de este caso, del tipo *genérico* o *ejemplar*, se entiende como “aquel que nos muestra acerca de una característica que se encuentra en otros casos y que nos interesa estudiar, y que, al mismo tiempo, permite ilustrar una teoría o un conjunto de proposiciones sobre el funcionamiento del fenómeno” (Coller, 2000, p. 31).

Elegimos esta tipología de estudio, en aras de explorar a España, como un país que, en su ámbito constitucional, posee un sistema de competencias legislativas laxo o concurrente en materia migratoria a partir del sistema de las comunidades autónomas; lo que le permite, principalmente, hacer más eficiente la integración de los inmigrantes en el interior de las regiones, así como desde las localidades dar atención a la migración, en términos de acceso a derechos humanos.

Ahora bien, el modelo español de federalismo creó la doctrina acerca de las autonomías, que se estableció a partir de 1978. En este año la Constitución tuvo su punto de originalidad terminológica, al configurar un modelo territorial que tejó el hilo de las autonomías. Eso abrió el debate del porqué la autonomía como excepción en un Estado unitario es, a su vez, una excepción en el derecho comparado.

España, que es una monarquía “parlamentaria” en los términos del artículo 1.3 de su Constitución, no es “federal”, ni tampoco “autonómica”; no en la letra de la Constitución, aunque sí en la convención de la doctrina. Ocurre que no hay referente genérico de un “modelo autonómico” porque España es caso único, así que tenemos un terreno fértil para la reflexión acerca de los rasgos federales de este sistema y de la conveniencia de adoptar el referente federal en alguna de sus facetas (Árboles, 2006, p. 4).

Ciertamente, no es la “centralización despótica la que conviene a las naciones, sino la atracción y consiguiente convergencia de los esfuerzos en el sentido de la utilidad común” (Oliván, 1954, pp. 13-14).

Optando por la fórmula de autonomía, se descartaba el Estado federal y además se planteaba un problema para los estudiosos del derecho comparado y del federalismo (Cruz Villalón, 1981, pp. 53-63). Se le ha denominado a esta fórmula de autonomía como “sistema híbrido de federalismo y regionalismo” (Ariño, 1981, p. 24), por sus particularidades y libertades de las regiones en este contexto de federalismo *sui generis*. Allí el principio de autonomía supone que los Estados federados conservan dentro de la Federación su propia organización legislativa, gubernativo-administrativa y jurisdiccional. El principio de participación exige que estos entes tengan determinados fines y actividades comunes cuya consecución se encarga a la Federación (Arbós, 2006, p. 44).

Albertí (1985, pp. 343-565), por su parte, traza dos rasgos importantes a este federalismo, también denominado como “cooperativo”. El primero es que la cooperación es un ejercicio concertado de competencias propias de cada nivel de gobierno, y no ese carácter propio que se banaliza como legalismo sin importancia. El segundo es que la concertación presupone una “actitud”, una disposición política favorable.

Esta vertiente del federalismo cooperativo, inicialmente no potencializó libertades legislativas en materia migratoria para las regiones, sin embargo, en este panorama español, la distribución competencial en materia migratoria ha venido guiada por el art. 149.1.2o. de la Constitución española con su tajante formulación de que “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo”. Muy similar al caso mexicano, sin embargo, con base en ese artículo, y durante un tiempo en que España no se había conformado aún como un país receptor de inmigrantes, se atribuía a las instituciones centrales el tratamiento de todas y cada una de las cuestiones relacionadas con la inmigración. (Aja, 2000, p. 1)

Ahora bien, cuando el fenómeno de la inmigración fue aumentando, pronto se advirtió que esa primera interpretación de carácter restrictivo a favor de una competencia exclusiva para el Estado era desacertada. Además, en este caso no existe, como en otros ámbitos materiales, una jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la cual sustentar el reparto competencial entre el Estado y las comunidades autónomas (Aja, 2006, pp. 16-17).

La necesidad de regular a la migración, desde al ámbito de competencia de las comunidades autónoma, aparece cuando el fenómeno migratorio tiene otra procedencia no sólo europea, y se hace preciso plantearse la integración social de los inmigrantes. En efecto, las administraciones autónomas se entrelazan como los actores principales en cuanto a su integración, porque son ellas precisamente las que tienen competencias en educación, asistencia social, vivienda, cultura, etc. Esta nueva concepción de respuesta hacia el fenómeno migratorio y, por tanto, también en cuanto a la distribución competencial, establecida en Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.⁹

En la actualidad, previo a la reforma de los Estatutos de Autonomía, éstos no hacían alusión directa a la cuestión migratoria, con excepción del Estatuto de Autonomía de Canarias que, debido a su situación geográfica de archipiélago y a su condición de territorio insular, decidió incluir dicha problemática en su articulado. En concreto, su artículo 37.1 (antiguo art. 36) señala que: “La Comunidad Autónoma de Canarias podrá elevar al Gobierno las propuestas que estime pertinentes sobre la residencia y trabajo de extranjeros en Canarias” (Blásquez, 2008, pp. 22-23).

Ante esa falta generalizada de mención expresa en los respectivos Estatutos de Autonomía, la actuación de las comunidades autónomas en materia migratoria se ha asentado en la distribución competencial que realiza la Constitución Española a favor de éstas al conferirles ámbitos como Educación, Sanidad, Seguridad Social o Cultura; es decir, materias todas que inciden de manera directa sobre la situación de la población extranjera asentada en sus territorios. De este modo, aquellas comunidades autónomas que tengan delegadas dichas competencias sectoriales le corresponde la aprobación de las leyes de desarrollo, de los reglamentos ejecutivos así como la ejecución y gestión, mientras que el Estado central será el encargado de la aprobación de la legislación básica. (Blásquez, 2008, pp. 22-23)

Es importante resaltar el entramado de leyes de desarrollo, ejecución y gestión, en materia de derechos humanos e integración social, que ha di-

⁹ La Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, fue reformada por diversas normas españolas como: la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre de 2003.

señado España desde sus comunidades autónomas, al identificar la oportunidad de impulsar el desarrollo de este sector poblacional en el interior de las regiones. En tal escenario, estas comunidades fungen como verdaderos catalizadores del desenvolvimiento y avance de los derechos de las personas migrantes extranjeras que ya se han asentado de forma legal o regular en sus respectivas comunidades, propiciando su asimilación social, jurídica y política.

El análisis de este caso debe ser interpretado como la revisión de un modelo ejemplar que ha detonado leyes de desarrollo y gestión local en materia migratoria; principalmente en aras de la integración de la población migrante extranjera regularizada en el país en cita. Y de ninguna manera esta revisión debe ser entendida como una reflexión que pretende insertar la figura de las comunidades autónomas en el federalismo mexicano.

La subsunción de un caso como el que nos ocupa a la categorización de federalismo mexicano es un claro ejemplo de la utilidad de un modelo de análisis desde el derecho comparado que favorece la intención de resaltar elementos diferentes o analógicos (Pergoraro, 1988, p. 388). En este sentido, la referencia al modelo jurídico analizado comporta una dimensión asimétrica o desigual del federalismo en México, ya que España no es un Estado federal. A pesar de estas diferencias, nos fue posible visibilizar aspectos de avanzada en materia de legislación migratoria por parte de las comunidades autónomas en España, por lo que a partir de esta clasificación presentada es que enlazamos con México y su Estado federal el modelo de comparación propuesto.

En este orden de ideas, proponemos la lectura del caso español como un referente positivo para el federalismo en México; principalmente en lo que concierne a las entidades federativas en nuestro país que actualmente enfrentan la migración internacional en sus localidades, mediante la creación de normatividad migratoria local. De allí que las leyes de desarrollo españolas visibilicen la efectividad del derecho local o regional para la solución directa y mejora de sus propias necesidades y desafíos socio-jurídicos. La misión de estas normas, como hemos reiterado, es procurar la integración de la población migrante en el territorio de las localidades de forma eficaz, y son una invitación a la reflexión y al análisis de su pertinencia en nuestro modelo de federalismo.

VI. REFLEXIONES FINALES

Esta investigación tuvo como objeto de estudio al federalismo y sus límites constitucionales respecto a los sistemas de competencias legislativas en el ámbito migratorio en nuestro país, con el propósito de preponderar el accionar de las entidades federativas.

En este sentido, este trabajo se refiere a un tema altamente relevante en el país, la migración internacional, el cual, sin duda, impacta directamente en las entidades federativas. Por ello resulta necesario fortalecer las facultades de los Estados, es decir, dar mayor participación o preponderancia al ámbito local, en aras de modificar la visión anquilosada del federalismo mexicano centralista. De esta manera, la migración internacional y los desafíos actuales que ella representa —como las caravanas migrantes centroamericanas—, podrán ser atendidos desde las regiones y sus legislaciones; y no estar limitadas por la esfera federal, cuyo sistema desestima la función y las posibilidades de colaboración con las entidades federativas en este tema.

De allí la relevancia de un estudio desde el derecho con una mirada crítica al federalismo, sus caracteres y restricciones en el ámbito de las competencias legislativas al interior de los Estados. Un planteamiento que abre los debates al análisis del derecho constitucional con un enfoque de mayor flexibilidad por lo que hace al tema migratorio aludido.

También hicimos referencia a un federalismo *ficticio* en México en materia migratoria, por cuanto a que, si la facultad de legislar por parte de los Estados está limitada en este sentido, la división del federalismo en dos segmentos —un ámbito federal y otro local— termina convirtiéndose en una práctica falaz, innecesaria e improductiva y, por ende, en un ejercicio político de ficción que no toma en consideración los avances legislativos y aportes de las entidades federativas al respecto.

Asimismo, revisamos al federalismo cooperativo, y su potencial implementación en México, como una herramienta que permite facilitar a los Estados el desarrollo de leyes locales de integración de las personas migrantes extranjeras regularizadas, para que encuentren asentamiento en las entidades del territorio nacional.

Además de lo anterior, para lograr un mejor anclaje teórico y metodológico, en este trabajo utilizamos el método de derecho constitucional comparado para seleccionar un estudio de caso, con la intención de analizar al federalismo desde la metodología de caso único-ejemplar. En este sentido, elegimos el caso español, con una dimensión contemporánea, en el

contexto de la migración internacional. En el caso español identificamos un desenvolvimiento de legislación local en las comunidades autónomas, el cual ha propiciado la integración de la población migrante extranjera regular en las regiones. Con ello, pretendemos que el caso español pueda leerse como un referente para México en relación con estos desarrollos legislativos.

El federalismo mexicano hoy se nos presenta como un constructo político y jurídico, superado por los tiempos actuales y los nuevos contextos sociales. Es un federalismo que requiere mutar y renovarse para brindar mayor oportunidad de acción a las entidades federativas, principalmente en ámbitos de trascendencia nacional como la migración.

Por su parte, a las entidades federativas les corresponde seguir accionando estos cambios, abriendo progresivamente estos límites constitucionales. Los Estados, como primeros respondientes en el ámbito local, juegan un papel protagónico en la creación de normatividad migratoria, de cara a orientar procesos de armonización legislativa con la Federación. Adicionalmente los Estados están llamados a activar mecanismos y bases legales para la integración social de las personas migrantes en cada una de sus regiones, como hemos expuesto.

Es por ello que las entidades federativas requieren diseñar y ejecutar verdaderos instrumentos jurídicos de desarrollo local, que puedan constituirse en documentos legales originales y propositivos, que rediseñen su propia sociedad y resuelvan sus problemáticas en lo inmediato y en consonancia con los mandatos constitucionales. Y, por supuesto, que a partir de estos cuerpos normativos estatales se abone al progreso y mejora de nuestro actual esquema de federalismo, dando paso a uno nuevo, con un enfoque colaborativo, que tienda a superar la tradición federal aislacionista para con las entidades federativas.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- Aja, E. (2000). Las funciones de las Comunidades Autónomas en el ámbito de la inmigración. En J. Tornos Mas (dir.), *Informe Comunidades Autónomas 1999* (pp. 723-750). Instituto de Derecho Público.
- Aja, E., Montilla J. A. y Roig E. (2006). *Las comunidades autónomas y la inmigración*. Tirant lo Blanch; Institut de Dret Public.

- Albertí Rovira, E. (1985). La evolución del federalismo hacia fórmulas cooperativas. En E. Aja Fernández *et al.*, *El sistema jurídico de las comunidades autónomas* (pp. 41-48). Tecnos.
- Alfonso da Silva, J. (2009). *Um pouco de direito constitucional comparado*. Malheiros Editores.
- Arbós Marín, X. (2006). *Doctrinas Constitucionales y Federalismo en España*. Institut de Ciències Polítiques i Socials.
- Ariño Ortiz, G. (1981). El Estado de las autonomías: realidad política, interpretación jurídica; (contribución al estudio de un enigma jurídico-estatal). En R. Acosta España *et al.*, *La España de las autonomías. Pasado, presente y futuro: vol. II* (pp. 11-117). Espasa-Calpe.
- Armenta López, L. A. (1996a). Federalismo y descentralización. *Revista Ameinape*, (1).
- Armenta López, L. A. (1996b). *La forma federal del Estado*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Armenta López, L. A. (2010). *Federalismo*. Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Arteaga Nava, E. (1994). *Derecho constitucional, Instituciones federales, estatales y municipales: vol. II*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Baca Olamendi, L. *et al.* (comps.) (2000). *Léxico de la política*. Fondo de Cultura Económica.
- Bhagwati, J. (2003). *Borders Beyond Control*. Foreign Affairs.
- Blázquez Rodríguez, I. (Coord.) (2008). *Competencias y estrategias de las Comunidades Autónomas en Inmigración. Una visión desde la Comunidad Autónoma de Andalucía*. Junta de Andalucía; Consejería de Empleo y Desarrollo Tecnológico.
- Bogdandy, Armin von *et al.* (2010). *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?: vol. II*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Bothe, M. (1977). *Die Kompetenzenstruktur des modernen Bundesstaates in rechtsvergleichender Sicht*. Springer.
- Carbonell, M. (1998). El Estado federal en la Constitución mexicana: introducción a su problemática. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(91), 81-106.
- Carlos Sábica, L. (1999). *Constitucionalismo y Derecho Constitucional en Derecho constitucional general* (4a. Ed.). Temis.

- Carpizo, J. (1972). Sistema federal mexicano. En *Los sistemas federales del continente americano* (pp. 464-567). Universidad Nacional Autónoma de México; Fondo de Cultura Económica.
- Carpizo, J. (1994a). Comentario al artículo 124 constitucional. En *Derechos del pueblo mexicano; México a través de sus Constituciones* (pp. 953-959). Cámara de Diputados, LV Legislatura; Miguel Ángel Porrúa.
- Carpizo, J. (1994b). *La Constitución mexicana de 1917*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Castles, S. y Miller, M. (1993). *The Age of Migration*. McMillan.
- Croisat, M. (1995). *El federalismo en las democracias contemporáneas* (María Torres, trad.). Hacer.
- Coller, X. (2000). *Estudio de casos (Cuadernos Metodológicos, 30)*. Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Cruz Villalón, P. (1981). La estructura del Estado o la curiosidad del jurista persa. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, (4), 53-63.
- Deng, F. M. (1993). *Protecting the Dispossessed; A Challenge for the International Community*. Brookings Institution.
- Díez-Picazo, L. M. (1995). Competencia. En *Enciclopedia Jurídica Básica*. Civitas.
- Duchacek, I. D. (1970). *Comparative federalism: the territorial dimension of politics*. Holt, Rinehart & Winston.
- Favoreau, L. y Rubio Llorente, F. (1991). *El bloque de la constitucionalidad*. Civitas.
- Fernández de la Reguera, A., Gandini, L., Gutiérrez López, E. E., y Narváez Gutiérrez, J. C. (2019). *Caravanas migrantes: las respuestas de México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Friedrich, C. J. (1968). *Trends of Federalism in Theory and Practice*. Praeger.
- Goldwin, R. A. y Schambra, W. A. (eds.) (1987). *How Federal is the Constitution*. American Enterprise Institute for Public Policy Research.
- Hear, N. van (1998). *New Diasporas, The Mass Exodus, Dispersal and Re-grouping of Migrant Communities*. UCL Press.
- Kearney, M. y Beserra, B. (2002). Migration and Identities; A Class-Based Approach. *Latin American Perspectives*, 31(5), 3-14.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría general del derecho y del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- King, P. (1991). Federation and Representation. En M. Burgess y A. G. Gagnon (orgs.), *Comparative Federalism and Federation: competing traditions and future directions*. University of Toronto Press.
- Loewenstein, K. (1964). *Teoría de la Constitución* (A. Gallego Anabitarte, trad.). Ariel.
- Mejía Garza, R. M. y Rojas Zamudio, L. P. (2018). *Federalismo(s); El rompecabezas actual*. Fondo de Cultura Económica.
- Nohlen, D. y Grotz F. (Eds.) (2007). *Kleines Lexikon der Politik; Pequeño diccionario de política* (4a. Ed.). C.H. Beck.
- Oliván, A. (1954). *De la administración pública con relación a España*. Imprenta Boix.
- Organización Internacional para las Migraciones (2006). *Glosario sobre Migración; Derecho internacional de las migraciones*, 7. Organización Internacional para las Migraciones.
- París Pombo, M. D. (Coord.) (2018). *Migrantes haitianos y centroamericanos en Tijuana, Baja California, 2016-2017. Políticas gubernamentales y acciones de la sociedad civil. Informe especial*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos; El Colegio de la Frontera Norte.
- Paredes Orozco, G. Migración de guatemaltecos a México y Estados Unidos a partir de la Encuesta sobre migración en la frontera Guatemala-México 2004: Un análisis de estrategias migratorias. *Migraciones Internacionales*, 5(1), 93-124.
- Pegoraro, L. (1988). La utilización del derecho comparado por parte de las cortes constitucionales: un análisis comparado. En *Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Pérgola, A. (1994). *Los nuevos senderos del federalismo*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Riker, W. H. (1975). Federalism. En F. Greenstein y N. W. Polsby (Orgs.), *Handbook of Political Science*. Addison-Wesley.
- Rodríguez Benot, A. (2016). *Manual de derecho internacional privado*. Tecnos.
- Ruiz García, A. (2002). *Migración oaxaqueña, una aproximación a la realidad*. Coordinación Estatal de Atención al Migrante Oaxaqueño.
- Saunders, C. (2006). Use and Misuse of Comparative Constitutional Law. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 13(1), 37-76.

- Serna de la Garza, J. M. (2003). *Federalismo y sistemas de distribución de competencias legislativas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Tena Ramírez, F. (1972). *Derecho constitucional mexicano* (11a. Ed.). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Vermer I Llobet, J. (1997). *El sistema federal austriaco*. Marcial Pons.
- Vidal Perdomo, J. (1997). *El federalismo*. Ediciones Rosaristas.
- Walker, N. (2002). The Idea of Constitutional Pluralism. *The Modern Law Review*, 65(3), 317-359.
- Zagrebelsky, G. (1993). *Manuale di diritto costituzionale. Il sistema delle fonti* (2a. Ed.). Turín.

↑ **La desaparición de poderes en los estados durante la Revolución (1917-1924).**

The Disappearance of Powers in the States During the Revolution (1917-1924).

Juan Bernardino Sánchez Aguilar

 <http://orcid.org/0000-0001-9783-1852>

Instituto de Educación Media Superior de la Ciudad de México. México
Correo electrónico: juanbernardino1976@gmail.com

Recepción: 17 de enero de 2022
Aceptación: 30 de julio de 2022

RESUMEN: Con el estudio de cuatro estados de la república, Tabasco, Michoacán, Puebla y Tamaulipas, nos acercamos a las acciones de intervención que consideraron el Senado y tres titulares del Poder Ejecutivo (Venustiano Carranza, Adolfo de la Huerta y Álvaro Obregón) entre 1917 y 1924. La idea de revisar estas entidades por separado obedece a que cada una de ellas experimentó de diferente manera las dos coyunturas armadas del periodo, como lo fueron las rebeliones de Agua Prieta y la delahuertista; así que el análisis propone revalorizar las complejidades regionales que muestran un federalismo transitorio en materia político-electoral.

Palabras clave: desaparición de poderes, elecciones, Senado, presidencia, Revolución mexicana.

ABSTRACT: With the study of four Mexican States: Tabasco, Michoacan, Puebla and Tamaulipas, the present article focuses on the actions performed by the Senate and three representatives of the Executive Power (Venustiano Carranza, Adolfo de la Huerta and Álvaro Obregón) between 1917 and 1924. The idea to study these states separately is because each of them experienced two-armed situations in a different way, as were the rebellions of Agua Prieta and delahuertista. And therefore, the analysis proposes to revalue the regional complexities that show a transitory federalism in political-electoral matter.

Keywords: disappearance of powers, elections, Senate, President, Mexican Revolution.

SUMARIO: I. *Antecedentes.* II. *Caso Tabasco.* III. *Caso Michoacán.* IV. *Caso Puebla.* V. *Caso Tamaulipas.* VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

I. ANTECEDENTES

El mecanismo de desaparición de poderes en los estados se encuentra establecido en la fracción V del artículo 76 de la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Dicho apartado indica que es facultad del Senado “declarar, cuando hayan desaparecido todos los poderes constitucionales de una entidad federativa, que es llegado el caso de nombrarle un titular del poder ejecutivo provisional, quien convocará a elecciones conforme a las leyes”.¹ Este precepto surgió de una reforma a la Constitución de 1857, pues era evidente la falta de soluciones ante la acefalia de los gobiernos estatales. Aunque Felipe Tena Ramírez (1976) advierte que dicho mecanismo se ha utilizado de manera “fraudulenta” en la historia de México: cuando el gobierno de una entidad federativa se mostraba “rebelde” ante los poderes ejecutivo y legislativo federales, principalmente en los casos de política electoral, el Senado declaraba desaparecidos los poderes en dicho estado por falta de “orden constitucional” (pp. 451-453).

Un escrutinio reciente sobre este mecanismo de auxilio federal, contemplado prácticamente sin cambios en nuestra carta magna, lo encontramos con otro constitucionalista; para Manuel González Oropeza (1987), la facultad declarativa de desaparición de poderes ha servido de “correctivo en las relaciones personales e institucionales, no cordiales, entre los gobernadores locales y federales” (p. 85). Quienes comparan esta figura en México, Brasil y Argentina aseguran que la intervención federal se ha convertido en un “principio de exclusión electoral de los estados en oposición al presidente en turno” (Arroyo, 2000, p. 374). Así que, tal vez por ello, el notable Emilio Rabasa sentenció desde 1912 que los gobiernos estatales, “a semejanza de lo que acontecía con los individuos,” no habían asumido “más que dos actitudes igualmente malas: la de sumisión y la de rebelión” (1998, p. 225).

Es por ello que, al revisar los antecedentes de las tensiones surgidas entre los estados y la federación, no podemos dejar de lado el contexto político de la reinstauración del Senado. Tan solo recordemos que éste fue suprimido por el Congreso Constituyente de 1856-1857 y que, en el año de la muerte de Benito Juárez (1872), un conflicto en Yucatán expulsó a los poderes eje-

¹ Dicha fracción no ha sido alterada desde 1917; sólo se modificaron los términos *Estado* por “entidad federativa”, y *Gobernador* por “titular del poder ejecutivo”, en enero de 2016. Véase Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos y www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_227_29ene16.pdf

cutivo y legislativo locales; al ser levantado el estado de sitio, el gobierno advirtió que ni la Constitución federal ni la yucateca preveían un mecanismo para sustituirlos, de ahí que el Congreso de la Unión le aprobó al ejecutivo el nombramiento de un gobernador interino que convocase a elecciones. Todavía en 1873 se produciría otra confrontación local, esta vez entre el gobernador y la legislatura de Coahuila, así que retomaron el procedimiento de desaparición de poderes anterior (Tena, 1976, pp. 451-452). Estas disposiciones se tomaron durante el gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada, quien sin tantos problemas derrotó a Porfirio Díaz en los comicios presidenciales; por lo que fue durante su gestión cuando se reformó la carta magna a fin de reintroducir una institución con facultades que ya eran demandadas (como las citadas del artículo 76).

Cuatro meses después de que el Senado entrase en funciones, en enero de 1876, se proclamó el Plan de Tuxtepec; en dicho documento se criticaba que el “sufragio político” fuese una “farsa, pues el presidente y sus amigos” hacían llegar a los cargos públicos a quienes consideraban “candidatos oficiales”. Se recriminó que la soberanía de los estados fuese “vulnerada repetidas veces”. Y con respecto a la instauración del Senado, “obra de Lerdo de Tejada y sus favoritos”, se dijo que había servido para “neutralizar la acción legislativa”; es decir, el presidente había terminado con la “esperanza de buscar el remedio a tantos males” al decretar “facultades extraordinarias y suspensión de garantías para hacer de las elecciones una farsa criminal”.² Cabe mencionar que en el artículo segundo del mencionado plan se elevaba a “ley suprema la no-reelección de presidente y gobernadores”, reconociendo en el cuarto a los ejecutivos locales que se sumaran a la rebelión. Por lo que no fue extraño el levantamiento armado en veinte estados.

Una vez que Porfirio Díaz se hizo de la presidencia —no sin antes enfrentar una coyuntura militar y política considerable— las instituciones de representación ciudadana, y el Senado en particular, cambiaron. Entre 1880 y 1889, por ejemplo, una “falta de consenso” en la cámara alta provocó la negación de legitimidad hacia grupos políticos que se disputaban electoralmente algunos estados. Los presidentes Manuel González y Díaz resolvieron dichos conflictos, mostrando que la reelección indefinida del ejecutivo federal podía zanjar las disputas con “prácticas informales” (Luna, 2000, p. 400). Aunque vale la pena destacar que fueron los gobiernos de la República

² “Plan de Tuxtepec” en Álvaro Matute (1984, pp. 323-324).

Restaurada quienes al final “establecieron las bases institucionales” que don Porfirio utilizó para centralizar al país (Luna, 2002, p. 78).

Este fenómeno, sin lugar a duda, nos coloca ante la coyuntura del siglo XX mexicano, la Revolución. La irrupción de “fuerzas centrífugas” provocó ingobernabilidad y guerra civil, durante el periodo 1911-1916, y al término de esta efervescencia se reacomodaron las relaciones entre la federación y los estados (Hernández, 1996, p. 264). Cuando Venustiano Carranza tomó el cargo de presidente constitucional, el 1 de mayo de 1917, en realidad se culminaba una etapa iniciada el 20 de febrero de 1913, ya que ese día (de la quincena trágica)³ el entonces gobernador de Coahuila desconoció a Victoriano Huerta como encargado del Poder Ejecutivo y se lo comunicó al Senado (Serrano, 2011, p. 154). Dicho contexto cambió en 1919, cuando el barón de Cuatro Ciénegas enfrentó a los sonorenses al acercarse el relevo presidencial, y es que, en ese año, Adolfo de la Huerta entró en litigio con Carranza por la declaratoria de que las aguas del río Sonora eran propiedad de la nación (Hall, 1995, pp. 219-220). La legislatura sonorenses cerró filas con su gobernador, asegurándole al presidente que el envío de tropas federales a la entidad constituiría un ataque a su soberanía, y don Venustiano les dijo que no discutiría con ellos “la conveniencia o inconveniencia de movimientos militares dictados dentro” de sus facultades (Cumberland, 1975, p. 369). Las autoridades de esa entidad rompieron relaciones con la federación, sumando ese conflicto a las aspiraciones presidenciales de Álvaro Obregón, y el primer jefe anunció el envío de 20,000 soldados a la región. Los generales de Sinaloa, Nayarit y Jalisco desobedecieron estas órdenes y, después de librarse algunos combates, los militares de la huasteca y los cuarteles de Zacatecas, Matamoros, Monterrey y del estado de Michoacán se unieron a los firmantes de Agua Prieta. Como en dicho plan se desconocía al presidente Carranza, además de que se anulaban varias elecciones estatales con el argumento de que “habían sido arregladas en connivencia” con el ejecutivo, los firmantes de ese documento se comprometieron a reconocer solamente a las autoridades que no se opusieran a ellos (Cumberland, p. 370).

Tres días después de ser asesinado don Venustiano, el 24 de mayo de 1920, el Congreso nombró a Adolfo de la Huerta como presidente provisional —los gobernadores que apoyaron esta rebelión fueron Pascual Ortiz

³ Josefina Mac Gregor cambia el término “decena trágica” por *quincena* ya que incorpora los días en que fue asesinado Francisco I. Madero. Véase Josefina Mac Gregor (2017, pp. 1344-1350).

Rubio (Michoacán), Enrique Estrada (Zacatecas) y Carlos Greene (Tabasco)—. Durante el tiempo que duró el interinato delahuertista los sonorenses removieron a catorce titulares de los gobiernos estatales. Aunque, como bien señala Ignacio Marván Laborde (2010), “el predominio del Ejecutivo” terminaría de “imponerse” sólo hasta finales de los años veinte (p. 258); es decir, los sostenedores del golpe de estado de Agua Prieta experimentarían una ruptura más adelante, en septiembre de 1923, porque el entonces secretario de Hacienda —Adolfo de la Huerta— renunció al cargo por considerar “fuera de la ley la resolución tomada por el presidente Obregón en la elección de gobernador de San Luis Potosí” (Aguilar y Serrano, 2012, p. 55).

Una vez que fue sofocado el levantamiento de De la Huerta, la intervención federal se empleó en seis estados más (Ramírez, 1994, p. 116). Carlos Martínez Assad (2001, p. 125) asegura que los “obregón-callistas” violentaron el pacto federal en Michoacán, Coahuila, Nuevo León y San Luis Potosí. Sin embargo, en la presente investigación se escrutará otro cuarteto de entidades que muestran, desde el periodo presidencial de Venustiano Carranza, la intervención federal posrevolucionaria: los casos de Tabasco, Michoacán, Puebla y Tamaulipas nos ayudarán a conocer el cómo sortearon los titulares del Poder Ejecutivo y el Senado los conflictos comiciales entre 1917 y 1924. Arturo Taracena (1999) sostiene que los estudios regionales no solo deben explicar los fenómenos históricos locales, sino también la construcción del Estado nacional y su presente. Así que nos centramos en las entidades mencionadas para esclarecer las consecuencias político-electorales de la intervención. En la Historia de México no se puede descartar el uso faccioso de las instituciones para deponer o sustituir adversarios, por ello concuerdo con Pablo Serrano sobre que las “relaciones centro-región” pueden determinar el “ritmo de la historia regional” (2002, p. 54).

II. CASO TABASCO

En la costa del golfo acaeció el primer conflicto electoral y de desaparición de poderes que estudiaremos. Desde 1917 el presidente Carranza había nombrado militares (como Francisco J. Múgica y Salvador Alvarado) para afrontar la inseguridad en la entidad tabasqueña y fue así como llegó Luis Felipe Domínguez a la gubernatura provisional. Este personaje le propuso al ejecutivo prolongar las elecciones hasta diciembre de 1918, ya que tenía intenciones de competir por el cargo; y por ello se nombró a Heriberto Jara

como encargado del despacho. Debido a que el militar veracruzano aplazó todavía más las elecciones, hasta febrero de 1919, el candidato Domínguez se inconformó, señalando que dicha prórroga sólo beneficiaba a su oponente Carlos Greene. Aunque Jara le explicó al presidente que el aplazamiento de los comicios serviría para dar garantías al proceso, pues la ley electoral anterior favorecía a Luis Felipe Domínguez, don Venustiano nombró un secretario general de gobierno para Tabasco. Esta decisión indignó a Heriberto Jara, quien decidió presentar su renuncia; así que el barón de Cuatrociénegas nombró a Carlos Vidal Sánchez como gobernador provisional. El ambiente preelectoral ya estaba caldeado y el día de las elecciones, el 2 de febrero de 1919, se dieron enfrentamientos donde balacearon al padre del propio encargado de gobierno. Estos hechos fueron utilizados por el candidato Domínguez para acusar a Vidal de apoyar a su oponente. De ahí que la Suprema Corte inició una investigación para averiguar si esos “atentados contra la vida” se habían cometido “con autorización o tolerancia del gobernador” (Matute, 2010, pp. 141-143).

Aunque Domínguez (apoyado por el Partido Liberal Constitucionalista) y Greene (sostenido por el Partido Radical Tabasqueño) se acusaron “mutuamente de cometer chanchullos como el de llenar urnas con boletas falsas” (Martínez, 2011, p. 173), el saldo de los enfrentamientos fue de varios muertos y heridos en Villahermosa. El Partido Radical Tabasqueño culpó a Luis Felipe Domínguez de incitar a sus seguidores a la violencia y el 11 de febrero fue llamado a declarar a la Ciudad de México.⁴ Mientras esto sucedía los diputados locales se dividieron por bandos, identificándose los dominguistas como “azules” y los greenistas como “rojos” (porque esos colores habían sido los distintivos desde las campañas electorales); y cada grupo se instaló como legislatura, los rojos en Villahermosa y los azules en Boca de Amatlán. Varios diputados federales le solicitaron a Carranza que convocara a los senadores para hacer efectiva una intervención en el estado, sobre todo porque mientras Domínguez se defendía de los cargos, Vidal Sánchez había hecho entrega del gobierno —en marzo de 1919— a Carlos Greene; empero “don Venustiano indicó que la situación no ameritaba la intervención del Senado”. Ante esto los dominguistas continuaron su lucha en la entidad, haciéndose del control de varios municipios, además de la ciudad de Villa-

⁴ 11 de febrero. Declara el general Luis Felipe Domínguez sobre los sucesos sangrientos en Tabasco. *Diario de la revolución*. 1919. https://inehrm.gob.mx/es/inehrm/11_de_Febrero_de_2019

hermosa, y Greene optó por dejar como encargado de gobierno a Tomás Garrido Canabal, quien tuvo que huir a la localidad de Frontera por el avance de los azules en la capital.

Álvaro Matute (2010) narra algunas particularidades de este conflicto y por él sabemos que el Senado rechazó un dictamen que “reconocía a Greene como gobernador” con una votación cerrada de “23 legisladores contra 20”, (2010, p. 144). Esta situación propició que Garrido Canabal extendiera su gobierno hasta enero de 1920; aunque algunos investigadores aseguran que Carranza sólo aceptó ese interinato porque el propio Tomás Garrido le prometió poner “a su disposición 10 mil rojos para enfrentar a los gringos” (Martínez, 2011, p. 175). Cabe recordar que durante 1919 la victoria de los Estados Unidos en la Gran Guerra hacía voltear a los políticos republicanos sobre México, a fin de cobrarse “las pérdidas sufridas por los ciudadanos estadounidenses desde que se inició la Revolución” (Matute, 2010, p. 50); por lo que don Venustiano bien pudo considerar dicho apoyo en caso de darse otra intervención militar del vecino del norte. Garrido Canabal, finalmente, se pasó al lado de los sonorenses durante el golpe de estado de Agua Prieta y el conflicto poselectoral tabasqueño se heredó a la nueva administración.

Debido a que ni Domínguez ni Greene habían ocupado de manera legal y efectiva la gubernatura, la Cámara Alta se propuso declarar desaparecidos los poderes en Tabasco tras la coyuntura golpista. Adolfo de la Huerta vetó esa disposición, argumentando que los senadores no habían sido convocados a tratar ese asunto en las sesiones extraordinarias de junio de 1920 (González, 1987, p. 195) y declaró que, “en el supuesto de que la Cámara de Senadores hubiera tenido la facultad para resolver en el último periodo de sesiones extraordinarias el caso”, el ejecutivo contaba con datos suficientes para afirmar que en la entidad tabasqueña existían y funcionaban “la Legislatura y el Poder Judicial” (DDCS, XXIX Legislatura, 9 de septiembre de 1920, p. 2). Todo indicaba que los sonorenses preferían mantener el *statu quo* en la entidad del Golfo, y es que, tan solo en el mes de octubre, tuvieron una prueba de legitimidad importante: por un lado dejaban de lidiar con Félix Díaz, quien tras un acuerdo con los golpistas abandonaba el país, pero por otro se enfrentaban al gobierno de los Estados Unidos, quienes exigían la no aplicación del artículo 27 constitucional y el pago de daños causados a sus ciudadanos durante los años convulsos de la revolución. Esa problemática externa nos obliga a poner atención en otros niveles de análisis ya que, si bien eran reconocidos en México los comicios presidenciales de Álvaro Obregón (con más del 95% de los votos emitidos a su favor), el vecino

del norte no estaba dispuesto a poner en riesgo sus inversiones con un gobierno que solicitaba su reconocimiento.

¿Le resultaba benéfico a los sonorenses el caos político de Tabasco?

Si revisamos el resultado electoral de los comicios presidenciales de septiembre de 1920 en Tabasco veremos que la candidatura de Álvaro Obregón no tuvo votos en contra al ser computadas las casillas: los 7,293 sufragios emitidos fueron sólo para el candidato de Sonora (Mac Gregor, 2010, p. 1148). Tal vez por ello los meses que transcurrieron del reconocimiento oficial de las elecciones a la toma de protesta del caudillo no ofrecen grandes acciones contra las fuerzas regionales que se hacían presentes. Sin embargo, el 26 de octubre llegó a la cámara baja un telegrama de Carlos Greene donde se señalaba que Manuel Lezcano (diputado local) había asesinado al capitán José Torres en el palacio de gobierno de Tabasco. De acuerdo con esa información, Lezcano se refugió posteriormente en el congreso local y hasta allí lo fue a buscar la policía “para restablecer el orden”. Como a los uniformados se les “recibió a balazos”, en un “nuevo incidente” perdieron la vida Manuel Lezcano y Alberto Nicolás Cámara, así como el teniente Jesús Santos. Todos estos hechos, de acuerdo con Greene, habían sido ya comunicados al presidente de la República (Adolfo de la Huerta), “ministros de Gobernación y Guerra, jefe de las operaciones militares” e, incluso, al “general Obregón” (*Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, XXIX Legislatura, 27 de octubre de 1920).

Al buscar otra versión de los hechos, mediante fuentes diversas, encontré que los atentados del 25 de octubre se había generado por la publicación de un artículo de Manuel Lezcano, ya que un asistente de Greene le había reclamado al también periodista las críticas hechas a su gobierno y Lezcano, supuestamente, lo mató; después de esto la escolta de Greene irrumpió en la legislatura local y asesinó a los legisladores Lezcano y Alberto Cámara, además de que hirieron al presidente de la misma, Pedro Jiménez Calleja, y a un representante de apellido Escoffi (quien moriría después) (*Así fue la Revolución...*, p. 1607). Tras ser leído el telegrama de Greene en la Cámara de Diputados el representante por Tabasco, Federico Martínez de Escobar, subió a la tribuna:

Me han dicho que había cierta complicidad entre el general Greene y el subsecretario de Gobernación [...] culpo un tanto al señor presidente de la República

de los acontecimientos terribles que han sucedido en Tabasco. Después del niño ahogado, tápese el pozo; después de que se ha cometido la tragedia más terrible en mi Estado, tragedia que ni en tiempo de Huerta se verificó; entonces sí cámbiese la situación de Tabasco y entonces *ya serán observadas las determinaciones del Senado*. [...] Casi todos los del Partido Liberal Constitucionalista de aquí de México [...] le manifestaron al señor De la Huerta que no volviera dejar retornar al estado de Tabasco a Carlos Greene. (*Diario de los debates de la Cámara de Diputados*, XXIX Legislatura, 27 de octubre de 1920)

Después de estos lamentables sucesos, el Senado ratificó por 41 votos contra 2 el decreto de julio donde se declaraban desaparecidos los poderes en Tabasco. Heriberto Jara no apoyó esta decisión, por considerar que se castigaba “al poder legislativo y al poder judicial” por los delitos que se le imputaban a Greene (González, 1987, p. 196). Pero el presidente acató la resolución de los senadores y envió la terna para elegir gobernador. De los dos candidatos que De la Huerta propuso al Senado ninguno fue aceptado. Así que hasta finales de noviembre se votó una nueva propuesta y eligieron a Primitivo Aguilar Suárez.

Mientras esto sucedía en la capital mexicana, en Tabasco la legislatura local le concedió una licencia por seis meses a Greene para enfrentar un posible desafuero. Los diputados acordaron que durante ese periodo siguiese a cargo del gobierno Tomás Garrido Canabal; por lo que al llegar Primitivo Aguilar al estado muchos presidentes municipales siguieron reconociendo a Garrido como gobernador (*DDCS*, XXIX Legislatura, 29 de noviembre de 1920, p. 9). Para diciembre de 1920 observamos que varios ayuntamientos le piden al Senado reconsiderar su decreto de desaparición de poderes, sumándose a ello algunos senadores (*DDCS*, XXIX Legislatura, 16 de diciembre de 1920, p. 9). Y entre los representantes de Zacatecas, Durango, Nayarit, Oaxaca, Michoacán, Tlaxcala y Chiapas destaca el veracruzano Heriberto Jara, quien criticó que el Senado quería “tener siempre puesta la mano sobre cada una de las entidades federativas” y así volverían los “tiempos en que el ejecutivo del Centro era el gran elector y el árbitro de los destinos de todos los estados” (González, 1987, pp. 198-199). De acuerdo con estos representantes, la Constitución de Tabasco prevenía la forma en que debía hacerse la sucesión de poderes, pero un bloque se les opuso y abandonaron el recinto para invalidar el *quorum*. La discusión de la propuesta se volvió lenta y ello obligó a quienes desconocían a Primitivo Aguilar como gobernador a ejercer más presión; por ello se leyeron telegramas de presidentes mu-

nicipales que pedían reconsiderar el nombramiento de Aguilar Suárez como gobernador.

El 22 de diciembre de 1920, la Secretaría de Gobernación le informó a la legislatura del estado que el desafuero de Greene se había aprobado “para el esclarecimiento de los hechos ocurridos el 25 de octubre” (González, 1987, p. 199). Lo destacable de este conflicto fue que Primitivo Aguilar siempre se quejó de la falta de apoyo de las fuerzas federales para contener las tensiones en Tabasco y por ello le pidió al “centro designar a otra persona que se hiciera cargo” del puesto (*DDCS*, XXIX Legislatura, 30 de diciembre de 1920, p. 2). Ello liberó al Senado del nombramiento realizado a su favor; así que retomaron la intervención en el estado desechando el artículo donde se establecía que la Constitución local indicaba quién debía ocupar el cargo. Antes de conocer esta decisión, Carlos Greene presentó un amparo contra la primera resolución de la cámara (contra la desaparición de poderes y el nombramiento de Primitivo Aguilar como gobernador provisional de fines de octubre) (*DDCS*, XXIX Legislatura, 21 de febrero de 1921, pp. 4-5). Pero un mes después el juez de distrito en Villahermosa le respondió que, debido a que el Senado ya había abrogado su decreto, sólo procedía el sobreseimiento (*DDCS*, XXIX Legislatura, 4 de marzo de 1921, p. 2). Es evidente que Greene buscaba un mecanismo legal para su protección. Aunque al final éste fue encarcelado al tomarse en cuenta los hechos violentos de aquel 25 octubre de 1920 —esa acción justiciera se la atribuye Carlos Martínez Assad (2011, p. 175) a Plutarco Elías Calles.

