

eISSN: 2448-4881



Revista Mexicana de Derecho Constitucional



Volumen 25, Número 51, Julio-Diciembre 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 académico*

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 y formación en computadora:  
Ricardo Hernández Montes de Oca

Asistentes de la revista: Anna Karen Navarro Méndez  
María Fernanda Bailon Miguel  
Wendy Lizeth Barradas Sánchez  
Pablo Said Martínez Sánchez  
Alfredo Sánchez de los Ríos

*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-IIJ); José Afonso da Silva (Brasil, Universidad de São Paulo); Manuel Aragón Reyes (España, Universidad Autónoma de Madrid); Carlos M. Ayala Corao (Venezuela, presidente de la Comisión Andina de Juristas); Krystian Complak (Polonia, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytet Wrocławski); José Ramón Cossío Díaz (México, SCJN); Imer Flores Mendoza (México, UNAM-IIJ); Domingo García Belaúnde (Perú, Universidad Peruana Los Andes); Jorge Mario García Laguardia (Guatemala, Universidad de San Carlos); José Joaquim Gomes Canotilho (Portugal, Universidade de Coimbra); Ángel J. Gómez Montoro (España, Universidad de Navarra); Raúl González Schmal (México, Universidad Iberoamericana); Héctor Gros Espiell (Uruguay, Universidad de la República); Rubén Hernández Valle (Costa Rica, Universidad de Costa Rica); Hans-Rudolf Horn (Alemania, Universidad de Mainz); Roberto Ibáñez Mariel (México, Universidad Panamericana); John Anthony Jolowicz (Inglaterra, Universidad de Oxford); Jorge Madrazo Cuéllar (México, UNAM-IIJ); Víctor Manuel Martínez Bullé-Goyri (México, UNAM-IIJ); Mario Melgar Adalid (México, UNAM-IIJ); Ricardo Méndez Silva (México, UNAM-IIJ); Jorge Miranda (Portugal, Universidad de Lisboa e Da Universidade Católica Portuguesa); Mariela Morales Antoniazzi (Alemania, Heidelberg, Instituto Max Planck); Franck Moderne (Francia, Université de Pau et des Pays de l'Adour); Dieter Nohlen (Alemania, University of Heidelberg); José de Jesús Orozco Henríquez (México, UNAM-IIJ); Carlos Restrepo Piedrahita (Colombia, Universidad Externado de Colombia); Luis Carlos SÁCHICA (Colombia, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario); Fernando Serrano Migallón (México, UNAM); José Luis Soberanes Fernández (México, UNAM-IIJ); Graciela Soriano de García Pelayo (Venezuela, Fundación Manuel García Pelayo); Manuel Suárez Muñoz (México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro); Diego Valadés (México, UNAM-IIJ); Salvador Valencia Carmona (México, UNAM-IIJ); Jorge Reinaldo Vanossi (Argentina, Instituto de Derecho

Constitucional de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires); Pedro de Vega (España, Universidad Complutense de Madrid); Francisco Venegas Trejo (México, UNAM); Giuseppe de Vergottini (Italia, Universidad de Bolonia); Gustavo Zagrebelsky (Italia, Universidad de Turín).

## CONSEJO ASESOR

César Iván Astudillo Reyes (México, UNAM-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. 51, julio-diciembre 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.ijj@gmail.com](mailto:rmdc.ijj@gmail.com). Editor responsable: Edgar Corzo Sosa. Número de reserva al título en Derechos de Autor: 04-2003-051211533300-102. Número de reserva al título (versión electrónica): 04-2015-091716464800-203. ISSN (versión electrónica) 2448-4881. Número de certificado de licitud de título: 11210. Número de certificado de licitud de contenido: 7831. Dirección electrónica: <http://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/>

*Cuestiones Constitucionales* se encuentra registrada en los siguientes índices y bases de datos:

Sistema de Clasificación de Revistas Mexicanas de Ciencia y Tecnología (Conacyt, México). SCOPUS. Latindex. Bibliojurídica. Clase. Dialnet. Redalyc. SCIELO México. Ulrichs Web, Global Serials Directory. Hollis (Red de Revistas Científicas de la Universidad de Harvard).

*Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional* por Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, se distribuye bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional* (CC BY-NC 4.0).

Primera edición: 29 de abril de 2024

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

ISSN (versión impresa): 1405-9193

## CONTENIDO

### *Artículos*

- La concordancia práctica: una relectura a los planteamientos de  
Konrad Hesse. . . . . e17960  
Brayan Aldair Rondon Agüero
- La acción pública o popular de inconstitucionalidad. Hacia un  
nuevo concepto e implementación procesal en México . . . . e18629  
José Daniel Chávez Sáenz
- Efecto de la reforma constitucional en materia de desindexa-  
ción del salario mínimo en los ingresos exentos de los traba-  
jadores en México . . . . . e19280  
Flor Tavera, Edgar Plazola
- La reforma constitucional como abuso del poder público en el  
Estado constitucional mexicano . . . . . e17360  
Julio César Muñoz Mendiola
- Regulación de la libertad de expresión e información en la In-  
ternet y las redes sociales. . . . . e19255  
Hilda Nucci

|                                                                                                                                                                         |        |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| ¿Se requiere una nueva Constitución? Las reformas y vigencia del texto constitucional de México en el siglo XXI . . . . .                                               | e17149 |
| Lorenzo Héctor Ruiz López                                                                                                                                               |        |
| Enfoque de género en respuesta de acciones colectivas de mujeres: una lectura desde el concepto cross fertilization . . . . .                                           | e18009 |
| Natali Niño Patiño                                                                                                                                                      |        |
| Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del amicus curiae en México . . . . .                                                                   | e19086 |
| José Ma. Serna de la Garza                                                                                                                                              |        |
| Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última escuela pendiente de la pandemia COVID-19 . . . . . | e19263 |
| Pablo Latorre Rodríguez                                                                                                                                                 |        |
| El derecho a la salud sexual y reproductiva: su accesibilidad desde la interpretación internacional . . . . .                                                           | e18161 |
| Miguel Ángel Alonso de los Santos                                                                                                                                       |        |
| María Elena Ramos Tovar                                                                                                                                                 |        |
| Prisión preventiva oficiosa en México: las contradicciones de las constitucionalidades inconvencionales . . . . .                                                       | e19192 |
| Julieta Morales Sánchez                                                                                                                                                 |        |
| Gerardo Antonio Preciado Ascención                                                                                                                                      |        |
| La detección de la corrupción en México y el Sistema Nacional Anticorrupción. . . . .                                                                                   | e14162 |
| Miguel Ángel Gutiérrez Salazar                                                                                                                                          |        |



- Medios de comunicación, poder político y reelección presidencial en el segundo gobierno de Alberto Fujimori . . . . . e19227  
Carlos Loayza Ormachea
- Autoridades públicas autónomas y órganos constitucionales autónomos: un nuevo paradigma de la división de poderes . e17770  
Athos Gallagher Gutiérrez García
- El debate constitucional sobre el derecho al aborto en Estados Unidos . . . . . e17548  
Héctor Gómez Peralta
- La reducción del financiamiento público de los partidos políticos en México: de demanda ciudadana a iniciativa populista . . . . . e17918  
Jorge Gerardo Flores Díaz
- Problemas de las autonomías en el ordenamiento jurídico de Bolivia . . . . . e17458  
Fidel Cruz Aduviri
- El principio de división de poderes. Una revisión crítica e17162  
Anselmo Flores Andrade
- El presidente no personifica a la nación. Un estudio sobre su naturaleza representativa . . . . . e17658  
Eduardo Martín Acosta Yparraguirre

|                                                                                              |        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| ¿El federalismo importa? Un análisis sobre la viabilidad del federalismo en México . . . . . | e18370 |
| Jorge Chaires Zaragoza                                                                       |        |

*Comentarios Jurisprudenciales*

|                                                                                                                                            |        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| El control de regularidad constitucional en el juicio de amparo. Estudio crítico de la Contradicción de tesis 351/2014 . . . . .           | e17505 |
| Juan Manuel Acuña                                                                                                                          |        |
| El derecho humano a la vivienda en la jurisprudencia de la Suprema Corte . . . . .                                                         | e19030 |
| Luis Carlos Trejo González                                                                                                                 |        |
| El secreto profesional de los abogados: un caso en la jurisprudencia mexicana . . . . .                                                    | e18555 |
| Oscar Vázquez Cardozo                                                                                                                      |        |
| United States v. Paramount, Inc.: Provocando y frenando tanto revoluciones jurídicas como culturales en un Estado Constitucional . . . . . | e19251 |
| Rafael Cervantes Daguerre                                                                                                                  |        |