A partir de este episodio, donde un gobernador fue desaforado, preso y juzgado, la cámara alta siguió recibiendo comunicaciones de Tabasco; ahora señalaban un conflicto entre la legislatura local y el gobernador con motivo de la renovación del primer órgano. La Secretaría de Gobernación le remitió un telegrama al Congreso del estado, expresándole que no podía intervenir “toda vez que no” era “aplicable el artículo 122 de la Constitución General”.⁵ Y aunque en el Senado se aprobó un punto de acuerdo donde le indicaban al ejecutivo que debía prestar apoyo “a los poderes legítimos de aquella entidad federativa” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 11 de octubre de 1921, pp. 9-14); la presidencia no aceptó sus disposiciones: para

⁵ Dicho artículo apunta lo siguiente: “Los Poderes de la Unión tienen el deber de proteger a los Estados contra toda invasión o violencia exterior. En cada caso de sublevación o trastorno interior les prestarán igual protección, siempre que sean excitados por la Legislatura del Estado o por su Ejecutivo, si aquella no estuviese reunida”.

ellos el conflicto era “meramente electoral” y habría de “resolverse tomando en cuenta todos los datos e informes oficiales, y aún privados, que se hayan presentado a esa Cámara y al Ejecutivo Federal” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 24 de octubre de 1921, pp. 6-9); Martínez Assad (2011, p. 176) asegura que Tomás Garrido Canabal buscó el apoyo de Álvaro Obregón para hacerse de la gubernatura, obteniendo también el de los partidos Radical Tabasqueño y el Cooperatista, y fue así como dicho personaje gobernó de manera constitucional entre 1921 y 1925.

III. CASO MICHOACÁN

Al cambiar de región y acercarnos a la entidad michoacana debemos retornar a la coyuntura armada de Agua Prieta, particularmente al mes de junio de 1920.⁶ El encargado de la presidencia —Adolfo de la Huerta— había cesado de sus funciones a los gobernadores de Michoacán, Jalisco, Zacatecas, México, Puebla, Veracruz, Campeche y Yucatán y necesitaba la declaratoria de desaparición de poderes en dichos estados. De la Huerta convocó entonces al Senado a un periodo extraordinario de sesiones y los integrantes de la XXVIII Legislatura discutieron su solicitud. Sobre la entidad michoacana se cuestionó el que sus instituciones estuviesen acéfalas, pues su gobernador —Pascual Ortiz Rubio— las había controlado durante la rebelión, en calidad de aliado de los sonorenses; y a este señalamiento se sumó el de la legislatura zacatecana (González, 1987, p. 165), cuando criticó que el nuevo titular de la federación había nombrado a un encargado de gobierno sin apegarse a lo establecido en la fracción V del artículo 76 constitucional.⁷ Quienes dan cuenta de la historia regional apuntan que Ortiz Rubio no sólo había desconocido los poderes legislativo y judicial en su entidad, sino que además intentó controlar la integración de la nueva legislatura y la designación del ejecutivo local, mediante una Ley Electoral que convocaba inmediatamente a elecciones

⁶ Vale la pena recordar que el Plan de Agua Prieta fue proclamado el 23 de abril de 1920 y tuvo como propósito quitar de la presidencia a Carranza, para así elegir a un nuevo titular del Poder Ejecutivo.

⁷ En dicha fracción se asienta: “el nombramiento de gobernador se hará por el Senado a propuesta en terna del presidente de la República, con la aprobación de las dos terceras partes de los miembros presentes”. Ver “Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. 31 de enero de 1917”, p. 377.

(Nava, 2004, p. 264). Tras ese contexto, el nuevo presidente nombró a Lázaro Cárdenas como gobernador provisional.

Cabe mencionar que la renovación del gobierno de Michoacán ya adelantaba algunas complicaciones. El principal contendiente para esos comicios era el revolucionario radical Francisco J. Múgica quien, por segunda vez, competiría por el cargo con el apoyo del Partido Socialista Michoacano. De acuerdo con sus biógrafos, este célebre constituyente ya había obtenido “una amplia votación” en los comicios de gobernador de 1917; pero su oponente —Ortiz Rubio— recurrió a “grupos con intereses económicos susceptibles de ser afectados” y Carranza le “brindó ayuda de todo tipo” para que “saliera victorioso en las elecciones” (Ribera, 2004, p. 144). Para esta nueva contienda comicial el extitular michoacano contaría con el apoyo de los sonorenses, por haber desconocido al presidente. En consecuencia, Múgica le pidió a De la Huerta que “interpusiera su influencia” para evitar una “descarada imposición”. Quienes estudian el periodo subrayan la coyuntura aguaprietista como elemento deformador del proceso electoral en el estado. De allí que el nombramiento de Cárdenas fuese visto como resultado de las presiones de “destacados representantes del ala radical constitucionalista”, ya que de esa manera no podrían acusar “al Presidente Provisional de vulnerar la soberanía de esa entidad” (Nava, 2004, p. 264).

Se cuenta con poca información sobre el periodo preelectoral en el estado; a la cámara alta sólo llegó un telegrama de cuatro diputados federales michoacanos donde se advertía que los “agitadores muguquistas” propagaban que “por razón o fuerza” habrían de ganar (*DDCS. XXVIII Legislatura*, 14 de junio de 1920, p. 3). Los ortizrubistas, por su parte, apoyaban la candidatura del ingeniero Porfirio García de León, con el Partido Liberal Michoacano (entidad sostenedora de Ortiz Rubio en 1917). Y fue al término de la jornada electoral del 4 de julio cuando emergieron los problemas: las Juntas Computadoras —encargadas de realizar el conteo de votos— se escindieron y cada candidato proclamó su triunfo. Las quejas sobre la actuación del árbitro aparecieron dos meses después, ya que un grupo de presuntos diputados le comunicó al Senado que el general Cárdenas se había negado a darles la documentación necesaria para calificar los comicios (*DDCS, XXIX Legislatura*, 7 de septiembre de 1920, p. 8). Y es que, para septiembre de ese año, cada facción política se había instalado como legislatura para verificar los comicios de gobernador; es decir, los partidarios de Múgica tomaron el Palacio de Gobierno, para hacer válida la elección de poderes ejecutivo

y legislativo locales, y los de García de León hicieron lo propio en el Palacio del Ayuntamiento de Morelia.

Estos hechos obligaron a varios legisladores de la entidad a presentar un punto de acuerdo para solicitar la intervención y resolución del conflicto en el Senado (ahora integrado como XXIX Legislatura). La Secretaría de Gobernación ya le había advertido a la cámara alta que en Michoacán había dos agrupaciones que se asumían como legislaturas, y dos candidatos que se disputaban la legitimidad de las elecciones. Pero la segunda comisión de gobernación no veía ningún conflicto político entre poderes, para ellos no se había “interrumpido el orden constitucional mediante conflicto de armas” y se determinó que la disputa era “netamente local” (*DCCS*, XXIX Legislatura, 13 de septiembre de 1920, p. 2). Anna Ribera (2004) sostiene que Francisco J. Múgica había ganado las elecciones con 17,790 votos, frente a los 13,838 de su contrincante, el también senador Porfirio García de León. Sin embargo, De la Huerta se limitó “a dictar aquellas medidas administrativas que fueran propias para mantener el *statu quo* en dicha entidad” porque esperaba que los senadores resolvieran el conflicto (*DCCS*, XXIX Legislatura, 17 de septiembre de 1920, pp. 2, 6).

¿Qué estaba deteniendo la intervención federal en Michoacán?

Si revisamos los antecedentes de la aplicación del artículo 76 constitucional en la anterior legislatura, la XXVIII, se notará la presencia de diferendos por la desaparición de poderes. En aquella ocasión el Senado le devolvió al presidente Carranza la terna que había presentado para designar gobernador provisional en Tamaulipas —caso que estudiaremos posteriormente— en agosto de 1919 (González, 1987, pp. 163-164), de ahí que las diferencias eran palpables entre esas dos instituciones. Evidentemente, en la coyuntura de 1920 se hicieron notar las acciones del general Múgica porque, incluso, le escribió una carta a Obregón —quien para entonces ya era presidente electo— diciéndole que su triunfo era tanto legal como democrático; sobre todo porque a Cárdenas le habían dado la orden de no entregar la gubernatura a ningún candidato sino a otro gobernador interino, José Huerta Patiño (Ochoa y Sánchez, 2011, p. 185).

Esta situación fue la que empujó a Múgica a tomar “posesión palacio gobierno” (Ribera, 2004, p. 145). La comisión encargada de estudiar los asuntos de política interna del Senado cambió entonces su postura, señalando que “la misma fracción V del artículo 76” indicaba la disposición “en

las constituciones de los estados” que no preveían la “desaparición de poderes”. Y es que, tras la redacción de la carta magna de 1917, varios estados se dieron a la tarea de asentar en sus Constituciones locales mecanismos de protección a su soberanía, para que ni el gobierno federal ni el Senado nombrase autoridades interinas. Por ello se recurrió al artículo 164 de la Constitución michoacana, para indicar que debían asumir el poder ejecutivo local (por orden de prelación) el presidente de la última legislatura, el último secretario de gobierno o el “último presidente del Supremo Tribunal de Justicia” (DDCS, XXIX Legislatura, 25 de septiembre de 1920, p. 6). Quienes se opusieron a este acuerdo señalaron que la comisión no había tomado en cuenta las quejas del partido de Múgica, ya que sólo consideraba la información rendida por los partidarios del candidato García y por la propia Secretaría de Gobernación (información “que en síntesis y en el fondo”, argüían, era “la misma”). Pero el resolutivo fue aprobado por 23 votos frente a 16. Salta a la vista que justo cuando Múgica se apoderaba del gobierno la Secretaría de Gobernación emitiera sus observaciones al mencionado acuerdo, indicando que “la resolución dictada por el Senado no se” ajustaba “a lo mandado por la Constitución General de la Nación, ni a lo que” preceptuaba “la Constitución particular del Estado de Michoacán” (DDCS, XXIX Legislatura, 30 de septiembre de 1920, p. 1). Para el gobierno federal “la prevención constitucional” michoacana establecía en su artículo 70 “la continuidad de las funciones de los Magistrados del Supremo Tribunal de Justicia [...], disposición que ha sido cumplida en aquel Estado”.⁸

Álvaro Matute (1983, p. 159) subraya que los sonorenses no simpatizaban con el general Francisco J. Múgica. En el *Diario de debates de la Cámara de Senadores* encontramos el argumento principal esgrimido en el conflicto, debido a que, si el Senado emitía su declaratoria de desaparición de poderes en Michoacán, entonces Múgica no podría tomar posesión de la gubernatura hasta que el Supremo Tribunal de Justicia del Estado organizara nuevas elecciones. Por ello el connotado constituyente se dio a la tarea de disolver al Tribunal de Justicia del Estado, situación que obligó al nuevo

⁸ La controversia constitucional entre poderes es compleja, pero si revisamos el artículo 68 de dicha legislación encontramos que sólo se asentaba que el Tribunal de Justicia se compondría de “cinco Magistrados propietarios y cinco permanentes”; indicando que “las faltas absolutas de estos funcionarios” se llenarían “por nueva elección.” No considero sólido el artículo 70 para prolongar de manera indefinida el Tribunal Superior de Justicia michoacano. Ver “Constitución Política del estado libre y soberano de Michoacán de Ocampo”. *Enciclopedia parlamentaria de México...*, pp. 652-653.

encargado del gobierno local a pedirle al Senado la declaratoria de desaparición de poderes.⁹ “Ante las extrañas observaciones que el Ejecutivo de la Nación” había presentado sobre la resolución del Senado, la intervención federal se retomó en Michoacán, insistiendo en que el gobernador provisional debía ser nombrado tomando en cuenta lo establecido por la Constitución del estado (*DDCS*, XXIX Legislatura, 11 de octubre de 1920, p. 5). Y fue así como el ejecutivo determinó darle el cargo a Primo Serranía Mercado, quien había fungido como último presidente de la legislatura local (recorremos que la propuesta del ejecutivo había sido que un magistrado se hiciera cargo del gobierno provisional).

Como Serranía no cumplió con la función de organizar nuevamente elecciones, Porfirio García de León le solicitó a la Cámara que “excitara al presidente de la república para que hiciera cumplir al gobernador provisional su obligación” (González, 1987, p. 170). La mencionada representación aceptó que la cuestión debía ser resuelta “definitivamente por el presidente de la República”. Así que, al asumir el cargo el 1 de diciembre de 1920, Álvaro Obregón se dirigió a los senadores para preguntarles si “el ejecutivo federal [Adolfo de la Huerta] había cumplido con lo dispuesto en el acuerdo del 22 de noviembre relativo a la desaparición de poderes en el estado”. Dicha resolución había confrontado a los poderes ejecutivo y legislativo federales, pues la Cámara Alta recurrió a la Suprema Corte de Justicia para esclarecer si el ejecutivo había cumplido o no con el resolutive (*DDCS*, XXIX Legislatura, 22 de noviembre de 1920, pp. 6-12). De tal manera que el héroe de Celaya les comunicó que la Presidencia de la República había creído “conveniente [...] mantener la situación política del Estado de Michoacán en el *statu quo*, mientras un análisis concienzudo de la misma, no demostrara claramente de parte de quién estaba la justicia” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 20 de diciembre de 1920, p. 3).

¿Cuál sería la resolución del nuevo presidente al respecto?

Las quejas sobre el proceso electoral de julio de 1920 complicaron la postura de los sonorenses en Michoacán. Por ejemplo, para el represen-

⁹ Del telegrama destaca lo siguiente: “Magistrados mugistas por decreto del Congreso igualmente mugista entraron en funciones desposeyendo a magistrados de origen constitucional, en consecuencia, han desaparecido en Michoacán Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, habiendo sido disueltos tanto el Ejecutivo de mi cargo como el Poder Judicial por el General Múgica y sus partidarios.” Ver *DDCS*, XXIX Legislatura, 7 de octubre de 1920, p. 5.

tante del gobierno interino en la entidad, el general Cárdenas había aplazado las elecciones locales, modificado la Ley Electoral, desarmado a la policía municipal de Morelia, retirado a la guardia del palacio (“permitiendo que así el general Múgica se apoderara, por la fuerza, del mencionado recinto”) y negado la protección a muchos presidentes municipales y adversarios de Múgica, con el argumento de que “las fuerzas de su mando no intervenirían en política” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 13 de diciembre de 1920, pp. 7-8). Por ello los partidarios del senador García de León insistían en declarar desaparecidos los poderes y nombrar a otro gobernador provisional, conforme lo estipulaba la Constitución michoacana (*DDCS*, XXIX Legislatura, 30 de diciembre de 1920, p. 10). Pero el apoyo hacia el revolucionario radical ya era considerable en la entidad: tan solo para el proceso electoral se le habían sumado al Partido Socialista Michoacano el Partido Renovador Nacionalista y la Federación de Sindicatos de Obreros y Campesinos (Ochoa y Sánchez, 2011, p. 185). Ese sustento popular fortaleció enormemente a Múgica, al grado que ignoró las disposiciones del Senado. Por lo que se tuvo que extender el reconocimiento que el nuevo presidente de la República hizo hacia Francisco J. Múgica en calidad de gobernador (*DDCS*, XXIX Legislatura, 26 de abril de 1921, p. 2).

Revisemos las palabras que resumen la postura de Obregón al dar por terminado el conflicto:

El presidente sustituto designó al último presidente de la Comisión Permanente del Congreso del Estado, para que asumiera el Poder Ejecutivo del mismo. Este funcionario reconoció como *legítima* a una de las legislaturas contendientes, y en seguida entregó el poder al C. general Francisco J. Múgica, a quien la misma había declarado gobernador. No conforme el partido político que apoyaba a la Legislatura contraria, ocurrió al Senado impugnando los procedimientos seguidos para volver al orden constitucional al Estado de Michoacán, surgiendo con este motivo, una controversia entre el Senado y el Ejecutivo de la Unión por el diferente criterio con que uno y otro interpretaban los textos constitucionales aplicables al caso. En este estado de cosas, se hizo cargo el que habla [Álvaro Obregón] de la Presidencia de la República; y habiendo estudiado las condiciones políticas de Michoacán, observó que los poderes que funcionaban, de hecho, *emanaban de una elección que se había verificado bajo las formas legales*, y que aquellos eran reconocidos por la mayoría del pueblo michoacano, por lo cual acordó *reconocer la legalidad de tales poderes*, como lo hizo efectivamente, quedando así definida la situación política del Estado

de Michoacán, dentro del régimen federativo. (*DDCD*, XXIX Legislatura, 1 de septiembre de 1921, p. 3. Énfasis añadido)

IV. CASO PUEBLA

Dada la cercanía de esta entidad con la Ciudad de México, y al tener dos regiones proclives a ser enajenadas (el sur invadido por zapatistas y el norte aislado por su relieve), el control de Puebla fue esencial para Venustiano Carranza durante la Revolución —quien consideró ese territorio esencial para llegar al puerto de Veracruz, donde antes había instalado su gobierno—. Por ello necesitaba a alguien de confianza, para que se hiciera cargo de ese estado, y fue así como llegó Alfonso Cabrera (hermano del célebre Luis Cabrera) a la gubernatura. El primer conflicto que enfrentó ese gobierno, además del militar, fue la elección de las autoridades municipales de Puebla, pues se acusó a las tropas de Cesáreo Castro de “hostigar a transeúntes y a miembros del Partido Liberal” durante la campaña, pero ante esas quejas el mencionado general respondía que “necesitaba los nombres de los responsables, lo que el gobernador no podía satisfacer” (Matute, 2010, p. 189). Después de estos incidentes, que terminaron “a tiros y pedradas”, se dieron numerosas irregularidades con la elección de regidores en Atlixco, Cholula, Teziutlán y Puebla, anulándose sus resultados, y por ello la legislatura local pidió la intervención de la Suprema Corte de Justicia (asunto en el que se mantuvo al margen el gobernador Cabrera).

Una vez que estalló la rebelión de Agua Prieta, Cesáreo Castro se puso del lado sonoreense junto con otros “políticos que habían manifestado desde hacía mucho tiempo su oposición al gobierno de Carranza y a los procedimientos del gobernador Cabrera” (Lomelí, 2011, p. 207). Este último había trasladado los poderes del estado a la ciudad de México; pero al ser asesinado el presidente en el extremo norte de Puebla, el 21 de mayo de 1920,¹⁰ el general Pablo González designó a Rafael Rojas como gobernador provisional. Rojas declaró la desaparición de poderes por haber abandonado éstos la sede que les correspondía y después llamó a los miembros del Poder Judicial a reasumir sus funciones. El nuevo gobierno federal le indicó a Ro-

¹⁰ Sobre el asesinato de Carranza en Tlaxcalantongo se han expuesto diversas interpretaciones, pero la más aceptada es la de que murió casi de inmediato por las heridas infringidas por sus agresores. Véase Roberto Blanco Moheno, *Crónica de la Revolución Mexicana. T. II*.

jas que la Constitución poblana no tenía “prescripción alguna” para sustituir al gobernador del estado. Así que el caso fue turnado al Senado. En dicha representación se discutió el por qué no se había convocado a los diputados poblanos suplentes, siendo que ellos podrían resolver la falta de gobernador; aunque también se dijo que el llamado a restablecer el Poder Judicial local no resolvía la acefalia del gobierno, pues “era indudable que el poder judicial” no tenía facultad para “subsana el inconveniente que resulta de la desaparición de los poderes legislativo y ejecutivo” (González, 1987, pp. 183-185).

La discusión sobre las facultades del Poder Judicial poblano se alargó y llegaron a decir que, si éste se había reinstalado “a instancias del gobernador revolucionario [Rojas]”, entonces no era “el mismo poder constitucional, a pesar de la identidad de sus miembros, sino que se convirtieron en poder revolucionario”.¹¹ Esta postura fue refutada por el senador Alfonso Cravioto, quien indicó que Pablo González “no había dado a conocer ningún plan revolucionario” al ingresar a Puebla. Pero los magistrados interpusieron un amparo por la resolución de la Cámara de Senadores; es decir, desde su perspectiva el nombramiento de un gobernador provisional implicaba la “destitución de los magistrados” y por ello se volvió a debatir la esencia de la desaparición de poderes. En esas discusiones fueron varios los senadores que se manifestaron “en contra de la competencia del juez de distrito, para conocer este tipo de juicios, que calificaron de políticos”, y así se avanzó en el nombramiento de una terna para elegir gobernador, donde figuraron Rafael Rojas, Luis Sánchez Pontón y Rafael Reyes Márquez. En la primera votación quedaron empatados los dos últimos propuestos, pero en una segunda ronda Sánchez Pontón obtuvo 24 votos frente a 15 de Rojas (González, 1987, pp. 186-187).

Luis Sánchez Pontón convocó a elecciones de gobernador y legislatura para el 19 de diciembre de 1920. Al igual que en los casos anteriores, los comicios poblanos no propiciaron la instalación inmediata de poderes porque dos grupos reclamaron su legitimidad como legislaturas del estado (*DDCS*, XXIX Legislatura, 21 de febrero de 1921, pp. 2-3). Cabe mencionar que en esta ocasión el propio Álvaro Obregón desconoció a los funcionarios pre-

¹¹ Llama la atención que esta postura teórica del derecho cobraría fuerza posteriormente en Alemania. Carl Schmitt indicaría, años después, que la Asamblea Nacional Constituyente francesa se había integrado “sin un mandato formal que los legitimase” en 1789, por lo que este teórico alemán sustenta el nivel de excepciones que pueden darse en coyunturas revolucionarias. Ver Carl Schmitt (1981, pp. 90, 109).

suntamente electos, permitiendo que Sánchez Pontón continuara ejerciendo sus funciones interinas. Así que para febrero de 1921 la Secretaría de Gobernación manifestó a los senadores que debían decidir si se dejaba a Luis Sánchez o si elegían a otro interino. El pleno optó por “restablecer el orden constitucional” en Puebla, sobre todo porque los representantes partidistas se quejaron de “actos de autoridades militares encaminados a entorpecer la propaganda de ellos y favorecer a uno de los partidos”. Pero esas tirantezas terminaron con la vida de un diputado, situación que fue utilizada por el gobernador para consignar a la legislatura quejosa “por el delito de usurpación de funciones” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 14 de marzo de 1921, pp. 9-11).

Cabe resaltar que la elección de un nuevo ejecutivo poblano tardó más de un mes en aprobarse (*DDCS*, XXIX Legislatura, 30 de marzo de 1921, pp. 2-13). El retraso se dio por lo dividido de la cámara (recordemos que el procedimiento indica que son necesarias las dos terceras partes de los votos de los senadores para designar a un gobernador interino) y al final se eligió a Claudio N. Tirado entre la terna enviada por el presidente. Este nuevo encargado de gobierno tenía la responsabilidad de “resolver el conflicto electoral” (González, 1987, p. 187). Mas la trama política de la entidad no era fácil de solucionar; es decir, Rafael Gómez de Lara había tomado posesión del cargo ante la legislatura reconocida por Luis Sánchez Pontón y varios representantes protestaron por la usurpación del “gobierno del propio estado” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 4 de abril de 1921, pp. 2-3). El Senado de la República le pidió entonces a Tirado que resolviese cuanto antes “el conflicto electoral” (*DDCS*, XXIX Legislatura, 30 de mayo de 1921, pp. 3-18). Y desde la tribuna Alfonso Cravioto expuso lo siguiente:

El nuevo Gobernador provisional del Estado de Puebla debe hacer *lo que no le es posible al Senado*, es decir, averiguar qué cosa ha habido en las elecciones; averiguar esa serie de delitos de los que se tienen presunciones muy serias [...] Si ese Gobernador Provisional se convence de que la presión militar llegó hasta asesinar a un diputado con el objeto de hacer presión sobre los demás ENTONCES, ESE GOBERNADOR CUMPLIRÁ CON SU DEBER LEGAL, POLÍTICO Y MORAL, NULIFICANDO ESAS ELECCIONES. (*DDCS*, XXIX Legislatura, 30 de mayo de 1921, p. 5. Énfasis y mayúsculas añadidas)

Como puede observarse, la encomienda recibida por el profesor Claudio N. Tirado era muy grande. Los historiadores aseguran que volvieron a orga-

nizarse campañas políticas y comicios, donde salió electo en junio de 1921 el general José María Sánchez (Lomelí, 2011, p. 208). Así que el propio Álvaro Obregón admitió —en su primer informe de gobierno— que Tirado había vuelto al orden constitucional a la entidad “reconociendo como legítima a la Legislatura que había declarado gobernador al general José María Sánchez” (*Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, XXX Legislatura, 1 de septiembre de 1921, p. 3). Llama la atención que en ese reconocimiento se indicara de nuevo una escisión del Poder Legislativo local. En consecuencia, a principios de 1922 se abriría un nuevo conflicto cuando se acusó al general Sánchez de mandar a asesinar a dos presuntos diputados de esa otra legislatura (a Fernando y Alfonso Mora). Estos acontecimientos fueron relacionados con el levantamiento de Antonio Medina. Por lo que Obregón mandó a Manuel Pérez Treviño, jefe del estado mayor presidencial, a entrevistarse con el general Sánchez. Todo indica que en esas conversaciones el presidente le pidió su renuncia como gobernador, pero como éste se mostró renuente, la “otra” legislatura designó a Froylán Manjarrez como interino (Lomelí, 2011, p. 209).

Jean Meyer menciona que las dimensiones de este nuevo conflicto le harían tardar al gobierno federal 30 meses en restablecer el orden en la entidad —al general Sánchez se le vio “azuzando a obreros y campesinos en contra del gobernador Manjarrez” (Meyer, Krauze y Cayetano, 1996, p. 187). Ciertamente, el 14 de marzo de 1922 la procuraduría del estado se desistió de ejercer “toda acción contra el general en la investigación de los asesinatos”. Empero al día siguiente, un intento de homicidio contra del gobernador Manjarrez fue atribuido a los partidarios de José María Sánchez. Por esta situación el gobierno poblano reactivó el proceso penal contra el general y, aunque Sánchez consiguió un amparo, la “medida logró anularlo políticamente por algún tiempo” (Lomelí, 2011, p. 210).

A diferencia de los casos de Michoacán y Tabasco, la agitación poblana se reactivó en diciembre de 1923 —con motivo de la insurrección armada delahuertista, la legislatura nombró a Vicente Lombardo Toledano como gobernador interino. Cuando Álvaro Obregón logró sofocar la revuelta, desconoció al Congreso y al Supremo Tribunal de Justicia de Puebla; así que el Senado nombró a Alberto Guerrero como ejecutivo local. Cuando dicho personaje intentó organizar los comicios, en septiembre de 1924, José María Sánchez le comunicó a la Cámara Alta de su toma de posesión como gobernador. Y es que, de acuerdo con el subsecretario de Gobernación, el general Sánchez sólo había respondido a un llamado de la legislatura poblana, pues

ésta, después de tener “algunas dificultades” con Alberto Guerrero, decidió deponerlo y nombrar al primero como su sustituto. Por ello el presidente no tuvo “reparo a ese llamamiento, respetuoso como ha sido de la soberanía de los estados, [ya que] ninguna ley da facultades para examinar si las legislaturas de los Estados hacen o no las capacidades necesarias conforme a las constituciones locales” (*DDCS, XXXI Legislatura, 5 de noviembre de 1924, p. 9*).

Ese recurso de la Secretaría de Gobernación para no intervenir en la decisión tomada por la legislatura poblana fue criticado en el Senado. El hecho de que el gobernador provisional hubiese convocado al congreso local a sesiones extraordinarias, y este último nombrase ejecutivo a José María Sánchez, no implicaba que estaban restablecidos los poderes en Puebla. Conforme se avanzó en la comparecencia del representante del gobierno federal las imputaciones se hicieron evidentes. Y así volvió a debatirse lo establecido en la fracción V del artículo 76 constitucional:

Hay que interpretar el artículo relativo [76] en el sentido de saber si el Gobernador provisional cumple su misión en cuanto a integrar el Congreso local, o bien hasta restablecer el orden constitucional, puesto que estaban próximas las elecciones para Gobernador, Legislatura y Tribunal Superior; porque en el Estado de Puebla [...] desaparecieron los poderes por rebelión; pero únicamente se convocó al Congreso local para que terminara las funciones de la XXVI Legislatura.¹²

Es innegable que las dudas sobre la aplicación de dicho artículo constitucional fueron abundantes. Mas debe mencionarse que el congreso poblano ya había querido remover antes a Guerrero del cargo de gobernador. En aquella ocasión el ejecutivo local ganó un amparo interpuesto contra la resolución de su legislatura, amparo que sería respaldado por el ejecutivo federal. Pero ahora que los diputados poblanos nombraban a José María Sánchez como gobernador la Presidencia de la República no intervenía. Un sector de los senadores no concebía por qué el ejecutivo federal había apoyado antes a Guerrero y después dejaba que la legislatura local nombrara a Sánchez como su sustituto. Sin embargo, desde la tribuna el representante Mata señaló que el presidente Obregón sentía “un cariño paternal por el Ge-

¹² Intervención atribuida al senador Tirado. *DDCS, XXXI Legislatura, 5 de noviembre de 1924, p. 10*.

neral Sánchez” y lo estaba imponiendo “a todo trance, contra las leyes y contra las antipatías de que goza ese señor en su estado natal” (*DDCS*, XXXI Legislatura, 12 de noviembre de 1924, p. 16). Quienes presentan el perfil biográfico de los revolucionarios advierten que José María Sánchez ayudó al obregonismo a sofocar la rebelión de Adolfo de la Huerta (*Así fue la Revolución*, p. 1696). Así que la Cámara de Senadores terminaría por finiquitar el asunto de Puebla de la siguiente manera:

Dígame al Ciudadano Alberto Guerrero [...] que el Senado de la República *no puede darle instrucciones* en ningún sentido con motivo del nombramiento que la Legislatura del Estado de Puebla hizo a favor del General José María Sánchez para Gobernador interino de dicha Entidad Federativa, [...el Senado] estima que automáticamente quedó abrogado su nombramiento de Gobernador provisional. (*DDCS*, XXXI Legislatura, 5 de diciembre de 1924, p. 18)

V. CASO TAMAULIPAS

El primer caso de desaparición de poderes examinado, tras ser promulgada la Constitución de 1917, fue el de Tamaulipas; Luis Caballero y César López de Lara se encontraban compitiendo por la gubernatura, pero al sufrir un atentado el segundo, por parte del cuñado de Caballero, se aplazaron los comicios. Tras las elecciones del 3 de febrero de 1918 el congreso local se dividió y cada grupo apoyó por separado a los candidatos. A raíz de esto, el gobernador provisional (Alfredo Ricaut) se negó a entregarle la administración del estado al grupo caballerista, pues la legislatura que lo apoyaba ya le había tomado protesta como gobernador. Y Venustiano Carranza citó a los presuntos ganadores para aclarar el conflicto en la Ciudad de México. Las fuentes coinciden en que López de Lara y Caballero se vieron las caras en el Bosque de Chapultepec, agarrándose a balazos, y de esa confrontación resultó ultimado el jefe del estado mayor de Caballero (Matute, 2010, pp. 116-117).

Manuel González Oropeza (1987) señala que la Secretaría de Gobernación no planteó desde un inicio la desaparición de poderes; la representación del ejecutivo sólo había enviado un documento al Senado donde se hablaba de “restablecimiento del orden constitucional”, por “conflicto entre poderes”, ya que esperaban un laudo que dirimiera las “controversias políticas” en Tamaulipas. Como el fondo del asunto era electoral, el senador tamaulipe-

co Emilio Nafarrate citó un decreto expedido por Sebastián Lerdo de Tejada en 1875 donde se establecía que “sólo a los colegios electorales” correspondía “resolver sobre la legitimidad de los nombramientos”, pues “ningún poder, autoridad o funcionario de la federación” debía “revisar ni poner en duda los títulos de legitimidad de un funcionario federal o de los estados” (pp. 158-159). Mientras esto se discutía en la capital del país, la legislatura larista se trasladó a Tampico para entregarle la investidura a su gobernador, y entonces el senador Nafarrate hizo lo propio en Matamoros, a fin de establecer un gobierno provisional caballerista. Un comandante de la policía ligado a César López de Lara asesinó a don Emilio Nafarrate, situación que agilizó el desconocimiento de los poderes en el estado. Y por ello el presidente envió al general Manuel Diéguez con sus tropas a Ciudad Victoria. Caballero protestó por considerar estas medidas violatorias de la soberanía, pero el gobierno central instruyó a Ricaut para que le comunicara a los tamaulipecos que dicho candidato se había proclamado gobernador sin esperar la resolución de la Suprema Corte de Justicia y del Senado (Matute, 2010, p. 118). Este último organismo declaró desaparecidos los poderes en el estado.

De la terna presentada para nombrar gobernador provisional en Tamaulipas, el profesor Andrés Osuna resultó electo. De acuerdo con Ricaut y López de Lara esa medida “aquietó los ánimos” y se rumoreó que Luis Caballero había abandonado el país. Los problemas en la entidad, no obstante, continuaron porque los diputados locales acusaron a Osuna de “violar disposiciones constitucionales” (por no convocar a elecciones en el estado) y de “disponer de elementos armados” y de dinero sin tomar en cuenta al congreso (Matute, 2010, p. 119). La comisión permanente del Senado turnó las imputaciones al Gran Jurado para proceder a la destitución del profesor Osuna, quien de inmediato solicitó un amparo. Pero como la Corte no dictaminó de manera expedita el asunto, la cámara alta optó por nombrar una nueva terna. Cabe mencionar que pese a estas disposiciones Andrés Osuna permaneció al frente del gobierno, hasta las elecciones de febrero de 1920, y en dicho proceso el general Rafael Cárdenas triunfó sobre César López de Lara, quien aceptó la derrota.

Tras la rebelión de Agua Prieta, en junio de 1920, Adolfo de la Huerta envió al Senado la terna para designar gobernador en Tamaulipas. Emilio Portes Gil sólo obtuvo un voto en la cámara alta, al igual que Joaquín Argüelles, y José Morante fue electo con 40. Las críticas hacia este último encargado de gobierno vinieron del ya conocido Luis Caballero, quien de nuevo buscaba ganar las elecciones. Aunque en esta ocasión Morante no cedió a las

presiones y entregó el poder a César López de Lara en febrero de 1921 (González, 1987:181). Los historiadores regionales señalan que López de Lara se pasó al bando delahuertista cuando sobrevino la fractura sonorensis (Herrera, 2011, p. 196).

¿Qué sucedería en la entidad del noreste cuando eran evidentes los conflictos poselectorales?

Tras la huida de César López de Lara del país (por haber apoyado a De la Huerta), Álvaro Obregón nombró a Benecio López Padilla como gobernador y comandante militar de Tamaulipas en diciembre de 1923 (Herrera, 2011, p. 197). Posteriormente, en febrero de 1924, el presidente le encargó al Senado la declaratoria de desaparición de poderes y así envió una terna para la elección. El representante del ejecutivo (Enrique Colunga) les aseguró a los senadores que la propuesta de candidatos no alteraba lo establecido en el artículo 156 de la Constitución política de Tamaulipas,¹³ ya que varios estados habían puesto límites para que las autoridades federales no eligiesen a sus gobiernos interinos en caso de desaparición de poderes. Pero en realidad sí se presentó un cambio en el procedimiento al argumentar que el cargo de secretario de gobierno se había desempeñado por un jalisciense (en lugar de un tamaulipeco) y de que el Tribunal de Justicia del estado se había disuelto cuando la legislatura local y el gobernador constitucional secundaron el movimiento delahuertista. Algunos senadores le replicaron al representante de Gobernación¹⁴ que entonces podía llamarse a los últimos presidentes de la legislatura local, quienes no habían tomado parte del movimiento armado. Pero dicha secretaría indicó que del “8 de diciembre al 30 de enero, absolutamente apareció por ninguna parte persona que reclamara tal cargo” (*Diario de los debates de la Cámara de Senadores (en adelante DDCS)*, XXXI, 25 de noviembre de 1924, p. 8). Cabe mencionar que, aunque el pre-

¹³ El artículo señalado llamaba primero al “último secretario general de gobierno, siempre que sea tamaulipeco por nacimiento”, después al “último presidente del Tribunal de Justicia y a falta de éste, los demás magistrados” y al final al “último presidente del Congreso, y a falta de éste los anteriores”. Ver “Constitución política del estado de Tamaulipas” en: *Enciclopedia parlamentaria de México*, p. 920.

¹⁴ En el *Diario de los debates* no aparece el nombre del “subsecretario de Gobernación”. Pero por las fechas de las sesiones podemos intuir que, primero, se trató de Enrique Colunga y, después, Romeo Ortega Castillo, últimos titulares de dicha secretaría que estuvieron al tanto del caso en 1924.

sidente de la anterior legislatura local (Gregorio Garza Salinas) se presentó para reclamar la dirigencia del estado, Álvaro Obregón no lo reconoció y sostuvo a uno de sus propuestos, a Candelario Garza.¹⁵

Gregorio Garza tomó la gubernatura, asegurando que Candelario la había abandonado al dejar a un magistrado en su lugar. Pero cuando este último regresó al cargo encarceló a Gregorio porque, se dijo, todos los “movimientos delictuosos” contra el gobierno eran “atentados por el hecho de haber dado entrada” a un asunto tratado en el Senado (*DDCS*, XXXI Legislatura, 24 de noviembre de 1924, p. 9). Los partidarios de Candelario le notificaron a la cámara alta que el exdiputado Gregorio Garza Salinas se había declarado en “abierta rebeldía” contra el gobierno del centro y del estado, inmiscuyendo a Emilio Portes Gil y al Partido Socialista Fronterizo en la toma por la fuerza de los “puestos públicos y oficinas” (*DDCS*, XXXI Legislatura, 1 de noviembre de 1924, p. 4). Así que los senadores llamaron a comparecer al subsecretario de gobernación (Romeo Ortega Castillo) y lo interpelaron del por qué no se había seguido al pie de la letra el artículo 156 de la Constitución tamaulipeca.

El primer punto a debatir con Ortega fue la supuesta desaparición del Tribunal Superior de Justicia: se dijo que las disposiciones del artículo 156 no podían aplicarse porque los funcionarios a quienes llamaba ese apartado se habían declarado en rebeldía en diciembre de 1923, pero los senadores le objetaron al subsecretario sobre si el presidente del tribunal, los magistrados y el presidente de la XXVII Legislatura tamaulipeca también se habían rebelado. A esta interrogante se expuso que “el ejecutivo federal había recibido informaciones en el sentido de que el Supremo Tribunal de Justicia en el estado había quedado disuelto” y que “por lo mismo juzgó que, no existiendo aquel cuerpo, tampoco había persona que pudiese asumir el Ejecutivo del Estado” (*DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, p. 10). Se cuestionó a Romeo Ortega sobre si tenían pruebas de que los miembros

¹⁵ En un comunicado se asentó: “La Secretaría de Gobernación y el Presidente de la República, recibieron mensajes del diputado don Gregorio Garza Salinas comunicándoles que, en acatamiento a lo dispuesto por la fracción III del artículo 156 de la Constitución Política local, asumía el cargo de Gobernador Constitucional interino, y pedía el reconocimiento y auxilio de las fuerzas federales. El Ejecutivo Federal dispuso que estos mensajes se contestaran manifestando al diputado Garza Salinas que en virtud de que el Senado de la República había designado Gobernador provisional al profesor Candelario Garza, se veía en la imperiosa necesidad de seguir reconociendo a éste como Gobernador provisional del Estado, mientras que no hubiese resolución en contrario pronunciada por la autoridad competente.” Ver *DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, p. 6.

del Poder Judicial tamaulipeco se habían levantado en armas. Pero éste evadió la pregunta insistiendo que el Tribunal Superior de Justicia había desaparecido, además de ser suplantado por otras personas. Varios senadores le pidieron que hablara con la verdad, ya que ellos no tenían intereses políticos en el asunto y buscaban respetar la ley. Pero el subsecretario de Gobernación les recordaría de manera hábil que el nombramiento de Candelario Garza como gobernador lo había declarado el Senado (sin precisar que la designación la realizó la Comisión Permanente). Llama la atención en el debate la postura del senador Rodarte:

No dudo que haya habido atropellos para algún artículo de la Constitución local o para la soberanía de Tamaulipas; pero se trataba de una medida de *salud pública*. El Gobierno revolucionario necesitaba controlar el territorio nacional; [...] En aquel momento fue una medida que atropelló un tanto la soberanía de Tamaulipas, pero que *salvó* a la República. (*DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, p. 12. Énfasis añadido)

Para algunos representantes, como Vito Alessio Robles, esa resolución no era la indicada; la paz no debía estar sobre todo porque “primero es la ley, lo demás es secundario”. Si la Comisión Permanente “por la situación apremiante del momento en virtud de la rebelión delahuertista que amenazaba cundir en todo el país” no había hecho “un estudio de la Constitución de la mencionada entidad”, afirmaba Alessio, entonces era “indispensable estudiar si el error” podía corregirse (*DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, pp. 13, 15). El intento de corrección fue otro gran debate, porque primero declararon “insubsistente el nombramiento hecho por la comisión permanente del Congreso de la Unión, a favor del señor Candelario Garza, a fin de que el C. Gregorio Garza Salinas pueda ocupar el puesto de gobernador provisional de Tamaulipas” y después proponían llamar a Garza Salinas al puesto. Este segundo apartado incomodó a algunos representantes porque, indicaron, el Senado no tenía “facultades arbitrarias” para decir “llámese a don fulano de tal para que ocupe el gobierno”. Para quienes apoyaban la minuta, sin embargo, la cámara alta sí tenía potestad porque el artículo 156 de la Constitución tamaulipeca decía: “en el caso de la desaparición de poderes previsto por la fracción V del artículo 76” serán llamados para encargarse de la gubernatura el último secretario de gobierno, el último presidente del Tribunal Superior de Justicia y el resto de los posibles sucesores (*DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, pp. 16, 18).