*Comentarios Legislativos*

|                                                                                                                          |        |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------|
| Los Lineamientos para el Protocolo de Erradicación del Acoso Escolar en Educación Básica, del 7 de diciembre de 2023 . . | e19088 |
| Pedro Antonio Pérez Valdivieso                                                                                           |        |

¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador ..... e19094

Adriana Díaz Trujillo Portilla

La pérdida de derechos políticos por la falta del pago de alimentos ..... e19113

Carla Roel

### *Reseñas Bibliográficas*

López Testa, D. (2023). Identidad constitucional. Núcleo esencial de la Constitución de un país. Astrea ..... e18874

Nicolás Salvi

Tello Mendoza, J. A. (2024). Control de convencionalidad y Estado constitucional de derecho. Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Tirant Lo Blanch. .... e19089

Gustavo Garduño Domínguez

Espeleta Aladro, R. y Vázquez Gómez Bisogno, F. (2023). Federalismo dúctil. Universidad Panamericana; Tirant lo Blanch ..... e18979

Melissa Castillo Arroyo

Cadena Alcalá, J. Á. (2023). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el juicio de amparo en México. Porrúa. .... e19106

Sergio Cervantes Chiquito



# Artículos



## La concordancia práctica: una relectura a los planteamientos de Konrad Hesse<sup>1</sup>

### *The practical concordance: A review of Konrad Hesse's approaches*

Brayan Aldair Rondon Agüero

 <https://orcid.org/0000-0003-4809-7449>

Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Perú.  
Correo electrónico: brayan.rondon@unmsm.edu.pe

Recepción: 6 de mayo de 2023

Aceptación: 2 de octubre de 2023

Publicación: 26 de junio de 2024

DOI: <https://orcid.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17960>

**RESUMEN:** La primera parte del trabajo expone, de forma exclusiva, un conjunto de precisiones terminológicas y conceptuales en torno a la concordancia práctica para, luego, desarrollar una sucinta reconstrucción de los principales postulados que, sobre el tema, ha elaborado el profesor Konrad Hesse. Acto seguido, el artículo ejecuta un minucioso examen sobre “sentidos” y “racionalidades”, buscando dilucidar, por un lado, la noción que asume la expresión “principio de la interpretación constitucional” —con la que se califica a dicha metodología— y, por otro, la “lógica” que subyace a la misma. Finalmente, prestando especial atención al caso “Calle de las pizzas”, se pone en evidencia cómo es que el Tribunal Constitucional peruano ha satisfecho, a plenitud, las exigencias del mandato de la “solución intermedia”.

**Palabras claves:** concordancia práctica, Konrad Hesse, Caso “Calle de las pizzas”, Tribunal Constitucional Peruano, mandato de la “solución intermedia”.

**ABSTRACT:** The first part of the work presents, exclusively, a set of terminological and conceptual clarifications regarding practical agreement to then develop a succinct reconstruction of the main postulates that Professor Konrad Hesse has developed on the subject. Next, the article carries out a thorough examination of “senses” and “rationalities”, seeking to elucidate, on the one hand, the notion assumed by the expression “principle of constitutional interpretation” and, on the other, the “logic” that underlies it. Finally, paying special attention to the case “Calle de las pizzas”, it is evidenced how the Peruvian Constitutional Court has satisfied, to the fullest, the requirements of the mandate of the “intermediate solution”.

---

<sup>1</sup> Especial agradecimiento merece la profesora Noemí Ancí Paredes por las valiosas recomendaciones brindadas a una versión preliminar de este trabajo. También agradezco sobremanera a los árbitros anónimos por sus oportunas observaciones. Los errores que subsisten son de mi entera responsabilidad.

tation”—with which said methodology is qualified—and, on the other hand, the “logic” that underlies it. Finally, paying special attention to the “Pizza Street” case, it is evident how the Peruvian Constitutional Court has fully satisfied the demands of the “intermediate solution” mandate.