Las dudas sobre el procedimiento para designar al nuevo gobernador en Tamaulipas fueron frecuentes. Se preguntó ante quién debía “presentarse la persona legalmente designada por la Constitución del Estado” y qué autoridad decidía, “suponiendo que dos personas aleguen los mismos derechos”. La respuesta de los más instruidos fue que la Constitución general había creado precisamente al Senado “con el objeto de acudir prontamente en remedio de situaciones caóticas y difíciles a las entidades” (*DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, p. 21); aunque la fracción V del artículo 76 constitucional se siguió cuestionando. Algunos senadores no permitieron una mala interpretación del apartado, indicando que sólo se llevaría a cabo en las entidades que no lo consideraran, a fin de estimularlos para que lo previeran en sus Constituciones y no dijeran “que el artículo 76 es anticonstitucional porque viola el principio de soberanía” (Intervención de Cravioto. *DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, p. 22). Pero los opositores a que se nombrara directamente desde el Senado al gobernador de Tamaulipas siguieron poniendo en tela de juicio la facultad de la cámara para intervenir. Con el devenir de las intervenciones se perfiló una, del senador Neri, que resume el espíritu de ley:

No deben olvidar que somos representantes de Entidades Federativas, de manera que estamos obligados a resolver los conflictos de los Estados, de tal manera, que sin violar sus Constituciones tenemos la obligación de cuidar que esos Estados entren cuanto antes al orden constitucional y que en esos Estados se instalen los tres poderes, ya sea mediante elección o como las Constituciones de esos mismos Estados marquen. (*DDCS*, XXXI Legislatura, 25 de noviembre de 1924, p. 28)

El debate por el caso tamaulipeco no culminó con la comparecencia del subsecretario de gobernación. Dos días después de que se discutiera si el Senado tenía facultad o no para nombrar al nuevo gobernador se continuó debatiendo el punto de acuerdo anterior (*DDCS*, XXXI Legislatura, 27 de noviembre de 1924, pp. 8-9). Al final el nombramiento de Candelario Garza fue reconsiderado y Gregorio Garza tomó el poder el 5 de diciembre de 1924, casi un año después de que la entidad sufriera la irrupción de sus poderes constitucionales (*DDCS*, XXXI Legislatura, 5 de diciembre de 1924, pp. 12-13). Ciertamente en ese mismo diciembre de 1924 tomaría posesión como

presidente Plutarco Elías Calles y cabe mencionar que durante su gobierno se intervendrían, en tan solo tres años, doce entidades de la República.¹⁶

VI. CONCLUSIÓN

El estudio de cuatro entidades que fueron intervenidas por diferentes gobiernos revolucionarios nos conduce a observar, desde otro punto de vista, la facultad de declarar desaparecidos los poderes. Los tres titulares que estuvieron al frente del Poder Ejecutivo entre 1917 y 1924 actuaron de diferente manera y así vimos que Venustiano Carranza prefirió allanarle el camino en las elecciones a sus aliados, Adolfo de la Huerta intentó barrer con los liderazgos en los estados y Álvaro Obregón tuvo que actuar con cautela (al no contar con el reconocimiento de Estados Unidos). La rebelión delahuertista pondría en aprietos al grupo en el poder, sobre todo por retomar agravios del pasado. Y así nos detenemos en la antesala callista, donde las fuentes nos indican un mayor número de intervenciones.

Los conflictos estatales estudiados también nos permiten observar la acción —o a veces inocuidad— del Senado: en varias entidades sólo se actuó hasta que fueron asesinados legisladores o bien cuando estos terminaban en la cárcel por oponerse a los encargados de gobierno. Evidentemente, los presidentes en turno propiciaron que estos conflictos crecieran, sobre todo en el actuar sonoreense. De allí que no debemos encasillar a las entidades federativas como regiones pasivas que se dejaban arrollar por el centro; todo lo contrario, en los cuatro casos estudiados se observan fuerzas políticas y sociales que no se doblegaban a las directrices del centro.

Es ahí, en el reconocimiento de poderes regionales, donde vale la pena detenerse. La muestra de la investigación considera las costas del pacífico (Michoacán) y del golfo (Tabasco), además del centro (Puebla) y el norte (Tamaulipas) del país. El noroeste fue incluido con los sonorenses, que arribaron al poder en junio de 1920, así que prácticamente se recorrieron los puntos cardinales de México. Todavía nos faltó incluir a otros acto-

¹⁶ Colima, Nayarit, Nuevo León, Morelos, Aguascalientes, Oaxaca, San Luís Potosí y Zacatecas en 1925; Aguascalientes, Morelos (dos veces), Jalisco, Puebla y Guanajuato en 1926; y Nayarit, Morelos, Chihuahua, Jalisco, Puebla (dos veces), Veracruz y Chiapas en 1927. Véase Jean Meyer, Enrique Krauze y Cayetano Reyes (1996, p. 182).

res (como Coahuila y Nuevo León), pero se decidió posponerlos para otra entrega; sobre todo porque también quedan fuera otras entidades y regiones.

No pretendo recapitular los conflictos en este apartado, porque la complejidad de los mismos no lo permite, pero sí destacaré la tendencia de los desenlaces: vimos que Carranza no contó al final con el apoyo que le prometieron algunos caciques (Ortiz Rubio y Greene) y la rebelión de Agua Prieta renovó las lealtades que pronto se fracturarían en 1923. Obregón respetó al principio el poder regional de algunos líderes regionales (Música) o nuevos caciques (Garrido Canabal), más pronto impuso a sus colaboradores. De la intervención del Senado se rescata la acción de algunos representantes, que siempre cuestionaron las imposiciones. Sin embargo, esta muestra política de la revolución nos permite mirar el presente con otros ojos; es decir, no debemos soslayar los abusos políticos durante los procesos comiciales porque las elecciones no competitivas siguen dándose en diferentes estados.

VII. REFERENCIAS

- Aguilar Casas, E. y Serrano Álvarez, P. (2012). *Posrevolución y estabilidad. Cronología 1917-1967*. INEHRM.
- Arroyo García, I. (2000). El péndulo: consenso y coacción a través de la intervención federal en México, Brasil y Argentina. En R. Forte y G. Guajardo. *Consenso y coacción. Estado e instrumentos de control político y social en México y América Latina (siglos XIX y XX)*. El Colegio de México-El Colegio Mexiquense.
- Blanco Moheno, R. (1959). *Crónica de la Revolución Mexicana. Tomo II, Querétaro—Tlaxcalantongo—La Bombilla*. Libro Mex Editores.
- Cumberland, Charles (1975). *La Revolución Mexicana. Los años constitucionales*. Fondo de Cultura Económica.
- Diario de los Debates de la Cámara de Senadores*, Legislaturas XXVIII, XXIX y XXXI.
- Diario de los Debates de la Cámara de Diputados*, Legislatura XXIX.
- Enciclopedia parlamentaria de México. Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana. La estabilidad política y la modernización económica. Un nuevo pacto para la nación, 1906-1917*. Cámara de Diputados, 1997.

- González Oropeza, M. (1987). *La intervención federal en la desaparición de poderes*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hall, L. (1995). Álvaro Obregón. Poder y revolución en México, 1911-1920. Secretaría de la Defensa Nacional.
- Hernández Chávez, A. (1996). Federalismo y gobernabilidad en México. En M. Carmagnani. *Federalismos latinoamericanos: México, Brasil, Argentina*. El Colegio de México-FCE.
- Herrera Pérez, O. (2011). *Tamaulipas. Historia breve*. El Colegio de México-FCE.
- Lomelí Vanegas, L. (2011). *Puebla. Historia breve*. El Colegio de México-FCE.
- Luna Argudín, M. (2000). Entre la convención y el consenso: el presidente, el Congreso de la Unión y la intervención federal en los estados, 1867-1917. En R. Forte y G. Guajardo. *Consenso y coacción. Estado e instrumentos de control político y social en México y América Latina (siglos XIX y XX)*. El Colegio de México-El Colegio Mexiquense.
- Luna Argudín, M. (2002). Entre la soberanía de los estados y la salud pública: el restablecimiento del Senado (1872-1876). En M. A. Casar e I. Marván. *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*. Taurus-CIDE.
- Mac Gregor, J. (2010). Elecciones federales y transición a un nuevo régimen: México, 1920 y 1922. Estudios de caso. *Historia Mexicana, LX(2)*.
- Mac Gregor, J. (2017). Los diputados renovadores de la XXVI Legislatura al Congreso Constituyente. *Historia Mexicana, LXVI(3)*.
- Martínez Assad, C. (2001). *Los sentimientos de la región. Del viejo centralismo a la nueva pluralidad*. INEHRM-Océano.
- Martínez Assad, C. (2011). *Tabasco. Historia breve*. El Colegio de México/FCE.
- Marván Laborde, I. (2010). *La Revolución mexicana, 1908-1932*. CIDE/FCE/Conaculta/INEHRM.
- Matute, Á. (1983). *Historia de la Revolución mexicana 1917-1924. La carrera del caudillo*. El Colegio de México.
- Matute, Á. (1984). *México en el siglo XIX. Fuentes e interpretaciones históricas*. UNAM.
- Matute, Á. (2010). *Historia de la revolución mexicana, 1917-1924. Las dificultades del nuevo Estado*. El Colegio de México.
- Meyer, J., Krauze, E., y Reyes, C. (1996). *Historia de la Revolución Mexicana, 1924-1928. Estado y sociedad con Calles*. El Colegio de México.

- Nava Nava, M. C. (2004). Relaciones Múgica-Cárdenas. *Nuevos ensayos sobre Francisco J. Múgica*. INEHRM.
- Ochoa Serrano, Á. y Sánchez Díaz, G. (2011). *Michoacán. Historia breve*. El Colegio de México-FCE.
- Rabasa, Emilio (1998). *La Constitución y la dictadura. Estudio sobre la organización política de México*. Porrúa.
- Ramírez Rancaño, M. (1994). El perfil de los gobernadores entre 1876 y 1994. *Iztapalapa. Revista de ciencias sociales y humanidades*. 14(34).
- Ribera Carbó, A. (2004). ‘La patria ha podido ser flor’. El gobierno de Francisco J. Múgica en Michoacán. *Nuevos ensayos sobre Francisco J. Múgica*. INEHRM.
- Schmitt, C. (1981). *Teoría de la Constitución*. Editorial Nacional.
- Serrano Álvarez, P. (2002) Historiografía regional y local mexicana, 1968-2000. Diversidad y pluralidad de tendencias. *Diálogos latinoamericanos*, (5).
- Serrano Álvarez, P. (2011). *Cronología de la Revolución (1906-1917)*. INEHRM.
- Taracena Arriola, A. (1999). Región e Historia. *Desacatos. Revista de Ciencias Sociales*, (1).
- Tena Ramírez, F. (1976). *Derecho constitucional mexicano*. Porrúa.
- Varios autores (1986). *Así fue la Revolución. Los protagonistas*. Secretaría de Educación Pública-Senado de la República.

↑ Prospectiva financiero-fiscal ante el “momento constitucional” chileno

Financial-fiscal outlook for the Chilean “constitutional moment”.

Francisco Zúñiga Urbina

 <https://orcid.org/0000-0003-4363-6423>

Universidad de Chile. Chile
Correo electrónico: fzuniga@derecho.uchile.cl.

Recepción: 2 de noviembre de 2022
Aceptación: 9 de junio de 2023

RESUMEN: En el contexto chileno actual, marcado por un “momento constitucional” sin resolver aún (con dos procesos constituyentes fallidos y un proceso constitucional hoy en curso), ha adquirido un lugar central en la agenda legislativa —y para la opinión pública—, el diseño estructural de una política tributaria nacional que sea acorde a la construcción de un Estado social y democrático de derecho, que supere la subsidiariedad heredada de la dictadura cívico-militar. Lo anterior se desenvuelve en dos dimensiones: por un lado, la política constitucional —estructurada en propuestas de la sociedad civil y de los constituyentes— y, por el otro, las propuestas de reforma legislativa impulsadas desde el gobierno.

Palabras clave: momento constitucional, política constitucional, proceso constituyente, reforma tributaria, Estado social y democrático de derecho.

ABSTRACT: In the current Chilean context, marked by an unresolved “constitutional moment” (with two failed constituent processes and a constitutional process currently underway), the structural design of a national tax policy that is consistent with the construction of a social and democratic State of law has acquired a central place in the legislative agenda —and for public opinion—, that overcomes the subsidiarity inherited from the civic-military dictatorship. This unfolds in two dimensions: on the one hand, constitutional policy —structured in proposals from civil society and constituents— and, on the other, the proposals for legislative reform promoted by the government.

Keywords: constitutional moment, constitutional policy, constituent process, tax reform, social and democratic State of law.

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Levantamiento de las propuestas en materia constitucional*. III. *Repaso de los derechos y garantías relativas al tributo en el orden constitucional actual*. IV. *¿Qué contendrá probablemente una nueva Constitución en materia tributaria?* V. *Situación particular de las regalías y del royalty minero*. VI. *Prospectivas tributarias ante el Estado regional*. VII. *Marco general del proyecto de reforma tributaria de 2022 "Establece reforma tributaria hacia un pacto fiscal por el desarrollo y la justicia social"* [Boletín N°15170-05]. VIII. *Conclusiones*. IX. *Referencias*.

I. INTRODUCCIÓN

Un "momento constitucional" no surge por generación espontánea. Se nutre de una realidad conformada por demandas sociales insatisfechas y, por regla general, incomprendidas por la élite y por la institucionalidad vigente. Lo acontecido en Chile desde el 18 de octubre de 2019 no fue sino una manifestación de ese choque fulminante que terminó de sacar a la luz los anhelos de una sociedad civil que ha cambiado de manera radical en los últimos treinta años.

Sociedad que, empoderándose a sí misma, reclamó el ejercicio de la soberanía popular y exigió una respuesta, la cual fue finalmente encauzada de manera institucional por el *Acuerdo por la Paz Social y la Nueva Constitución* del 15 de noviembre de 2019 y las reformas constitucionales posteriores que habilitaron el proceso constituyente, que se cerrase con el "plebiscito de salida" en que fue contundente el resultado "rechazo". Sin embargo, se suele olvidar que existió un proceso constituyente anterior ("1.0") entre 2014 y 2018, durante el segundo gobierno de la presidenta Michelle Bachelet Jeria, y del cual se evacuó un proyecto archivado por su sucesor, Sebastián Piñera Echenique, bajo cuyo mandato se produjeron los hechos del denominado "estallido social".

El proceso constituyente de 2019-2022 ("2.0"), si bien no estuvo exento de críticas por diversas visiones del espectro político (quienes en los hechos se marginaron o buscaron desconocer tal acuerdo), permitió precisamente, usando una metáfora propia del fútbol, "poner la pelota en el piso", y de ese modo salir de las grandes abstracciones para lograr, finalmente, un escenario en el cual se pudiera volver viable una derogación orgánica de la actual Carta otorgada, superada por los hechos y por las necesidades jurídicas. Ante el rechazo en urnas del proyecto surgido de éste, se entendió por parte de la mayoría de los sectores políticos que este resultado no era al cambio consti-

tucional en sí mismo —en cuanto mecanismo— sino a los bemoles propios de este proceso, el cual si bien fue receptivo respecto del contenido de los nuevos constitucionalismos (crítico e identitario, nuevo constitucionalismo latinoamericano, popular y verde) tendió a diluirse en el eco de demandas sectoriales antes que en una visión de conjunto, a lo cual se sumaron recurrentes episodios de falta de civismo provocados por la exaltación de algunos de sus integrantes, que perjudicaron gravemente su imagen pública y receptividad.

Lo anterior conllevó a una negociación encauzada por los buenos oficios de las mesas de ambas cámaras del Congreso Nacional, el cual conllevó a la firma del Acuerdo por una nueva Constitución del 15 de diciembre de 2022 y a nuevas reformas constitucionales habilitantes, las que dieron pie a un proceso constitucional “3.0”, enmarcado por los pesos y contrapesos tanto a nivel de contenidos —el establecimiento de doce bases constitucionales o “bordes”, siendo la más relevante el reconocimiento expreso de un Estado social y democrático de derecho— como procedimental —una Comisión Experta designada por el Congreso, mismo método por el cual se estableció un Comité Técnico de Admisibilidad, los cuales funcionan como límites al campo de acción del electo Consejo Constitucional—.

Por ello, ante este escenario, sin perder de vista el debate que en estos momentos se lleva a cabo en la sede del Congreso Nacional en Santiago (cosa paradójica, escenario de antaño para nuevas ideas y a la vez un reencontro con nuestra antigua y prestigiosa tradición iuspublicista), nos queda seguir pensando en lo que denomino “el día después de mañana” del momento constitucional: puesto que, para que una Constitución sea genuino reflejo de estos anhelos de la realidad de los pueblos que conforman la república, no basta con su perfección técnica, ni con un catálogo de derechos enunciados de manera completa.

En consecuencia, es necesario dar viabilidad, en clave de un nuevo modelo de Estado, opuesto al Estado mínimo, subsidiario o neoliberal, y que guarda relación directa con una carta de derechos que será más frondosa y completa, que la construida en la Carta otorgada de 1980; así, se obtendría como resultado que el nuevo orden institucional que emane de la derogación orgánica de la actual Carta (un decreto ley con afanes constitucionales, en realidad) tenga las herramientas necesarias para lograr la concreción de estos anhelos colectivos, y sea así una efectiva “Constitución viva”, funcional, eficiente, plenamente normativa.

Y ello requiere, inevitablemente, responsabilidad fiscal. Pero no responsabilidad entendida en un sentido tautológico, sino enmarcada en la búsqueda de una sociedad más equitativa, anhelos que han enmarcado el curso de los dos procesos constituyentes ya fenecidos y el proceso constitucional que se desenvuelve hoy. Ese mandato está, y es innegable. Y es parte de la obligación que conlleva ese mandato concebir una política constitucional que otorgue los delineamientos necesarios para una prospectiva tributaria que se ajuste a este nuevo Estado social y democrático de derecho, que es a todo evento un Estado de derecho propiamente tal: más aún, es un Estado de derecho reforzado por la legitimidad que le otorga su origen en un proceso constituyente democrático, reflejo precisamente de la voluntad de la soberanía popular.

II. LEVANTAMIENTO DE LAS PROPUESTAS EN MATERIA CONSTITUCIONAL

Esta política constitucional de hoy se nutre de las propuestas que la misma sociedad civil y política va realizando sobre materias propias del derecho tributario, respecto de las cuales efectuaremos una sucinta revisión para nutrirnos del estado de la cuestión; ello para luego cerrar esta intervención apelando a cuáles son los elementos clave que deben ser sí o sí abordados en el proceso constituyente para formar parte integrante de la nueva Constitución. Lo anterior ya fue abordado en detalle en el libro que recientemente publicamos en coautoría con Enza Alvarado (Zúñiga y Alvarado, 2021); por ende, sólo haremos una breve revisión actualizada de cuáles son las propuestas que en este sentido se han generado:

1. *Agrupaciones de la sociedad civil*

- 1) Sociedad de Fomento Fabril (2020) [SOFOFA]: En agosto de 2020 enunció una serie de propuestas al respecto, entre las que pueden mencionarse:
 - a) Continuar con la iniciativa exclusiva presidencial en materia tributaria, punto en el cual coincide con la Cámara de Comercio de Santiago;

- b) Mantener los principios de legalidad, igualdad y no afectación tributaria conforme a lo establecido en el artículo 19, núm. 20 inciso 3° de la actual Carta Fundamental.
 - c) Descartar un modelo de autonomía tributaria y de ingresos propios de los Gobiernos Regionales, priorizando un modelo de solidaridad y redistribución.
 - d) Generar franquicias tributarias para incorporar la intermediación y acompañamiento laboral pre y post contrato de capacitación.
 - e) “Profundizar los incentivos tributarios a la inversión a través de un dispositivo administrativo legal transitorio con vigencia de 24 meses enfocado especialmente en la inversión en capital de trabajo, en I&D, en equipamiento asociado a la cuarta revolución industrial y en emprendimientos de base científica tecnológica que, además, incentive la inversión de emprendimientos innovadores y pymes” (Sociedad de Fomento Fabril, 2021, p. 15).
 - f) “Para compensar o aumentar la recaudación tributaria, proponemos limitar o eliminar exenciones tributarias existentes [...]” (Sociedad de Fomento Fabril, 2021, p. 15). Lo anterior, con base en las recomendaciones efectuadas por la misma SOFOFA a la Cámara de Diputados, así como las que la OCDE y el FMI realizaran al Ministerio de Hacienda.
 - g) Fomentar los tratados de doble tributación y otros instrumentos específicos para permitir una mayor internacionalización de la industria exportadora de servicios.
- 2) Consejo Minero (2021a): En julio de 2021, presentó sus propuestas en la materia en el texto *“El Consejo Minero ante la nueva Constitución, aproximación y propuestas”*:
- a) Reconocimiento expreso de los principios de legalidad, equidad y no confiscatoriedad, tomando nota de lo consagrado en el derecho comparado.
 - b) En relación con el también principio de disciplina fiscal, señala:
 - i) “Iniciativa exclusiva del Presidente de la República para los proyectos de ley que tengan relación con tributos y exenciones; así como con mayor gasto público derivado de nuevos servicios, funciones, empleos, préstamos y remuneraciones públicas (esto

- asumiendo que se mantuviera el régimen de gobierno presidencialista)” (Consejo Minero, 2021a, p. 17).
- ii) “Ingreso de los tributos al patrimonio fiscal, no pudiendo estar destinados a fines específicos. Sin perjuicio que la actividad minera contribuya de manera relevante al crecimiento de las regiones en que se emplazan sus actividades, principalmente a través de la creación de empleos directos e indirectos, así como de la adquisición de bienes y servicios a proveedores locales, entendemos que, respecto del principio general de no afectación tributaria anterior, puedan establecerse excepciones limitadas. Por ejemplo, resultaría deseable que se explicitara en la nueva Constitución la posibilidad de que una parte de los tributos pagados por las empresas puedan destinarse a las regiones donde éstas operan” (Consejo Minero, 2021a, p. 18).
- c) Es particularmente relevante en este punto lo que el Consejo Minero expone en relación con el royalty (o regalía) minera, asumiendo que existe la expectativa, por parte de varios sectores, que se consagre la facultad al Estado de establecer estas cargas, en pos de compensación por la explotación de recursos naturales por privados. Lo anterior, siguiendo la línea de lo que fue en el pasado la reforma constitucional que posibilitó el proceso de nacionalización de la gran minería del cobre, la cual se promulgó mediante la Ley núm. 17.450 del 16 de julio de 1971, aprobada por la unanimidad de ambas cámaras bajo el gobierno del presidente Salvador Allende Gossens.
- i) En este punto, el Consejo Minero señala que ya existe esta regalía desde el año 2005 (el impuesto específico a la actividad minera, que recibió este nombre en razón del *quorum* que se buscó para su aprobación), cumpliendo con el rol respectivo. Recuerda que la actual Constitución impide la discriminación arbitraria en materia tributaria, y que si el royalty se permitió en esta ocasión era precisamente por este rol compensatorio para el Estado.
 - ii) Señala, asimismo, que existen otras alternativas de compensar al Estado, con base en el derecho comparado: en vez de calcular el royalty en razón del valor del mineral extraído como hasta ahora, puede hacerse en razón de las utilidades, previo descuento de costos y gastos (de capital y/o operación).
 - iii) En vista de todo lo anterior, consideran que no es necesario incluir tal facultad expresa en la Constitución, en vista de ya existir,

y que, en cualquier caso, debería considerar el costo de las etapas productivas respectivas.

d) Finalmente, se abordan en razón de atraer la inversión extranjera y fomentar su permanencia, se propone el “establecimiento de nuevos mecanismos que otorguen estabilidad tributaria temporal” (Consejo Minero, 2021a, p. 26).

3) Central Unitaria de Trabajadores (2021) [CUT]: el 30 de junio de 2021 se dio a conocer una serie de documentos elaborados por el Consejo Asesor para la Elaboración de Propuestas Constitucionales del Mundo Sindical de la CUT, conformado por representantes de esta entidad y de la Fundación Instituto de Estudios Laborales (FIEL), con apoyo de la Fundación Friedrich Ebert (FES Chile), y presidido por el exdirector general de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) Juan Somavía. Estos aportes se efectuaron en torno a un informe matriz, denominado “Propuesta Constitucional para un Nuevo Chile desde las múltiples dimensiones del Trabajo Decente como contenido base”, el cual en materias tributarias se remite a los siguientes puntos:

a) Se hace referencia a la necesidad de evaluar si el sistema de seguridad social, el cual se busca ampliar como parte del “*paraguas protector del derecho del trabajo*”, será viable por medio de impuestos generales o de cotizaciones, teniendo siempre presente el rol contributivo conformado por los trabajadores/as contratados formalmente (Central Unitaria de Trabajadores y Fundación Friedrich Ebert, 2021, p. 21).

b) En materia de derechos sociales, se propone la existencia de un “piso de seguridad social”, el cual se define como “una red de protección con la finalidad de otorgar garantías y prestaciones mínimas para la cobertura de riesgos sociales de carácter universal y con financiamiento exclusivamente de los impuestos generales” (Central Unitaria de Trabajadores y Fundación Friedrich Ebert, 2021, p. 40) y que “tendrá como función la superación de la pobreza de aquellos grupos vulnerables. Debe ser de carácter universal, financiado a través de los impuestos generales del país” (Central Unitaria de Trabajadores y Fundación Friedrich Ebert, 2021, p. 39).

c) Este piso de seguridad social se considerará de carácter no contributivo y aunque se menciona que se remitirá exclusivamente para su fi-

nanciamiento a los impuestos generales, también se contempla en el informe que también se utilizarán para ello otros ingresos del Estado (Central Unitaria de Trabajadores y Fundación Friedrich Ebert, 2021, p. 40). Entre las prestaciones que contempla, se encuentran (1) acceso universal a la salud; (2) pensiones asistenciales para adultos mayores y trabajadores no remunerados del hogar; (3) seguridad de ingreso para niños/as y adolescentes y quienes no tengan renta suficiente; (4) prestaciones de seguro de desempleo, invalidez, maternidad a todo evento —incluidos pre y posnatal—; (5) “sistemas de capacitación y readaptación laboral o profesional”. Lo anterior, en complemento a un sistema de seguridad social efectivamente contributivo (segundo nivel de protección, conforme al Convenio núm. 102 OIT) y a un sistema de seguros privados voluntarios de mejora (tercer nivel de protección, bajo supervigilancia y reglamentación estatal)

2. Partidos políticos

1) En octubre de 2020, la plataforma política *Convergencia Progresista* (conformada por los partidos Socialista, por la Democracia y Radical, actualmente *Socialismo Democrático*, que suma al partido Liberal), desde la labor de un grupo de profesores de derecho público bajo la coordinación conjunta de los académicos de la Universidad de Chile Felipe Peroti y quien expone (Zúñiga Urbina y Peroti Díaz, 2020), generó el documento “Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista”, la cual rescató como relevantes las siguientes consideraciones para una nueva Constitución:

a) Contempla en la nueva Constitución, entre otros deberes, de la contribución a la Hacienda pública mediante impuestos y otras exacciones, pues:

son los que cobran mayor trascendencia desde una perspectiva de futuro, pues su configuración se basa exclusivamente en la relación de los ciudadanos con el Estado, a fin de garantizar una adecuada convivencia en sociedad, y una relación sostenible con el medio ambiente, la cual se vincula con el principio de solidaridad entre las generaciones presentes y las generaciones futuras. (Zúñiga Urbina y Peroti Díaz, 2020, p. 57)

- b) El fin de los privilegios tributarios y de las ayudas o subvenciones fiscales para iglesias y sus dependencias, incluidos establecimientos educacionales.
- c) La generación de:

tributos regionales por actividades desarrolladas en la región y que supongan un impacto o daño relevante para el medio ambiente, determinados por cada Gobierno Regional, e ingresos por los servicios que presten directamente aquellos, todos los cuales estarán regulados en una ley de rentas regionales. (Zúñiga Urbina y Peroti Díaz, 2020, p. 76)

- 2) El Partido Demócrata Cristiano, en sus “*Bases Constitucionales DC para la Nueva Constitución*”, fechado el 7 de enero de 2021 y elaborado por un grupo de académicos presidido por el docente de la U. de Chile Claudio Troncoso, señala expresamente lo siguiente:

- a) “Somos partidarios de un sistema tributario que tienda a la progresividad. Los tributos que se recauden ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado. Exceptuase de lo anterior aquellos tributos de identificación regional o local, según el principio de descentralización fiscal, todo ello en conformidad a la ley” (Partido Demócrata Cristiano, 2021, p. 34).
- b) “*La Nueva Constitución reconocerá al contribuyente las garantías de legalidad y justicia del tributo*” (Partido Demócrata Cristiano, 2021, p. 34. Énfasis del original).
- c) A la hora de hablar de una propuesta de Estado unitario descentralizado, consideran entre sus atribuciones: “iii. Gestionar los recursos patrimoniales y financieros, y fiscales y avanzar en la posibilidad de establecer tributos, en el marco definido por la Constitución y la ley.” (Partido Demócrata Cristiano, 2021, p. 48), y en ese sentido, se detalla que

229. En materia de endeudamiento, se trata de otorgar facultades para operar, en el marco financiero y de endeudamiento limitado y con responsabilidad fiscal, a los gobiernos regionales de conformidad con regulación legislativa y se prohíbe tratamiento discrecional de la ley sobre tributos regionales. Lo anterior para efectos de posibilitar márgenes de funcionamiento financiero a los gobiernos regionales, regulados legalmente, para efectos

de financiar proyectos estratégicos para el desarrollo de la región respectiva. (Partido Demócrata Cristiano, 2021, p. 50)

- 3) En ese mismo mes, el partido Evolución Política (más conocido como Evópoli) daba a conocer sus “Bases Constitucionales de Evópoli – Una nueva Constitución y un nuevo Estado para Chile”, haciendo referencia a lo siguiente:

Por otra parte, creemos que la Constitución debe favorecer la libertad para emprender bajo reglas del juego justas y claras. Es por ello que se deben mantener una serie de reglas razonables de protección de los derechos de los ciudadanos en materia económica, en particular la legalidad, proporcionalidad y justicia tributarias, la no discriminación arbitraria y la libre iniciativa en materia económica. (EVÓPOLI, 2021, p. 10)

- 4) Se incluye en este punto, aunque no sea un partido político propiamente tal, al bloque de convencionales constituyentes *Independientes no neutrales* (2020) [luego conocidos como *Independientes nueva Constitución*], a la hora de abordar su propuesta de Estado descentralizado, hacen alusión a la

autonomía fiscal regional y local, con financiamiento de los gobiernos regionales y locales mediante transferencias, coparticipación en el rendimiento de tributos y endeudamiento regulado; y responsabilidad Fiscal, con eficiencia, probidad, transparencias y rendición de cuentas en la gestión de competencias y recursos. (p. 16)

3. Centros de estudios

- 1) En enero de 2021 también se dio a conocer, por parte del centro de estudios *Libertad y Desarrollo* (de conocidos vínculos con los partidos de derecha Unión Demócrata Independiente y Renovación Nacional), su documento “*Con control de cambios*”, el cual hacía el siguiente tratamiento al tema:
 - a) En el marco de una defensa a la no discriminación arbitraria en materia económica, se hace referencia crítica al que, antes de su consa-

- gración en la Carta actualmente vigente, ello permitía la existencia de franquicias tributarias a personas y empresas.
- b) “En materia de tributos, se mantiene el principio de no afectación ya que la afectación complica la adecuada administración financiera, pues de permitirse, surge la obligación de subir otros impuestos para compensar los recursos que son materia de esa afectación. Esto puede generar presión de gasto, es decir, una presión importante por mayores tributos. Si bien es cierto que la ley de transferencia de competencias a los gobiernos regionales traslada —en alguna medida— al gobierno regional facultades y estas deben efectuarse con los correspondientes recursos, de ahí no se colige que deba haber tributos de afectación. Es posible, quizás, hacer concesiones en una norma especialísima, respecto de los bienes de clara identificación local o regional, siempre y cuando se salvaguarden las otras normas de administración financiera”. (Libertad y Desarrollo, 2021a, p. 21)
 - c) “*Derechos tributarios. Se propone terminar con los tributos afectos a fines de defensa nacional. Todo lo demás se mantiene*”. (Libertad y Desarrollo, 2021b, p. 23. Énfasis del original).
 - d) Finalmente proponen un modo de enunciación para la consagración de la igualdad tributaria, que evoca bastante a la actual redacción:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas: No. 20.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo. (Libertad y Desarrollo, 2021a, pp. 23-24)

Lo anterior fue reforzado por un documento de trabajo posterior de fecha 9 de julio de 2021: “Derechos tributarios, necesarios para una sociedad justa” (Libertad y Desarrollo, 2021b), en los cuales se pro-

fundiza en la estructura de principios que debería tener la nueva Constitución, la mayoría de los cuales son ya contemplados en la actual “Constitución”: (1) Legalidad tributaria; (2) Igualdad tributaria; (3) Proporcionalidad tributaria; (4) Justicia tributaria; (5) No afectación específica. A ellos se sumarían otros nuevos principios: (a) Generalidad de los tributos; (b) Capacidad contributiva; (c) Equidad vertical; (d) No confiscatoriedad de los impuestos; (e) Neutralidad; (f) Simplificación, modernización, eficiencia y certeza jurídica

- 2) A su vez, en marzo-abril de 2021, Horizontal Chile, centro de estudios de orientación de derecha liberal, consideró los siguientes puntos como relevantes en su documento “Evolución constitucional. Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución”:
 - a) Reconocimiento expreso en la carta de derechos (pensando en una continuidad con la Carta actualmente vigente, cuyas reglas se consideran por este grupo como “razonables”) de la legalidad e igualdad tributaria.
 - b) Sin embargo, ello debe ir de la mano con una modernización del estatuto tributario en general, así como de toda la estructura del derecho de propiedad, cargas públicas y beneficios especiales.
 - c) “El tamaño del Estado, la carga tributaria, las políticas sociales y laborales, el rol de las empresas estatales o la flexibilidad de la planificación económica estatal (compatible con una democracia constitucional y un régimen sano de libertad económica) deben ser dejadas a la política democrática, al mandato ciudadano, y no a una regla constitucional que zanje ex ante la discusión” (Horizontal, 2020, p. 34).
 - d) En ese sentido, la regulación tributaria que debe establecer el legislador debe ir sintonizado con una dimensión de equidad, en una perspectiva redistributiva.
 - e) Finalmente, la creación de una nueva justicia administrativa, bajo la cual quedaría incluida la actual judicatura tributaria y aduanera.
- 3) Contemporáneamente, el Centro de Estudios Pedro Aguirre Cerda (2021), vinculado directamente al Partido Radical, dio a conocer un libro llamado “Propuestas Radicales para una nueva Constitución”, cuyo enfoque es más de diagnóstico de la situación actual antes que de proposición de un modelo constitucional propiamente tal. De todos modos, entrega antecedentes interesantes en materia de desafíos en materia tri-

butaria, relacionados con el rol que de este modo cumple el Estado a la hora de combatir la desigualdad social que afecta a nuestro país. En este sentido, advierte: “A medida que la sociedad vaya demandando y exigiendo más prestaciones de parte del Estado, el aumento de la carga tributaria es inevitable [...] Lo anterior requiere una reforma tributaria que paulatinamente y de forma progresiva permita a este nuevo modelo de Estado redistribuir los ingresos especialmente hacia los más necesitados” (p. 39). Todo lo anterior en pos de consolidar un modelo de Estado social y democrático de derecho.

- 4) La Fundación Nodo XXI (2021), ligada a la coalición *Frente Amplio*, aludió en sus “Principios para una refundación orgánica del Estado”, a la necesidad de avanzar en una descentralización en materia fiscal y tributaria, dando mayores facultades y fortaleciendo a los gobiernos regionales (p. 13).
- 5) El Instituto Libertad, relacionado con el partido Renovación Nacional, trató el tema en su documento “Orígenes y alcances discusión constitucional” del siguiente modo:
 - a) “La ley debe establecer en todos sus elementos los tributos, de manera igualitaria y reflejando la real capacidad contributiva de las personas. Asimismo, debe prohibirse cualquier tributo injusto o desproporcionado, eliminando la exigencia actual de que dicho vicio sea manifiesto”. (Instituto Libertad, 2021, p. 18).
 - b) Se considera como “deber constitucional” el de “pagar los tributos y asumir las cargas que señale la ley” (Instituto Libertad, 2021, p. 19).
 - c) Consideración de las franquicias tributarias como uno de los modos de ayudar a las familias abocadas a la crianza de niños/as.
 - d) “Facilitar a las regiones la administración directa de una parte de lo que se recaude por impuestos a la renta, permitiendo adicionalmente que contra dichos recursos, las mismas regiones puedan conceder beneficios tributarios a los proyectos productivos que se instalen en sus territorios” (Instituto Libertad, 2021, p. 24).
- 6) Finalmente, el centro de estudios *Poder Electoral Constituyente*, por intermedio de las palabras de su fundador, el académico Eric Eduardo Palma, a la hora de abordar esta materia en el marco de lo que denomina

el “Constitucionalismo Ambiental, Igualitario y Participativo”, propone lo siguiente:

- a) Garantía de la igual repartición de los tributos y de las cargas públicas.
- b) Ingreso al patrimonio fiscal de todo tributo.
- c) Autorización legal de la afectación de determinados tributos a “fines específicos de significación social o interés general como la educación, la seguridad social o la salud”. Dentro del mismo marco, también se muestra a favor de los tributos locales o regionales focalizados por actividades o bienes, con un fin específico: “el financiamiento de obras de desarrollo productivo o humano o con fines científicos o tecnológicos vinculados con las actividades que generan los recursos” (Palma González, 2021).
- d) Normativa, política y gestión tributaria orientadas en pos de la redistribución y de la justicia social, focalizada en especial en una mayor contribución por las grandes fortunas.

III. REPASO DE LOS DERECHOS Y GARANTÍAS RELATIVAS AL TRIBUTO EN EL ORDEN CONSTITUCIONAL ACTUAL

En este punto, sería relevante saber cuáles de estos principios se encuentran ya contemplados en el actual ordenamiento constitucional. Para ello, debemos remitirnos al artículo 19 N°20, cuyo texto es el siguiente:

20. La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo;

En ese sentido, la doctrina ha reconocido la existencia de las siguientes garantías concurridas en la igualdad tributaria:

- a) Principio de igualdad (inciso 1).
- b) Principio de proporcionalidad (inciso 1).
- c) Principio de progresividad (inciso 1).
- d) Principio de legalidad (inciso 1).
- e) Principio de no discriminación arbitraria (inciso 2).
- f) Principio de no afectación (inciso 3).
- g) Principio de no confiscatoriedad.

Pasaremos a revisar cómo los autores han entendido su alcance y contenido. Hacemos la precisión de que en este punto nos remitiremos únicamente a los aspectos tributarios, puesto que la doctrina, a la hora de abordar las cargas públicas, también se remite a aquellas personales (como lo era, en su momento, el servicio militar obligatorio).

El profesor Enrique Evans de la Cuadra (1986) consideró que el grueso de esta norma debió ser incluido en la parte orgánica de la “Constitución de 1980”, en la formación de la ley, ya que a su parecer no eran cautelados derechos de las personas en este acápite (pp. 133-134), posición que defendió en la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (en adelante, CENC) junto a Alejandro Silva Bascañán (quien calificó la redacción propuesta como una “*verdadera miscelánea*”), sumándose también en este parecer Jorge Ovalle (pp. 137-138). Tanto este autor como José Luis Cea Egaña (2008) hacen referencia a que estos incisos hacen referencia a la idea de “orden público económico” (pp. 509-510). Su concepción sobre la proporcionalidad y la progresividad no es muy diferente a la de los académicos ya referidos, y respecto a la igualdad tributaria, señala que

no busca, ni podría por cierto hacerlo, que todos en todas partes paguen igual cantidad de dinero en tributos en un mismo período. Lo que se busca cautelar es que, cualquiera que sea el monto de lo que se pague, el peso tributario sea el mismo para todos, de modo que contribuyan con la misma cuota de sacrificio según su situación económica, su renta o su actividad. (Evans de la Cuadra, 1986, p. 135)

Retomando a Cea Egaña (2008), si él bien pertenece a esta misma vertiente doctrinaria, más que nada se detiene a definir alguno de los principios

que hemos enunciado: legalidad (“Los tributos sólo pueden ser establecidos, modificados o abolidos en virtud de una ley, en sentido propio y sin efecto retroactivo”), igualdad (“Los tributos deben respetar el principio de isonomía de la ley y no incurrir, por consiguiente, en discriminaciones en la aplicación de ella”), proporcionalidad —que también denomina justicia— (“Los tributos deben ser adecuados a los objetivos de bien común perseguidos; razonables en las causas de su establecimiento o alteración, y justificados en atención a los hechos gravados”) y proporcionalidad (“los tributos deben ser proporcionados a las finalidades cuyo financiamiento se busca obtener con ellos”) (p. 512).

Por su parte, los profesores Mario Verdugo Marinkovic, Emilio Pfeffer Urquiaga y Humberto Nogueira Alcalá (1994) se encargan de distinguir entre la noción de impuesto (“prestación monetaria de carácter individual, recabada por el Estado a los particulares, de acuerdo con reglas fijas, con el objeto de financiar los servicios públicos de interés general”) (pp. 224-225) y de contribución (“gravámenes que se imponen a ciertas personas para realizar determinadas obras o para la mantención de servicios que las benefician en forma más especial que al resto de la colectividad”). En lo relativo al principio de igualdad, consideran que “lo garantizado es que la repartición de los tributos sea “igual”, expresión que no mira al tributo mismo, en su esencia, sino al sacrificio que debe hacer quien lo paga. En otros términos, la filosofía tributaria apunta al derecho de cada hombre de soportar las cargas, de manera que éstas sean por igual pesadas para todos” (p. 225), definiendo “cargas públicas” como “todas las prestaciones de carácter personal y todas las obligaciones de carácter patrimonial que no sean jurídicamente tributos, que la ley impone a la generalidad de las personas para el cumplimiento de determinados fines, ética y jurídicamente lícitos, queridos por el legislador” (pp. 225-226). Entienden que la proporcionalidad va orientada a los impuestos relativos al valor de los bienes (territorial, a las ventas y servicios) y la progresividad, respecto de los tributos por renta percibida. Finalmente, se remiten al debate de la CENC respecto a en qué hipótesis se podría considerar un tributo desproporcionado o injusto: “prevaleció el criterio de que ello sucedería en el caso de que por su elevado monto se impida el libre ejercicio de una actividad o mantuviere un carácter expropiatorio (Sesión N°398, p. 11)”, vinculándola directamente con el numeral 26 del mismo artículo, relativo a la prohibición de afectación en su esencia de los derechos fundamentales aquí consagrados por parte del legislador.

IV. ¿QUÉ CONTENDRÁ PROBABLEMENTE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN EN MATERIA TRIBUTARIA?

Retomando el análisis comparativo de las propuestas sintetizadas en el segundo capítulo, es momento de observar que, aun siendo muy distintas sus procedencias, tienden a compartir una suma de ideas basales comunes, consideradas como principios a la hora de entender la consagración constitucional de estas materias, y que como pudimos observar, en buena parte ya se encuentran considerados en el orden actual: (1) legalidad de los tributos; (2) solidaridad como fundamento; (3) redistribución como objetivo; (4) progresividad en las cargas tributarias; (5) descentralización (en distintas magnitudes, pero siempre presente).

También existe cierto nivel de acuerdo en la necesidad que el nuevo estatuto iusfundamental en materias tributarias provoque el impulso necesario para una nueva reforma legal en la materia, en pos de la concreción óptima de estos principios comunes.

En este sentido, el texto de Propuesta de Nueva Constitución evacuado del proceso constituyente “2.0” de 2019-2022, innovaba en su artículo 185 al establecer el siguiente eje al respecto:¹

Artículo 185

1. Todas las personas y entidades deberán contribuir al sostenimiento de los gastos públicos mediante el pago de los impuestos, las tasas y las contribuciones que autorice la ley. El sistema tributario se funda en los principios de igual-

¹ Complementaban este estatuto lo referido en los artículos 157.3 (“3. La iniciativa popular de ley no podrá referirse a tributos, a la administración presupuestaria del Estado ni limitar derechos fundamentales.”), y 158.2 (“2. No serán admisibles las iniciativas sobre materias que digan relación con tributos o administración presupuestaria del Estado.”), que excluían estas materias del ámbito de acción de la iniciativa popular de ley; y 184.2, sobre tributos específicos de protección medioambiental (“2. Con el objeto de contar con recursos para el cuidado y la reparación de los ecosistemas, la ley podrá establecer tributos sobre actividades que afecten al medioambiente. Asimismo, la ley podrá establecer tributos sobre el uso de bienes comunes naturales, bienes nacionales de uso público o bienes fiscales. Cuando dichas actividades estén territorialmente circunscritas, la ley debe distribuir recursos a la entidad territorial que corresponda”), a los cuales se sumaba la disposición transitoria vigesimosegunda (“1. Las disposiciones legales que establezcan tributos de afectación en beneficio de las entidades territoriales seguirán vigentes mientras no sean modificadas o derogadas. 2. Sin perjuicio de lo anterior, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de esta Constitución, el Congreso Nacional deberá tramitar los proyectos de ley que establezcan tributos de afectación territorial”).

dad, progresividad, solidaridad y justicia material, el cual, en ningún caso, tendrá alcance confiscatorio. Tendrá dentro de sus objetivos la reducción de las desigualdades y la pobreza.

2. El ejercicio de la potestad tributaria admite la creación de tributos que respondan a fines distintos de la recaudación, debiendo tener en consideración límites tales como la necesidad, la razonabilidad y la transparencia.

3. Los tributos que se recauden, cualquiera sea su naturaleza, ingresarán a las arcas fiscales o a las entidades territoriales según corresponda conforme a la Constitución. Excepcionalmente, la ley podrá crear tributos en favor de las entidades territoriales que graven las actividades o bienes con una clara identificación con los territorios.

4. Las entidades territoriales solo podrán establecer tasas y contribuciones dentro de su territorio conforme a una ley marco que establecerá el hecho gravado.

5. Anualmente, la autoridad competente publicará, conforme a la ley, los ingresos afectos a impuestos y las cargas tributarias estatales, regionales y comunales, así como los beneficios tributarios, subsidios, subvenciones o bonificaciones de fomento a la actividad empresarial, incluyendo personas naturales y jurídicas. También deberá estimarse anualmente en la Ley de Presupuestos y publicarse el costo de estos beneficios fiscales.

6. No procederá plebiscito y referéndum en materia tributaria.

Por su parte, la propuesta del Anteproyecto de Nueva Constitución, presentada a la ciudadanía el 5 de junio de 2023 luego de tres meses de trabajo, reproduce en el numeral 30 de su artículo 16 el estatuto actualmente existente en la Carta otorgada de 1980:

Artículo 16. La Constitución asegura a todas las personas: [...]

30. La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley y la igual repartición y proporcionalidad de las demás cargas públicas legales.

a) La ley no podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

b) Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

c) Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional.

Asimismo, la ley podrá autorizar que determinados tributos que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo.

Ahora bien, el contraste entre ambas propuestas de norma permite explicitar la existencia de ciertos disensos que son propios del debate ideológico en estas materias: por ejemplo, las distintas posturas en lo que respecta a las exenciones tributarias, o el objetivo que debe perseguir esta reforma tributaria que asoma en el horizonte), pero que en caso alguno son irresolubles. Sin embargo, ello escapa del debate iusfundamental por su extensión y especificidad: corresponderá al diálogo político en torno a una futura reforma tributaria el dar líneas en ese sentido, que permitan encauzar lo que el estatuto constitucional en materia tributaria determine.

Tomando nota de lo antes expuesto, nuestra prospectiva en la materia vendría a ser la siguiente:

- a) *Mantención de la igualdad tributaria y en relación con las cargas públicas en general.* Visto el consenso existente en la materia, es muy posible que exista una cierta continuidad marcada en esta materia entre el decreto ley iusfundamental que va de salida y el texto de la nueva Constitución.
- b) *Mantención de las garantías constitucionales tributarias.* En este sentido, el núcleo relativo a los principios de legalidad y de no confiscatoriedad de los tributos también debería ser materia de continuidad. Lo más probable (y deseable), de hecho, es que se refuerce el sistema de garantías vinculadas a la protección del contribuyente frente al Estado en este sentido, que fiscaliza y recauda tributos (SII, TTA, TGR). Probablemente, se agregará un principio de capacidad contributiva, que es un cambio de paradigma, asociado a la financiación de bienes y servicios públicos propios de los derechos económicos, sociales, culturales y económicos.
- c) *Mantención del derecho de iniciativa exclusiva del Poder Ejecutivo en materia financiera y de política tributaria.* Lo anterior, independientemente si es que es un régimen de gobierno presidencial, semipresidencial o parlamentario el que sea consagrado en la nueva Constitución. Aparte del hecho en sí mismo que el Poder Ejecutivo, en cuanto poder del Estado, se encuentra a cargo de la hacienda fiscal y de la planificación económica, puede influir también la consideración de la experiencia histórica

relativa a las “leyes periódicas”, en particular durante el período transcurrido entre 1891 y 1924, así como lo acontecido recientemente respecto a iniciativas de reforma constitucional relativas a los retiros de los fondos de pensiones. En ese sentido, lo recomendable es sin duda mantener la elaboración y ajuste de la política tributaria ajena a cualquier intento de “populismo constitucional fiscal” que pudiera generar inestabilidad en la economía u otros efectos nocivos por la obtención de una ventaja momentánea en el debate político.

- d) *Supresión del control preventivo de constitucionalidad en la materia.* La suma de desdichadas experiencias derivadas de un Tribunal Constitucional, que en el control preventivo, abstracto, preceptivo y facultativo ha funcionado más como órgano político que como lo que debe ser, un órgano jurisdiccional a cabalidad; sumado al efecto de “cepo” que provocan dentro de la evolución institucional chilena (al nivel de ser conocida ya popularmente como una “tercera cámara”), permiten ya prever, con relativa certeza, que este tipo de control será suprimido o restringido notoriamente en la nueva Constitución.
- e) *Inclusión de tribunales de lo contencioso administrativo y mejora del estándar de protección del administrado frente a la administración pública tributaria y aduanera.* Ya hemos esbozado que estamos en la antesala de un reforzamiento del sistema de garantías que el orden constitucional otorga a la ciudadanía en sus múltiples dimensiones (incluida la de contribuyente).
- f) *Inclusión de deberes constitucionales propiamente tales asociados a la contribución a la hacienda pública y a la solidaridad social.* Sigue la misma lógica del punto anterior, siendo uno de los pilares sobre los cuales se va a fundar el nuevo Estado social y democrático de derecho.

En ese sentido, el nuevo orden constitucional esperamos venga a saldar una vieja deuda, relativa al establecimiento de tribunales de lo contencioso administrativo, que en su minuto fuera un ejemplo paradigmático de las normas programáticas en la Constitución de 1925 (en específico, su artículo 87),² en que se esperó por décadas la regulación legal necesaria para

² El texto del artículo citado expresa: “Art. 87. Habrá Tribunales Administrativos para amparar a las personas contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas. Su organización y atribuciones son materia de ley”.

su aplicación, la cual finalmente nunca llegó. A su vez, el decreto ley iusfundamental núm. 3464, actualmente vigente, eliminó, a través de la reforma de 1989, la única referencia a ellos. Todo lo anterior se combinó con el hecho que la academia no se hizo cargo de tratar el tema doctrinariamente, tanto en lo relativo al contencioso administrativo general como a tribunales administrativos especiales y a los derechos procesales del contribuyente frente a la administración y justicia tributaria aduanera. Pues no basta únicamente con que existan tribunales administrativos especiales en esta materia, como sucede actualmente, sino que tiene que ceñirse en su proceder a las directrices de lo que entendemos como un Estado social y democrático de derecho.

Es esperable que los tribunales tributarios y aduaneros queden incorporados dentro de esta estructura contencioso-administrativa (sea de manera autónoma como ahora o subsumidos), la cual debe estar situados institucionalmente en el Poder Judicial, es decir, de un poder del Estado independiente e imparcial, sometido a la Constitución y a la ley. Ello debe ir de la mano con el reconocimiento de un estatuto de garantías del contribuyente (incluido un debido proceso legal administrativo y una defensoría del contribuyente efectivamente autónoma), el cual debe tener las herramientas procesales para poder exigir que se respeten los principios consagrados constitucionalmente como derivación de la igualdad de cargas públicas, y así mantener a raya potenciales arbitrariedades de los agentes del Estado a cargo de la recaudación, fiscalización o elaboración de normas relativas a la política tributaria.

V. SITUACIÓN PARTICULAR DE LAS REGALÍAS Y DEL ROYALTY MINERO³

Un punto de innegable relevancia en este tema, por el impacto que podría tener en los ingresos fiscales y más en un contexto en el cual se está aspirando a instaurar un Estado social y democrático de derecho, ha sido el tratamiento que se dará en el nuevo texto iusfundamental al royalty en general y el royalty minero.⁴ Si ya bien hemos esbozado la opinión del Consejo Minero al respecto (véase capítulo 2), ha existido un constante debate sobre su in-

³ Resúmenes de prensa del estado de la cuestión en Gómez (2021) y Weissman (2021).

⁴ Una opinión a favor es la del economista José Gabriel Palma (2021a; 2021b), quien ha expuesto su parecer en una serie de columnas.

clusión en sí y el alcance que debiera tener, en caso de ser incorporado en la nueva Constitución.

Todo lo anterior, en el contexto en que ya se está debatiendo en el Congreso Nacional un proyecto de ley que incorpora una nueva regalía a esta actividad económica,⁵ en razón de la baja carga tributaria impuesta a la minería (en especial, la cuprífera) en comparación a otros países productores,⁶ aún con el royalty ya vigente por medio de la Ley N°20.026 de 2005, modificada por la Ley N°20.469 de 2010.⁷

Pero antes de poder abordar en detalle esta situación, se hace necesario contextualizar qué es una regalía, y por qué tiene un carácter distinto al de un tributo (impuesto o contribución, apelando en este sentido a las definiciones ya hechas por los profesores Verdugo, Pfeffer y Nogueira). En este sentido, la Historia del Derecho ayuda a contextualizar el origen de esta institución: la profesora mexicana María del Refugio González (2007) explica que este concepto surge en el siglo XV, y que correspondía originalmente “al

⁵ Véase en este sentido este análisis de Luis Felipe Orellana (2021a; 2021b) que data de mayo del presente año, cuando fuera aprobado por la Cámara de Diputados el proyecto referenciado El parecer del Senado (2021) estaría en sintonía con el de la Cámara de Diputados.

⁶ Véase informe de Juan Pablo Cavada Herrera (2019) al respecto. En este sentido, opiniones contrapuestas en Sturla Zerene y otros (2018) y Cases, Dardati y Leitch (2021).

⁷ El 25 de octubre de 2022 se presentó, por parte del Poder Ejecutivo, el Oficio núm. 175-370, que tiene por objeto retirar y formular indicaciones al proyecto de ley referido. Consta de 10 puntos, entre los que podemos destacar el cambio de nombre del proyecto en sí (a “Proyecto de ley sobre Royalty a la Minería”), el reemplazo de sus artículos 1o. (cuyo primer inciso, en concordancia al nuevo título, señala que se establece un impuesto denominado “Royalty minero”) y 2o. (que establece un componente ad-Valorem del Royalty, “con una tasa de un 1%, sobre las ventas anuales de cobre de los exportadores mineros cuyas ventas anuales sean superiores al equivalente de 50.000 toneladas métricas de cobre fino” y que, si en el ejercicio comercial la renta imponible operacional minera arroja saldo negativo, este componente “corresponderá a la cantidad positiva que resulte de restar al componente ad-Valorem determinado según el presente artículo, el monto negativo de la renta imponible operacional minera ajustada”), estableciendo las fórmulas correlativas en los artículos 3o. a 5o. nuevos propuestos. Se propone, en nuevos artículos 6o. a 8o., un concepto de “renta imponible operacional minera”, la posibilidad de pago de un pago provisional mensual equivalente a “un porcentaje sobre los ingresos brutos percibidos o devengados que provengan de las ventas de productos mineros” y su devengamiento anual, “que deberá ser declarado y pagado en el plazo señalado en el artículo 69 de la Ley sobre Impuesto a la Renta” (mes de abril); a su vez, se le hacen aplicables las normas del Código Tributario (nuevo art. 10) y se crea un Fondo Regional para la Productividad y Desarrollo para el financiamiento de los Gobiernos Regionales (nuevo art. 11: un 35% de los fondos se destinarán directamente a las regiones mineras). Un resumen del proyecto en la prensa en Ibarra (2022)

derecho que el Estado ha tenido o se ha arrogado de intervenir en cuestiones eclesiásticas” (p. 172), fundamento mismo del derecho de patronato: esta noción con posterioridad se expandió, para abarcar “la preeminencia, prerrogativa o excepción particular y privativa que, en virtud de suprema autoridad y potestad ejerce cualquier soberano en su reino o Estado”, concepto que en el derecho indiano tuvo amplia aplicación en razón de considerarse las Indias Occidentales, en razón de las Bulas *Intercaetera*, una donación personal del Papa (entonces, Alejandro VI) a los Reyes Católicos y su sucesión en la Corona de Castilla. Luego de la independencia de los países americanos y al ir concretándose la separación entre el Estado y la Iglesia en ellas, el concepto mutó, sin perder su carácter de prerrogativa, pero reorientando su objeto hacia una de las principales riquezas de nuestros territorios: hoy se entiende como una “Contraprestación económica que recibe el Estado por la explotación de un recurso natural no renovable cuya producción se extingue por el transcurso del tiempo”⁸ Es decir, más se asimila a la figura jurídica de una exacción o canon, cuyo pago se ordena por el Estado periódicamente en función de la realización de una determinada actividad, antes que a la concepción misma de tributo, sea impuesto o contribución.

Hecha esta necesaria precisión, es posible abordar a fondo el análisis de la situación constitucional del royalty en materias mineras. De antemano, se debe mencionar que las opiniones de los principales representantes gremiales en el área no se han caracterizado precisamente por su templanza, amenazando con prácticamente la ruina del sector, primero si se aprueba el proyecto de ley actualmente en trámite, luego si se realizan modificaciones sustanciales al estatuto de la propiedad minera en la nueva Constitución.⁹

Al respecto, consideramos que pensando que en el diseño de la nueva arquitectura institucional, orientada hacia un Estado social y democrático de derecho, se requerirá ampliar las vías de financiamiento fiscal y fortalecer las ya existentes. Pero el desglose de su regulación debería corresponder sin duda alguna a la ley, evitando establecer cánones propiamente tales dentro de la misma Constitución, solo las garantías constitucionales propias de la imposición de regalías, como el principio de legalidad y de no confiscatoriedad. Como bien muestra nuestra historia, la minería es una actividad di-

⁸ Véase “Regalía” en Muñoz Machado (2017). En el mismo sentido, Serra Rojas (2001, p. 1006).

⁹ Ejemplos de lo anterior en Bnaméricas (2021); Morales (2021); Guía Minera de Chile (2021) y Consejo Minero (2021b).

námica y con ciclos productivos marcados por la disponibilidad de recursos no renovables: establecer una regulación estricta en demasía con rango constitucional podría no ser idónea a los futuros escenarios económicos en este sentido y, más aún, sería más dificultoso el poder reformar el texto constitucional respecto de una norma de rango legal.

Lo anterior se vincula fuertemente con otras dos materias que la nueva Constitución es muy probable que genere cambios relevantes: el estatuto mismo de la propiedad minera y la expansión del catálogo de derechos y garantías en pos de la construcción de un Estado social y democrático de derecho, que implicará necesariamente una mayor inversión fiscal en prestaciones de base para quienes se encuentren en determinados estados de necesidad.

Y en ese contexto, se debe tener presente algo que en verdad rige para todo el sistema de derechos fundamentales y garantías: lo ideal siempre va a ser, para que una Constitución sea efectivamente funcional y tenga vitalidad propia, es que deje el desarrollo de sus reglas a la ley, la cual se adaptará a las circunstancias que imperen en una coyuntura determinada. Sin duda su contenido dogmático debe proyectarse a todo el ordenamiento jurídico, y en ese sentido los principios enunciados en este trabajo deben ser considerados, y no es incompatible con ello consagrar la potestad expresa aunque bien ella podría subsumirse en la regulación propia de las materias de ley, o incorporándosele como complemento del estatuto de propiedad minera; pero en sí no es conveniente que un establezca en el texto que elaborará cánones de este tipo, porque se escapa de los contenidos que una norma iusfundamental debe tratar.

Al momento de desarrollar este trabajo, se encuentra en su fase final de tramitación el proyecto de ley contenido en boletín N°12093-08, presentado el 12 de septiembre de 2018 y de autoría de las diputadas y diputados Natalia Castillo, Daniella Cicardini, Jaime Mulet, Catalina Pérez, Marcelo Schilling, Alejandra Sepúlveda, Esteban Velásquez, Pedro Velásquez y Pablo Vidal. Su denominación es "*Establece en favor del Estado una compensación, denominada royalty minero, por la explotación de la minería del cobre y del litio*", y sus fundamentos, sintéticamente, son los siguientes:

- a) La relevancia de la minería en la economía nacional, tanto históricamente como en la actualidad.
- b) El no haber sido abordado en total "el retorno que esa actividad ha tenido para el Estado de Chile, en cuanto a retribución por la explotación del recurso minero" (p. 1).

- c) Lo anterior adquiere singular importancia, en razón de ser el cobre “un recurso natural no renovable, y de gran trascendencia en la sociedad, no solo en lo impositivo, sino que en todo el aspecto económico” (p. 2).
- d) También se hace referencia a hacer ejercer lo establecido en el artículo 19 núm. 24 inciso 6o. de la Constitución, en lo referido a que “Los predios superficiales estarán sujetos a las obligaciones y limitaciones que la ley señale para facilitar la exploración, la explotación y el beneficio de dichas minas”, más en relación que la explotación minera privada más que duplica la producción de CODELCO (24.062.000 toneladas métricas de cobre v/s 11.803.500 en el período 2010-2016). Lo anterior se refuerza con el establecimiento de tales obligaciones por ley al concesionario minero, conforme al inciso 7 del mismo artículo.
- e) Finalmente, se hace referencia a la necesidad de compensar ingresos que “permitirían reparar y mitigar las externalidades negativas de la producción minera en aquellas comunas en donde se desarrollan [tales actividades]” (p. 7)

Se definió en esta oportunidad al Royalty como:

Un derecho que el Estado soberano cobra al concesionario por la explotación de sus riquezas naturales, el cual es aplicado en gran parte de los países desarrollados, abundantes en recursos naturales. En esos países, el Estado utiliza el royalty como instrumento de compensación por usufructuar un recurso, que por disposición constitucional le pertenece al Estado.

Tomando nota de la distinción que existiría entre este instrumento y el impuesto específico a la actividad minera, que fuese establecido por la Ley núm. 20.026 de 2005 y modificado por la Ley núm. 20.469 de 2010, inserto en la Ley sobre Impuesto a la Renta (decreto ley núm. 824), hace eco de un informe de la Biblioteca del Congreso Nacional que califica éste como un impuesto específico a la renta y no como un royalty propiamente tal, en razón de su base imponible y la diferencia de magnitud en el PIB entre ambas cargas: 0.3% en el caso del impuesto referido, equivalente al 3.8% de la utilidad en el período 2010-2026, sumado a un 27% por impuesto a la renta, mientras que el royalty propuesto se remitiría a establecer una carga no en relación a las utilidades, sino al valor nominal de lo extraído (en el proyecto original, 3%, de pago anual y destinada a “obras de desarrollo en las comunas en donde se encuentren los yacimientos respectivos de donde se ex-

traiga el mineral, que permitan mitigar los efectos ambientales que produzca la actividad minera”). Por ende:

En este sentido, queda claro que el concesionario minero deberá entonces soportar las obligaciones que la ley exprese, las cuales emanan justamente de su calidad de dueño de la concesión, pero no del recurso en sí mismo, que se mantiene en el Estado.

En tales términos, se justifica el establecimiento de un royalty, toda vez que constituye una compensación por el hecho que el Estado se despoje de la explotación de las minas que le pertenecen. (pp. 6-7)

Se estableció una excepción, de todos modos, en favor de la pequeña minería del cobre y del litio: aquel que explote cantidades anuales no superiores a 12,000 toneladas métricas de cobre fino o 50,000 toneladas de litio metálico, quedará exento del royalty.

La tramitación del proyecto en el Congreso Nacional ha sido larga y engorrosa: conociendo primero la Comisión de Minería y Energía de la Cámara de Diputadas y Diputados, pasó en marzo de 2021 a conocer la Comisión de Hacienda. En la primera comisión, se incorporaron tres nuevos incisos relativos a dos reglamentos asociados: el primero “determinará la forma en que se calculará el monto específico de la compensación que deberá pagar cada explotador minero, la oportunidad y forma de su pago, y cualquier otra circunstancia que se requiera para la ejecución de la presente ley”; y el segundo, otro que “regulará la administración, operación, condiciones, destino y distribución de los recursos del Fondo de Convergencia Regional”. Asimismo, se hicieron dos reservas de constitucionalidad: la primera, del subsecretario de Hacienda de la época (Francisco Moreno, del segundo período del Presidente Sebastián Piñera Echenique), por transgresión del artículo 65, inciso 4, núm. 1 de la Carta de 1980, que establece la iniciativa exclusiva del Presidente de la República en materia tributaria, y de varios diputados de la bancada de la Unión Demócrata Independiente, respecto de todo el articulado salvo el inciso tercero. Sin embargo, la Comisión de Hacienda, en votación ajustada, recomendó rechazar el proyecto por siete votos contra cinco, precisamente por considerar los diputados del entonces gobierno que el proyecto era inconstitucional, y que se superponía al impuesto específico a la actividad minera —generando, a su parecer, perjuicios económicos evitables y pérdida de competitividad—.

Conociendo la Sala de la Cámara Baja en general el proyecto, en sesión de 24 de marzo de 2021, aprobó ésta su contenido por 91 votos a favor, de un total de 154 diputados en ejercicio. Se realizó nueva reserva de constitucionalidad, esta vez del diputado Issa Kort (UDI), reiterando la supuesta infracción al artículo 65, inciso 4, núm. 1 de la Constitución vigente, sumando a éste el artículo 19, núm. 20 (sobre legalidad tributaria), y, en específico, sus incisos 2 a 4 (en relación con los principios de no discriminación tributaria y no afectación tributaria).

Pasaron a conocer ambas Comisiones, en el mismo orden sucesivo, de su discusión en particular: en este sentido, Minería y Energía realizó cambios aún más sustanciales al proyecto,¹⁰ al igual que la Comisión de Ha-

¹⁰ Los cambios efectuados en la Comisión de Minería se sintetizan en:

A) Se extiende a la explotación de todas las sustancias concesibles.

B) Se redistribuye su destino:

a) 75% a financiar directamente proyectos “que contemplen medidas de reparación, mitigación o compensación de los impactos ambientales provocados por la actividad minera en las comunas en donde se encuentren los yacimientos respectivos de donde se extraiga el mineral, a obras de desarrollo de infraestructura crítica e infraestructura digital en las regiones donde se realice la explotación minera o a inversión en infraestructura o programas de investigación en universidades estatales cuyas casa central y rectoría se encuentren emplazadas en las regiones mineras”.

b) 25% a un Fondo de Convergencia Regional, “que estará integrado solo por las comunas que pertenezcan a las regiones en que se realice explotación minera de conformidad con lo dispuesto en la presente ley, que financiará proyectos de desarrollo regional y comunal en la forma que determine el reglamento”.

C) Se establece una tributación diferenciada para las siguientes hipótesis en que “el precio promedio anual de cobre, registrado según las cotizaciones de la Bolsa de Metales de Londres supere los dos dólares por libra”, respecto de la parte adicional del precio, por su monto *ad valorem* por ventas anuales:

a) Entre US\$ 2-2,5: 15%.

b) Entre US\$ 2,5-3: 35%.

c) Entre US\$ 3-3,5: 50%

d) Entre US\$ 3,5-4: 60%

e) Sobre US\$ 4: 75%

D) Se estableció que el monto de compensación adicional al 3% se destinará, mientras dure el estado de excepción constitucional por COVID, a financiar una renta básica y universal de emergencia: finalizado éste, se redestinará a ingresos generales de la nación.

E) También se fijó la posibilidad de establecer rebajas a las tasas marginales superiores al valor de US\$ 2 por libra de cobre si el explotador minero produce cobre blíster (5%), ánodos de cobre (7%) y mineral refinado (costo de la refinación), siempre que la producción sea acreditada por la Comisión Chilena del Cobre en los niveles de procesamiento respectivo.

F) También se fija que hasta un 3% del monto total recaudado será destinado a “contribuir al financiamiento de los proyectos que el Ministerio de Ciencias, Tecnología, Conocimiento

cienda.¹¹ Asimismo, se incorporó un artículo transitorio señalando que la compensación referida en el inciso 1° “sólo se aplicará en la venta de litio y minerales no concesibles si dicha compensación es mayor a la establecida en los respectivos contratos de arrendamiento y explotación vigentes, establecidos entre el Estado de Chile a través de CORFO y explotadores mineros privados”.

Conociendo la Sala de la Cámara en particular en sesión de 06 de mayo de 2021, éste fue aprobado por 85 votos a favor, 50 en contra, 4 abstenciones y tres inhabilitaciones.¹²

Conociendo en segundo trámite el Senado, siguió el mismo orden de comisiones: primero, Minería y Energía; después, Hacienda. El 21 de septiembre de 2021 se publicó el informe general de la primera comisión, habiéndose

e Innovación ejecuta en relación al desarrollo científico de investigación aplicada y capacitación de recurso humano avanzado”, priorizando aquella relativa a COVID-19 mientras mantenga su calificación de pandemia global por la OMS.

G) Finalmente, se suprime la exención relativa al mínimo extractivo de toneladas de litio.

¹¹ La Comisión de Hacienda introdujo tres modificaciones al artículo único, en razón de tres indicaciones del diputado Marcelo Schilling (PS):

A) Al inciso primero, se redistribuyen los márgenes de compensación (25% al Fondo de Convergencia Social; 25% a las obras de infraestructura y proyectos de investigación; 50% a ingresos generales de la Nación.

B) Al sexto, se suprimen las referencias relativas a la investigación para COVID-19, puesto que los recursos para ellos, en razón de ser contingencia, deben salir de otra herramienta que no sea un instrumento tributario permanente.

C) Y al undécimo, se elimina la frase “que contemplen medidas de reparación, mitigación o compensación de los impactos ambientales”, en razón que la empresa que causa el daño ambiental debe repararlo, sin que ello se impute a la tributación percibida.

¹² En las votaciones de nuevas modificaciones:

A) Se rechazó el inciso 1 reformulado por la Comisión de Hacienda (41 a favor, 93 en contra, 3 abstenciones, 3 inhabilitaciones) pero sí se aprobó la redacción del resto propuesta por la Comisión de Minería y Energía (80 a favor, 54 en contra, 5 abstenciones, 3 inhabilitaciones, mismo margen por la que se aprobó los incisos nuevos 2, 4 y 11 que propusiera);

B) Se aprobó el inciso 4 reformulado en la Comisión de Hacienda (90 a favor, 36 en contra, 10 abstenciones, 3 inhabilitaciones)

C) Se aprobaron los siguientes nuevos incisos propuestos en la Comisión de Minería y Energía: 5 (78 a favor, 55 en contra, 3 abstenciones, 3 inhabilitaciones), 6 (83 a favor, 51 en contra, 3 abstenciones, 3 inhabilitaciones).

D) Se rechazó por amplia mayoría el nuevo inciso undécimo propuesto por la Comisión de Hacienda (19 a favor, 111 en contra, 4 abstenciones, 3 inhabilitaciones).

E) Se rechazaron dos indicaciones renovadas: una sustitutiva, del diputado Francisco Eguiguren (RN), y otra que adicionaba un artículo transitorio, del diputado Daniel Núñez (PC).

aprobado por tres votos a favor (senadoras Allende y Provoste, senador Girardi) y dos en contra (senadores García Huidobro y Prohens), recibiendo más de setenta audiencias en la instancia. Pasó a ser discutido en sala el 2 de noviembre de 2021, votándose finalmente el día 30 del mismo mes: se aprobó el proyecto en general por 18 votos a favor y 16 en contra, abriéndose plazo para indicaciones que fue prorrogado hasta el 4 de enero de 2022.

La tramitación en particular en la Comisión de Energía se desarrolló durante los meses de enero y marzo de 2022, evacuándose informe el 15 de este último. Se aprobaron con modificaciones 7 indicaciones, quedando el artículo para esta oportunidad estructurado en siete artículos:

- Artículo 1o.: Compensación denominada “Royalty”, que también define a sus dos componentes sumados: “*ad valorem*” [porcentaje de las ventas anuales de productos mineros] y “*componente de rentabilidad*” [diferencia entre ciertos pagos del explotador minero y el resultado de aplicación de tasa marginal y progresiva en base al Margen de Explotación Minera Ajustado (cuyos factores se individualizan en el artículo)].¹³ Incluye dentro del canon a los explotadores de minería no *metálica* “*cuya operación incluya la extracción de litio*”.
- Artículo 2o.: Régimen para la minería del cobre, establece los porcentajes sobre los cuales se computarán los componentes que constituyen el royalty.¹⁴
- Artículo 3o.: Régimen para la minería no *metálica* cuya operación incluya extracción de litio, que rige para todos aquellos que no hayan suscrito

¹³ Conforme al artículo 2o., se fija una tabla de tasas marginales diferenciales para los productores de más de 200,000 toneladas métricas de cobre y en un margen de precios que llega hasta US\$5,57 dólares la libra en la cotización de la Bolsa de Metales de Londres. Cabe destacar que en los casos en que se compute la diferencia del componente de rentabilidad, si esta resulta negativa, su saldo “deberá imputarse a los ejercicios contables siguientes, con el respectivo ajuste monetario”.

¹⁴ Para este caso, se establece un tope diferencial de 200.000 toneladas métricas de cobre anuales:

1) Si producen menos, el componente “*ad valorem*” será el 1% de sus ventas anuales de éstas.

2) Si producen más, entra a depender del precio promedio anual del cobre en la Bolsa de Metales de Londres:

A) Precio promedio de máx. US\$2.25: misma regla del primer caso.

B) Precio promedio en el rango US\$2.25-3.5: 2% del total de las ventas anuales.

C) Precio promedio superior a US\$3.5: 3% del total de las ventas anuales.

contratos con CORFO en el Salar de Atacama, con un componente “ad valorem” de 3% de las ventas anuales y un componente de rentabilidad que se computará en la diferencia entre la tasa marginal progresiva sobre el Margen de Explotación Minera Ajustado y los pagos realizados al Estado por concepto de Contratos Especiales de Operación del Litio.

- Artículo 4o. Destino de la compensación, señalándose que se adjudicará por partes iguales a un Fondo de Innovación Regional (administrado por el Gobierno Regional)¹⁵ y a un Fondo de Desarrollo e Innovación Nacional (a cargo de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo):¹⁶ su pago será anual por el explotador minero respectivo —“toda persona natural o jurídica que extraiga sustancias minerales y las venda en cualquier estado productivo en que se encuentren”—; si es empresa, “recibirá un crédito tributario imputable a la renta equivalente al monto aportado con un tope máximo de la compensación total que paguen, siempre y cuando el monto del aporte sea superior al de la regalía”.
- Artículo 5o. Reglamentación, para calcular el monto específico de compensación a pagar, oportunidad, forma de pago y cualquier circunstancia relativa a la ejecución, así como la forma en que los diversos servicios públicos controlen el contenido y calidad de concentrados mediante tecnologías (Aduanas) y “cruce la información necesaria para la debida fiscalización y cumplimiento de la presente ley” (Impuestos Internos, Nacional de Geología y Minería, Comisión Chilena del Cobre y otros).

¹⁵ Este Fondo, de existir un Consejo de Recuperación Social y Ambiental, deberá financiar los programas que de esta emanen (al menos un 10% de los recursos), y se deberá destinar “exclusivamente a financiar proyectos de desarrollo regional y comunal”, así como “de protección y saneamiento ambiental” de las comunas se encuentren los yacimientos, así como a “obras de desarrollo de infraestructura o programas de investigación en universidades estatales cuya casa central y rectoría se encuentren emplazadas en las regiones mineras”, correspondiendo a un consejo multisectorial —alcaldes, universidades, ministerios— determinar su asignación.

¹⁶ Por su parte, este segundo fondo financiará “proyectos de investigación y desarrollo, incluidos su pilotaje y escalamiento productivos, que se podrán canalizar a través de Centros Colaborativos de Investigación y Desarrollo con asiento en los territorios donde se realiza la actividad productiva”, priorizando proyectos verdes.

- Artículo 6o.: Excepciones, relativas a pequeños mineros,¹⁷ mineros artesanales¹⁸ y pirquineros.¹⁹

Conociendo ahora la Comisión de Hacienda, tocó plazo para sus propias indicaciones, hasta el 11 de julio de 2022. La Sala del Senado acordó, al día siguiente, que emitiese un segundo informe la Comisión de Minería y Energía. El 25 de octubre se presentó, de igual modo, un boletín de indicaciones emanadas del Ejecutivo (Boletín núm. 175-370), así como el Oficio núm. IF 199, Informe Financiero Sustitutivo, que respaldaba estas últimas. En síntesis, los cambios del Ejecutivo se remiten a los siguientes puntos:

- Eliminación, al definir el componente *ad valorem*, de la distinción entre explotadores mineros en razón de su producción anual, y reemplazo de la escala de tasas por precios por una tasa única: 1% sobre las ventas anuales de cobre, ante ventas superiores a 50,000 toneladas métricas de cobre fino, eximiendo a quienes cuya renta imponible operacional minera ajustada resulte negativa.
- Esta renta, asimismo, resulta ajustada en el marco del componente sobre el margen, pues en cuanto base imponible del componente sobre rentabilidad, se incluirá como costo la cuota anual de depreciación financiera por bienes físicos del activo inmovilizado, con fórmula especializada para explotadores mineros con ventas anuales de 50% o más de cobre, por más de 50,000 toneladas métricas de cobre fino.²⁰

¹⁷ Definidos como “aquellas personas naturales o jurídicas con objeto minero, que en forma individual venden o benefician hasta 10.000 toneladas mensuales de minerales o su equivalente en productos mineros”, sean propietarios o arrendatarios de la pertenencia, siendo la extracción actividad realizada en virtud de concesión de explotación.

¹⁸ Individualizados como “aquellas personas que trabajan personalmente una mina y/o una planta de beneficio de minerales, propias o ajenas, con o sin la ayuda de su familia y/o con un máximo de cinco dependientes asalariados”, incluyendo sociedades legales mineras de máximo seis socios y cooperativas mineras, ambas conformadas íntegramente por mineros artesanales.

¹⁹ Establecidos como “aquellas personas que realizan las labores de extracción de mineral sin condiciones ni sistema determinado, generalmente en forma rústica y de manera independiente”.

²⁰ Pasando a ser en el caso por el margen operacional minero -cociente entre renta imponible operacional minera ajustada e ingresos operacionales-, en vez del precio del cobre.

- En materia de asignación de recursos, se hacen ajustes en los recursos 2025-2027 del Fondo para la Productividad y el Desarrollo, así como que se establecen dos nuevos aportes para los municipios.²¹
- También se hacen ajustes relativos al efecto sobre la recaudación fiscal, conforme a proyecciones más recientes de COCHILCO sobre aumentos tanto de producción como de costos (permanente de 5%).
- Se establece que al año siguiente de su entrada en vigencia, el Fondo Regional para la Productividad y el Desarrollo contará con 290,000 UTA, distribuidos entre los gobiernos regionales. En los dos años siguientes, ascenderá a 355,000 UTA.

La urgencia del proyecto, que había pasado a suma el 30 de agosto, se volvió de discusión inmediata el 13 de diciembre. Se abrió nuevo plazo de indicaciones durante el 03 de enero de 2023, evacuándose el segundo informe de la Comisión de Minería y Energía del Senado 15 días después. Se deja constancia de la aprobación de 23 indicaciones de 59 presentadas: el proyecto cambió de nombre, por indicación presidencial, a “Proyecto de ley sobre Royalty a la Minería” y quedó estructurado en 15 artículos, repartidos entre dos títulos. Otras modificaciones de relevancia son:

- Sustitución del artículo 1o., que se reformula estableciendo la obligación en sí al royalty (que se derivan a los artículos 2o. a 4o.) y establece un catálogo de conceptos que definen lo en ella dispuesto: explotador minero,²² producto minero,²³ venta,²⁴ ingresos operacionales mineros,²⁵

²¹ Ellos son: (1) incremento al aporte fiscal al Fondo Común Municipal de las comunas en regiones mineras, donde se encuentren yacimientos sujetos al Royalty (295.000 UTM entre 2025-2027, y mínimo 150,000 UTM después de 2027, fijado por Ley de Presupuestos), y (2) aporte fiscal de 1,052,000 UTM en favor de comunas que presenten mayor dependencia del fondo común municipal, considerando la totalidad de sus ingresos.

²² “Toda persona natural o jurídica que extraiga sustancias minerales de carácter concesible y las venda en cualquier estado productivo en que se encuentren”.

²³ “La sustancia mineral de carácter concesible ya extraída, haya o no sido objeto de beneficio, en cualquier estado productivo en que se encuentre”.

²⁴ “Todo acto jurídico celebrado por el explotador minero que tenga por finalidad o pueda producir el efecto de transferir la propiedad de un producto minero”.

²⁵ “Todos los ingresos determinados de conformidad a lo establecido en el artículo 29 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, deducidos aquellos que no provengan directamente de la venta de productos mineros, con excepción de los conceptos señalados en la letra d) del número 4) del artículo 6 de la presente ley”.

renta imponible operacional minera ajustada²⁶ y margen operacional minero.²⁷

- También se sustituyeron los artículos 2o., 3o., 5o. y 6o. —estableciendo el componente *ad valorem*, los mecanismos de determinación y criterios de aplicación del royalty en los términos propuestos por las indicaciones presidenciales.
- Se incorporó un nuevo artículo 8o., por indicación presidencial, señalando que “El impuesto establecido en la presente ley se devengará anualmente y deberá ser declarado y pagado en el plazo señalado en el artículo 69 de la Ley sobre Impuesto a la Renta”.
- Se insertó un nuevo artículo 10, también por indicación presidencial, cuyo contenido establece que “En lo no previsto por la presente ley serán aplicables, según corresponda, las disposiciones del Código Tributario” y deja a cargo del SII aplicar, fiscalizar, interpretar, instruir y dar órdenes en razón del impuesto aquí referido.
- También, en un nuevo artículo 11 propuesto por indicación presidencial, se establecen los nuevos términos del Fondo Regional para la Productividad y el Desarrollo.
- Se estructura un Título Segundo a incorporar, cuyo contenido es el siguiente:
 - Artículo 12, que modifica en varias disposiciones relativas a canones mineros la Ley sobre Impuesto a la Renta, derogando el impuesto del artículo 64 bis y normas derivadas;
 - Artículo 13, que realiza enmienda concordante en el decreto ley núm. 1349 que crea COCHILCO;
 - Artículo 14, que establece el aporte fiscal adicional vía Ley de Presupuestos a las comunas de regiones mineras con yacimientos;
 - Artículo 15, que incorpora al decreto ley N°3063 de 1979, sobre rentas municipales, el aporte fiscal adicional antes referido.
- En lo relativo a artículos transitorios, se aprobaron las siguientes propuestas del Presidente de la República:

²⁶ También denominada RIOMA: “La renta líquida imponible del contribuyente, determinada conforme a los artículos 29 y 33 de la Ley sobre Impuesto a la Renta, y ajustada según dispone el artículo 6 de la presente ley”.

²⁷ “El cociente que resulte de dividir la Renta Imponible Operacional Minera Ajustada por los ingresos operacionales mineros del contribuyente, multiplicado por cien”.

- Artículo primero transitorio, que establece el momento de entrada en vigencia de la ley (1o. de enero de 2024).
- Artículo segundo transitorio, que fija un pago provisional mensual a enterar por los explotadores mineros durante el ejercicio comercial 2024, “que corresponderá a un porcentaje sobre los ingresos brutos percibidos o devengados que provengan de las ventas de productos mineros”, de reajuste trimestral y diferenciados según el tramo en que se encuentren respecto de las distintas letras del artículo 64 bis de la Ley de Impuesto a la Renta.
- Artículo tercero transitorio, que otorga a los contribuyentes sujetos a invariabilidad tributaria en el intertanto en que entra en vigor esta ley, la opción de regirse por las disposiciones vigentes al 1o. de enero de 2022 o acogerse voluntariamente al nuevo sistema; ejerciéndose esta última, se entiende haber renunciado definitivamente a la invariabilidad.
- Artículo cuarto transitorio, que otorga al artículo 11 un plazo adicional previo a su entrada en vigencia (1o. de enero de 2025), destinándose en el interín un monto de 275.500 UTA según su valor al 31 de diciembre del año calendario anterior, con posibilidad de uso en los años posteriores e indicando que puede ser, después del cuarto año, suplementado por recursos de la Ley de Presupuestos.
- Artículo quinto transitorio, que establece parámetros similares para los artículos 14 y 15 del proyecto, debiendo otorgarse para el caso de este fondo 800,000 UTA. Los fondos que suplemente la Ley de Presupuestos desde el cuarto año no pueden ser inferiores a 400,000 UTA.