**Keywords:** practical concordance, Konrad Hesse, “Pizza Street” case, Peruvian Constitutional Court, mandate of the “intermediate solution”.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Precisiones terminológicas y conceptuales*. III. *La concordancia práctica en Konrad Hesse*. IV. *Un análisis sobre “sentidos” y “racionalidades”*. V. *Su aplicación en la práctica jurisprudencial peruana*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Las investigaciones llevadas a cabo en el contexto latinoamericano, y más precisamente en el peruano, se han abocado mayoritariamente al estudio de la “ponderación” —como parte de un examen más omnicompreensivo: la proporcionalidad—,<sup>2</sup> analizando su estructura, su fundamentación y los diversos problemas que genera su puesta en práctica.

En este escenario —y prestando especial atención en lo que, hasta hoy, no ha tenido mayores repercusiones—,<sup>3</sup> el presente trabajo pretende materializar un análisis, tanto descriptivo como propositivo, en torno al esquema teórico que, sobre la concordancia práctica, nos ha proporcionado Konrad Hesse con el objeto de poner en evidencia, básicamente, dos premisas nucleares: (i) por un lado, que la concordancia práctica es un caso especial de “ponderación – concepto” o, lo que es lo mismo, constituye uno de los tantos modelos normativos de “ponderación-concepción”,<sup>4</sup> y (ii) por otro

---

<sup>2</sup> En este punto, es oportuno anotar que, cuando empleamos la expresión “ponderación”, hacemos referencia al prototipo alexyano. Esta precisión es importante, porque en doctrina se han elaborado otros modelos (normativos) de ponderación, entre los que destacan: (i) la teoría especificacionista de José Juan Moreso —aunque, como bien puntualiza Chiassoni, aquí se habla de ponderación en el sentido impropio de la voz— y (ii) el esquema argumentativo de ponderación que presenta Manuel Atienza. Véase: Moreso (2010); Atienza y García Amado (2012). Y para una exquisita reconstrucción de estos dos modelos ponderativos, véase: Chiassoni (2019).

<sup>3</sup> Estudios nacionales, pero con breves referencias sobre el tema, véase: Carpio Marcos (2003) y Quiroga León (1985). Y para una equiparación entre el principio de la concordancia práctica y el método sistemático, véase: Hakansson Nieto (2019) y Rubio Correa (2005).

<sup>4</sup> Al respecto, resulta imperioso diferenciar, adaptando la distinción trabajada por Dworin respecto del Derecho, entre “ponderación-concepto” y “ponderación-concepción”. La



lado, que su puesta en escena no ha sido ajena a la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano.

Para ello, hemos considerado oportuno dividir la investigación en cuatro apartados fundamentales que, a continuación, pasamos brevemente a detallar. (1) En primer lugar, se iniciará desarrollando un conjunto de precisiones terminológicas y conceptuales respecto a la doctrina de la “concordancia práctica”. (2) Luego, realizaremos, en clave descriptiva, una muy breve, pero sustanciosa reconstrucción de los postulados que, sobre el tema—objeto de nuestro estudio, ha elaborado Hesse. (3) Enseguida, y a partir de este sucinto acercamiento, proporcionaremos algunas consideraciones sobre aspectos importantísimos que se logran evidenciar de los planteamientos del jurista alemán. (4) Finalmente, en clave propositiva, irrumpiremos en la historia de la práctica jurisprudencial peruana para observar cómo es que, el denominado supremo intérprete de la Constitución materializa la exigencia de la “mejor conjugación o atemperación posible” en un conflicto/colisión entre principios de rango constitucional.

## II. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS Y CONCEPTUALES

La “concordancia práctica” ha sido identificada e individualizada de diversas maneras, según el escenario en el que se ha desenvuelto. En tal sentido, ha recibido una larga lista de calificativos —heterogéneos entre sí—, tales como (1) “principio”, (2) “método”, (3) “criterio”, (4) “procedimiento” (5) “examen”, (6) “mandato”, (7) “exigencia”, entre otros.