Con esta nueva configuración, correspondió conocer a la Comisión de Hacienda, la cual abrió espacio para indicaciones ampliado varias veces (10, 17 y 24 de abril, cerrándose finalmente el 9 de mayo de 2023). Se evacuó su informe el 10 de mayo de 2023, habiéndose aprobado la gran mayoría de las indicaciones propuestas para los artículos de su competencia, evacuadas también desde la Presidencia de la República:

- Los artículos 1o. a 3o., 7o., 9o., 10 (ahora 11), 11 (ahora 12), 14 (ahora 15), segundo transitorio y tercero transitorio no sufrieron modificaciones respecto del texto con que fueron esbozados en la Comisión de Minería y Energía;

- Se efectuó una reducción de 0,1% en las tasas aplicables a explotadores mineros con ventas anuales entre 12.000 y 50.000 toneladas métricas de cobre fino, en el artículo 4o.;
- El artículo 5o. sufrió, aparte de ajustes formales y la eliminación de su numeral 4o. por no ajustarse a la nueva fórmula, la incorporación de un numeral 1o. nuevo que implica considerar el promedio de las ventas anuales de los últimos seis ejercicios comerciales (o los que llevaré, si inició después sus actividades), conforme al cálculo del numeral 2.
- En el artículo 6o. se suprimió, en la letra c), la amortización de gastos de organización y puesta en marcha, e incorporó una nueva letra d), relativa a “la diferencia, de existir, que se produzca entre la deducción de gastos de organización y puesta en marcha, a la que se refiere el número 9 del referido artículo amortizados en un plazo inferior a seis años; y la proporción que hubiese correspondido deducir por la amortización de dichos gastos en partes iguales, en el plazo de seis años”, la cual se amortizará en el tiempo necesario para completar los seis ejercicios a los que hace referencia éste.
- Se retiró el artículo 8o. nuevo aprobado en la Comisión de Minería y Energía, y se incorporó una segunda versión de origen presidencial, que fija como límite de la carga tributaria máxima potencial a quienes, como explotadores mineros, estén afectos al royalty: “equivalente a un 48% de la renta imponible operacional minera ajustada, en los términos establecidos en este artículo”, estableciendo una serie de definiciones para determinar a cuánto equivale esta carga.²⁸

²⁸ En este sentido:

- Impuesto de primera categoría: aquel pagado en el correspondiente ejercicio, conforme a Ley de Impuesto a la Renta.

- Impuestos finales: valor que, incluyendo 1° Categoría, “*implique una carga tributaria de 35% aplicada sobre la renta líquida imponible*”, determinada conforme a Ley de Impuesto a la Renta.

- Royalty minero y renta imponible operacional minera ajustada: concepto contenido en artículos 2° a 4° y 6° de este cuerpo legal respectivamente.

La suma de royalty, impuestos finales y de primera categoría deberá ser comparada con el límite de carga tributaria máxima potencial (46.5% de renta imponible operacional minera ajustada, originalmente 48% y 47%): si es menor, se ajustará a este último valor; si es mayor, no habrá ajustes. “Con todo, el límite de carga tributaria máxima potencial será de un 45,5% para los explotadores mineros cuyas ventas, determinadas según el artículo 5°, sean hasta el equivalente a 80.000 toneladas métricas de cobre fino”.

- Se incorporó un nuevo artículo 10, por indicación presidencial, en que se establece la obligación de los explotadores mineros a este Royalty sujetos a *“remitir a la Comisión para el Mercado Financiero sus estados financieros anuales, individuales y consolidados, auditados por una empresa de auditoría externa regulada por la ley N°18.045, los que deberán incluir una nota con información sobre la propiedad de la entidad. Además, deberán remitir a esa Comisión sus estados financieros, trimestrales, individuales y consolidados”*, estableciendo normas de fiscalización, plazos y sanciones del decreto ley núm. 3.538 de 1980, de tramitación conforme al procedimiento simplificado contenido en ésta.
- El artículo 12 (ahora 13) fue objeto de una indicación presidencial en razón de la cual se omitía la remisión al artículo 64 bis de la Ley de Impuesto a la Renta, en razón del impuesto a derogar a la minería.
- En relación con el artículo 15 (ahora 16), se incorporó una consideración relativa a considerar a las comunas mineras, señalando que *“se considerarán, entre otros, la cercanía de yacimientos mineros presentes en la comuna, su cercanía con áreas residenciales, la presencia de pasivos medioambientales, y si la zona en que se encuentra la comuna ha sido declarada zona latente o saturada”*.
- Hubo modificaciones de guarismo en los artículos cuarto transitorio y quinto transitorio.

La discusión en particular de la sala del Senado, el mismo día 10 de mayo, implicó su aprobación por un margen mayoritario, solo con los votos en contra de los dos senadores de la bancada del Partido Republicano y abstenciones recurrentes de senadores de la Unión Demócrata Independiente. Enviado oficio a la Cámara de Diputadas y Diputados para su tercer trámite, nuevamente pasó al conocimiento de la Comisión de Minería y Energía, evacuando informe siete días después, dando a conocer que por mayoría de votos (7 a favor, 2 en contra y 2 abstenciones) recomendó aprobar las modificaciones efectuadas por el Senado. Votó la Sala ese mismo día, ratificando por amplia mayoría lo expresado en la Comisión —entre 92 y 107 votos a favor—. Se produjo nueva reserva de constitucionalidad en esta instancia, por el diputado Christian Matheson (independiente pro EVOPO-LI), en razón de una supuesta infracción a los artículos 65, núm. 1, incisos 4 y 7 de la Carta actualmente vigente.

Enviado oficio de ley el 17 de mayo de 2023 y dándose cuenta en 30 del mismo mes, se comunica el 12 de junio por Oficio núm. 003-371 que el presidente de la República no hará uso de su facultad de veto, por lo cual se remite oficio al Tribunal Constitucional para que efectúe el control preventivo respectivo. Éste, en sentencia en causa rol núm. 14425-23-CPR, del 11 de julio, resuelve que los artículos 13, inciso 3, y 16 del Proyecto, que considera materias propias de Ley Orgánica Constitucional, son conformes con la Carta en vigor, en razón de haber sido las reservas de constitucionalidad formuladas en términos amplios, sin explicitar la debida infracción que fundaría su intervención, no emitiéndose pronunciamiento sobre las demás normas de éste por no tener tal carácter.²⁹ Finalmente, se envió oficio a Presidencia de la República para su promulgación el 24 de julio, suscribiéndose por el Primer Mandatario el 3 de agosto de 2023 en el puerto de Mejillones, en la región de Antofagasta.³⁰

VI. MARCO GENERAL DEL PROYECTO DE REFORMA TRIBUTARIA DE 2022 “ESTABLECE REFORMA TRIBUTARIA HACIA UN PACTO FISCAL POR EL DESARROLLO Y LA JUSTICIA SOCIAL” [BOLETÍN N° 15170-05]³¹

Uno de los ejes del programa de campaña del actual presidente, Gabriel Boric Font, se centraba en la realización de una reforma tributaria de amplio im-

²⁹ Hubo tres votos disidentes: de las ministras Nancy Yáñez y Daniela Marzi, quienes consideran al artículo 16 como materia de ley común; de los ministros Cristian Letelier, José Ignacio Vásquez y Miguel Ángel Fernández, que estuvieron a favor de considerar todos los artículos, exceptuando dos (12 y 14) como materia de ley orgánica constitucional; y de los dos primeros ministros antes referidos, para declarar inconstitucional el proyecto de ley acogiendo las razones expuestas por las reservas respectivas. Asimismo, el ministro (S) Manuel Núñez concurre a la declaración de constitucionalidad del artículo 16 acotando que el reglamento del Fondo Común Municipal no está habilitado para distribuir tales fondos de una forma distinta a la signada en la Ley.

³⁰ Cabe señalar que, en materia de la destinación final de los fondos que se obtengan del royalty minero, no existe aún consenso pleno sobre ello: ejemplo de ello es que hay alcaldes de comunas mineras que han solicitado que la recaudación destinada a ellas sea más elevada. De todos modos, el ambiente general reivindica el acuerdo que trascendió a la tramitación de este (Radio Cooperativa, 2023)

³¹ El avance del proyecto se encuentra disponible en la página web de la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile (2022).

pacto. Ya en su programa de primarias, en mayo de 2021, se hacía referencia a tres ejes de relevancia en materia de política fiscal:

- a) En primer lugar, hacía énfasis en una mayor recaudación que, en simultáneo, permitiese “*reducir las desigualdades, proponiendo mayor justicia social*” (Frente Amplio, 2022a), lo cual se traduciría en el coloquialmente llamado “*impuesto a los súper ricos*”, un sistema tributario desintegrado en materias de renta, el fortalecimiento de las facultades del Servicio de Impuestos Internos (SII) para disminuir la evasión y la elusión tributaria, reducir las exenciones tributarias (eliminando aquellas consideradas injustificadas, como ganancias de capital en acciones con presencia bursátil, las relativas al impuesto de primera categoría en fondos de inversión y la revisión respecto del régimen de viviendas tipo DFL2), el establecimiento de impuestos al carbono y tasas específicas a bienes comunes naturales en pos de enfrentar la crisis climática, y reenfocar el impuesto al valor agregado (IVA) con perspectiva de género y focalizando su devolución mensual a familias de menores ingresos.
- b) De igual modo, se buscaba promover la transparencia fiscal, tomando nota de las recomendaciones de la Comisión de Gasto Público y mejorando la disponibilidad de información a la ciudadanía, todo ello en el marco de la tramitación de la Ley de Presupuesto.
- c) El tercer eje estaba constituido como un refuerzo de la responsabilidad fiscal, la cual “*no debe reducirse a una simple regla contable*”: se promovía su revisión en pos de abordar de mejor manera necesidades estructurales y que integrase mecanismos de límite de deuda a mediano plazo para necesidades de corto plazo. Todo lo anterior, tomando nota de las recomendaciones del Consejo Fiscal Asesor y fomentando la colaboración técnica entre el Consejo Fiscal Autónomo y el Banco Central.

En la versión actualizada que se presentase en la antesala de la primera vuelta presidencial, a inicios de noviembre, se preservaron las ideas antes expuestas:

Realizaremos una reforma tributaria para que quienes tienen más contribuyan más. De manera responsable y coherente, avanzaremos a un sistema con impuestos progresivos, con equidad vertical y horizontal, como la norma OCDE. Proponemos, entre otros, un impuesto a los súper ricos, royalty a la gran mine-

ría del cobre y un combate frontal a la evasión tributaria que tanto daño le hace a Chile. [...] Justicia tributaria es justicia social. (Apruebo Dignidad, 2022)

Las principales incorporaciones en este programa extendido fueron las siguientes:

- a) Medidas tributarias específicamente orientadas a pequeñas y medianas empresas (MIPYMES), incluyendo un rediseño sobre la política de condonaciones, con énfasis respecto de multas e intereses devengadas en la pandemia, y permitiendo la postergación sin consecuencias del IVA por tres meses desde la fecha de vencimiento de la obligación de pago.
- b) Énfasis en “recuperar una trayectoria de consolidación fiscal creíble, con una reducción gradual y sostenida del déficit fiscal estructural”.
- c) Manteniéndose las bases del programa original en sus líneas generales, se profundizaba en los delineamientos de la reforma tributaria, la cual se estimaba recaudaría aproximadamente un 8% del PIB en régimen, y cuya implementación se estimaba en 6 a 8 años.³²
- d) De igual manera, se incorporaba un royalty a la gran minería del cobre, “cuyo objetivo sea que el Estado recupere una proporción significativa de las rentas económicas del cobre, manteniendo los incentivos para invertir”. No se especificaban los montos o porcentajes que ello involucraría, más allá de señalar que el mecanismo sería progresivo conforme al precio del cobre.
- e) Finalmente, en materias propias de la denominada “agenda antiabusos”, se proponen una serie de medidas directamente vinculadas con delitos en materia tributaria: extensión de la figura de delación compensada y denuncia anónima, eliminación del monopolio administrativo (SII) en el ejercicio de la acción penal, modernización de delitos y sistema de penas-sanciones en criminalidad económica y endurecimiento de sanciones ante infracciones normativas empresariales, entre otras.

En el marco de la segunda vuelta de diciembre de 2021, el comando del candidato Gabriel Boric Font entró en diálogo con sus homólogos

³² En el desglose, este 8% del PIB en recaudación adicional se desglosaba del siguiente modo: (1) Nuevo régimen de impuesto a la riqueza [1%]; (2) Reducción de exenciones [1%]; (3) Impuestos a la riqueza [1.5%]; (4) Impuestos verdes [1%]; (5) Royalty a la gran minería del cobre [1%], y; (6) Medidas contra la evasión y la elusión [2.5%].

de Yasna Provoste y Marco Enríquez-Ominami (quienes le habían dado su apoyo expreso) para presentar un “*Acuerdo de Implementación Progradmática*”, que pusiera en armonía los planteamientos de cada cual en primera vuelta y ajustar, de ese modo, el programa de gobierno original antes expuesto. En este sentido, se precisa:

Además de conversar sobre la importancia y finalidades que debería tener una reforma tributaria en Chile durante el próximo Gobierno, cada una de las medidas propuestas en el Programa de Gobierno del candidato Gabriel Boric Font fue analizada en sus propios méritos desde tres perspectivas: (a) sustantivamente, esto es, en la adecuación y diseño del tipo de instrumentos para la consecución de ciertos fines; (b) las estimaciones de recaudación de cada uno de ellos; y, (c) en considerar cómo estas medidas se relacionan con la realidad política, institucional y económica del país, en términos de determinar los momentos o hitos en que cada medida podría entrar en régimen. (VV.AA., 2021, p. 18)

Entre los puntos tratados, se encuentra el enfatizar la puesta en marcha gradual de las medidas propuestas, reforzar la fiscalización y las herramientas para identificar contribuyentes de altos patrimonios, evitar la doble tributación e incorporar a la legislación chilena regulaciones sobre *trusts*. También se recalcula el margen de los órdenes de magnitud de recaudación.³³

Donde se genera una mayor profundización —pero sin precisar más allá— es en materia de royalty a la gran minería, se toma nota del cese de los contratos vigentes de invariabilidad tributaria en la producción de cobre en 2023 y, en ese sentido:

Concordamos en que el instrumento más adecuado para la realidad chilena es de carácter híbrido, con un componente ad-valorem (tasa sobre las ventas) y un componente cuya base sea el margen operacional o financiero. Sobre esto último, se debe estudiar técnicamente qué base imponible es la más adecuada (algunas alternativas son reformar la actual base del margen minero del Impuesto Específico a la Minería, o utilizar el EBITDA), y debería aplicar una tasa se-

³³ Se mantiene la proyección original pero proyectada a 8 años: al término del gobierno (2026), se estiman los siguientes porcentajes de recaudación en relación al PIB: (1) Renta [0.2%]; (2) Exenciones [0.8%]; (3) Riqueza [1.3%]; (4) Impuestos verdes [0.3%]; (5) Royalty [0.8%], y; (6) Medidas contra evasión y elusión [1.6%].

gún tramos de margen o según tramos de precio en el mercado internacional. (VV.AA. 2022, p. 17)

El objetivo trazado es que los recursos recaudados por esta vía se destinen a inversiones que diversifiquen la matriz productiva, dejando de lado la tradicional dependencia de rentas sobre recursos naturales.

Ya habiendo asumido el actual Gobierno, se remitió el 7 de julio por el Presidente de la República al Congreso Nacional —en específico, a la Cámara de Diputados el Mensaje núm. 064-370 que dio inicio al Boletín núm. 15170-05, denominado “Establece reforma tributaria hacia un pacto fiscal por el desarrollo y la justicia social”, el cual se estructura del siguiente modo:

- 1) Un acápite de antecedentes, en el cual se aborda primeramente el rol de los impuestos y la relevancia de un pacto fiscal tributario, enfocado en otorgar certezas a los distintos actores sociales, para luego profundizar en un diagnóstico sobre la estructura impositiva (“que redunde en un sistema poco progresivo y con importantes brechas en términos de recaudación y equidad”), lo cual repercute en que quienes tienen más altos ingresos, proporcionalmente, soporten cargas tributarias más bajas que la mayoría.³⁴ También se recalca la importancia de los diálogos sociales para la construcción del sistema tributario propuesto.
- 2) En un segundo punto, ya se profundiza en los fundamentos y objetivos de la iniciativa, los cuales se sintetizan del siguiente modo, reproduciendo lo ya esbozado en las diversas etapas del programa de campaña:
 - a) Mayor recaudación para la ampliación de derechos sociales, diversificación productiva y descentralización.
 - b) Justicia tributaria: progresividad y mejora en el cumplimiento tributario.
 - c) Aumento de la productividad de la economía e inversión en desarrollo.
 - d) Eficiencia, modernización tributaria y reducción de costos de cumplimiento.

³⁴ En este sentido, se muestra el contraste entre el modo de recaudación chileno respecto del promedio OCDE, tanto en materia de impuestos a las personas (2% del PIB v/s 8.4%, respectivamente), como de impuesto al valor agregado (más del 40% v/s máximo 30%, en cada caso). Por ello, uno de los objetivos de esta reforma pasa por acortar las brechas antes mencionadas.

- e) Una reforma con las PYMES y la clase media.
- f) Legitimidad recaudatoria.

3) Ya entrando al contenido del proyecto de ley en sí, su estructura se puede sintetizar del siguiente modo:

Artículo	Contenido	Desglose
1o.	Modificaciones al Código Tributario	<ul style="list-style-type: none"> • Gestión administrativa de la aplicación de la Norma General Antielusión. • Establecimiento de la figura del denunciante anónimo tributario. • Multijurisdicción: directores regionales SII podrán fiscalizar en otros territorios jurisdiccionales. • Modificación de la norma de tasación y de sus métodos. • Modificación de sanciones penales del art. 97 (delito de comercio de mercaderías ilegales ampliado a almacenamiento y transporte). • Facilidades de pago a las PYMES (reducción de la tasa de interés por deudas tributarias a 1% a empresas en régimen simplificado + incentivos al pronto pago).

Artículo	Contenido	Desglose
2o.	Modificaciones a la Ley sobre Impuesto a la Renta	<ul style="list-style-type: none"> • Aumento en los tramos y tasas del impuesto global complementario (IGC) e impuesto único de segunda categoría (se fija tasa marginal máxima en 43% y se aumentan respecto de quienes ganan más de 4 millones de pesos —3% del país—). • Nuevo régimen general para las grandes empresas, reemplazando el sistema semi integrado (creación de un impuesto a las rentas del capital de 22\$, sobre dividendos o retiros por contribuyentes de impuesto final, con posibilidad de reliquidar IGC). • Homologación a los dividendos de las ganancias de capital en instrumentos bursátil (se pasa en tasa de 10% a 22%, con posibilidad de reliquidar IGC). • Reducción del impuesto de primera categoría de 27% a 25% y nueva tasa de desarrollo del 2% de la renta líquida imponible, la cual tendrá exención si esta se invierte en gastos en I+D, registro y protección de propiedad industrial, certificación en normas ISO y adquisición de manufactura y servicios de alto contenido tecnológico, así como de aquellos desarrollados con apoyo CORFO. • Nuevo tributo de 1,8% al diferimiento de impuestos finales, aplicable a empresas con más de 50% de ingresos provenientes de rentas pasivas. • Nuevo impuesto sustitutivo a las utilidades acumuladas, a modo de transición al sistema dual en 2025 (10% de tasa en ejercicios comerciales 2023-25, 12% en 2026-27). • Nuevos beneficios para la clase media: se incorporan como gastos deducibles el arriendo de vivienda hasta 8 UTA y aquellos asociados al cuidado de menores de 2 años y personas con dependencia severa hasta 10 UTA. • Límite a las exenciones y beneficios tributarios: solo calificarán como microempresarios aquellos con ventas no superiores a 2.400 UF anuales, con régimen de salida gradual a 4 años. Se limita la utilización de pérdidas tributarias a un 50% de renta líquida imponible del ejercicio, la deducción de

Artículo	Contenido	Desglose
		<p>ción de intereses hipotecarios a un solo crédito y el global de beneficios (23 UTA en el gasto deducible IGC, 2,3 UTA o 50% IGC en deducción por rentas exentas o créditos)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medidas especiales antielusión: fortalecimiento de normas de transparencia sobre operaciones empresas chilenas-extranjeras, más facultades de fiscalización y mejoras al proceso de acuerdo anticipado de precios, modificación a normas de control de rentas pasivas y exceso de endeudamiento, actualización sobre regímenes fiscales preferentes y mayores sanciones para accionistas que usan bienes de la empresa con fines personales.
30.	Modificaciones a la Ley de IVA	<ul style="list-style-type: none"> • Incorporación de crédito especial IVA para microempresas formalizadas, por 12 meses (rebajas: 100% meses 1-3; 50% meses 4-6; 25% meses 7-12) • Norma antielusión en materia de inmuebles: control respecto de devolución IVA a inmobiliarias y procesos de reorganización.
40.	Modificaciones a Ley de Herencias y Donaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Relativas a las normas de valoración de los bienes componentes de la herencia y a evitar operaciones potencialmente elusivas.
50.	Modificaciones a Ley Única de Fondos (N°20.712)	<ul style="list-style-type: none"> • Los fondos de inversión privado se gravarán con Impuesto de Primera Categoría, salvo que acrediten política de inversiones en capital de riesgo. • Los fondos de inversión públicos se verán sujetos a Impuesto de Primera Categoría y adicional según regla generales en lo relativo a sus dividendos a personas jurídicas

Artículo	Contenido	Desglose
6o.	Fortalecimiento a la Ley de incentivos a la inversión privada en I+D (N°20.241)	<ul style="list-style-type: none"> • Su objeto es permitir a las empresas acogerse a éste de una manera más expedita. • Se triplica el monto máximo de crédito tributario entregado (llega a \$2.500 millones) • Pasa a ser de carácter permanente • Favorecerá a los proyectos de I+D verde • Se incorpora a las Pymes como beneficiarias, con el requisito de contar con contabilidad completa. Tendrán tratamiento preferente con crédito reembolsable.
7o.	Modificaciones al DFL2	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminación del tratamiento diferenciado de exenciones de viviendas económicas.
8o., 9o., 10, 11, 12	Otras adecuaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Armonización a las modificaciones propuestas en el Código Tributario en relación a: (1) régimen aduanero y tributario especial de Porvenir y Primavera, (2) régimen aduanero y tributario especial de la región de Magallanes, (3) zona franca industrial de insumos, partes y piezas para la minería en Tocopilla; (4) zonas francas en general; (5) Ordenanza de Aduanas
13	Nuevo impuesto a la riqueza	<ul style="list-style-type: none"> • Estarán sujetos a él las personas naturales con domicilio o residencia en Chile, con patrimonio en el país o en el extranjero que exceda de 6000 UTA (hoy 4,9 millones de dólares; aprox. 6.300 personas). • Los patrimonios entre 6.000-18.000 UTA (14,7 millones de dólares) tributarán un 1%, mientras que aquellos que excedan esta última cifra lo harán por un 1,8%, • En ambos casos, el patrimonio por los primeros cinco millones de dólares quedará exento.

Artículo	Contenido	Desglose
14	Registro de Personas Beneficiarias Finales	<ul style="list-style-type: none"> • En línea con lo existente en materia financiera (Circular núm. 57/2017 de la Unidad de Análisis Financiero) • Se asigna al SII una serie de obligaciones relativas a integridad de datos, requerimiento de información, fiscalización y aplicación de procedimientos administrativos sancionatorios. • Se establecen multas y sanciones relativas a incumplimientos, así como un tipo penal en caso de entrega maliciosa de información falsa o destrucción u ocultamiento de información.
1o. transitorio a 14 transitorio	Disposiciones transitorias	<ul style="list-style-type: none"> • Con énfasis en la entrada en vigencia gradual de los cambios propuestos, los cuales en su mayoría estarán en vigor en 2026.

Habiéndose dado cuenta el 11 de julio, pasó a la Comisión de Hacienda para su revisión, contando entonces con urgencia simple y oficiándose a la Corte Suprema para su pronunciamiento. El proyecto, entonces, fue objeto de varios boletines de indicaciones por parte del Ejecutivo —en específico: (1) 149-370, del 4 de octubre de 2022; (2) 166-370, del 18 de octubre de 2022; (3), 206-370, de 21 de noviembre de 2022, y; (4) 275-370, del 10 de enero de 2023—, los cuales efectuaron una serie de rediseños de concepto (por ejemplo, de la idea de “responsabilidad tributaria” o de “cooperación eficaz”) así como incorporación de nuevas nociones (definición de “denunciante anónimo” o inclusión de mayores de 80 años en beneficios tributarios por gasto en cuidados) y de ajustes a los porcentajes relativos a tasas y bases imponibles (tal fue el caso del impuesto a la renta, que se propuso subir la tasa a 2.5% y bajar la base imponible a 22%, así como ajustes al impuesto de categoría para PYME, el cual bajó a 15% en octubre y 13% en enero) y distintas modificaciones procedimentales.

Presentado el primer informe de la Comisión de Hacienda el 23 de febrero de 2023, quedó para tabla para ser tratado a la brevedad por la Sala de la Cámara de Diputadas y Diputados, lo cual sucedió —previa asignación

de discusión inmediata— el 7 y 8 de marzo, informando el diputado socialista Jaime Navarro: el proyecto obtuvo en la votación en general 73 votos a favor, 71 en contra y 3 abstenciones, quedando rechazada la idea de legislar en general en razón de la suma entre las dos últimas preferencias, obligando a su tratamiento en el próximo periodo legislativo si el Ejecutivo desea volver a plantearla en la Cámara, sin perjuicio de su facultad para insistir en ella ante el Senado.³⁵ La votación causó amplia polémica, en especial por el rol de las diputadas Mónica Arce, Viviana Delgado y Pamela Jiles, quienes decidieron ausentarse en el momento de la votación. Existió consenso sí en un punto: la decisión de la Cámara fue una derrota de gran magnitud para el Gobierno —que estuvo representado en las instancias respectivas por el ministro de Hacienda, Mario Marcel—, en el sentido que implicaba postergar, en el corto plazo, buena parte de la planificación del programa presidencial con el que fue electo el actual mandatario, Gabriel Boric Font (entre ellos, el aumento de la Pensión Garantizada Universal, mejoras en el sistema de atención primaria de salud y la creación de un sistema de cuidados) (Urrejola, 2023; Laborde, 2023; Valdenegro, 2023).

Lo cierto es que actualmente la posibilidad de un proyecto marco en reforma tributaria se encuentra en “*tierra de nadie*”: el 1° de Agosto, el Presidente Gabriel Boric Font anunció en cadena nacional que no insistiría en el proyecto rechazado ante el Senado, señalando en sus palabras que “*Un sector nunca quiso sentarse a la mesa*” (CNN Chile, 2023) —haciendo referencia a las bancadas de partidos de derecha— y que, luego de diversos diálogos encabezados por el ministro de Hacienda, Mario Marcel, se dividirá el proyecto matriz en dos: uno de reforma a la Ley de Impuesto a la Renta, en pos de aumentar el aporte empresarial y personal de altos ingresos, así como otro relativo a aumento de la fiscalización, todo en pos de recaudar US\$ 8,000,000,000 para gasto público y cumplimiento de medidas clave que fueron promesas estructurales de su programa de gobierno, como aumento de la Pensión Garantizada Universal, más inversión en seguridad ciudadana, la reducción de listas de espera en salud y la creación del Sistema Nacional de Cuidados (Valdenegro y Carrasco, 2023).

Lo cierto es que, a pesar de los conceptos abordados como sustento para este nuevo plan tributario —impulso del crecimiento y de la inversión, mejor calidad del gasto, transparencia en la gestión, mejora de la productividad,

³⁵ Un resumen de las opiniones expuestas en Sala en la página web de la Cámara de Diputadas y Diputados de Chile (2023)

fortalecimiento de la fiscalización—, ello no vuelve menos problemático el evento de generar un pacto fiscal idóneo, puesto que la contraposición entre Gobierno, sectores empresariales y partidos de oposición no ha hecho sino agudizarse, lo cual es aún más complejo en el marco de un proceso constitucional como el que sigue en curso.

VII. PROSPECTIVAS TRIBUTARIAS ANTE UN ESTADO UNITARIO DESCENTRALIZADO

Los distintos estudios citados en el segundo capítulo de este trabajo tienen también otra tendencia a la coincidencia: se asume que la nueva Constitución será mucho menos restrictiva que su antecesora en lo relativo al establecimiento de tributos de carácter regional, vinculados directamente a las actividades productivas propias de las distintas partes del país. Lo anterior es consecuencia innegable de una de las innovaciones que se espera incluya dentro de su contenido, cual es la construcción de Estados regionales, tema que en su momento abordamos del siguiente modo:³⁶

En Chile, la articulación del poder territorial no se ha llevado adecuadamente, existiendo una percepción muy extendida de un excesivo centralismo en la gestión pública, un dominio sin contrapeso de la autoridad presidencial y la ausencia de instancias de participación efectiva en los territorios. Ello no se ha solucionado con los avances de los últimos años en desconcentración territorial de ciertos órganos centrales, el aumento nominal de la inversión pública con impacto regional y la generación de instancias de participación local.

La nueva Constitución debe entregar, entonces, poder a las regiones. El esquema propuesto tiene dos niveles: por un lado, intendentes regionales y, por otro, gobiernos regionales [...]

Resulta evidente que cualquier atribución de poder político no es efectiva sin los medios para que las regiones logren gobernarse a sí mismas. Por lo tanto, la nueva Constitución deberá establecer las fuentes de financiamiento de los gobiernos regionales, o lo que es lo mismo, una Hacienda Regional. (Zúñiga Urbina, 2014, pp. 9-10)³⁷

³⁶ Un breve comentario al respecto en una nota de prensa de El Mostrador (2021).

³⁷ Más recientemente, véase Zúñiga Urbina (2021).

Asimismo, acá también nos podemos remitir a otro contenido programático de la Constitución de 1925: las asambleas provinciales (incluidas en su capítulo IX, “Régimen administrativo interior”, sección “Administración provincial” —artículos 94 a 100—, con orígenes en la Constitución liberal de 1828). En este sentido, hay que rescatar el artículo 98 inciso primero, que expresaba: “Art. 98. Las Asambleas Provinciales celebrarán sesión con la mayoría de sus miembros en actual ejercicio; tendrán las atribuciones administrativas y dispondrán de las rentas que determine la ley, la cual podrá autorizarlas para imponer contribuciones determinadas en beneficio local”.

La construcción de un Estado unitario descentralizado y, por ende, de sus propias haciendas regionales, involucra necesariamente que se entregue a los órganos representativos de la región (las asambleas regionales) las competencias necesarias para poder establecer, con sujeción a la ley una estructura normativa tributaria propia, así como otorgar a los gobiernos regionales las herramientas y los recursos materiales para poder viabilizar la estructura de recaudación fiscal. Lo anterior, sumado al apoyo de la estructura estatal nacional a la hora del trabajo de gestión.

En efecto, donde existe finalmente discusión en este sentido se remite al grado de autonomía que tendrá el Estado a la hora de establecer esta clase de tributos, tendiéndose a una postura proclive a la mayor descentralización posible (que estimamos se podrá acercar al modelo del Estado regional italiano o al Estado de Autonomía español). También no existe mayor discrepancia a la hora de considerar: (1) la vigencia de los principios de solidaridad y redistribución, tanto respecto del Estado central como respecto de la labor de las estructuras periféricas en sí mismas, y (2) la consideración de factores productivos y medioambientales territoriales a la hora de establecer las políticas tributarias locales.

¿Cómo ello repercutirá en materia de principios constitucionales tributarios? Nuestra expectativa se asentaba en el hecho que, en vista que ellos terminan siendo fundamento de todo el sistema jurídico chileno, también se proyectarían en los respectivos ordenamientos regionales, y los desafíos hacia el futuro, en lo que respecta al estatuto reforzado de derechos y garantías en la materia, se replican tanto a nivel central como a nivel regional; considerando también que corresponde a la ley, igualmente, determinar cuál será el alcance específico que tendrán los tributos regionales-locales y el desglose de materias propias que podrán abarcar, así como la estructura administrativa a su cargo, bastando que solo se esboce de manera amplia su espacio de acción en la nueva Constitución (por ejemplo, que se haga referencia de ma-

nera genérica a que abordarán las actividades productivas propias de cada región).

Todo lo anterior implicaría incorporar dentro de los principios correspondientes la noción de solidaridad, redistribución, coordinación y cooperación tanto entre Estado central y gobiernos regionales como también entre gobiernos regionales en sí mismos, permitiendo así que aquellos que obtengan mayores recursos puedan también colaborar con el desarrollo de los más rezagados a través de instrumentos compensatorios.

Sin embargo, a la vista del texto incluido en el Anteproyecto, en el numeral 30 del artículo 16, pareciera que al menos, en el orden de cosas iusfundamental, los principios en materia tributaria esbozan una continuidad en el tiempo. Quedará pendiente para un trabajo posterior el estudiar si las enmiendas finalmente aprobadas por el Consejo Constitucional se ajustarán a la expectativa de un orden tributario acorde con un Estado social y democrático de derecho.

VIII. CONCLUSIONES

A modo de corolario, es momento de tener presente que en la perspectiva de un Estado social y democrático de derecho que se eruirá desde las bases desde lo que esperamos sea una nueva Constitución originada en un contexto democrático e inclusivo es, ante todo, un Estado de Derecho a carta cabal, con un sistema de derechos y garantías idóneo y reforzado, en función de las demandas ciudadanas. No habrá en este sentido cambios copernicanos en este proceso, sino que estaremos en presencia de una evolución institucional acorde a las aspiraciones actuales de la ciudadanía, que a la vez será un retorno a nuestra antigua tradición democrática constitucional.

Por lo mismo, no dudamos que los principios en orden tributario (especialmente, la igualdad, la progresividad y la mejora en los estándares del sistema de derechos y garantías) estarán presentes y no serán muy distintos en su concepción y proyección a los puntos de acuerdo entre propuestas que hemos analizado en esta oportunidad. La Constitución, para poder tener vida efectiva como texto, no puede sino adecuarse al sustrato material que le nutre, y este surge precisamente de los anhelos colectivos en pos de una sociedad más justa y equitativa.

En pos de ese objetivo, es fundamental que en una eventual nueva Constitución se contemple un sistema de derechos y garantías correlativas

del contribuyente frente a la Administración tributaria: no podemos olvidar que en este sentido la ciudadanía se encuentra en contraposición respecto del Estado, y es necesaria en este caso tanto la prevención-castigo del abuso por parte de sus agentes a la hora de la gestión tributaria, como otorgar las herramientas procesales ante tribunales necesarias para la defensa del contribuyente que se vea en ese sentido afectado. De la mano con ello, es necesario que la Judicatura en materias tributaria y aduanera sufra una reformulación en su misma base: no solo debe incorporarse en plenitud a la estructura del Poder Judicial, sino que también es necesario reforzar su carácter independiente e imparcial, y sometida a la Constitución y la ley.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- Apruebo Dignidad (2022). *Programa de Gobierno Apruebo Dignidad*. Santiago de Chile: Apruebo Dignidad. <https://bit.ly/3eDyZD1>
- Bnaméricas (2021). *Establecer un nuevo royalty nos traería problemas generales a nivel del negocio minero*. <https://bit.ly/3ELN4Jc>
- Cámara de Diputadas y Diputados de Chile (2022a). *Proyecto de Ley: Establece reforma tributaria hacia un pacto fiscal por el desarrollo y la justicia social*. <https://bit.ly/3eEmwPg>
- Cámara de Diputadas y Diputados de Chile (2022b). *Cámara rechazó el primer proyecto de la reforma tributaria impulsada por el Ejecutivo*. <http://bit.ly/46pAY3P>
- Cases, R.; Dardati, E., y; Leitch, D. (2021). *Royalties mineros: ¿Qué dice la evidencia comparada?*. *Puntos de Referencia – Centro de Estudios Públicos*, (569). <https://bit.ly/3SdJKJT>
- Cavada Herrera, J. P. (2019). *“Royalty a la minería y desarrollo productivo. Experiencia comparada y consideraciones de políticas públicas”*. *Biblioteca del Congreso Nacional de Chile – Asesoría Técnica Parlamentaria*. Enero 2019. Biblioteca del Congreso Nacional. <https://bit.ly/3Tcw7vT>
- Central Unitaria de Trabajadores y Fundación Friedrich Ebert (2021). *Informe ejecutivo. Propuesta constitucional del mundo sindical. Un nuevo Chile desde las múltiples dimensiones del trabajo decente*. CUT – Fundación Friedrich Ebert. <https://bit.ly/3LhrUDW>
- Centro de Estudios Pedro Aguirre Cerda (2021). *Propuestas radicales para una nueva Constitución*. Santiago de Chile. <https://bit.ly/3diedIc>

- Consejo Minero (2021a). *El Consejo Minero ante la nueva Constitución. Aproximación y propuestas*. Consejo Minero. <https://bit.ly/3ROnaYL>
- Consejo Minero (2021b). *Radio Duna: Precio del cobre, royalty minero y proceso constituyente*. <https://bit.ly/3TmmeeK>
- CNN Chile (2023). *Presidente Boric anuncia que no insistirán con la reforma tributaria en el Senado: “Un sector nunca quiso sentarse a la mesa”*. <https://bit.ly/3KtNw0O>
- El Mostrador (2021, junio 16). *Nueva Constitución: académicos de la Universidad de Concepción impulsan tesis del Estado Regional en lugar del Estado unitario*. <https://bit.ly/3s5Hz0d>
- Evans de la Cuadra, E. (1986). *Los Derechos Constitucionales – Tomo II*. Editorial Jurídica de Chile.
- Cea Egaña, J. L. (2008). *Derecho Constitucional Chileno – Tomo II*. Ediciones Universidad Católica de Chile.
- Frente Amplio (2022a). *Manifiesto Programático. Gabriel Boric Presidente. Proceso de Primarias 2021*. Frente Amplio. <https://bit.ly/3Tu10LP>
- Fundación Nodo XXI (2021). *Principios para una refundación orgánica del Estado*. Fundación Nodo XXI. <https://bit.ly/3eT3aWy>
- Evópoli (2021). *Bases constitucionales de Evópoli. “Una nueva Constitución y un nuevo Estado para Chile”*. Enero 2021. EVÓPOLI. <https://bit.ly/3LiKagn>
- Gómez, S. (2021, enero 29). Los temas mineros que podrían cambiar en la nueva Constitución. *La Tercera*. <https://bit.ly/3MFtWOK>
- González, M. del R. (2007). “Regalismo”. En, *Enciclopedia Jurídica Latinoamericana – Tomo IX – R-S* (pp.172-175). Universidad Nacional Autónoma de México-Rubinzal – Culzoni Editores.
- Guía Minera de Chile (2021). *El royalty minero ya existe*. <https://bit.ly/3MIBgsU>
- Horizontal (2020). *Evolución constitucional. Bases conceptuales y propuestas para pensar la nueva Constitución*. Octubre 2020. <https://bit.ly/3qE0UF8>
- Ibarra, V. (2022, octubre 25). Gobierno ingresa indicaciones que “reformulan” proyecto de royalty minero. *Diario Financiero*. <https://bit.ly/3sC1ep5>
- Independientes no neutrales (2020). *Lineamientos constitucionales*. Independientes no neutrales. <https://bit.ly/3Bby3gk>
- Instituto Libertad (2021). *Orígenes y alcances discusión constitucional – Renovación Nacional*. <https://bit.ly/3deZT3g>

- Laborde, A. (2023, marzo 8). El Congreso chileno da un fuerte golpe a Boric con el rechazo de su reforma tributaria. *El País*, <https://bit.ly/3PIbCYO>
- Libertad y Desarrollo (2021a). *Con control de cambios: construyendo propuestas constitucionales desde la perspectiva de una sociedad libre*. Coordinado por Marcela Cubillos S., Constanza Hube P. y Natalia González B. Enero 2021. Libertad y Desarrollo. <https://bit.ly/3BGzszk>
- Libertad y Desarrollo (2021b). “Principios tributarios, necesarios para una sociedad justa”, *Temas públicos*, (1503-2), 9 de julio de 2021. Libertad y Desarrollo. <https://bit.ly/3LiGLhh>
- Morales, C. (2021, abril 19), Minería y nueva Constitución, ¿qué cambios podrían venir?. *Revista Nueva Minería y Energía*. <https://bit.ly/3MGaNwc>
- Muñoz Machado, S. (dir.) (2017). *Diccionario panhispánico del español jurídico – Volumen II - G-Z*. Real Academia Española, Cumbre Judicial Iberoamericana y Consejo General del Poder Judicial.
- Orellana, L. F. (2021a, mayo 12). ¿El royalty acabará con la inversión minera? Una respuesta desde los ciclos de precio. *CIPER*, 12 de mayo de 2021. <https://bit.ly/3VAdiEl>
- Orellana, L. F. (2021b, mayo 22). ¿El royalty minero acabará con la inversión? (II). *CIPER*. <https://bit.ly/3s2RzHG>
- Palma, J. G. (2021a, junio 4). “El royalty minero y la teoría económica”. *CIPER*. <https://bit.ly/3Txr2hg>
- Palma, J. G. (2021b, julio 15). El royalty minero: el ejercicio de un derecho de propiedad. *El Mostrador*. <https://bit.ly/3S9CGxJ>
- Palma González, E. E. (2021, mayo 17). “Constitucionalismo ambiental, igualitario y participativo, un nuevo modelo de Estado Constitucional (II)”. *DiarioUChile*. <https://bit.ly/3xrJIqg>
- Partido Demócrata Cristiano (2021). *Bases constitucionales de la DC para la nueva Constitución*. Comisión Técnica Constitucional del Partido Demócrata Cristiano. Santiago, Chile, 7 de enero de 2021. Partido Demócrata Cristiano. <https://bit.ly/3DtXf4r>
- Radio Cooperativa (2023, agosto 3). Boric promulgó Ley de Royalty Minero, que llevará “mayor calidad de vida a las regiones. *Cooperativa.cl*. <https://bit.ly/3q9i5C1>
- Senado de la República de Chile (2021, junio 6). *Royalty minero: senadores coinciden en la necesidad de devolver utilidades a los territorios*. 6 de junio de 2021. <https://bit.ly/3TuBIgF>
- Serra Rojas, A. (2001). *Diccionario de Ciencia Política – M-Z*. Universidad Nacional Autónoma de México y Fondo de Cultura Económica.