Aquí, sin embargo —siguiendo muy de cerca y tomando prestada la sofisticada producción teórica trabajada por Pierluigi Chiassoni (2019)—,<sup>5</sup>

---

primera nos remite a una expresión abstracta y general que no alude, en concreto, a algún modelo normativo de ponderación; la segunda, por su parte, llevando a la práctica la “ponderación – concepto”, evoca a un arquetipo normativo de ponderación en específico. De ahora en adelante, se hará constante uso de esta distinción. Sobre la diferenciación antes aludida entre concepto y concepción, véase: Dworkin (2012).

<sup>5</sup> En este trabajo, Chiassoni distingue, según el contexto, un conjunto de sentidos que adquiere el término “ponderación”. No obstante, cuatro nociones de la palabra son las que le parecen relevantes: (i) ponderación-técnica; (ii) ponderación-principio (a su vez, diferencia: a. PP–por superación y b. PP–por reconciliación); (iii) ponderación-actividad (a su vez, diferencia: a. PA–en sentido propio y b. PA–en sentido impropio); y (iv) ponderación–producto (a su vez diferencia: a. PP–en sentido estricto y b. PP–en sentido amplio). Además, analíticamente, el autor citado especifica aún más la PP–por superación, de modo tal que distingue:

nos gustaría destacar, adaptándola, tres posibles nociones de la expresión “principio de la concordancia práctica” (“PCP”): (i) “PCP”—en cuanto criterio de interpretación (“PCPI”); (ii) “PCP”—en cuanto criterio para la resolución de antinomias (“PCPA”); y, finalmente, (iii) “PCP”—en cuanto criterio para la integración de lagunas (“PCPL”).

En breve —y a la luz de los objetivos que se persiguen mediante la elaboración del presente trabajo— enfatizaremos única y exclusivamente en el desarrollo de sus dos primeros sentidos atribuibles.

Veamos.

### 1. “PCP” – en cuanto criterio de interpretación (“PCPI”)

Para una mayor claridad conceptual, consideramos adecuado distinguir, de acuerdo con Riccardo Guastini (2019), la interpretación en sentido amplio (“ISA”) de la interpretación en sentido estricto (“ISE”). A tal efecto, la “ISA” denotará un conjunto de operaciones intelectuales que comprenderá, no solamente la (1) “ISE” —entendida como el acto de “[...] adscribir significado a [determinado] texto normativo [o a un conjunto combinado de tales]” (Guastini, 2014, 319; Tarello, 2018, 38)—; sino también a (2) la identificación; (3) la “ponderación-concepto” —en los términos antes planteados y que, como desarrollaremos más adelante, incluye el mandato de la “concordancia práctica”—; y (4) la concreción o especificación.

Cabe destacar que estas diferenciaciones son importantes, a fin de cristalizar la idea siguiente: cuando se hace referencia al “PCP”—en cuanto criterio de interpretación (“PCPI”), los vocablos “interpretación”, “interpretar” y similares podrán adquirir, cuando menos, dos sentidos, aunque concomitantes, perfectamente identificables y distinguibles (una de la otra).

### 2. “PCP” – en cuanto criterio para la resolución de antinomias (“PCPA”)

Al respecto, es fundamental diferenciar, de conformidad con la clasificación esbozada por el filósofo danés Alf Ross, tres tipos o sentidos que potencialmente puede adoptar la expresión “antinomias” o, en sus términos,

---

(1) PPS—en cuanto principio para la resolución de antinomias (PPSA), (2) PPS—en cuanto principio interpretativo (PPSI) y (3) PPS—en cuanto principio para la integración de lagunas normativas (PPSL).

“inconsistencias”: (a) “inconsistencia total–total”; (b) “inconsistencia total–parcial”; e (c) “inconsistencia parcial–parcial”.

Desarrollemos.