- Sociedad de Fomento Fabril (2020). *Hoja de ruta. La crisis como oportunidad. Una mirada desde la empresa. Agosto 2020 (en desarrollo)*. SOFOFA. <https://bit.ly/3LlkvU3>
- Sturla Zerene, G., López, R. E., Accorsi O., Simón, y Figueroa B., E. (2018). La riqueza regalada a la gran minería del cobre en Chile: nuevas estimaciones, 2005-2014. *Revista de la CEPAL*, (124), 108-129. <https://bit.ly/3Td7vmu>
- Urrejola, J. (2023). Chile: rechazo a la reforma tributaria impacta al Gobierno. *Deutsche Welle*, 09 de marzo de 2023. <https://bit.ly/3rb3PZj>
- Valdenegro, S. (2023, marzo 8). Dura derrota para el gobierno: Cámara de Diputados rechaza la idea de legislar la reforma tributaria. *Diario Financiero*. <https://bit.ly/3Xr7ZZr>
- Valdenegro, S y Carrasco, R. (2023, agosto 1). Pacto fiscal: Boric confirma que no insistirá con la reforma tributaria en el Senado y que enviará dos proyectos con foco en antievasión e impuesto a la renta. *Diario Financiero*, <https://bit.ly/3QqU3Nr>
- Verdugo Marinkovic, M., Pfeffer Urquiaga, E. y Nogueira Alcalá, H. (1994). *Derecho Constitucional – Tomo I*. Editorial Jurídica de Chile.
- VV.AA. (2022) *Boric Presidente – Acuerdo de Implementación Programática*. <https://bit.ly/3s6qGTg>
- Weissman, I. (2021, mayo 10). Impuestos, el royalty minero y las elecciones para la Convención Constitucional se toman la agenda. *El Mostrador*. <https://bit.ly/3s3n18y>
- Zúñiga Urbina, F. (2014). Presentación. En F. Zúñiga Urbina (Ed.). *Nueva Constitución y momento constitucional. Visiones, antecedentes y debates*. LegalPublishing-Thomson Reuters.
- Zúñiga Urbina, F. (2021). Acerca del Estado Regional y la Nueva Constitución. Presente y por-venir. En Senado de la República, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (BCN) y Ediciones Centro de Extensión del Senado (Eds.), *Reflexiones Constitucionales. Aportes para la Nueva Constitución* (pp. 177-193). Ediciones Centro de Extensión del Senado. <https://bit.ly/3yL11cr>
- Zúñiga Urbina, F. y Alvarado Parra, E. (2021). *Nueva Constitución y política constitucional*. Thomson Reuters.
- Zúñiga Urbina, F. y Peroti Díaz, F. (Coords.) (2020). *Bases y fundamentos de una propuesta constitucional progresista. Octubre 2020*. Instituto Igualdad. <https://bit.ly/3S83XBi>



Comentarios legislativos



La adición al artículo 116 de la Constitución federal sobre símbolos estatales

The Addition to Article 116 of the Federal Constitution Regarding State Symbols

Adriana Berrueco García

 <https://orcid.org/0000-0002-1334-9370>

Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: adriana_berrueco@yahoo.com.mx

RESUMEN: En este comentario se expone la reforma al artículo 116 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que consistió en la adición de un inciso por el cual se faculta a las legislaturas de las entidades federativas a legislar sobre sus símbolos estatales, es decir, escudos, banderas e himnos. También se expone la relación de la nueva facultad con otros ordenamientos internacionales y legales sobre patrimonio cultural.

Palabras clave: símbolos estatales, patrimonio cultural, reformas constitucionales.

ABSTRACT: This commentary discusses the reform to article 116 of the Political Constitution of the United Mexican States, which involved the addition of a clause that empowers the legislatures of the federal entities to legislate on their states symbols, namely, coats or arms, flags, and anthems. It also explores the relationships of this new power with other international and legal provisions applicable in Mexico concerning cultural heritage.

Keywords: state symbols, cultural heritage, constitutional reforms.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *El proceso legislativo.* III. *Relación con otros ordenamientos jurídicos.* IV. *Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 116 de nuestra Constitución es uno de los que más se ha modificado en las últimas décadas, en parte por el interés de los legisladores de hacer más explícitas las disposiciones de artículo 124 de la misma Constitución,

el cual determina que: “Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados o a la Ciudad de México, en los ámbitos de sus respectivas competencias”.

En el caso que nos ocupa en este comentario la intención que animó la adición de la fracción X del artículo 116 fue dotar de certidumbre jurídica a las entidades federativas para promover sus peculiares expresiones culturales mediante la creación de símbolos oficiales como son las banderas, los himnos y escudos. Quienes impulsaron y aprobaron la reforma consideraron que esta nueva disposición contribuiría a hacer notable la pluralidad cultural de México, así como resaltar los diferentes procesos históricos que han vivido las entidades federativas. Por estas razones, desde mayo de 2023, el artículo citado especifica lo siguiente: “X. Las Legislaturas de las entidades federativas, observando en todo momento la supremacía de los símbolos patrios, podrán legislar en materia de símbolos estatales, como son: himno, escudo y bandera, a fin de fomentar el patrimonio cultural, la historia y la identidad local”.

II. EL PROCESO LEGISLATIVO

La iniciativa de esta reforma fue formulada por el senador yucateco Jorge Carlos Ramírez Marín (integrante de la fracción parlamentaria del Partido Revolucionario Institucional), en agosto de 2019. El texto fue aprobado sin modificaciones por las dos cámaras que integran el Congreso de la Unión y se remitió a las legislaturas estatales para efectos de cumplir lo preceptuado por el artículo 135 constitucional. Obteniéndose la aprobación del Congreso de la Ciudad de México y de las Legislaturas de los siguientes estados: Baja California, Baja California Sur, Chiapas, Chihuahua, Colima, Estado de México, Guanajuato, Guerrero, Jalisco, Michoacán de Ocampo, Morelos, Nayarit, Oaxaca, Puebla, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sinaloa, Tabasco, Tamaulipas, Tlaxcala y Veracruz de Ignacio de la Llave.¹ La reforma se publicó en la edición vespertina del *Diario Oficial de la Federación* el 8 de mayo de 2023.

¹ La información referente al proceso legislativo de esta reforma se obtuvo de y está disponible en https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/65/253DOF_8mayo23.pdf

El senador Ramírez Marín (2019) explicó en la exposición de motivos de su iniciativa que la reforma es pertinente en virtud del reconocimiento que la propia Constitución ha hecho de la composición pluricultural de la nación cuya raíz son los pueblos indígenas y el reconocimiento de las personas y comunidades de origen afroamericana como parte de dicha composición. Aspectos que han sido recogidos en el artículo 2o. de nuestra Carta Magna. Además, planteó el senador, que México tiene compromisos de promoción, cuidado e impulso de las diversas manifestaciones que integran nuestro patrimonio cultural, en virtud de que ha ratificado instrumentos jurídicos internacionales como la Convención para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial (pp. 1-4).

Por otra parte, el legislador Ramírez Marín (2019) expresó que la iniciativa es enfática al especificar que la creación de los símbolos estatales deberá respetar las disposiciones contenidas en la Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales, que es federal. De igual forma en defensa de esta reforma constitucional el senador planteó que los procesos históricos vividos en los estados de la república han sido distintos y que por ello a través de su representación en sus respectivos símbolos estatales se enriquecería el bagaje cultural de la nación.

Considero que la adición no era necesaria desde el punto de vista jurídico, precisamente porque la creación de los símbolos estatales no es una facultad de las autoridades federales, y según el contenido del artículo 124 constitucional se entiende conferida a las entidades federativas siempre y cuando se respete la normatividad referente a los símbolos patrios. De hecho, los estados de Jalisco, Quintana Roo y Tamaulipas han emitido regulación jurídica sobre símbolos estatales antes de la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2023.

Las finalidades de promover el patrimonio cultural inmaterial de las entidades federativas y subrayar la pluralidad cultural que posee México son encomiables, sin embargo, ello se puede lograr mediante la implementación de políticas públicas en los tres niveles de gobierno, sin necesidad de reformar la Constitución. Se debe hacer notar que la distribución de facultades en materia de cultura también está claramente determinada en el artículo 73 constitucional, en sus fracciones XXV, XXIX-J y XXIX-Ñ. En este aspecto conviene recordar que precisamente la fracción XXIX-Ñ especifica que mediante la emisión de leyes generales el Congreso de la Unión distribuye competencias en los rubros culturales, lo cual es fundamento de la

Ley General de Cultura y Derechos Culturales, a la cual me referiré en el siguiente apartado. La fracción XXIX-Ñ faculta al congreso general

Para expedir leyes que establezcan las bases sobre las cuales la Federación, las entidades federativas, los Municipios y, en su caso, las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, coordinarán sus acciones en materia de cultura, salvo lo dispuesto en la fracción XXV de este artículo. Asimismo, establecerán los mecanismos de participación de los sectores social y privado, con objeto de cumplir los fines previstos en el párrafo décimo segundo del artículo 4o. de esta Constitución.

III. RELACIÓN CON OTROS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Después de analizar los argumentos vertidos en el proceso legislativo puedo aseverar que fueron factores políticos y no jurídicos estrictamente los que motivaron la inclusión de la fracción X del artículo 116 constitucional, pues ésta obedeció a dos factores: 1. El interés de rescatar un baluarte cultural del estado de Yucatán, que fue su bandera. Cuyo uso se prohibió en el siglo XIX, porque simbolizaba una intención separatista de dicho estado a la federación mexicana. 2. La intención de acrecentar en la legislación interna de México figuras jurídicas que hasta épocas recientes han recibido atención por parte de la comunidad internacional, como es el caso de la protección del patrimonio cultural intangible, la cual, en apariencia, no ha tenido suficiente desarrollo en nuestro país.² Generalmente el común denominador de las personas considera que el patrimonio cultural solamente está constituido por bienes tangibles como los monumentos arqueológicos, religiosos o artísticos y documentos o libros.

Aclaro que es loable una iniciativa jurídica que procure sensibilizar a la humanidad sobre los valores de los bienes culturales intangibles, pero ello se puede lograr mediante campañas educativas o incluyendo en las leyes locales de cultura algún apartado sobre el tema. En este orden de ideas, es propicio recordar que la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio

² Recuérdese que en México están en vigor regulaciones jurídicas que protegen algunos bienes culturales intangibles o inmateriales, como las referentes a lenguas indígenas y denominaciones de origen.

Cultural Inmaterial, en su artículo 2o., define al patrimonio cultural inmaterial como:

Los usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas —junto con los instrumentos, objetos, artefactos y espacios culturales que les son inherentes— que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. El mismo artículo especifica que el patrimonio cultural inmaterial se manifiesta en particular, en los siguientes ámbitos: tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo de patrimonio cultural inmaterial; artes del espectáculo; usos sociales, rituales y actos festivos, conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo y las técnicas artesanales.³

Por otra parte, se debe destacar que la creación de símbolos estatales puede coadyuvar al cumplimiento de las normas constitucionales establecidas en el décimo segundo párrafo del artículo 4o. constitucional, mismas que genéricamente se denominan derecho a la cultura. En este precepto constitucional se establece que el “Estado mexicano promoverá los medios para la difusión y desarrollo de la cultura, en todas sus manifestaciones y expresiones con pleno respeto a la libertad creativa.”⁴

Es conveniente mencionar que este precepto constitucional tiene como norma reglamentaria la Ley General de Cultura y Derechos Culturales, misma que establece principios rectores que deben ser obedecidos en todo el país, y que en el caso que nos ocupa se deben asumir como guías en la creación de los símbolos estatales. El artículo 7o. de la ley mencionada establece textualmente lo siguiente:

Artículo 7. La política cultural del Estado mexicano, a través de sus órdenes de gobierno, atenderá a los siguientes principios:

- I. Respeto a la libertad creativa y a las manifestaciones culturales;
- II. Igualdad de las culturas;
- III. Reconocimiento de la diversidad cultural del país;
- IV. Reconocimiento de la identidad y dignidad de las personas;

³ México ratificó esta Convención en 2006.

⁴ El párrafo del artículo 4o. constitucional, se adicionó mediante el decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 30 de abril de 2009.

- V. Libre determinación y autonomía de los pueblos indígenas y sus comunidades; y
VI. Igualdad de género.

IV. REFERENCIAS

- Decreto Promulgatorio de la Convención para la Salvaguarda del Patrimonio Cultural Inmaterial. (2006, marzo 28). *Diario Oficial de la Federación*.
- Ley General de Cultura y Derechos Culturales. (2017, junio 19). *Diario Oficial de la Federación*.
- Ramírez, J. (2019, 28 de agosto). *Exposición de motivos*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/docleg/65/253DOF_8mayo23.pdf

↑ **La reforma al artículo 80. de la Ley Federal de Cinematografía.
Una cuestión de inclusión social y de derechos humanos**

*Reform to the Article 80. of the Federal Cinematography Law.
A Matter of Social Inclusion and Human Rights*

Juan Antonio Casanovas Esquivel

 <https://orcid.org/0000-0002-3435-7425>

Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: jcasanovas@up.edu.mx

RESUMEN: A partir de la entrada en vigor de la reforma al artículo 80. de la Ley Federal de Cinematografía, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 22 de marzo de 2021, todas las películas que se exhiban al público en México deberán encontrarse subtituladas al español, incluidas las habladas originalmente en nuestro idioma, así como aquellas que se encuentren dobladas, tales como películas infantiles o documentales educativos. La referida modificación legal tiene el objetivo de lograr la inclusión de personas sordas o con alguna discapacidad auditiva, con la finalidad de que puedan tener acceso a materiales filmicos que de otra manera les resultaría imposible, lo cual constituye una cuestión de derechos humanos de las personas con alguna discapacidad.

Palabras clave: derechos humanos, discapacidad, inclusión social, Ley Federal de Cinematografía.

ABSTRACT: As of the entry into force of the reform to article 80. of the Federal Cinematography Law, published in the Official Gazette on march 22, 2021, all films that are shown to the public in Mexico must be subtitled in Spanish, including those originally spoken in such language, as well as those that are dubbed, such as children's movies or educational documentaries. The aforementioned legal modification has the objective of achieving the inclusion of deaf people or people with a hearing disability, so that they can have access to film materials that would otherwise be impossible for them, which constitutes a matter of human rights of people with disabilities.

Keywords: human rights, disability, social inclusion, Federal Cinematography Law.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Reforma al artículo 80. de la LFC.* III. *La discapacidad y la inclusión social.* IV. *El modelo social de inclusión de perso-*

*nas con discapacidad es una cuestión de derechos humanos. V. Referencias.
VI. Criterios judiciales. VI. Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

El 22 de marzo de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF), una reforma al artículo 8o. de la Ley Federal de Cinematografía (LFC), la cual tuvo como objeto establecer la obligación de exhibir al público las películas que estuvieran habladas originalmente al español o que se encontraran dobladas siempre con subtítulos, incluidos los filmes infantiles y documentales educativos. Esto es, con la reforma en comento todas las películas que se exhiban en México deberán encontrarse subtituladas.

En el presente comentario tiene por objeto realizar algunas breves reflexiones en torno a la referida modificación a la LFC. En un primer apartado abordaremos el contexto tanto de la industria cinematográfica como de la comunidad sorda con especial énfasis en nuestro país, lo cual influyó para el impulso a dicha reforma. Posteriormente, se harán algunas notas en relación con los subtítulos como una forma de inclusión social para aquellas personas con sordera o alguna otra discapacidad auditiva. Finalmente, se reflexionará en torno a la importancia de considerar a los esfuerzos por lograr la inclusión social de las personas con discapacidad, en este caso auditiva, como una cuestión de derechos humanos, de ahí la importancia de la reforma al artículo 8o. de la LFC.

II. REFORMA AL ARTÍCULO 8O. DE LA LFC

El director surcoreano Bong Joon-Ho, en la 77a. entrega de los Globos de Oro llevada a cabo el 5 de enero de 2020, en la que su filme *Parásitos* (Joon-Ho, 2019) resultó ganadora a mejor película en lengua no inglesa, afirmó con contundencia que: “Una vez superada esa barrera de pocos centímetros que forman los subtítulos, ustedes descubrirán otras películas extraordinarias”, recordando la trascendental función que tienen los subtítulos de abrir el mundo cinematográfico a los más públicos más diversos. (Taghavi, 2022)

Teniendo presente la idea del director ganador del premio a mejor director en la 92a. edición del premio de la Academia de Artes y Ciencias

Cinematográficas (en inglés Academy Award), cobra relevancia la reforma al artículo 8o. de la LFC publicada en el DOF de 22 de marzo de 2021.

De acuerdo con el Anuario estadístico de cine mexicano (2022), al cierre de dicho año en nuestro país había 7,410 salas de cine. Asimismo, hubo 173 millones de asistentes, de los cuales únicamente 6.2 vieron producciones nacionales. En este sentido, se estrenaron 396 películas, de las cuales 88 fueron mexicanas. Así, a pesar de que las películas de producción nacional representan una cuarta parte de los estrenos, éstas convocaron a menos del 5 % de los espectadores.

Es importante hacer notar que dichos números representan poco más de la mitad del público que asistió a las salas de cine previo al inicio de la pandemia global derivada de la COVID-19, pues en 2019 hubo 310 millones de espectadores, lo cual refleja, a 2022, una industria aún en proceso de recuperación. (Aguilar, 2022)

Por otra parte, con motivo del día nacional de las personas sordas, el pasado 28 de noviembre la Secretaría de Salud informó que en nuestro país existen 2.3 millones de personas con alguna discapacidad auditiva, de los cuales el 50 % es mayor de 60 años, el 34 % entre 30 y 59 y el 2 % son niños y niñas. (Secretaría de Salud, 2022)

Ahora bien, la cuestión de la sordera o de discapacidades auditivas ha sido fuente de inspiración para diversos filmes. En efecto, *Nashville* (Altman, 1975), *Te amaré en silencio* (Haines, 1986), *Triunfo a la vida* (Herrek, 1995), *Código Desconocido* (Haneke, 2000), *Lee mis labios* (Audiard, 2001), *El nombre de la venganza* (Chan-Wook, 2002), *Petróleo Sangriento* (Anderson, 2007), *La familia Bélier* (Lartigau, 2014), *Una voz silenciosa* (Yamada, 2016), *Baby Driver* (Wright, 2017), *Un lugar en silencio* (Krasinski, 2018) o *El sonido del metal* (Marder, 2019), son ejemplo de filmes de los más diversos géneros y nacionalidades con la referida temática.

Mención aparte merece el extraordinario documental de Werner Herzog *El país del silencio y la oscuridad* (Herzog, 1971), pues gira alrededor de la manera en que perciben la vida y los retos a los que se enfrentan en el mundo contemporáneo diversas personas sordas y ciegas.

De manera reciente, en la entrega 94a. de los Premios de la Academia, el actor sordo Troy Kotsur se convirtió en el primer hombre con alguna discapacidad auditiva en ganar el Premio como Mejor Actor de Reparto en la película *CODA: Señales del Corazón* (Heder, 2021) y apenas en la segunda persona sorda en obtener un Premio de actuación después de que Marlee

Matlin lo lograra como Actriz de Reparto por *Te amaré en silencio* (Haines, 1986).

La cuestión resulta tan actual, que en el multimillonario Universo Cinematográfico Marvel en la película *Eternals* (Zhao, 2021) por primera ocasión se incluyó a una heroína sorda: Makkari, interpretada por la actriz sorda Lauren Ridloff.

En el caso de nuestro país, René Cardona dirigió *El sordo* (Cardona, 1959), protagonizada por el célebre cómico Antonio Espino “Clavillazo”, cuya trama gira alrededor de un escultor que pierde la capacidad de oír después de una brutal golpiza.

En la cinematografía de Alejandro González Iñárritu también se encuentra presente el tema de la discapacidad auditiva en su película *Babel* (González Iñárritu, 2006), pues el papel interpretado por la actriz japonesa Rinko Kikuchi es el de una adolescente quien, más allá de su sordera, es incapaz de comunicarse con su padre.

La película ganadora del premio a mejor película en la 90a. ceremonia de los premios de la Academia fue *La forma del agua* (Del Toro, 2017), dirigida por el mexicano Guillermo del Toro, siendo el personaje principal precisamente una mujer sorda, interpretada de manera magistral por Sally Hawkins.

Para evidenciar la relevancia y actualidad del tema en la cinematografía nacional no se puede dejar de mencionar al primer documental elaborado con lengua de señas mexicano y actuada exclusivamente por actores sordos: *Música Ocular* (Cordero, 2012), un auténtico homenaje a la lengua de señas y sus paralelismos con el arte cinematográfico. La intención del director fue generar curiosidad, aún por morbo, en relación con la comunidad sorda y su cultura, así como que dicho sector de la sociedad se reconociera en un ámbito cultural del cual generalmente se ven excluidos: el del séptimo arte. (CONAPRED, 2013)

Tomando en consideración el panorama tanto de la industria cinematográfica como de la comunidad con alguna discapacidad auditiva en nuestro país, resulta relevante el presente comentario en torno a la reforma al artículo 8o. de la LFC publicada en el DOF el 22 de marzo de 2021.

Previo a la referida modificación legal, el referido numeral disponía lo siguiente: “Artículo 8o. Las películas serán exhibidas al público en su versión original y, en su caso, subtituladas en español, en los términos que establezca el Reglamento. Las clasificadas para público infantil y los documentales educativos podrán exhibirse dobladas al español”.

Por su parte, actualmente el artículo 8o. de la LFC señala: “Artículo 8o. Las películas serán exhibidas al público en su versión original y subtituladas al español, en los términos que establezca el Reglamento. Las clasificadas para público infantil y los documentales educativos podrán exhibirse dobladas, pero siempre subtituladas en español”.

Al respecto, en términos del artículo 41 del Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía: “Para efectos del presente Reglamento se entiende por subtítulo, la acción técnica mediante la cual se sobreponen o insertan letreros sincronizados con la imagen cinematográfica, que traducen al español de forma resumida, lo que se dice durante cada escena”.

Parecería que la modificación al artículo 8o. de la LFC que nos ocupa resulta menor e inocua, pues la única adecuación efectuada por el Congreso de la Unión consistió en establecer la obligación de que todas las películas que se exhiban en el país, incluidas las clasificadas para el público infantil y documentales educativos que pueden exhibirse dobladas, deberán estar en todo momento subtituladas en español.

Luego entonces, la aparente simpleza del cambio al artículo 8o. de la LFC impone la obligación de que todas las películas que se exhiban en territorio nacional, con independencia de si se trata de filmes en su idioma original o doblados, así como sin importar su clasificación, deben encontrarse debidamente subtituladas al español.

La reforma en comento fue propuesta por el senador Clemente Castañeda, y contó con el impulso de 106 grupos y organizaciones civiles, entre las cuales se encuentran la Asociación Silente de Jalisco, la Asociación de Sordos de la Ciudad de México, la Federación Mexicana de Sordos, LaAdo Sordo A. C., Lengua de Señas Mexicanas de Monterrey y de Toluca, el Foro LSM, el Movimiento en Defensa de la Educación Bilingüe para Sordos y la Unión Nacional de Sordos de México. Fue aprobada por el Senado de la República el 19 de marzo de 2020 y por la Cámara de Diputados el 17 de febrero de 2021 con 443 votos a favor y únicamente una abstención. (Movimiento Ciudadano, 2021 y Canal del Congreso, 2021)

De acuerdo con la petición ciudadana de reforma a la LFC:

Las personas con discapacidad auditiva tienen la capacidad plena de disfrutar la experiencia de las proyecciones cinematográficas siempre y cuando estén subtituladas, por lo que no debería existir ninguna barrera que dificultara o impidiera su derecho a gozar de cualquier película exhibida al interior del país, sin importar la sala, ni el día ni el horario. (Bancada Naranja, 2020)

Al aprobarse la referida reforma en la Cámara de Diputados, el diputado Sergio Mayer Bretón, presidente de la Comisión de Cultura y Cinematografía señaló que: “al subtítular las obras cinematográficas nacionales en español se incrementaría el acceso a los cines en cerca de 2.4 millones de mexicanos con algún tipo de discapacidad auditiva, lo que además permitiría fortalecer a esta importante industria para nuestro país”. (Canal del Congreso, 2021)

Al respecto, el senador Clemente Castañeda manifestó que con la reforma a la LFC: “[...] estamos dando un gran paso en materia de igualdad entre las y los mexicanos, y se está atendiendo una de las demandas más añejas de la comunidad sorda en el país. Esta reforma permitirá que las personas con discapacidad auditiva puedan apreciar el cine mexicano o iberoamericano” (Movimiento Ciudadano, 2021).

La reforma al artículo 8o. de la LFC en definitiva atiende a un modelo social de inclusión en el pleno goce de sus derechos humanos, en este caso, a personas que en nuestro país con sordera o alguna otra discapacidad auditiva. En este sentido conviene realizar alguna reflexión en torno precisamente a dicho modelo.

III. LA DISCAPACIDAD Y LA INCLUSIÓN SOCIAL

De acuerdo con Ospina Ramírez, hasta hace poco tiempo el reconocimiento normativo a las aspiraciones de las personas con alguna discapacidad se encontraba condicionado a la voluntad de los grupos mayoritarios bajo una idea de compasión o misericordia, muy alejado de una cuestión de auténticos derechos humanos, sino acaso de beneficencia (Ospina Ramírez, 2010).

Sin embargo, actualmente el modelo de inclusión social de las personas con discapacidad apunta a que dicha discapacidad se origina no tanto atendiendo a aspectos individuales, sino en torno a la forma en la que se ha diseñado el entramado social considerado normal. A partir de este enfoque, la situación de discapacidad no deriva por las limitaciones físicas o intelectuales de las personas, sino por las barreras físicas y culturales que la sociedad les impone cuando se construye un medio social estandarizado bajo criterios mayoritarios. Bajo esta idea, si el elemento discapacitante no se encuentra en los individuos sino en el ámbito social, en lugar de rehabilitar de manera compasiva al *discapacitado*, a quien hay que normalizar es, en definitiva, a la sociedad (Ospina Ramírez, 2010).

Así las cosas, partiendo de la idea de justicia como equidad del jurista norteamericano John Rawls, la plena realización de las personas se da en la medida en que se logra su plena incorporación a su comunidad, lo cual resulta necesario para la propia subsistencia del grupo social, quien puede constituir un favor positivo o negativo en la incorporación o en la exclusión de las actividades de los individuos (Rawls, 2000).

En efecto, de acuerdo con Rawls y su teoría neocontractualista de la justicia, en las sociedades es posible diferenciar distintas posiciones relevantes, pero el acceso a los bienes sociales primarios, como derechos o libertades, deben distribuirse por igual, aceptándose desigualdades que beneficien a todos (Rawls, 1986).

Al respecto, para que la realización de cada proyecto de vida se pueda verificar en condiciones de equidad, resulta necesario reconocer que hay ocasiones en que no todas las personas concurren a la distribución de bienes sociales en condiciones de igualdad, encontrándose algunas de ellas en una situación de desventaja con mayor claridad (Rawls, 1986). Tal es el caso de personas con alguna discapacidad, como podría ser el amplio espectro de discapacidades auditivas.

Ahora bien, de acuerdo con Molinar Béjar, en el modelo de justicia para todos de Rawls, las instituciones no deberían decidir sobre lo que beneficie a la mayoría, sino aquello que maximice el bien, pues lo correcto (o justo) tiene prioridad sobre lo bueno (Molinar Béjar, 2005).

Lo anterior tiene claras implicaciones tratándose de la discapacidad, ya que el Estado debería maximizar los bienes primarios sociales (como educación, trabajo, acceso a la cultura o servicios de salud) para aquellas personas que por tener alguna discapacidad cuentan con niveles de acceso a los bienes primarios naturales que no atienden a la estandarización de la sociedad (limitaciones físicas o intelectuales). Esto es lógico, pues eliminar o compensar el déficit es imposible, luego entonces, lo que debe buscarse es maximizar la oportunidad (Molinar Béjar, 2005).

Sobre el particular, en el caso de nuestro país contamos con la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad (LGIPD), en cuyo artículo 1o., tomando en consideración lo dispuesto por el artículo 1o. de nuestra Constitución Política, se precisa que el objetivo de dicha Ley es establecer: “las condiciones en las que el Estado deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades”.

De manera específica, tratándose de una discapacidad como la sordera o alguna otra de carácter auditivo, diversos autores se han manifestado en el sentido de que el subtítulaje de los contenidos audiovisuales, como las películas, constituye un buen medio para lograr la inclusión social de dichas personas, maximizando y facilitando el acceso a bienes sociales primarios, como el acceso a la educación o a la cultura, pues eliminar la condición discapacitante del todo no es posible.

En efecto, García Sempere ha señalado que la creación de subtítulos constituye una herramienta para romper las barreras de accesibilidad para que las personas con discapacidades auditivas puedan aproximarse a materiales audiovisuales de carácter educativo (García Sempere, 2014). En sentido similar respecto al accesibilidad universal a la televisión pública, García-Prieto y Aguaded, se han pronunciado sobre la necesidad de mejorar la calidad y sincronía de los subtítulos para lograr la mejor inclusión de personas con discapacidades auditivas. (García Prieto y Aguaded, 2021).

Asimismo, García Prieto y Ponte son de la opinión de que el subtítulo, la audiodescripción y la lengua de señas constituyen medios para mejorar la accesibilidad de la programación infantil y juvenil de menores con discapacidad auditiva. (García Prieto y Ponte, 2020) En relación con la inclusión de personas con discapacidades auditivas para el acceso a educación en línea, Gaillard Rivero y Aguilar Vera han señalado que los subtítulos constituyen un buen recurso para suprimir, o al menos reducir, en la medida de lo posible, las barreras de accesibilidad (Gaillard Rivero y Aguilar Vera, 2020).

Por referir a otro ejemplo, Álvarez Álvarez ha señalado que considerando que el acceso a la cultura y al ocio constituyen elementos esenciales para el desarrollo y crecimiento de las personas, lo cual mejora su calidad de vida, el subtítulo, el videoseñado y la audiodescripción son medios para lograr incorporar a personas con discapacidades auditivas o visuales al disfrute, en el caso concreto, de los contenidos televisivos españoles (Álvarez Álvarez, 2014).

De esta forma, es claro que la reforma al artículo 8o. de la LFC que busca establecer condiciones para que la comunidad con alguna discapacidad auditiva en México pueda disfrutar de aquellos materiales cinematográficos doblados o hablados en español mediante su subtítulaje obligatorio, responde a un modelo para mejorar la inclusión social de dicha comunidad, lo cual constituye una cuestión de derechos humanos. En la parte final del presente comentario abordamos de manera muy breve dicha cuestión.

IV. EL MODELO SOCIAL DE INCLUSIÓN DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD ES UNA CUESTIÓN DE DERECHOS HUMANOS

En opinión de Quinn y Degener, la perspectiva de la discapacidad con un enfoque de derechos humanos supone considerar a las personas con alguna discapacidad como auténticos sujetos de derechos y no como objetos, dejando de valorarlas como un problema para la sociedad. En este orden de ideas, esto “significa situar los problemas fuera de la persona con discapacidad y abordar la manera en que en los diversos procesos económicos y sociales se tiene en cuenta o no [...] la diferencia implícita en la discapacidad” (Quinn y Degener, 2002).

Bajo este tenor de ideas, el debate no consiste en establecer una categoría diferente o especial de derechos para las personas que tienen alguna discapacidad, sino generar las condiciones para que quienes integran dicho grupo, atendiendo a su dignidad como personas, puedan gozar con plenitud de los mismos derechos humanos que el resto. Se trata, ciertamente, de un modelo de visibilización de la diferencia (Quinn y Degener, 2002).

Las reflexiones en torno al goce de los derechos humanos de las personas con discapacidad resultan, lamentablemente en nuestra opinión, recientes y los modelos para garantizar sus derechos humanos avanzan de manera irregular. El cambio de perspectiva se puede identificar en las últimas dos décadas del siglo XX y, por referir únicamente un ejemplo, no fue sino hasta 1993 que se generaron las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, de las Naciones Unidas, las cuales fueron aprobadas por la Asamblea General en su resolución 48/96, de diciembre de dicho año (Quinn y Degener, 2002). Apenas en 2006 fue aprobada la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad por la Asamblea General de la ONU (Jauregi, Bernarás y Jaureguizar, 2020).

Ahora bien, de acuerdo con la línea de pensamiento de Victoria Maldonado: “Los derechos humanos de la población con discapacidad, en la moderna concepción, deben estar dirigidos a equilibrar el acceso al ejercicio pleno de sus derechos y oportunidades en una sociedad dentro de la cual puedan desarrollar libremente y con dignidad sus propios planes y proyectos de vida” (Victoria Maldonado, 2013).

En efecto, si actualmente las personas con discapacidad se presentan frente a la sociedad como auténticos titulares plenos de derechos humanos, ello implica la necesidad de visibilizarlos, redefiniendo sus derechos, do-

tándolos de contenido material mediante mecanismos sencillos y expeditos de tutela (Victoria Maldonado, 2013).

Por ello consideramos muy atinadas las ideas de Quinn y Degener en el sentido de que la perspectiva de inclusión de las personas con discapacidad como un modelo de derechos humanos debe destacar de forma positiva la diferencia que supone dicha discapacidad, ya que la invisibilización total o parcial de los discapacitados llevó, necesariamente, a su depreciación y olvido (Quinn y Degener, 2002).

Invisibilizar al grupo de personas con discapacidad ha implicado históricamente, que derechos universales simple y llanamente no se apliquen por igual (Quinn y Degener, 2002). En la actualidad ello resulta no sólo inaceptable, sino insostenible. La respuesta necesaria es insistir en la igual aplicación de derechos humanos a las personas con discapacidades, restaurando su paridad social (Quinn y Degener, 2002).

En específico por lo que hace a las personas sordas o con alguna discapacidad auditiva Estrada Aranda señala que han asumido su discapacidad desde una perspectiva sociocultural. La sordera es asumida por este colectivo como un territorio propio (comunidad sorda), en el cual el lenguaje de señas y su propia cultura es poco conocida por el resto de la población. Si las construcciones sociales mayoritarias establecen limitaciones y barreras, entonces la discapacidad se hará más evidente, pero, en cambio, si se reducen, los efectos disminuyen y se incluirá a un sector de la población cuya privación principal no es la del acceso al sonido, sino la privación del lenguaje (Estrada Aranda, 2008).

La población sorda o con alguna discapacidad auditiva está en riesgo de exclusión social derivado del uso de un lenguaje, como el de señas, que es minoritario y muy poco conocido, lo que impide, principalmente, el acceso a la información. Las personas sordas, especialmente aquellas que lo son de nacimiento, se enfrentan todos los días a barreras de comunicación, pues su lengua materna no es el español sino el lenguaje de señas (Estrada Aranda, 2008).

En un tenor similar, los autores españoles Jauregi, Bernarás y Jaureguizar señalan que la discapacidad auditiva es comúnmente pasada por alto, ya que los entornos culturales están contruidos de forma general desde una cultura de la oralidad, en la que el acceso a la comunicación y a la información se transmite mediante lenguas orales, sean verbales o escritas. Las barreras a las que se enfrenta este colectivo son evidentes, pues no son

visibles para la sociedad oyente que desconoce sus circunstancias (Jauregi, Bernarás y Jaureguizar, 2020).

En efecto,

las personas sordas no tienen características aparentemente visibles que evidencien sus particularidades y sus necesidades, y es habitual que otras personas no sean conscientes de las consecuencias de no tomar en cuenta sus especificidades en un entorno oyente, por lo que se generan barreras que provocan situaciones de exclusión, soledad e incompreensión. (Jauregi, Bernarás y Jaureguizar, 2020)

Sin embargo, bajo la idea de que la sociedad se concibe como unidad dentro de las diferencias, en el marco de los derechos humanos se hace indispensable ampliar los horizontes de la dignidad humana que impulse una mejora en la calidad de vida de las personas con discapacidad, en el caso que ocupa el presente comentario, auditiva. Este reconocimiento e incluso celebración de la diferencia involucra la participación de todos los ámbitos de la sociedad, es decir, no únicamente a los actores vinculados con el ejercicio de la autoridad en el sentido clásico del término (Victoria Maldonado, 2013).

Efectivamente, de acuerdo con Díez Spelz, la autoridad ya no es una cuestión de privilegio exclusivo del Estado, lo que hace pensar que el sujeto pasivo de los derechos humanos no es sólo el poder público en su vertiente ejecutiva, legislativa o jurisdiccional, sino también los particulares, siendo ellos mismos sujetos de derechos humanos (Díez Spelz, 2021). Lo anterior resulta relevante en relación con la reforma comentada, en la medida en que la obligación del subtítulo de materiales cinematográficos hablados o doblados al español recae en gran medida en particulares, a saber, exhibidores privados, como salas de cine comerciales.

Si bien excede el objetivo del presente comentario realizar una mayor reflexión en torno la horizontalidad de los derechos humanos, concordamos con Díez Spelz en el sentido de que la vigencia de los derechos humanos responde no sólo a relaciones verticales con el Estado, sino a las relaciones sociales, pues se trata de valores de toda la comunidad, fundamento mismo del Estado. Bajo esta perspectiva, los derechos humanos generan deberes de respeto y promoción a cargo de todos quienes formamos parte de la sociedad (Díez Spelz, 2021).

Lo anterior incluso ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el criterio de rubro: DERECHOS FUNDAMENTALES. SU VIGENCIA EN LAS RELACIONES ENTRE PARTICULARES.

Nuestro Tribunal Supremo también se ha manifestado en el sentido de que la inclusión social de personas con discapacidad es una cuestión de derechos humanos en los siguientes precedentes que se señalan a manera de ejemplo y que de ninguna manera constituyen los únicos: “DISCAPACIDAD. ALCANCE DEL ARTÍCULO 9o. DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, A LA LUZ DEL MODELO SOCIAL CONSAGRADO EN LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD”, “DISCAPACIDAD. EL ARTÍCULO 2o., FRACCIÓN IX, DE LA LEY GENERAL PARA LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, ES CONSTITUCIONAL”, “PERSONAS CON DISCAPACIDAD. ACCIONES QUE DEBE DESARROLLAR EL CONSEJO NACIONAL DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA PARA LOGRAR SU INCLUSIÓN PLENA EN LA SOCIEDAD.”, “PERSONAS CON DISCAPACIDAD. FORMA EN QUE LAS AUTORIDADES DEBEN PROMOVER SU DERECHO A LA EDUCACIÓN, PARA LOGRAR SU INCLUSIÓN EN TODOS LOS NIVELES DEL SISTEMA EDUCATIVO NACIONAL” y “PERSONA CON DISCAPACIDAD. LOS APOYOS PARA LA VIDA INDEPENDIENTE Y LA INCLUSIÓN EN LA COMUNIDAD, DEBEN SER CONSENTIDOS POR ELLA”.

Dada la naturaleza y alcance del presente comentario no se realizará mayor análisis de los criterios emitidos por nuestra Corte Suprema, baste señalar que la formulación clásica de los derechos humanos como oponibles únicamente frente al Estado resulta insuficiente, en el caso que nos atiene, para explicar la inclusión social de personas con discapacidad como una auténtica cuestión de derechos humanos (Díez Spelz, 2021).

Bajo esta perspectiva de inclusión social de personas sordas o con alguna discapacidad auditiva, también los actores privados (en este caso empresas exhibidoras de películas), están constreñidos a cumplir con sus obligaciones en materia de derechos humanos, ya sea de manera individual o en coordinación con el Estado. Particularmente conglomerados comerciales tienen un rol predominante en la sociedad y pueden tener un impacto importante en el respecto e impulso de los derechos humanos de las personas sordas. Ello implica aspectos de responsabilidad social de las empresas y de una planeación de negocio alrededor de los derechos humanos, siendo que la reforma a la LFC tiene implicaciones sobre el particular. Sin duda se trata de cuestiones sobre las cuales se tendrá que seguir reflexionando (Ramírez García y Díez Spelz, 2022).

Como hemos señalado anteriormente, de acuerdo con el modelo de inclusión social se advierte que el tema de la discapacidad, como la auditiva, debe “formularse desde la teoría de los derechos toda vez que en la mayoría de las ocasiones la restricción infundada de las pretensiones de dignidad de este grupo minoritario no se produce por circunstancias “inhabilitantes” particulares sino por la forma como está diseñado el entorno social” (Ospina Ramírez, 2010).

Si con la reforma al artículo 8o. de la LFC se busca la inclusión de personas con discapacidad auditiva, ello supone, como hemos señalado anteriormente, la promoción de un modelo social, cuyo impulso y respeto se encuentra a cargo no sólo del Estado sino también de los particulares, es decir, se trata del fomento de los derechos humanos como valores de la sociedad mexicana.

Así, en el caso del acceso a materiales cinematográficos hablados o doblados al español para personas con discapacidad auditiva, previo a la reforma al artículo 8o. de la LFC, es claro que la restricción no se producía en sí por alguna circunstancia que activamente impidiera a dichas personas el acceso a dichos materiales cinematográficos, sino por el diseño del entorno social mayoritario, esto es, no se consideraba necesario contemplar su subtítulo.

Por ello, compartimos la opinión de Ospina Ramírez, en el sentido de que, tratándose de personas con alguna discapacidad, como la auditiva, es necesario que el Estado adopte medidas para garantizar que tanto la elección de los objetivos (en el caso, acceder a cualquier material cinematográfico, con independencia del idioma en que se encuentre hablado o doblado) no resulten frustrados por factores externos (como lo sería la falta de subtítulos) (Ospina Ramírez, 2010).

Por todo lo anterior somos de la opinión de que la reforma al artículo 8o. de la LFC constituye un buen paso para la inclusión social, así como para el respeto y promoción de los derechos humanos de la comunidad sorda o con alguna discapacidad auditiva de nuestro país, quienes ahora ya tienen la posibilidad de acceder a los contenidos cinematográficos hablados o doblados en español, pues todos los exhibidores, incluidos por supuesto los privados, se encuentran obligados a su subtítulo.