- a) En primer lugar, la “inconsistencia total–total” (o también denominada como “incompatibilidad absoluta”) se manifiesta cuando “[...] ninguna de las normas puede ser aplicada bajo ninguna circunstancia sin entrar en conflicto con la otra” (Ross, 1963, p. 124). Aquí, entonces, no existirán ámbitos o zonas de aplicación libres de disidencia/desacuerdo entre los principios que se confrontan; de manera que, la “antinomía”, en este contexto, puede ser calificada, no de “parcial” —en cualquiera de sus dos sentidos que, a continuación, pasamos a atribuirle—; sino de “global” o “radical”.
- b) En segundo lugar, la “inconsistencia total – parcial” (o, también, denominada como “inconsistencia entre la regla general y la particular”) se concreta cuando “[...] una de las dos normas no puede ser aplicada, bajo ninguna circunstancia, sin entrar en conflicto con la otra; mientras que esta tiene un campo adicional de aplicación en el cual no entra en conflicto con la primera” (Ross, 1963, p. 125). Aquí, entonces, existirán determinados ámbitos o zonas de aplicación libres de disidencia/desacuerdo, pero estos no serán “globales”; sino “parciales—(en el sentido de) unilaterales”, pues uno (y solo uno) de los principios que se halla en conflicto podrá “gozar” —a diferencia de su colisionante— de efectivos y definidos espacios soberanos de aplicabilidad.
- c) Finalmente, la “inconsistencia parcial–parcial” (o, también, denominada como “superposición de reglas”) se materializa cuando “[...] cada una de las dos normas tiene un campo de aplicación en el cual entra en conflicto con la otra, pero tiene también un campo adicional de aplicación en el cual no se producen conflictos” (Ross, 1963, p. 125). Aquí, entonces, existirán tantos ámbitos o zonas de aplicación libres como colmados de disidencia/desacuerdo. De ahí que, la “antinomía”, en este contexto, puede ser calificada, no de “global” ni de “parcial—(en el sentido de) unilateral”; sino de “parcial—(en el sentido de) bilateral”, pues ambos principios que se hallan en conflicto/colisión podrán “gozar” —por separado— de efectivos y definidos espacios soberanos de aplicabilidad.

### III. LA CONCORDANCIA PRÁCTICA EN KONRAD HESSE

Habiendo ya afinado el aparato terminológico y conceptual en relación a la concordancia práctica, a continuación pasaremos a reconstruir los principales postulados que, sobre el tema—objeto de nuestro estudio, ha articulado el profesor Konrad Hesse.

Él concibe a la Constitución como el “orden jurídico fundamental” (Hesse, 2012, p. 16) que estipula acuerdos mínimos y, por tanto, incompletamente teorizados,<sup>6</sup> para la ordenación de los asuntos más importantes, no solo de la convivencia estatal, sino también de la no-estatal, a fin de posibilitar la formación y el mantenimiento de la vida en sociedad. De acuerdo con el autor, tal regulación —nunca en el sentido de codificación— se lleva a cabo a través de normas, cuyos inacabados contenidos —caracterizados por un altísimo grado de indeterminación— son dejadas abiertas en el tiempo para su adaptación frente a los constantes cambios que se puedan presentar en las relaciones vitales.

Tales normas constitucionales, pese a los conflictos y las contradicciones naturales existentes entre ellas, “sólo puede[n] ser comprendida[s] e interpretada[s] correctamente cuando se la[s] entiende[n] [...] como unidad” (Hesse, 2012, p. 17). Para lograr dicho propósito, advierte el jurista alemán, resulta insuficiente valerse únicamente de los tradicionales métodos de interpretación —gramatical, sistemática, histórica y teleológica, entre otras—, de manera tal que, el recurso a lo que en su discurso denomina como principios de la interpretación constitucional, se torna imprescindible para un adecuado proceso de concretización.

Uno de estos criterios hermenéuticos elementales que guían u orientan la interpretación de la Constitución es el llamado principio de la concordancia práctica.<sup>7</sup> En función de aquel, menciona Hesse, “[...] los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos deben ser coordinados de tal modo en la solución del problema que todos ellos conserven su entidad” (Hesse, 2012, p. 67). De lo expresado se desprende que, tal principio, pretende materializar el equilibrio más cuidado ahí donde surja una tensión de derechos, no de

---

<sup>6</sup> La expresión “acuerdos carentes de una teoría completa” es propia de Cass Sunstein (2006).

<sup>7</sup> Además de la concordancia práctica, Hesse identifica otros principios que encauzan la interpretación de la Ley Fundamental. Entre ellas, destacan: (i) la unidad de la Constitución, (ii) la corrección funcional, (iii) la eficacia integradora y (iv) la fuerza normativa de las normas constitucionales.

cualquier jerarquía —y esto es importante enfatizar, porque constituye requisito transcendental para su aplicación—; sino uno de rango constitucional.