En efecto, con la reforma comentada, se disminuye una barrera de acceso a materiales cinematográficos para la comunidad sorda, permitiendo su inclusión social y, por tanto, reconociendo y valorando la diferencia, promoviendo el pleno respeto de sus derechos humanos, por lo que hace a la

vertiente de acceso a la cultura. No puede sino celebrarse la nueva redacción del artículo 8o. de la LFC.

Sin embargo, no puede decirse que la tarea se encuentre concluida y deberá seguirse reflexionando sobre mecanismos adicionales para que la comunidad sorda y otras colectividades con alguna otra discapacidad (visual, por ejemplo), puedan gozar de su derecho humano de acceso a la cultura en su vertiente de acercamiento a productos cinematográficos.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, A. (2002, junio). La industria del cine y sus números. *La lista*. <https://la-lista.com/opinion/2022/05/20/la-industria-de-cine-en-mexico-y-sus-numeros>
- Altman, R. (1975). *Nashville*. [Nashville] [Película]. ABC Motion Pictures.
- Álvarez, Álvarez, M.N. (2014). Subtitulado, videosignado y audiodescripción en la España televisiva actual. *Historia y Comunicación Social*. Vol. 19 (No. Especial), 161-172. https://doi.org/10.5209/rev_HICS.2014.v19.45018
- Anderson, P. T. (2007). *Petróleo sangriento*. [There will be blood] [Película]. Ghoulardi Film Company y Scott Rudin Productions.
- IMCINE. (2022). Anuario estadístico de cine mexicano. Instituto Mexicano de la Cinematografía (IMCINE). <http://anuariocinemx.imcine.gob.mx/Assets/anuarios/2022.pdf>
- Audiard, J. (2001). *Lee mis labios*. [Sur mes lèvres] [Película]. SEDIF, Ciné B, Pathé Image, France 2 Cinéma, Canal+ (participación) y Centre National de la Cinématographie (ayuda).
- Bancada Naranja (2020, marzo). <https://senadoresciudadanos.mx/legislatura-lxiv/noticias/aprueban-iniciativa-de-cines-incluyentes-para-la-comunidad-sorda>
- Canal del Congreso (2021, febrero). https://www.canaldelcongreso.gob.mx/noticias/13945/Avalan_reformas_para_subtitular_pelculas_en_espaol_exhibidas_en_el_pas
- Cardona, R. (1959). *El sordo*. [Película]. Producciones Zacarías S. A.
- Chan-Wook, P. (2002). *El nombre de la venganza*. [Boksuneun Naui Geot] [Película] Studio Box, TMS Entertainment/Seoul Movie.
- CONAPRED (2013, junio). https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=noticias&id=4065&id_opcion=&op=448

- Cordero, J. A. (2012). *Música Ocular*. [Película]. Al fondo del callejón.
- Del Toro, G. (2017). *La forma del agua*. [The shape of water] [Película]. Fox Searchlight Pictures, TSG Entertainment y Double Dare You Productions.
- Díez Spelz, J. F. (2021). El sujeto pasivo de los derechos humanos. En Ramírez García, H. S. y Soberanes Díez, J. M. (Co). *El artículo 1o. constitucional. Una teoría de derechos humanos*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. pp. 165-189.
- Estrada Aranda, B. (2008). La vulneración de los derechos humanos de las personas sordas en México. *Derechos Humanos México. Revista del Centro Nacional de Derechos Humanos*, año 3 (8), 105-127. https://appweb.cndh.org.mx/biblioteca/archivos/pdfs/DH_50.pdf
- Gaillard Rivero, I. y Aguilar Vera, M. L. (2020). El uso de subtítulos en los videos como estrategia de inclusión. *Revista Mexicana de Bachillerato a Distancia*, año 12 (23). <https://doi.org/10.22201/cuaed.20074751e.2020.23.75156>
- García Prieto, V. y Aguaded, I. (2020). Accesibilidad de los televidentes con discapacidad en la cadena BBC: de la ley a la satisfacción de los usuarios. *Profesional de la información*, 30(5). <https://doi.org/10.3145/epi.2021.sep.18>
- García Prieto, V. y Ponte, C. (2020). Pluralismo mediático e inclusión social: la accesibilidad de la programación infantil y juvenil de RTP para menores con discapacidad. *Revista Observatorio (OBS*)*. 14(4), 21-41. <https://hdl.handle.net/11441/114930>
- García Sempere, P. J. (2014). Video en la educación: creación de subtítulos para romper barreras de accesibilidad. *IJERI: International Journal of Educational Research and Innovation*, 1(2), 107-117. <https://upo.es-revistas/index.php/IJERI/article/view/1144>
- González Inárritu, A. (2006). *Babel*. [Babel] [Película]. Anonymous Content, Zeta Film, Central Films y Media Rights Capital.
- Haines, R. (1986). *Te amaré en silencio*. [Children of a lesser God] [Película]. Paramount Pictures.
- Haneke, M. (2000). *Código Desconocido*. [Code inconnu: Récit incomplet de divers voyages] [Película]. Arte France Cinéma, Bavaria Film, Canal+, Filmex, France 2 Cinéma, Les Films Alain Sarde, MK2 Productions, Romanian Culture Ministry, Société des Producteurs de Cinéma et de Télévision (Procirep) y Zweites Deutsches Fernsehen (ZDF).

- Heder, S. (2021). *CODA: Señales del corazón*. [CODA] [Película]. Apple Original Films, Pathé Films y Vendôme Pictures.
- Herek, S. (1995). *Triunfo a la vida*. [Mr. Holland's Opus] [Película]. Hollywood Pictures, Interscope Communications y PolyGram Filmed Entertainment.
- Herzog, W. (1971). *El país del silencio y la oscuridad*. [Land des Schweigens und der Dunkelheit] [Película]. Referat für Filmgeschichte y Werner Herzog Filmproduktion.
- Jauregi, A., Bernarás, E. y Jaureguizar, J. (2020). Derechos humanos desde la diversidad lingüística e identitaria de las personas sordas. *Deusto Journal of Human Rights*, (5), 187-213. <http://dx.doi.org/10.18543/djhr.1748>
- Joon-Ho, B. (2019). *Parásitos*. [Gisaengchung] [Película]. Barunson E&A.
- Krasinski, J. (2018). *Un lugar en silencio*. [A quiet place] [Película]. Platinum Dunes y Sunday Night Productions.
- Lartigau, E. (2014). *La familia Bélier*. [La Famille Bélier] [Película]. France 2 Cinéma, Nexus Factory, Jerico, Mars Films, Quarante 12 Films, Vendôme Production y uMedia.
- Ley Federal de Cinematografía.
- Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad.
- Marder, D. (2019). *El sonido del metal*. [Sound of metal] [Película]. Caviar, Ward Four y Flat 7 Productions.
- Molinar Béjar, R. (2005). La discapacidad y la inclusión social: Un asunto de justicia. *Revista de la Facultad de Medicina de la Universidad Nacional de Colombia*, 53(4), 259-262.
- Movimiento Ciudadano (marzo, 2021). <https://movimientociudadano.mx/boletines/entra-en-vigor-iniciativa-de-clemente-castaneda-para-que-cines-sean-incluyentes>
- Ospina Ramírez, M. A. (2010). Discapacidad y sociedad democrática. *Revista Derecho del Estado* (24), 143-164.
- Quinn, G. y Degener, T. (2002). *Derechos humanos y discapacidad. Uso actual y posibilidades futuras de los instrumentos de derechos humanos de las Naciones Unidas en el contexto de la discapacidad*. Naciones Unidas.
- Ramírez García, H. S. y Díez Spelz, J. F. (2022). When Corporate Social Responsibility meets Human Rights. Business planning based on moral absolutes. *Ramon Llull Journal of Applied Ethics*, 1(13), 77-98. <https://doi.org/10.34810/rljaev1n13Id398680>

- Rawls, J. (1986). *Justicia como equidad: materiales para una teoría de la justicia*. Tecnos.
- Rawls, J. (2000). *La justicia como equidad. Una reformulación*. Paidós.
- Reglamento de la Ley Federal de Cinematografía.
- Secretaría de Salud (2022, noviembre). <https://www.gob.mx/salud/prensa/530-con-discapacidad-auditiva-2-3-millones-de-personas-instituto-nacional-de-rehabilitacion?idiom=es#:~:text=En%20M%C3%A9xico%20aproximadamente%202.3%20millones,ciento%20son%20ni%C3%Blas%20y%20ni%C3%B1os>.
- Taghavi, R. (2022). Subtítulos, la otra cara de las series. *El correo de la UNESCO*, 22-23.
- Tesis: 1a. XI/2013 (10a.) (2013). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVI, 1, 630.
- Tesis: 1a. XIII/2013 (10a.) (2013). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XVI, 1, 629.
- Tesis: 1a./J. 144/2022 (11a.) (2012). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 20, I, 995.
- Tesis: 1a./J. 15/2012 (9a.) (2012). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro XIII, 2, 798.
- Tesis: I.10o.A.74 A (10a.) (2018). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 60, III, 2304.
- Tesis: I.10o.A.75 A (10a.) (20185). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 60, III, 2303.
- Victoria Maldonado, J. A. (2013). El modelo social de la discapacidad: una cuestión de Derechos Humanos. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 46(138), 1093-1109. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332013000300008&lng=es&tlg=es.
- Wright, E. (2017). *Baby Driver*. [Baby Driver] [Película]. TriStar Pictures, MRC, Big Talk Productions y Working Title Films.
- Yamada, N. (2017). *Una voz silenciosa*. [Koe no Katachi] [Película]. Kyoto Animation.
- Zhao, C. (2021). *Eternals*. [Eternals] [Película]. Marvel Studios.



Comentarios jurisprudenciales



Análisis jurisprudencial y crítico del uso de acciones de tutela en Colombia en casos de publicaciones injuriosas en redes sociales¹

Jurisprudential and Critic Analysis of Tutela Actions in Colombia in Cases of Defamatory Publications on Social Networks

José Miguel Camacho Castro

 <https://orcid.org/0000-0002-1898-1113>

Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Colombia
Correo electrónico: jcamacho4@cue.edu.co

Luisa Fernanda Arias Murillo

 <https://orcid.org/0009-0001-5325-6099>

Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt. Colombia
Correo electrónico: larias727@cue.edu.co

RESUMEN: Este artículo analiza los criterios jurisprudenciales contemplados por la Corte Constitucional de Colombia para determinar la procedibilidad de la acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones dañinas o injuriosas en Internet o redes sociales. La jurisprudencia ha desarrollado criterios dispersos y no siempre explícitos para determinar la procedencia de dicho tipo de acciones, que se sistematizan en este trabajo. Para tal fin, se utilizará la metodología de la línea jurisprudencial. El principal hallazgo del presente estudio es que se ha endurecido el análisis de la llamada *relevancia constitucional*, que incluye observar el contenido, medio de difusión e impacto de los mensajes publicados en Internet o redes sociales.

Palabras clave: derecho a la privacidad, Internet, jurisprudencia, libertad de expresión, medios de comunicación de masas.

ABSTRACT: This article analyzes the jurisprudential criteria established by the Constitutional Court of Colombia to determine the admissibility of the *acción de tutela* in cases of infringe-

¹ Este artículo es un producto derivado de la investigación *Criterios jurisprudenciales de la procedencia de acción de tutela en casos de publicaciones dañinas e injuriosas en internet o redes sociales*, ejecutado como parte de las actividades del Semillero de Investigación en Análisis Comportamental del Derecho, adscrito al grupo FILIUS de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt.

ment of the right to privacy, good name, and honor due to harmful or defamatory publications on the internet or social media. Jurisprudence has developed scattered and not always explicit criteria to determine the admissibility of this type of action, which are systematized in this paper. To this end, the methodology of jurisprudential review will be used. The main finding of this study is that the analysis of the so-called *constitutional relevance* has been strengthened, which includes examining the content, means of dissemination, and impact of the messages published on the internet or social media.

Keywords: freedom of speech, Internet, jurisprudence, mass media, privacy.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Resultados de la aplicación de la metodología de la línea jurisprudencial: sentencias relevantes.* III. *Discusión de resultados: presentar una tutela en casos de mensajes injuriosos o dañinos en redes sociales ya no es tan fácil.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo tratará los criterios jurisprudenciales contemplados por la Corte Constitucional para determinar la procedibilidad de la acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones en internet o redes sociales. Las redes sociales han abierto múltiples posibilidades de comunicación que, en buena parte de los casos, resultan productivas. Sin embargo, las redes sociales se han prestado para la generación de publicaciones contrarias a los derechos fundamentales. Esto se ha traducido, en el caso colombiano, en cientos de sentencias que tratan directa o indirectamente este tema. Como consecuencia, han aparecido múltiples criterios de protección que tratan diversos asuntos que pasan por los derechos a la intimidad (Castro Jaramillo, 2016) y a la honra (Flantrmsky Cárdenas *et al.*, 2022), los límites a la libertad de expresión (Calcaneo Monts, 2021 y Herran, 2018), la responsabilidad de las empresas tecnológicas (Domino, 2020), entre otros.

Un aspecto de este importante tema permanece inexplorado: los mecanismos judiciales para lograr la protección de los derechos a la intimidad, el buen nombre y honra. Es probable que, por tratarse de un asunto procedimental, haya despertado menor interés en los académicos. Sin embargo, los mecanismos judiciales de protección de los derechos son tan importantes como los derechos mismos, al punto de que logran tener existencia como derechos independientes. En efecto, existen derechos de contenido procesal, como el debido proceso y el acceso a la administración de justicia (Camacho Ortiz, 2023 e Issacharoff, 2001). En el caso colombiano, se ha utiliza-

do la acción de tutela, un mecanismo judicial informal, preferente, expedito y sumario, para lograr la protección de la intimidad, la honra y el buen nombre de personas que son víctimas de publicaciones injuriosas o dañinas realizadas por usuarios de las redes sociales. Este tipo de acciones han sido seleccionadas por la Corte Constitucional en múltiples ocasiones, dando lugar a variados criterios que permiten determinar la necesidad y relevancia constitucional de conocer este tipo de asuntos. Así mismo, el alto tribunal ha ordenado a los jueces de inferior jerarquía el uso de dichos criterios. El inconveniente teórico y práctico con tales sentencias es que los criterios creados han ido apareciendo en diversas sentencias, de forma asistemática y no siempre explícita. Por lo tanto, el estudio que aquí se presenta es de la máxima importancia.

De acuerdo con lo anterior, este trabajo resolverá la siguiente pregunta general: ¿Cuáles son los criterios jurisprudenciales contemplados por la Corte Constitucional de Colombia para determinar la procedibilidad de la acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones en internet o redes sociales? Para responderla, se utilizará la línea jurisprudencial como metodología. Dicha metodología puede ser resumida en ocho pasos (Camacho-Castro, 2022 y López Medina, 2011): 1) identificación del tema; 2) identificación del escenario relevante; 3) formulación del problema jurídico; 4) identificación de la sentencia arquimédica de la línea;² 5) realización de la ingeniería reversa;³ 6) construcción del nicho citacional e identificación de puntos nodales;⁴ 7) clasificación y análisis de las sentencias, 8) representación de las respuestas al problema jurídico.⁵

Los tres primeros pasos ya fueron anticipados en la introducción. El tema que se tratará es la procedencia de la acción de tutela. El escenario o tipo de casos que se tendrán en cuenta serán aquellos en los una persona o grupo de personas vean afectados sus derechos fundamentales a la intimi-

² La sentencia arquimédica es la sentencia más reciente sobre el tema.

³ El proceso de ingeniería de reversa consiste en la identificación de las sentencias citadas en la sentencia arquimédica y, posteriormente, en la identificación de las sentencias citadas en las sentencias citadas por la sentencia arquimédica.

⁴ Consiste en la identificación y comparación de las sentencias relevantes sobre el tema, y en su discusión.

⁵ Consiste en una gráfica o representación textual de la tendencia que muestra la Corte Constitucional en el análisis del tema. La sección *Presentar una tutela en casos de mensajes injuriosos o dañinos en redes sociales ya no es tan fácil* tratará este punto.

dad, el buen nombre y la honra por publicaciones realizadas en redes sociales o Internet. Una precisión es necesaria: solo se utilizarán casos que involucren personas naturales y que hayan sido fallados por la Corte Constitucional hasta enero de 2022.⁶ El problema jurídico para resolver es el siguiente: ¿cuáles son los criterios jurisprudenciales contemplados por la Corte Constitucional para determinar la procedibilidad de la acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones en Internet o redes sociales? Por lo anterior, en la sección de resultados se dará cuenta de los pasos cuatro a ocho. Para esto, se ofrecerá una reconstrucción del proceso que condujo a la identificación de las sentencias relevantes para el tema que nos ocupa, lo cual abarca los puntos cuatro, cinco y seis. Posteriormente, se realizarán comentarios y se analizarán las implicaciones de los hallazgos, abarcando los puntos siete y ocho.

II. RESULTADOS DE LA APLICACIÓN DE LA METODOLOGÍA DE LA LÍNEA JURISPRUDENCIAL: SENTENCIAS RELEVANTES

La sentencia arquimédica, esto es, la más reciente sobre el tema y el escenario, es la sentencia T-446 (2020). Para identificarla se utilizó el sistema de reportaría de la Corte Constitucional, particularmente el buscador de palabras clave. Se realizaron búsquedas desde el 2022, a través del siguiente procedimiento: 1) uso de la palabra clave en el cajón de búsqueda de palabras clave; 2) filtro temático, usando la función de búsqueda de texto del navegador (Ctrl+F en Google Chrome, 3) identificación de la sentencia más reciente, según los resultados señalados por el navegador después del filtro.

⁶ Esta limitación es metodológicamente necesaria, debido al constante avance de la jurisprudencia en la materia.

Tabla 1
Resultados del uso del buscador de palabras clave

Número de búsqueda	Palabras clave	Filtros	Año	Resultado
1	Intimidad	Redes sociales	2022	Sin resultados
2	Intimidad	Redes sociales	2021	Sin resultados
3	Intimidad	Redes sociales	2022	T-446-2020
4	Redes sociales	Honra	Todos los años	T-242-22

Usando el buscador de palabras clave de la Corte Constitucional se realizaron cuatro búsquedas con diferentes palabras claves y filtros para garantizar el rigor en la selección de la sentencia arquimédica. Esta tabla incluye únicamente los resultados más recientes.

Se repitió el procedimiento utilizando el buscador por temas del sistema de relatoría de la Corte Constitucional. Se obtuvieron los siguientes resultados:

Tabla 2
Resultados del uso del buscador temático

Número de búsqueda	Palabras clave	Filtros	Año	Resultado
1	Intimidad	Redes sociales	2022	Sin resultados
2	Intimidad	Redes sociales	2021	Sin resultados
3	Intimidad	Redes sociales	2020	T-446-2020
4	Redes sociales	Honra	Todos los años	T-446-2020

Usando el buscador temático de la Corte Constitucional se realizaron cuatro búsquedas adicionales con diferentes palabras claves y filtros para garantizar el rigor en la selección de la sentencia arquimédica. Esta tabla incluye únicamente los resultados más recientes.

Una vez hecho lo anterior, se procedió a la revisión de las dos sentencias encontradas: la T-242 (2022) y la T-446 (2020). Por su parte, la sentencia T-242 (2022) pertenece efectivamente al escenario constitucional, en la medida en que trata de la procedencia de acción de tutela en casos de publicaciones dañinas o injuriosas en redes sociales. Sin embargo, no cumple con uno de los criterios de inclusión, esto es, que haya sido fallada a más tardar en enero de 2022. En efecto, dicha sentencia fue expedida el 01 de julio de 2022, por lo que será excluida del presente estudio. Por otra parte, se verificó la sentencia T-446 (2020), la cual sí se encuentra dentro del marco temporal de la presente investigación y sí trata tanto el tema como el escenario seleccionado. Por tal motivo, se juzga que es la sentencia arquimédica, es decir, la más reciente para efectos del presente estudio.

Vale la pena agregar que, antes de arribar a esta conclusión, fueron revisadas las sentencias SU-420 (2019), T-179 (2019) y T-155 (2019), al tratarse de sentencias que guardan estrecha relación con el supuesto fáctico planteado para la línea jurisprudencial, pues en ellas se abordan la procedibilidad de acción de tutela entre particulares y el uso de Internet o redes sociales para formular comentarios o publicaciones que el accionante considera contrarios a sus derechos fundamentales, principalmente de su derecho a la intimidad, buen nombre y honra. No obstante, este mismo escenario es abordado de forma más reciente en la T-446 (2020), indicador que permite determinar su carácter de sentencia arquimédica.

Corroborada sin lugar a duda la sentencia arquimédica, se procedió a realizar la ingeniería de reversa, que consiste en la identificación y filtro de todas las sentencias citadas en la arquimédica, tengan o no que ver con el tema y el escenario constitucional tratado. Se extrajo la información de las sentencias utilizadas, así:

Tabla 3
Nicho citacional de la sentencia arquimédica

T-446 de 2020					
Primer nivel	SU-420-2019	SU-355-2019	SU-274-2019	T-155-2019	T-102-2019
	T-293-2018	T-277-2018	T-244-2018	T-243-2018	T-117-2018
	T-695-2017	T-593-2017	T-022-2017	T-446-2016	T-276-2015
	T-312-2015	T-110-2015	T-904-2013	T-627-2012	T-949-2011
	T-263-2010	T-1037-2008	T-959-2006	T-1062-2005	T-1191-2004
	T-1104-2004	T-921-2002	C-1172-2001	T-440-1993	

La sentencia arquimédica citó un total de 29 sentencias sobre diversos temas.

Luego, para efectos de optimización, se realiza el primer filtro. Se revisan todas las sentencias identificadas en el primer nivel. El objetivo de tal filtro es identificar las sentencias que realmente pertenecen al escenario tratado que, para el caso, es la procedencia de la acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones en Internet o redes sociales.

Se logró determinar que algunas sentencias no tratan el escenario de esta línea. Como consecuencia, no aportan ninguna respuesta al problema jurídico planteado y fueron excluidas del estudio .

Tabla 4
Sentencias no importantes —no hito— halladas en el primer nivel

Sentencias de primer nivel excluidas				
T-022-2017	T-446-2016	T-276-2015	T-312-2015	T-110-2015
T-904-2013	T-627-2012	T-949-2011	T-263-2010	T-1037-2008
T-959-2006	T-1062-2005	T-1191-2004	T-1104-2004	T-921-2002
C-1172-2001	T-440-1993			

De las 29 sentencias inicialmente halladas, 17 no están relacionadas con el tema de este escrito.

De las tablas anteriores se colige que las sentencias importantes para esta línea en primer nivel —aquellas que ofrecen una respuesta al problema jurídico planteado—son las siguientes:

Tabla 5
Sentencias hito de primer nivel de la línea jurisprudencial

T-446 de 2020					
Primer nivel	SU-420-2019	SU-355-2019	SU-274-2019	T-155-2019	T-102-2019
	T-293-2018	T-277-2018	T-244-2018	T-243-2018	T-117-2018
	T-695-2017	T-593-2017			

De las 29 sentencias inicialmente identificadas, 12 se relacionan con el tema de este escrito.

Una vez identificadas las sentencias hito en primer nivel, se repite el procedimiento para construir un segundo nivel. Las 12 sentencias aplicables citaron un total de 653 sentencias. Se realizó la revisión exhaustiva de cada una de esas sentencias y se logró determinar que 8 más resultan relevantes para la línea jurisprudencial, tal como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla 6
Sentencias hito de primer nivel y segundo de la línea jurisprudencial

T-446 de 2020					
Primer nivel	SU-420-2019	SU-355-2019	SU-274-2019	T-155-2019	T-102-2019
	T-293-2018	T-277-2018	T-244-2018	T-243-2018	T-117-2018
	T-695-2017	T-593-2017			
Segundo nivel	T-031-2020	T-179-2019	T-454-2018	T-121-2018	T-145-2016
	T-050-2016	T-015-2015	T-260-2012		

Las sentencias de esta tabla son las que están directamente relacionadas con la procedencia de la acción de tutela en casos de afectación del derecho a la intimidad, buen nombre y honra por publicaciones en Internet o redes sociales. (T-260 (2012), T-015 (2015), T-050 (2016a), T-145 (2016c), T-593 (2017a), T-695 (2017b), T-117 (2018a), T-121 (2018b), T-243 (2018c), T-244 (2018d), T-277 (2018e), T-293 (2018f), T-454 (2018g), SU-274 (2019a), SU-

355 (2019b), SU-420 (2019c), T-102 (2019d), T-155 (2019e), T-179 (2019f), T-031 (2020a) y T-446 (2020b))

Las sentencias contenidas en la tabla 6 son conocidas, en la metodología de la línea jurisprudencial, como sentencias hito o, simplemente, sentencias relevantes. Es decir, del universo de sentencias expedidas por la Corte Constitucional, éstas son las que ofrecen una respuesta al problema jurídico formulado en el presente escrito. Esto se traduce en que, si un ciudadano del común es víctima de una publicación dañina, tendría que consultar el contenido de más de 600 sentencias para lograr encontrar las que son realmente útiles. Aun así, le haría falta revisar en profundidad 21 sentencias más, solo con el fin de saber si su caso reúne los requisitos para presentarse ante los jueces. Evidentemente, esto impone barreras significativas para acceder a la justicia, pues incluso para abogados y expertos puede resultar difícil la consulta de tantos documentos únicamente para determinar si vale la pena o no iniciar el caso. Aquí radica, justamente, el interés práctico de este proyecto: sistematizar y presentar de forma sencilla las reglas que toda persona debe tener en cuenta para lograr, entre otras cosas, la eliminación de publicaciones dañinas realizadas en su contra en redes sociales.

III. DISCUSIÓN DE RESULTADOS: PRESENTAR UNA TUTELA EN CASOS DE MENSAJES INJURIOSOS O DAÑINOS EN REDES SOCIALES YA NO ES TAN FÁCIL

Del análisis específico de las 21 sentencias que resultaron relevantes en el presente análisis se observa que, de forma paulatina, la Corte Constitucional ha construido requisitos cada vez más estrictos para admitir acciones de tutelas en casos de publicaciones en redes sociales e Internet que vulneran los derechos a la intimidad, el buen nombre y la honra. En efecto, si se compara la sentencia más antigua sobre el tema —conocida como sentencia fundacional—, esto es, la sentencia T-260 de 2012, con la arquimédica —T-446 de 2020— se observa lo siguiente:

Tabla 7.
Comparación de los requisitos exigidos por la sentencia fundacional y la sentencia arquimédica

T-260 de 2012	T-446 de 2020
<ul style="list-style-type: none"> • Que se afecte la prestación de un servicio público. • Que se afecte grave y directamente un interés colectivo. • Que el accionante se encuentre en estado de indefensión. 	<ul style="list-style-type: none"> • Que el accionante haya solicitado el retiro o enmienda de la publicación. • Que el accionante haya reclamado, de ser posible, ante la plataforma que alberga el contenido difamador. • Que el asunto tenga relevancia constitucional. <ul style="list-style-type: none"> - Establecer si se trata de un perfil anónimo o de una cuenta identificable. - En caso de tratarse de un perfil identificable, analizar el rol y cualidades del presunto agresor. - Verificar las cualidades del accionado (persona natural, jurídica o con relevancia pública). - Verificar que el mensaje tenga la capacidad de transmitir información de forma ágil y sencilla. - Verificar el medio a través del cual se comunica el mensaje, para medir su posible impacto. - Verificar la encontrabilidad y buscabilidad del mensaje, esto es, qué tan fácil aparece en motores de búsqueda y otros medios de acceso a información en Internet. - Verificar la viralización del mensaje, es decir, qué tantas reproducciones o reacciones genera el contenido.

Es bastante visible cómo, tras 18 años de sentencias sobre la materia, la cuestión de la procedencia de la acción de tutela en este tipo de casos se ha complicado muchísimo. Del contenido de la tabla es posible inferir con toda claridad que presentar una acción de tutela en el año 2020 y lograr que sea admitida es mucho más complejo de lo que lo era en el 2012. Vale la pena anotar que tal complejidad podría leerse desde dos perspectivas. Por un lado, podría verse como desnaturalización de la acción de tutela, en la medida en que fue concebida como una acción informal, para la que no se requiere ningún conocimiento especializado. Dicha desnaturalización puede verse como un ejercicio excesivo del poder de los jueces constitucionales, en la medida en que suponen un incumplimiento de las reglas que sobre la materia ha establecido el legislador (Camacho-Castro, 2020, pp. 59-71) y una barre-

ra para el acceso a la administración de justicia en este tipo de situaciones. En cualquier caso, una cantidad de requisitos de procedibilidad como la contenida en la sentencia T-446 (2020) está bastante lejos del conocimiento habitual que los ciudadanos tienen acerca del derecho constitucional.

En ese sentido, en un estudio local se encontró que los ciudadanos suelen tener un nivel de conocimiento suficiente acerca de normas laborales, directamente implicadas con sus ingresos económicos, pero no de otros campos del derecho (Ceballos Ruíz *et al.*, 2013). Otros autores reconocen que los seres humanos tenemos un conocimiento apenas intuitivo del derecho que, aunque nos permite navegar exitosamente la vida social, no nos permite tener contacto con procedimiento y técnicas específicamente jurídicas (Tyler, 2006). Esto lleva a concluir que, para el caso específico de la protección del derecho a la intimidad, al buen nombre y a la honra, el elevado número y complejidad de los requisitos exigidos supone una barrera difícil de flanquear por personas comunes y corrientes que se vean afectadas por publicaciones en redes sociales.

Por otro lado, la creciente complejidad de los requisitos de procedencia en la acción de tutela en estos casos podría leerse como una legítima forma de filtrar los casos realmente relevantes de los que no lo son. El hecho de que todo ciudadano pueda recurrir a los jueces cuando se sientan ofendidos por los dichos, opiniones y publicaciones de los demás, generaría una avalancha de procesos judiciales que solo complicarían la ya precaria situación de congestión de los juzgados en Colombia. En esa medida, establecer requisitos astringentes es una forma de evitar que casos irrelevantes terminen en manos de jueces con miles de asuntos, quizá mucho más importantes, pendientes por resolver. Esta idea se fortalece con el hecho de que un alto tribunal, como la Corte Constitucional, ha terminado interviniendo en procesos que bien podrían haber sido solucionados por las partes implicadas o, por lo menos, por jueces de inferior jerarquía. Tal es el caso de la sentencia T-050 (2016), en la cual la Corte resolvió un asunto del que se publicó en la plataforma de *facebook* lo siguiente:

Hace más de tres años a (Lucía) le preste [sic] *una plata*. *Hasta el momento no se digna por pagármela* [sic], me borra mensajes, no me contesta el celular, me evita a cada momento. Me vi en la obligación de ponerla en este medio para que así sea un poco más delicada y me pague. Que sepa que yo le preste [sic] *la plata, no se la regale* [sic]. (Corte Constitucional de Colombia, 2016b)

Éste es un típico caso de obligaciones civiles que o bien podría ser comuesto por las partes a través de mecanismos alternativos de solución de conflictos o bien debería ser del resorte, en el caso colombiano, de los jueces civiles. Es poco probable que un asunto de tal naturaleza llegue a altos tribunales en otros países. Sin embargo, al tratarse de un mensaje que pone en riesgo o vulnera un derecho fundamental —buen nombre— en Colombia procede la acción de tutela (Suárez Manrique, 2017, pp. 67-71). Debido al mecanismo de revisión que la Corte Constitucional realiza a todas las acciones de tutela presentadas y falladas en el país, este caso llegó a dichas instancias. Sin embargo, supuso una oportunidad para establecer requisitos cada vez más estrictos para la procedencia de este tipo de casos, que brindó herramientas a jueces de inferior jerarquía y otras autoridades para resolverlos sin necesidad de tocar las puertas de altas instancias judiciales.

Sea como fuere, se trata de una cuestión que la Corte Constitucional ha ido cerrando poco a poco, de modo que la acción de tutela, al menos en este tipo de casos, ya no es una acción informal que cualquier persona sin conocimiento alguno de derecho constitucional pueda presentar. Se estima que los requisitos cada vez más exigentes derivarán en una menor cantidad de casos de esta naturaleza que escalen hasta instancias judiciales de gran calado, distribuyéndolos para su resolución a todos los jueces del país. También desincentivará el uso inadecuado del aparato judicial para resolver casos sin relevancia constitucional o que, teniéndola, puede ser resueltos a través de mecanismos autocompositivos entre las partes.

Un último dato es relevante aquí y da fuerza a la idea de que la acción de tutela ya no es una acción informal en este tipo de casos. Únicamente a partir de 2019, específicamente a partir de la sentencia SU-420 (2019), la Corte empezó a declarar improcedentes acciones de tutelas. Todas las sentencias anteriores exigían requisitos menores y seguían conservando un alto nivel de informalidad de la acción de tutela. El panorama es así: en cerca del 80 % de los casos se ha decretado la procedibilidad de la acción de tutela, casi todos antes de 2019. El 20 % restante, o sea casos en los que no se ha considerado relevante expedir una sentencia de fondo, se concentra del 2019 en adelante. Todas las declaratorias de improcedencia han ocurrido en 2 años, de 9 de historia sobre este tema. La razón fundamental para la mayor prevalencia de declaratorias de no procedencia es que a partir de la sentencia SU-420 (2019) los requisitos empezaron a endurecerse. De hecho, esta sentencia es la primera que establece los elementos reafirmados a través de la sentencia T-446 (2020), descrita en la tabla 7.

Un detalle adicional: la sentencia SU-420 (2019) afirma que no hace más que reiterar parámetros de la sentencia T-155 (2019). Esto no es del todo cierto. En la sentencia T-155 (2019) los parámetros no son considerados como un requisito de procedibilidad, sino que hacen parte del análisis de fondo para resolver el caso, específicamente para determinar el grado de protección que debe recibir la libertad de expresión cuando entra en conflicto con derechos de terceras personas. Se trata, en consecuencia, de un análisis material del alcance de la libertad de expresión.

De allí que la principal novedad de la sentencia SU-420 (2019) no sea tanto diseñar los criterios, sino utilizarlos como un criterio formal para determinar la procedencia de la acción de tutela. De este modo, en la sentencia T-155 (2019) la acción de tutela ya había sido declarada como procedente por la Corte Constitucional al momento de invocar tales criterios, mientras que en la sentencia SU-420 (2019) se utilizan como requisito para proceder al análisis de fondo. Esa transición de lo *material* a lo *formal* confirma lo que ya se ha dicho: que aspectos que antes eran considerados de fondo pasen a ser elementos de forma sube el nivel de discusión no ya para obtener un resultado favorable en el juego, sino para obtener un boleto de entrada a él.

A partir de las dos perspectivas expuestas antes —1) la nueva complejidad de los requisitos constituye un exceso de la Corte Constitucional y dificulta el acceso a la administración de justicia y 2) la nueva complejidad de los requisitos es una manera legítima de filtrar los casos que reciben atención de los jueces constitucionales— debemos plantear una pregunta crucial: ¿es adecuado el camino tomado por la jurisprudencia? Los datos acerca de las denuncias que se realizan por injuria y calumnia en el país nos dan una pista al respecto. Según datos de la Corporación Excelencia en la Justicia, en Colombia se presentaron 457,860⁷ denuncias por injuria y calumnia entre 2010 y 2022. Esta cifra corresponde a casi el 3 % de los delitos denunciados en el país. Lo sorprendente es que de ese casi medio millón de denuncias solo 1,302 ha llegado a juicio —un limitado 0,28 %— y apenas 262 alcanzan sentencia y ejecución de la pena —0,06 % del total— (Corporación Excelencia en la Justicia, 2023).

⁷ Con los datos públicos disponibles no es posible saber cuántos de estos casos se han producido a través de redes sociales e internet, por lo que supondremos razonablemente que, independientemente de los valores absolutos, el porcentaje de resolución de casos de injurias y calumnias en general y de injurias y calumnias a través de redes sociales es aproximadamente el mismo.

Estas cifras indican que la investigación y juzgamiento de las injurias y calumnias en general, y de las injurias y calumnias a través de Internet y redes sociales en particular, es bastante limitado. Técnicamente, la única vía de protección jurídica diferente a la acción de tutela de la que dispone una víctima de estas conductas es justamente una denuncia o querrela penal ante la Fiscalía General de la Nación. Dicho mecanismo, tal como revelan las cifras, se encuentra lejos de ser eficiente para lograr protección. Ese hecho permite un primer juicio negativo para la creciente complejidad de los requisitos para acceder a acciones de tutelas en este tipo de casos: a la marcada ineficiencia de las vías penales, se suma ahora la dificultad de acceder a mecanismos constitucionales. El resultado no es otro que la desprotección de las personas víctimas de los mencionados hechos.

Un segundo juicio negativo proviene del hecho de que en realidad este tipo de casos no congestionan excesivamente la administración de justicia. En efecto, entre 2019 y 2023 han sido presentadas 223 acciones de tutela con la pretensión de que sean retiradas publicaciones en redes sociales en todo el país (Corte Constitucional de Colombia, 2023). La mencionada cifra se encuentra lejos de ser representativo dentro de las más de dos millones doscientas mil tutelas que se radicaron a nivel nacional en el mismo periodo. Esto permite concluir que la Corte Constitucional ha ido demasiado lejos en el endurecimiento de los requisitos para admitir acciones de tutela en tal tipo de situaciones, en el sentido en que un número tan bajo de casos a nivel nacional no amerita un filtro tan estricto, lo cual no significa que los criterios de la Corte no puedan ser utilizados para el análisis del fondo, pero usarlos como boleto de entrada a la administración de justicia resulta desproporcionado.

A lo anterior se suma una consecuencia estrictamente jurídica: las altas exigencias para la admisión de tutelas suponen una desnaturalización de la figura. La acción de tutela en Colombia está concebida como un mecanismo de protección constitucional ágil, preferente, sumario e informal. Este último rasgo, proviene del hecho de que cualquier ciudadano puede recurrir a ella (Asamblea Nacional Constituyente, 1991, artículo 86). Además, la disposición que reglamenta la acción de tutela establece que la solicitud no requiere siquiera citar la norma constitucional infringida y puede presentarse por cualquier medio (Presidente de la República de Colombia, 1991, artículo 14). Tal como se vio antes, las exigencias para la procedencia de acciones de tutela en casos de publicaciones injuriosas en Internet reclaman mucho más de aquellos que recurren a tal acción. Ha creado, de hecho,

requisitos que contrarían frontalmente las normas de informalidad vigentes en la Constitución y las leyes. Esto de nuevo, no es un argumento para que la Corte Constitucional y los jueces no usen los criterios en absoluto —creemos que estos criterios son razonables para el análisis de fondo de dichos casos— sino para que no los utilicen en la fase de procedencia, pues supone un exceso de ritualidad que no está justificado por la necesidad de filtrar un inmenso número de casos y que desnaturaliza la figura de la acción de tutela.

IV. CONCLUSIONES

- El único mecanismo eficiente disponible en Colombia para garantizar la protección de los derechos a la intimidad, buen nombre y honra en casos en que se es víctima de publicaciones calumniosas en Internet o redes sociales es la acción de tutela.
- Según la normativa colombiana, la acción de tutela es un mecanismo de protección informal, en el sentido de que cualquier persona puede presentarlo, sin el cumplimiento de mayores requisitos de forma.
- Al inicio del desarrollo jurisprudencial de este tipo de casos, la Corte Constitucional colombiana admitió sin excesivo rigor este tipo de acciones para proteger los derechos fundamentales afectados por publicaciones en Internet o redes sociales.
- Con el paso de los años, y específicamente a partir de 2019, la Corte Constitucional colombiana empezó a ser más exigente en torno a los requisitos que deben cumplirse para utilizar la acción de tutela como mecanismo de defensa judicial de los derechos a la intimidad, buen nombre y honra en casos de publicaciones en Internet y redes sociales, de modo que ahora se trata de una acción altamente formalizada, cuya presentación requiere avanzados conocimientos de la jurisprudencia constitucional, fuera del alcance de ciudadanos comunes.
- Las altas exigencias creadas por la jurisprudencia no están justificadas en la necesidad de filtrar un gran número de casos, pues en realidad son pocos. Además, el uso de estos criterios en la fase de determinación de la procedencia contraría el principio de informalidad. Se sugiere, en consecuencia, que el uso de tales criterios es razonable en el análisis de fondo, pero no en el análisis formal de procedencia.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Nacional Constituyente. (1991). *Constitución Política de Colombia*. http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html
- Calcano Monts, M. A. (2021). Internet, redes sociales y libertad de expresión. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(44), 37. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16157>
- Camacho Ortiz, D. A. (2023). Acceso a la justicia: posible Zahir en la jurisprudencia mexicana. *Cuestiones Constitucionales*, 37–69. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2023.48.18035>
- Camacho-Castro, J. M. (2020). *La obediencia del derecho. Escritos descriptivos y normativos*. Corporación Universitaria Empresarial Alexander von Humboldt.
- Camacho-Castro, J. M. (2022). *Línea Jurisprudencial en 8 simples pasos*. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.13140/RG.2.2.30180.24963/1>
- Castro Jaramillo, Á. M. (2016). Derecho a la intimidad en las redes sociales de internet en Colombia. *Novum Jus*, 10(1), 113-133. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2016.10.1.5>
- Ceballos Ruíz, P. A., Sosa Castañeda, C. L. y Escobar Villamizar, J. C. (2013). El conocimiento de las normas básicas para la vida cotidiana: hacia una cultura de la legalidad en el municipio de Armenia. *Revista Aletheia*, 3, 135-152.
- Corporación Excelencia en la Justicia. (2023). *Entrada de noticias criminales al Sistema Penal Oral Acusatorio en Colombia*. <https://cej.org.co/indicadores-de-justicia/criminalidad/entrada-de-noticias-criminales-al-sistema-penal-oral-acusatorio-en-colombia/>
- Sentencia T-260 (2012). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-260-12.htm>
- Sentencia T-015 (2015). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2015/T-015-15.htm>
- Sentencia T-050 (2016a). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>
- Sentencia T-050 (2016b). <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-050-16.htm>
- Sentencia T-145 (2016c). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-145-16.htm>

- Sentencia T-593 (2017a). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-593-17.htm>
- Sentencia T-695 (2017b). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/t-695-17.htm>
- Sentencia T-117 (2018a). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-117-18.htm>
- Sentencia T-121 (2018b). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-121-18.htm>
- Sentencia T-243 (2018c). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-243-18.htm>
- Sentencia T-244 (2018d). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-244-18.htm>
- Sentencia T-277 (2018e). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2018/T-277-18.htm>
- Sentencia T-293 (2018f). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/t-293-18.htm>
- Sentencia T-454 (2018g). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2018/T-454-18.htm>
- Sentencia SU-274 (2019a). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU274-19.htm>
- Sentencia SU-355 (2019b). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU355-19.htm>
- Sentencia SU-420 (2019c). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/SU420-19.htm>
- Sentencia T-102 (2019d). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-102-19.htm>
- Sentencia T-155 (2019e). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-155-19.htm>
- Sentencia T-179 (2019f). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/T-179-19.htm>
- Sentencia T-031 (2020a). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2020/T-031-20.htm>
- Sentencia T-446 (2020b). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/T-446-20.htm>
- Tablero de estadísticas de la Corte Constitucional (2023). *Corte Constitucional de Colombia*. <https://www.corteconstitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

- Domino, J. (2020). Crime as Cognitive Constraint: Facebook's Role in Myanmar's Incitement Landscape and the Promise of International Tort Liability. *Case Western Reserve Journal of International Law*, 52(1), 143-197. <https://scholarlycommons.law.case.edu/jil/vol52/iss1/10>
- Flantrmsky Cárdenas, Ó., Silva Rojas, A. y Angarita, L. (2022). Protección constitucional al derecho al buen nombre, la honra y la intimidad, en el ámbito de Internet: Análisis de las consideraciones de la Corte Constitucional de Colombia. *Revista Jurídica Mario Alario D'Filippo*, 14(28), 217-237. <https://doi.org/10.32997/2256-2796-vol.14-num.28-2022-3972>
- Herran, A. F. (2018). Derecho a la libertad de expresión y acceso a las redes sociales: *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 7(2), 163. <https://doi.org/10.5354/0719-2584.2018.49020>
- Issacharoff, S. (2001). Due Process in Law. En Smelser, N. J. y Balter, P. B. (Eds.). *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences* (pp. 3894-3897). Elsevier. <https://doi.org/10.1016/B0-08-043076-7/02852-7>
- López Medina, D. E. (2011). *El derecho de los jueces* (2a. ed.). Legis Editores S. A.
- Presidente de la República de Colombia (1991). *Decreto 2591 de 1991*. <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=5304>
- Suárez Manrique, W. Y. (2017). Las pretensiones de la tutela en el ordenamiento jurídico colombiano. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(38), 63-83. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11875>
- Tyler, T. R. (2006). *Why people obey the law*. Princeton University Press.