En tal sentido, advierte Hesse, cuando “[...] se produzcan colisiones no se debe, a través de una precipitada ‘ponderación de bienes’ o, incluso, abstracta ‘ponderación de valores’, realizar uno a costa del otro” (Hesse, 2012, p. 67). De lo que se trata, por el contrario, es de conciliarlos o armonizarlos, en el sentido de realizar jurídicamente a los colisionantes, sin dejar a alguno de ellos sin contenido.

Finalmente, la concordancia práctica exige una labor de “optimación”, cuyo reclamo está dirigida a cristalizar, mediante el establecimiento de restricciones bilaterales, una suerte de “coordinación proporcional” entre los bienes en conflicto, de tal modo que la fijación de estos límites y la solución de las colisiones, de acuerdo con Hesse (2012), debe responder —casuísticamente— al “principio de proporcionalidad”.

#### IV. UN ANÁLISIS SOBRE “SENTIDOS” Y “RACIONALIDADES”

A la luz de estas consideraciones, buscaremos desarrollar, a lo largo del presente apartado, un análisis en torno a dos aspectos nucleares que salen a relucir de los planteamientos del jurista alemán: por un lado, el sentido que asume el vocablo “principio de la interpretación constitucional” —cuando Hesse califica de esta manera a la concordancia práctica— y, por otro, la “lógica” o “racionalidad” que se adjudica a este mandato.

Veamos.

##### 1. *“Principio de la interpretación constitucional”: distinguiendo dos sentidos posibles*

Como hemos anotado en el apartado inmediatamente anterior, Konrad Hesse identifica a la concordancia práctica como un “principio de la interpretación constitucional”. No obstante, aquí es factible proporcionarle, cuando menos, dos lecturas posibles a esta última expresión:

- a) En una primera lectura —que aquí calificaremos como “literal”—, con la expresión “principio de la interpretación constitucional”, se intenta hacer referencia a la concordancia práctica en cuanto criterio de interpretación, lo que, de conformidad con el aparato terminológico y conceptual antes

trabajado, hemos denominado como “PCPI”. En tal sentido, con dicha noción, se busca enfatizar que, cuando el jurista alemán emplea el vocablo “interpretación (constitucional)”, este nos remite —de manera directa— a una noción amplia de la expresión (“ISA”) y no a una estricta (“ISE”).

En este contexto, la interpretación en sentido amplio (“ISA”) hará referencia, no a la mera actividad de asignar, atribuir o, en una noción más técnica, adscribir sentido/significado a un determinado documento, enunciado, disposición o texto normativo o a un conglomerado de ellos (Guastini, 2014; Tarello, 2018); sino a la actividad omnicomprendensiva que abarca un conjunto de operaciones intelectuales, que va desde la identificación y la interpretación en sentido estricto (“ISE”) hasta la concordancia práctica en cuanto criterio de resolución de antinomias (“PCPA”) y la concreción/especificación (Guastini, 2019).

- b) En una segunda lectura —que aquí calificaremos como “no literal”—, con la expresión “principio de la interpretación constitucional”, se intenta hacer referencia a la concordancia práctica en cuanto criterio para la resolución de antinomias, lo que, de conformidad con el aparato terminológico y conceptual antes trabajado, hemos denominado como “PCPA”. En tal sentido, lo que con la concordancia práctica se lograría —más que asignarle, atribuirle o, en una noción más técnica, adscribirle sentido/significado a una fuente del derecho (Guastini, 2014; Tarello, 2018) o remitirnos al desarrollo, por parte del intérprete, de una labor omnicomprendensiva integradora de un conjunto de procedimientos lógicamente distinguibles (Guastini, 2019)— sería materializar una “jerarquía axiológica móvil” (Guastini, 1999a, p. 170; Guastini, 1999b, p. 44) entre los dos principios en conflicto/colisión.

No obstante, aquí es imprescindible realizar un apunte adicional: este “criterio de ordenación de preferencias” (Battista Ratti, s.f., p. 6), a diferencia de la “ponderación—concepción” en el sentido alexyano de la voz, no concreta una suerte de relación “todo o nada” o, si se prefiere, de “triunfo—derrota” (o de sacrificio) entre los principios en conflicto/colisión; sino que, por el contrario, forja una suerte de “equilibrio”, “conjugación” o “conciliación” entre ellos, donde los colisionantes o conflictuantes se realizan jurídicamente en parte, sin ninguno anularse por completo el contenido.