El proceso legislativo y el “Plan B”: el riesgo de la democracia vacía



The Legislative Process and the “Plan B”: the Risk of Empty Democracy

Francisco Vázquez Gómez Bisogno

 <https://orcid.org/0000-0002-2054-7199>

Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: vazquez@up.edu.mx

Gunther Hernández Bernal

 <https://orcid.org/0000-0003-2438-3301>

Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: 0225177@up.edu.mx, guntherhb@gmail.com

RESUMEN: La “democracia” debe comprenderse constitucionalmente no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. Sin embargo, a un siglo de distancia, la Modernidad, el “positivismo jurídico” y toda la tradición jurídica de la que somos herederos —muchas veces irreflexivos— ha generado una axiología democrática o de consenso, produciendo así lo que hoy podemos denominar como “democracia vacía”. Tal circunstancia, se pone de manifiesto a la luz de la expedición del Decreto que contenía la primera parte del “Plan B” electoral y que fue materia de análisis por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas.

Palabras clave: Proceso legislativo, democracia vacía, Plan B”, doctrina de las irregularidades con efectos invalidatorios, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

ABSTRACT: “Democracy” must be understood constitutionally not only as a juridical structure and a political regime, but as a system of life founded on the constant economic, social and cultural improvement of the people. However, a century later, Modernity, «legal positivism» and the whole legal tradition of which we are heirs —often unreflective— have generated a democratic or consensus axiology, thus producing what today we can call “empty democracy”. Such circumstance becomes evident with the issuance of the Decree that contained the first part of the electoral “Plan B” and which was subject of analysis by the Mexi-

can Supreme Court of Justice when resolving the action of unconstitutionality 29/2023 and its accumulated ones.

Keywords: legislative process, empty democracy, “Plan B”, doctrine of irregularities with invalidating effects, Mexican Supreme Court of Justice.

SUMARIO: I. Introducción: el proceso legislativo y la “democracia vacía”. II. La doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación con las violaciones al procedimiento legislativo. III. La acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas. IV. Conclusiones. V. Referencias.

I. INTRODUCCIÓN: EL PROCESO LEGISLATIVO Y LA DEMOCRACIA VACÍA

El artículo 3o. de la Constitución mexicana nos acerca un concepto de “democracia” extremadamente retador. Tal cláusula señala que debe ser entendida “no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 30/12/1946, art. 3o.).

Tal definición nos permite concluir, al menos de manera preliminar, que la democracia no sólo son votos. La «democracia» constitucionalmente entendida significa mucho más.

Sin embargo, a un siglo de distancia, la modernidad, el «positivismo jurídico» y toda la tradición jurídica de la que somos herederos —muchas veces irreflexivos— ha generado una axiología democrática o de consenso, produciendo así lo que hoy podemos denominar como “democracia vacía”. La expresión más acabada de tal tipo de “democracia” consiste en afirmar, tal y como lo hizo Rousseau (1975), una fe ciega en la ley, señalando que la voluntad general era la que el pueblo estatuye para sí mismo, de manera que la ley, cuando reunía las condiciones de generalidad y abstracción y resultaba del consenso popular, no podía ser injusta, ya que nadie lo es consigo mismo.

De esta forma, la «democracia vacía» deja ver sus peores formas —afirmara Ratzinger (2005)— cuando Kelsen, al intentar determinar qué es la justicia, hace referencia al diálogo entre Jesús y Pilato (Jn 18, 33-40), en el cual Jesús afirma: “Yo para esto he nacido y para esto he venido al mundo:

para dar testimonio de la verdad”, a lo que Pilato responde con otra pregunta: “¿Qué es la verdad?”, dejando después a Jesús en poder del furor de la multitud.

El problema surge —señala Ratzinger (2005)— cuando

Kelsen opina que Pilato obra como perfecto demócrata [ya que] como no sabe lo que es justo, confía el problema a la mayoría para que decida con su voto. De este modo se convierte [a Pilato], según la explicación del científico austriaco, en figura emblemática de la democracia relativista y escéptica, la cual no se apoya ni en los valores ni en la verdad —menos en la justicia— sino en los procedimientos. (p. 88)

Luego, la conclusión de Ratzinger (2005) resulta decisiva para nuestro análisis: “El que en el caso de Jesús fuera condenado un hombre justo e inocente no parece inquietar a Kelsen, [ya que para él] no hay más verdad que la de la mayoría”.

Sin embargo, el peligro de un paradigma de este tipo consiste en que

es indiscutible que la mayoría no es infalible y que sus errores no afectan sólo asuntos periféricos, sino que ponen en cuestión bienes fundamentales que dejan sin garantía la dignidad humana y los derechos del hombre, es decir, se derrumba la finalidad de la libertad, pues ni la esencia de los derechos humanos ni la de la libertad es evidente siempre para la mayoría (p. 94).

De esta forma, es claro que la mayoría puede equivocarse. Por ello es que en el Estado constitucional y democrático de derecho nos hemos dado ciertas garantías, como lo son los procedimientos que debe respetar la autoridad cada vez que decida actuar y ejercer sus facultades. Uno de ellos es el procedimiento legislativo. “Hablamos de procedimiento para referirnos —afirma Fernández Ruiz (2023)— a una serie de actos sucesivos que deben efectuarse para lograr un fin específico que no podrá alcanzarse si faltaren alguno o varios de ellos” (p. 330).

No por nada “los fundamentos que regulan el proceso legislativo —afirma Arteaga (2014)— existen para dar seguridad jurídica y evitar precipitaciones tanto a la población como a legisladores y autoridades. Su no observancia implica una violación a los derechos humanos”.

Guastini (2016) señala que, cuando el legislador no respeta los límites impuestos por la Constitución, la consecuencia es la invalidez de la norma, lo cual puede suceder por diversas situaciones:

1. *Una ley es inválida —por razones formales— cuando ha sido aprobada siguiendo un procedimiento diverso del establecido en la Constitución.*
2. Una ley es inválida —por incompetencia material— cuando regula una materia que la Constitución reserva a otra fuente.
3. Una ley es inválida —por incompetencia material negativa— cuando, al regular una materia reservada a la ley misma, no la regula de modo completo, sino que autoriza a otra fuente a regularla.
4. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando viola una prohibición constitucional, o sea, cuando dispone para un supuesto de hecho una determinada consecuencia jurídica que le está prohibido disponer.
5. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando contradice la Constitución, o sea, cuando regula un supuesto de hecho ya regulado por la Constitución de forma incompatible con la Constitución misma.
6. *Una ley es inválida —por razones formales— cuando viola las normas procedimentales establecidas por fuentes (no constitucionales) a las que la Constitución reenvía.*
7. Una ley es inválida —por razones sustanciales— cuando contradice normas (no constitucionales) a las que la Constitución reenvía. (p. 235)

De esta forma,

de acuerdo con la clasificación de Riccardo Guastini, una norma será inválida por razones formales [...] cuando se aprueba siguiendo un procedimiento diverso al establecido en la Constitución o cuando infringe normas procedimentales contenidas en una ley orgánica, reglamento u otra disposición vinculante para el legislador. (Escalante, 2022, p. 67).

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente artículo se abordará lo relativo a la expedición del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicado en el Diario Oficial de la Federación del 27 de diciembre de 2022, que contenía la primera parte del denominado “Plan B” electoral, y que fue materia de análisis

por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) al resolver la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas.

II. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN EN RELACIÓN CON LAS VIOLACIONES AL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Si bien hoy puede admitirse la existencia de una “doctrina jurisprudencial” (Vigo, 2009, p. 234)¹ consolidada respecto de la temática de referencia, resulta conveniente traer a colación algunos trazos del cambio jurisprudencial por parte de nuestro “Alto Tribunal” con la finalidad de permitir una mejor comprensión del acervo interpretativo empleado al resolverse la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas, las cuales analizaron la primera parte del denominado “Plan B”.

1. La “tesis de la convalidación” de las irregularidades en el procedimiento legislativo

En gran parte de la Novena Época de nuestra historia jurisprudencial, la SCJN sostuvo la “tesis de la convalidación” de las irregularidades en el procedimiento legislativo. Esencialmente, defendió que era constitucionalmente preferible optar por la validez de los procedimientos legislativos, en contraposición de la invalidez de éstos provocada por irregularidades que resultaban convalidables si la mayoría del pleno del órgano legislativo había actuado y votado favorablemente.

Los precedentes que podemos citar como fundamento a la «tesis de la convalidación» de las irregularidades en el procedimiento legislativo son, entre otras, las acciones de inconstitucionalidad 3/1998, 2/1999, 25/2001, 25/2002 y 20/2003. En tales precedentes la SCJN esbozó, en relación con las irregularidades del proceso legislativo, ideas como las siguientes:

¹ Entiéndase por *doctrina jurisprudencial* a las resoluciones judiciales referenciales que, pudiendo ser o no formalmente jurisprudencia, en el fondo de los fallos se observa el análisis de un mismo problema jurídico que permite analizar la manera en que se va desarrollando un criterio jurídico, razón por la cual se les considera “doctrina” puesto que constituyen opiniones cuya validez es de naturaleza estadística: la repetición constante.

- 1) Tales violaciones, con independencia de que sean fundadas o infundadas, no puede estimarse trasciendan al contenido mismo de la norma que pudiera provocar su invalidez o inconstitucionalidad, toda vez que los vicios atribuidos no afectaron la decisión final del pleno del Congreso estatal por el que se aprobó en lo general y en lo particular el decreto impugnado (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 3/1998, p. 43).
- 2) Dichas violaciones no afectan la validez del decreto impugnado en la medida que éste de cualquier forma fue aprobado por el pleno del Congreso del estado y publicado oficialmente, y además no trascienden al contenido mismo de las disposiciones reformadas (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 2/1999).
- 3) Aún y cuando materialmente no se hubiera procedido con las formalidades necesarias, la mayoría del órgano legislativo aprobó los decretos impugnados y, por consiguiente, quedaron subsanadas y convalidadas las irregularidades respectivas (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 25/2001).
- 4) La falta de firma del dictamen por parte de alguno de los integrantes de la comisión no constituye una irregularidad de trascendencia, ya que la violación quedaría convalidada si los no firmantes participaron en la sesión plenaria (Tesis: P/J. 118/2004).
- 5) En caso de que la mayoría del pleno también aprobara el dictamen, aquellas irregularidades no pueden tener como consecuencia la invalidez de la norma general aprobada, ya que se cumplió con la finalidad esencial de este tipo de procedimientos, que es oír y atender las propuestas de las diferentes corrientes ideológicas que integran el órgano legislativo (Tesis: P/J. 3/2006).

En conclusión, la «tesis de la convalidación» de las irregularidades en el procedimiento legislativo fue un criterio desafortunado que permeó en la resolución de los casos a lo largo de la Novena Época. Las consideraciones del “Alto Tribunal” consagraron una visión reducida de la función legislativa como una simple actividad decisoria y no deliberativa, pero, sobre todo, de la democracia como un gobierno de las mayorías.

No debe perderse de vista que, si bien la democracia como forma de Estado se caracteriza por la presencia del principio de mayoría, para que tal sistema no termine de convertirse en un simple “mayoritismo” (Bayón, 2010, p. 293), el principio antes mencionado debe complementarse con el relativo

al respeto de los derechos de las minorías. De esta manera, la democracia puede “sintetizarse con el aforismo: “gobierno de la mayoría con respeto de los derechos de la minoría” (Biscaretti Di Ruffia, 2004, p. 246).

Sin embargo, derivado de la evolución de nuestro sistema democrático y del fortalecimiento de nuestras instituciones, así como de la transformación de la Corte en un verdadero tribunal constitucional, paulatinamente se optó por dejar de lado el criterio de convalidación de las irregularidades en el procedimiento legislativo por el diverso a las violaciones con efectos invalidantes, como se desarrollará a continuación.

2. La doctrina de las irregularidades con efectos invalidatorios

En la última década, la SCJN ha diseñado una doctrina jurisprudencial relativa a los asuntos en los que se reclaman violaciones al procedimiento legislativo. Al respecto, ha sostenido que existen irregularidades procedimentales que tienen un efecto invalidante sobre la totalidad de la norma, cuando —por ejemplo— la actividad legislativa no cumple con los presupuestos formales y materiales que descansan sobre los principios constitucionales de legalidad, representatividad y democracia deliberativa.

Los precedentes que podemos citar como fundamento a la “doctrina de las irregularidades con efectos invalidatorios” son, entre otras, las acciones de inconstitucionalidad 9/2005, 52/2006, 107/2008, 150/2017 y 95/2021. En tales precedentes la SCJN se apartó de la tesis anteriormente analizada, a partir de los siguientes argumentos:

- a) La evaluación de las irregularidades dentro del procedimiento debe de intentar equilibrar dos principios: *de economía procesal y de equidad en la deliberación democrática*. Ello en atención al sistema de democracia representativa y liberal que ha adoptado el Estado mexicano (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 9/2005, p. 74).
- b) La democracia como forma de Estado encuentra su sentido no solo en “...las decisiones que se toman por una determinada mayoría de votos de los representantes ciudadanos, sino porque aquello que se somete a votación ha podido ser objeto de deliberación por parte de las mayorías políticas como de las minorías políticas”. (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 9/2005, p. 75)
- c) Los órganos legislativos antes de ser órganos decisorios son órganos deliberantes, en donde deben de encontrar cause las opiniones de todos

los grupos: mayoritarios y minoritarios; habida cuenta que las reglas del procedimiento, fundamentalmente, protegen el derecho de las minorías a influir y moldear en el transcurso de la deliberación pública respecto de aquello que será objeto de la votación final (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 9/2005, p. 76).

- d) Los casos de urgencia notoria, calificada por mayoría de votos de los diputados presentes debe entenderse como una facultad de naturaleza extraordinaria, por lo que no debe utilizarse de forma que permita a las mayorías parlamentarias aprobar una norma general sin la debida intervención de las minorías, pretextando o apoyándose en esa supuesta urgencia pues, eventualmente, dicha circunstancia puede provocar la anulación del debate de todas las fuerzas políticas representadas en el Congreso (Tesis: P/J. 33/2007).
- e) La dispensa de trámites legislativos que se aprueba por mayoría o unanimidad de votos no es suficiente para convalidar su falta de motivación, toda vez que incide negativamente en los principios democráticos que rigen la actuación de los órganos legislativos (Tesis: P/J. 37/2009).
- f) Los reglamentos que emite cada una de las cámaras cuentan con una jerarquía diferente al resto de los reglamentos que existen en nuestro sistema jurídico, por lo que constituyen un factor de evaluación de cara a las violaciones en el procedimiento legislativo. Ello, porque sus disposiciones resguardan el debido proceso y el principio de legalidad, el respeto a los derechos de las minorías parlamentarias, la libertad de expresión que asiste a cada uno de los legisladores, así como su derecho al voto, de forma tal que ningún parlamentario sea excluido del proceso deliberativo democrático (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 150/2017, p. 94).
- g) Es condición, para la subsistencia de los procesos legislativos, respetar el derecho a la participación de todas las fuerzas políticas con representación parlamentaria, en condiciones de libertad e igualdad, así como, de manera general, el cumplimiento de las reglas parlamentarias —especialmente las referidas a las votaciones— y el principio de publicidad de las sesiones (Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 95/2021, p. 31).

En conclusión, es dable considerar que la SCJN ha transitado de manera acertiva de la «tesis de la convalidación» a la «doctrina de las irregularidades con efectos invalidatorios». La primera tesis no podía perdurar. No debe

de olvidarse que ningún poder, mayoría o persona está exenta de control. De ahí la importancia de nuestra jurisdicción constitucional y los diversos *checks and balances* existentes.

El estándar actual es respetuoso y está a la altura de nuestro sistema constitucional, particularmente, porque logró equilibrar dos factores determinantes del principio democrático: la regla de mayoría y el respeto a las minorías. Lo cual, dicho sea de paso, concreta el ideal de una democracia verdaderamente sustantiva en la que se garantice un “sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo”.

III. LA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD 29/2023 Y SUS ACUMULADAS

Al resolverse la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas, promovidas por diversos partidos políticos y la minoría parlamentaria del Senado de la República en contra de la primera parte del denominado “Plan B” en materia electoral, nueve de los once ministros de la SCJN consideraron que se actualizaron diversas violaciones al procedimiento legislativo y, por tanto, declararon la invalidez total del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 2022.

Ahora bien, dada la importancia de lo resuelto por parte del “Tribunal Pleno”, dicha resolución amerita algunos comentarios desde el punto de vista constitucional y jurisprudencial. Para tales efectos, el presente apartado se dividirá de la siguiente manera: 1) El procedimiento legislativo del “Plan B”; 2) Los conceptos de invalidez tendientes a demostrar los vicios en el procedimiento legislativo, y 3) Las consideraciones del proyecto de sentencia.

1. *El procedimiento legislativo del “Plan B”*

Derivado del análisis y sistematización del procedimiento legislativo que culminó con la publicación del decreto combatido, a continuación, se precisan los momentos clave que dieron pauta a la impugnación de la primera parte del referido “Plan B”:

La sesión vespertina inició a las 22:05 horas. A las 22:07 horas la secretaria diputada anunció que se recibieron del titular del Poder Ejecutivo [dos iniciativas] [...] el presidente diputado Santiago Creel las turnó a las Comisiones Unidas de Reforma Política-Electoral, de Gobernación y Población, y de Justicia para su dictamen, y a la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública para su opinión.

[...]

A las 23:05 horas se abrió una ronda de iniciativas dándole la palabra a una diputada del Grupo Parlamentario de Morena, hasta por diez minutos, para presentar dos iniciativas [...]

La diputada [de Morena], antes de comenzar su intervención, textualmente enunció lo siguiente: “Hago entrega a usted de la versión con algunos cambios y modificaciones actualizada, una propuesta de reforma a dos leyes que hacemos nuestra el Grupo Parlamentario de Morena, el Grupo del Partido del Trabajo y el Partido Verde Ecologista [...] Se trata de diversas iniciativas de vanguardia de nuestro presidente de la República, el licenciado Andrés Manuel López Obrador, que hacemos nuestra [...]

Fundamentó la urgente resolución en términos del artículo 82, numeral 2, fracción I, del Reglamento de la Cámara de Diputados que a letra establece: “2. Un asunto podrá ser sometido a discusión y votación del Pleno sin que se presente el dictamen de comisión respectivo cuando: I. Se tramite de urgente u obvia resolución [...]

A las 23:11 horas, la presidencia de la Cámara de Diputados instruyó a la secretaría consultar a la asamblea en votación económica si se dispensaban los trámites y se sometía a discusión y votación de inmediato. Se consultó en votación aprobándose por la mayoría.

El diputado Aguilar Coronado presentó una moción suspensiva bajo el argumento de que el proceso legislativo incumplía con el Reglamento de la Cámara de Diputados, pues la iniciativa debía pasar por comisiones previo a su discusión en el Pleno. Consideró que nadie, ni siquiera el grupo de MORENA conocía la iniciativa que se presentaba.

Al efecto señaló que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se había pronunciado en el sentido de que se debe respetar el proceso legislativo que rige el trámite parlamentario en el Congreso, pues de lo contrario, se generarían violaciones trascendentes a la validez de las normas. Por ello, concluyó que el proceso legislativo que se estaba siguiendo para la aprobación de las iniciativas mencionadas era una violación democrática contraria a los principios de deliberación y participación de las fuerzas políticas representadas.

Por su parte, el diputado Chertorivski Woldenberg presentó una moción suspensiva argumentando que a las 22:12 horas se subió una iniciativa de trescientas páginas que nadie leyó. Que dicho documento debía ser analizado en un parlamento abierto y en comisiones debido a la trascendencia del tema.

El diputado Torres Rosales también presentó una moción suspensiva en la que expresó que se estaba transgrediendo el proceso legislativo, pues nadie había tenido oportunidad de leer las trescientas hojas del dictamen (sic). Señaló, además, que a pesar de que se habían presentado cincuenta y un iniciativas de reforma en materia político-electoral, ninguna de ellas había sido tomada en cuenta. Todas las mociones fueron votadas en sentido negativo por la mayoría de la asamblea y por lo tanto desechadas.

A las 2:08 horas del día 7 de diciembre de 2022, se anunció aprobado en lo general y en lo particular por 267 votos el proyecto de decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas. En consecuencia, se turnó al Senado de la República para los efectos constitucionales correspondientes (Proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 29/2023, pp. 47 y 48).

2. Los conceptos de invalidez por vicios en el procedimiento legislativo

A través de los conceptos de invalidez respectivos, las partes accionantes combatieron la constitucionalidad del decreto de referencia al considerar que el procedimiento legislativo que le dio origen se encontraba viciado de diversas irregularidades con potencial invalidatorio no convalidable.

En primer lugar, estimaron que se transgredieron los artículos 71 y 72 de la Constitución, toda vez que la norma impugnada se aprobó sin observar las reglas del procedimiento. Ello, porque —a su parecer— la iniciativa que le dio origen no fue la misma que se presentó para su aprobación en la sesión de 6 de diciembre de 2022.

En segundo lugar, argumentaron que la iniciativa no pasó por un procedimiento legislativo ordinario pues, para su aprobación, se recurrió al trámite de “urgencia u obvia resolución”. Sin embargo, ni en el momento de su presentación, ni de la lectura de la exposición de motivos, se advirtieron las razones para actualizar el supuesto del artículo 82, numeral 2, fracción I del Reglamento de la Cámara de Diputados, ni las condiciones que, en relación con éste, ha establecido la SCJN en jurisprudencia.

Finalmente, consideraron que la norma impugnada fue aprobada de manera contraria al principio de deliberación democrática, habida cuenta que las diversas irregularidades acaecidas durante su tramitación no permitieron un conocimiento de la iniciativa, por lo que no hubo una deliberación real, cualitativa y de fondo (Proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 29/2023, pp. 159 y 160).

3. Las consideraciones del proyecto

Atento a lo anterior y derivado del análisis de las constancias que integraron el procedimiento legislativo que culminó en la aprobación de la primera parte del “Plan B”, el Tribunal Pleno estimó fundados los diversos conceptos de invalidez tendientes a demostrar la irregularidad constitucional del procedimiento que le dio origen.

Estimó que el cúmulo de irregularidades y violaciones a los reglamentos de cada Cámara, provocaron una afectación sustancial a los valores centrales de la dimensión deliberativa de la democracia representativa, particularmente, en cuanto a la necesidad de resguardar el debido proceso, el respeto a los derechos de las minorías parlamentarias, la libertad de expresión que asiste a cada uno de los legisladores, así como su derecho al voto, de tal forma que ningún parlamentario sea excluido del proceso deliberativo.

Así, consideró que las violaciones en el procedimiento legislativo impidieron que existiera un debate abierto e informado por parte de todos los integrantes del cuerpo legislativo, respetando los tiempos y las formas respectivas, pues no se tenía un conocimiento preciso sobre el alcance de las disposiciones que se estaban modificando, y por no cumplir con las disposiciones reglamentarias sobre la forma, publicidad, intervalos y modo de proceder en las discusiones y votaciones (Proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 29/2023, pp. 181 y 182). Lo anterior, con base en los siguientes razonamientos:

a) En la sesión de la Cámara de Diputados de seis de diciembre de dos mil veintidós, el Grupo Parlamentario de Morena hizo suya la iniciativa del Ejecutivo Federal relativa a la reforma, adición y derogación de diversas disposiciones de la Ley General de comunicación social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (introduciendo un mínimo ajuste), a pesar de que el Presidente de la República ya no podía presentar iniciativas con carácter preferente, ni solicitó o demostró la necesidad de que fueran tramitadas de modo urgente;

- b) La iniciativa que hizo suya el Grupo Parlamentario de Morena por ser la misma, también debió remitirse a comisiones, en virtud de que el artículo 102, numeral 1, del Reglamento de la Cámara de Diputados prevé que tanto las iniciativas a nombre de un Grupo Parlamentario, como las del Titular del Poder Ejecutivo, Senadores y Legislaturas de los Estados, pasarán a comisiones; empero, sólo se envió a éstas lo presentado por el Presidente de la República no obstante ser casi idénticos;
- c) A la iniciativa del Grupo Parlamentario de Morena se le calificó como urgente y, por tanto, se le dispensaron los trámites legislativos correspondientes, no obstante que, ni en la exposición de motivos ni en la presentación respectiva, se anunciaron las razones para actualizar el supuesto del artículo 82, numeral 2, fracción I del Reglamento de la Cámara de Diputados, esto es, no existen razones que justifiquen el trámite concedido;
- d) Los legisladores no conocieron con la oportunidad debida el contenido de la iniciativa en cuestión, es decir, el orden del día de la sesión de seis de diciembre de dos mil veintidós, no se publicó en la Gaceta Parlamentaria a más tardar a las 22:00 horas del día anterior (cinco de diciembre de dos mil veintidós) y la misma se hizo de su conocimiento durante el desarrollo de la propia sesión, es decir, primero a las 22:12 horas y, una vez más, ya modificada, a las 23:03 del seis de diciembre de dos mil veintidós; lo que provocó que no tuvieran tiempo para conocerla y estudiarla y, por ende, no existieron las condiciones para sostener un debate real sobre ella, lo que incide de manera sustancial en nuestro sistema democrático;
- e) Las dos fracciones del numeral 2, del artículo 82, del Reglamento de la Cámara de Diputados deben aplicarse de manera conjunta, es decir, el trámite de urgente opera cuando se justifica y se trate de minutas que no hubieran sido dictaminadas por la comisión responsable en los plazos establecidos en el propio ordenamiento y sólo cuando hayan cumplido el requisito de declaratoria de publicidad que deberá hacerse con una anticipación de al menos, dos sesiones previas a la que se discuta; y,
- f) En el procedimiento seguido ante la Cámara de Senadores, existió inobservancia al Reglamento que le rige, ya que el doce de diciembre de dos mil veintidós, las Comisiones de Gobernación y de Estudios Legislativos, Segunda, sesionaron de manera individual y aprobaron una minuta y su dictamen sin observar lo dispuesto en el artículo 147 de dicho ordenamiento (Proyecto de sentencia; A.I. 29/2023: 182-184).

En resumen, concluyó que, del análisis sistemático de las irregularidades señaladas, lo procedente era determinar la invalidez total del decreto impugnado por la violación directa de los artículos 71 y 72 de la Constitución. Ello, porque 1) la iniciativa no se conoció a tiempo, 2) ni se publicó con la anticipación debida para su discusión en la Cámara de Diputados, por lo que no se respetó el principio de deliberación informada y democrática, así como los derechos que asisten a la representación popular.

Por su parte, en el apartado de efectos se precisó que la invalidación total del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Comunicación Social y de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, publicado en el Diario Oficial de la Federación de 27 de diciembre de 2022, surtiría efectos a partir de la notificación de sus puntos resolutivos al Congreso de la Unión.

IV. CONCLUSIONES

Así las cosas, celebramos que la SCJN invalidó la totalidad del decreto que contenía la primera parte del “Plan B” electoral. Dicha normatividad era producto de un evidente procedimiento legislativo viciado de irregularidades que trascendían de manera fundamental a la norma.

Sin perjuicio de que la resolución de mérito sea un precedente de suma relevancia para nuestra doctrina constitucional, puesto que se trata de un precedente que fija límites claros al ejercicio del poder y del actuar de las mayorías, consideramos que los efectos de la resolución no fueron del todo acertados. Nos explicamos.

En diversos precedentes, nuestro “Máximo Tribunal” ha establecido que cuenta con facultades para determinar los efectos de las sentencias estimatorias, incluyendo la posibilidad de establecer la «reviviscencia» de las normas vigentes con anterioridad a aquellas declaradas inválidas, especialmente en la materia electoral.

En efecto, al resolver la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas, estableció que, si se declara la irregularidad constitucional de una determinada reforma en materia electoral y, como consecuencia de los efectos generales de la sentencia se produce un vacío normativo que impida el inicio o la cabal continuación de las etapas que componen el proceso electoral respectivo, es plausible reestablecer la vigencia de las normas vigentes con anterioridad a las declaradas inválidas. Lo que, en último término, tiende

a salvaguardar el principio de certeza jurídica en materia electoral reconocido en el artículo 41, fracción III, primer párrafo de la Constitución mexicana, que consiste en que al iniciar el proceso electoral los participantes conozcan las reglas fundamentales que integrarán el marco legal del procedimiento y que permitirá a los ciudadanos acceder al ejercicio del poder público.

En el mismo sentido, al conocer de la acción de inconstitucionalidad 265/2020 y sus acumuladas, se determinó invalidar la totalidad del decreto impugnado y, por consiguiente, la «reviviscencia» de las normas que gozaban de vigencia previo a las reformas realizadas mediante dicha normatividad. Así, el respectivo proceso electoral en el Estado de Tlaxcala debió de regirse por las normas que estaban vigentes previo al decreto combatido.

Estimamos que, en el caso concreto, resultaba necesario un pronunciamiento por parte de nuestro “Alto Tribunal” en el sentido de precisar la revisión de las normas que regían previo al decreto impugnado en la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y sus acumuladas. Lo anterior, con la finalidad de garantizar el respeto al principio de certeza electoral que rige en la materia, pues en el año de 2023 se llevarán a cabo dos procesos electorales: en Coahuila y en el Estado de México.

En definitiva, al inicio referimos al concepto de democracia en la Constitución mexicana y su contraste con la «democracia vacía». Es evidente que para no incurrir en la última debemos de transitar a nuevas perspectivas —como lo es la “doctrina de las irregularidades con efectos invalidatorios”— que dejen atrás la idea de que la democracia es un simple conteo de votos. Sean éstos de los ciudadanos o de los representantes populares, es claro que no son suficientes si aquello que deciden las mayorías no propende al constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo. De lo contrario, estaremos condenados a vivir bajo los cauces de una “democracia vacía”.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Arteaga Nava, E. (2014). *Derecho constitucional*. Oxford.
- Báez Silva, C. (coord.), (2009), *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. Porrúa-Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Panamericana, 2009.

- Bayón, J. C. (2010), Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo. En M. Carbonell (coord.), *El canon neoconstitucional*. Trota.
- Biglino Campos, P. (2020), *Los vicios en el procedimiento legislativo*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Biscaretti Di Ruffia, P. (2004), Las formas de gobierno y las formas de Estado. En R. Ferrero Costa (comp.), *Derecho constitucional general. Materiales de enseñanza*. Universidad de Lima.
- Escalante Escalante, J. M. (2022), El control jurisdiccional del procedimiento legislativo. *Revista Alegatos*, (110). <http://alegatos.azc.uam.mx/index.php/ra/article/view/1639/1609>
- Fernández Ruiz, J. (2023), *Derecho Parlamentario*. IIJ-UNAM.
- Guastrini, R. (2016). La Constitución como límite a la legislación. En M. Carbonell (comp.), *Teoría de la Constitución. Ensayos escogidos*. Porrúa.
- Kelsen, H. (2008). ¿Qué es la justicia? Ariel.
- Kelsen, H. (2016), *La Garantía Jurisdiccional de la Constitución*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Orta Flores, S. (2017). *Las violaciones al procedimiento legislativo mexicano. Estudio de causas y efectos a través del control abstracto de constitucionalidad*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Proyecto de sentencia de la acción de inconstitucionalidad 29/2023 y su acumuladas. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Alberto Gelacio Pérez Dayán, 8 de mayo de 2023.
- Ratzinger, J. (2005). *Verdad, valores, poder. Piedras de toque de la sociedad pluralista (4a. ed.)*. (José Luis del Barco, trad.). Ediciones Rialp.
- Rousseau, J. J. (1975), *El contrato social*. Longseller, s.a., cap. VI, p. 49. <http://books.google.com.mx/>
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 3/1998. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 24 de febrero de 1998.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 2/1999 y de su acumulada 3/1999. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano, 8 de junio de 1999.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 25/2001. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Mariano Azuela Güitrón, 7 de agosto de 2001.

- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 25/2002. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: David Góngora Pimentel, 31 de agosto de 2004.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 20/2003. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Juan Díaz Romero, 6 de septiembre de 2005.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 9/2005. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: José Ramón Cossío Díaz, 13 de junio de 2005.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 47/2006 y sus acumuladas. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Margarita Beatriz Luna Ramos, 7 de diciembre de 2006.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 52/2006. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Sergio A. Valls Hernández, 4 de enero de 2007.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 107/2008. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: David Góngora Pimentel, 20 de noviembre de 2008.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 150/2017 y su acumulada 153/2017. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Alberto Gelacio Pérez Dayán, 29 de agosto de 2022.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 265/2020 y sus acumuladas. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 30 de noviembre de 2020.
- Sentencia recaída a la acción de inconstitucionalidad 95/2021 y su acumulada 105/2021. Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Franco González Salas, 16 de noviembre de 2021.
- Tesis: P/J. 94/2001. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XIV, agosto de 2001, p. 438.
- Tesis: P/J. 117/2004. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 1111.
- Tesis: P/J. 118/2004. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XX, diciembre de 2004, p. 954.
- Tesis: P/J. 3/2006. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXIII, febrero de 2006, p. 1172.
- Tesis: P/J. 33/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, p. 1524.

- Tesis: P./J. 86/2007. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 778.
- Tesis: P.L/2008. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 717.
- Tesis: P./J. 37/2009. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, t. XXIX, abril de 2019, p. 1110.
- Vigo, R. L. (2009), La argumentación constitucional. En C. Báez Silva et al. (coords.), *Interpretación, argumentación y trabajo judicial*. Porrúa-Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México-Universidad Panamericana.



Reseñas bibliográficas



Ortega Velázquez, E. (2023). *Cuando los niños se vuelven migrantes: Derechos humanos y excepciones violentas en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Luisa Gabriela Morales-Vega

 <https://orcid.org/0000-0003-2584-4974>

Universidad Autónoma del Estado de México. México
Correo electrónico: lgmoralesv@uaemex.mx

El dinamismo del tema que aborda la obra se refleja desde el título. La frase *cuando los niños se vuelven migrantes* hace referencia a una transformación, a un cambio sustancial que ante el Estado sufren las personas que no han alcanzado los dieciocho años de edad y se encuentran inmersas en los procesos de movilidad humana.

Esta transformación se complejiza frente a otra: la que ha sufrido la composición de los flujos migratorios irregulares. Cada vez es mayor el número de mujeres, niñas y niños que migran, sea como familia o en solitario, es decir, separados de sus padres o de quien legalmente pudiera ejercer la patria potestad o la custodia legal.

La autora identifica estos procesos y la violencia que puede condicionarlos; en efecto, la obra parte de la siguiente hipótesis: el control de la migración prevalece sobre los derechos de la niñez; es una suposición que obedece a la tensión que la doctora Elisa Ortega Velázquez percibe entre la necesidad de protección reforzada que requiere la niñez —misma que se proclama en el derecho internacional de los derechos humanos y que replica la legislación nacional— y la tendencia estatal de imponer normas estrictas de control migratorio que restrinjan al máximo los derechos de las personas y que carece de un enfoque diferenciado que distinga entre los derechos de las personas en general y los derechos de la niñas, los niños y jóvenes.

Con gran sensibilidad y dominio del tema a la vez, Elisa Ortega Velázquez devela a lo largo del libro, no sólo la existencia y las características que guardan esa tensión primordial, sino también los elementos que la crean y que derivan de una perspectiva adultocéntrica. Es decir, esta contradicción inicial entre los derechos de la niñez y las facultades estatales obedecen a expectativas e interpretaciones de la vida propias de las personas adultas, mismas que de *facto* anulan toda posibilidad de participación infantil.

El libro es de corte deductivo analítico y se vale de técnicas de investigación que ofrecen al público lector la capacidad de identificar cómo los derechos de los niños son fácilmente desplazados por la política de control migratorio, lo cual es paradójicamente posible, según la autora, al amparo del discurso de derechos humanos.

Así, a través de técnicas eminentemente jurídicas, como la argumentación y la dogmática, la autora construye categorías analíticas y también aclara el contenido de las normas mexicanas e internacionales sobre el tema; complementa lo anterior la utilización del método genealógico con el cual se propone rastrear la influencia de los discursos en el ejercicio del poder que subyacen a la migración infantil y su regulación.

Ahora bien, lo verdaderamente novedoso del libro lo constituye la teorización sobre la configuración del niño *sacer* desde una perspectiva jurídica, así como la propuesta de la idea de *excepciones violentas* que, desde la teoría biopolítica, la autora entiende como las tecnologías de poder que se utilizan para dislocar el discurso de derechos humanos, operando no excepcionalmente sino como la regla y que, simultáneamente, ocultan la racionalidad de control y exclusión de la normatividad migratoria, cubriéndola de un falso humanitarismo.

Con este aporte, la autora da un paso adelante respecto de la teoría existente en torno al tratamiento jurídico de la niñez migrante; así en el primer capítulo se expone detalladamente la biopolítica de la infancia, marco teórico elaborado básicamente a partir de la obra de Giorgio Agamben y Michel Foucault, pero con apoyo en una amplia biblio hemerografía que le imprime solidez y actualidad a este primer capítulo, dentro del que la autora establece argumentativamente cómo el ejercicio biopolítico sobre la niñez genera como resultado la producción de pequeños ciudadanos o de niños *sacer*, dentro de los cuales se enmarcan las infancias y juventudes migrantes.

El segundo capítulo ofrece un estudio exhaustivo sobre las condiciones de vulnerabilidad que fomentan la producción de niños *sacer*, con énfasis en fenómenos delictivos muy complejos y apremiantes como el tráfico ilícito

de personas migrantes, la trata infantil, el trabajo infantil y la explotación sexual comercial infantil. En este capítulo el análisis sobre la intersección entre violencia, niñez y migración es valioso, sobre todo a partir del marco teórico previamente desarrollado, pues el mismo nos permite comprender las razones por las cuales las condiciones descritas que sostienen la vulnerabilidad interseccional subsisten y se fortalecen.

Más adelante, el tercer capítulo, con base en la teoría de Foucault, analiza críticamente el discurso de derechos humanos referido a la niñez; para ello, recorre la normatividad nacional e internacional, la teoría jurídica y la doctrina en materia de derechos humanos de la niñez en contexto de movilidad. De forma consistente con el cariz de la obra, las aproximaciones de la autora en este capítulo son desde una perspectiva crítica.

Como se adelantó, la relevancia de la propuesta analítica de *excepciones violentas* es la herramienta con la que el libro desmenuza el fenómeno de la detención migratoria; el principio de no detención; los derechos, las garantías de debido proceso y las medidas cautelares ante la detención de niños migrantes; adicionalmente, también los marcos normativos tanto de la protección como del control de la niñez son estudiados a través del tamiz de las excepciones violentas, develando el disimulo generalizado del cariz securitario y de contención que se oculta tras el discurso de derechos humanos.

Para muestra, los razonamientos dentro del último capítulo reflejan nitidamente el encubrimiento a que me refiero: el robusto cuerpo normativo nacional e internacional en torno a la detención migrante, a los derechos de la infancia o a las garantías procesales, refrendados por criterios jurisprudenciales, por la doctrina y replicado en informes y políticas públicas y que adicionalmente gozan de aceptación universal, resultan no sólo insuficientes e ineficaces, sino prácticamente inexistentes ante la realidad apremiante que sumerge a las personas migrantes en condiciones infrahumanas que afectan especialmente a la niñez.

Desde mi perspectiva, el libro incrementa la ya extensa producción académica de la autora en torno a la niñez migrante, la cual es necesaria y pertinente sobre todo ante la realidad desfavorable y compleja en la que se sitúa el país en materia migratoria. Por último, se reitera que la obra se apoya en fuentes actuales, suficientes y pertinentes, que apuntalan la reflexión y la crítica al derecho desde una perspectiva eminentemente jurídica. Sin embargo, como se dijo, este libro se encuentra aderezado con perspectivas interdisciplinarias en materia de ciencia política y relaciones internacionales que, si bien no son tradicionales en la literatura jurídica mexicana, cada vez van

ganando más espacios. Esto es especialmente relevante en temas migratorios o de movilidad humana, ya que un abordaje interdisciplinario, como el que la autora hace en esta obra, abona a una comprensión mucho más integral y completa a que si se hiciera solo de forma disciplinar, en este caso desde el derecho.