En definitiva, consideramos que el segundo sentido de la expresión “principio de la interpretación constitucional” es la lectura que mejor responde a los planteamientos esbozados por Hesse (y a la que, de ahora en adelante, constantemente aludiremos); de modo tal que —en el discurso del jurista alemán— la concordancia práctica sería, en términos guastineanos (Hesse, 2008; 2019),<sup>8</sup> una operación constructiva —que se concreta a través de un juicio de valor comparativo— y no una de naturaleza interpretativa, donde la clave es la adscripción de significados.

## *2. La “lógica” o “racionalidad” de la concordancia práctica*

En Konrad Hesse, la concordancia práctica, en cuanto criterio para la resolución de antinomias (“PCPA”), no señala ningún criterio material a seguir para la resolución de los conflictos/colisiones que se pueden presentar entre dos principios, por lo que la salida o el arreglo a esta controversia de naturaleza constitucional nos es remitida, de manera directa, al “principio de proporcionalidad”. En este escenario, esta última expresión hará referencia, en palabras del jurista alemán, a “[...] una relación entre dos magnitudes variables, concretamente aquella que mejor responda a [la] tarea de optimización, [y] no pues una relación entre un ‘objetivo’ constante y uno o más ‘medios’ variables” (Hesse, 2012, p. 68).

A este respecto, cuando Hesse emplea dichas expresiones (“principio de proporcionalidad” o “proporcionalidad” a secas), reclama materializar —para la consecución de una respuesta constitucionalmente saludable— un “vínculo inestable de prioridad”, fundamentada en una suerte de “coordinación proporcional”, entre los dos principios en conflicto/colisión; de tal modo que, el jurista alemán, circunscribe los alcances de esta “máxima orientadora” exclusivamente al análisis de lo que aquí hemos denominado como “ponderación–concepto”. De ahí que, en estricto, la concordancia práctica —junto con su mandato de la mejor conjugación o atemperación posible— se erija como un caso especial de “ponderación–concepto” o, lo que es lo mismo, se instituya, llevándola a la práctica, como un modelo normativo de “ponderación–concepción” en específico.

---

<sup>8</sup> Al respecto, cabe precisar que el profesor genovés se pronuncia, específicamente, respecto de la ponderación de principios. Sin embargo, lo expresado sirve también para materializar, sin dificultad alguna, nuestros fines.

En este orden de ideas, luego de superar los análisis de (1) fin legítimo —verificación de la existencia de una finalidad respaldada explícita o implícitamente por la Constitución—; (2) idoneidad —verificación de la adecuación de la “medida”, distinguible del “medio”, para materializar el “objetivo” planteado, previa diferenciación con los “fines” buscados—; y (3) necesidad —verificación de la existencia de medidas hipotéticas—alternativas más o igual de efectivas y menos lesivas que la empleada—, recién es posible adentrarnos en la búsqueda de la satisfacción de los requerimientos que demanda el examen de “ponderación–concepto”.

En este contexto, se torna imprescindible desarrollar algunas precisiones terminológicas y conceptuales sobre los modelos normativos de “ponderación–concepción”, que se van instaurando en este último nivel de análisis. En tal sentido, es posible distinguir, de acuerdo con Laura Clérico (2009), dos mandatos de optimización que este ampara:

- a) Por un lado, el mandato de optimización en sentido amplio, que comprende, a su vez, tres sub-exigencias adicionales:
  - (i) El sub-mandato de la mera preponderancia o también denominada del mero sobrepeso;
  - (ii) El sub-mandato de la concordancia práctica o también denominada de la solución intermedia; y
  - (iii) Finalmente, el sub-mandato de la mejor solución.
- b) Y, por otro lado, el mandato de optimización en sentido restringido, que se identifica única y exclusivamente con la última sub-exigencia del mandato de optimización en sentido amplio; a saber, el sub-mandato de la mejor solución.

Finalmente —y a fin de sacar a flote los particulares requerimientos que sostienen al sub-mandato de la concordancia práctica, identificada aquí con el prototipo ponderativo hesseano—, consideramos oportuno desarrollar determinadas anotaciones respecto de las diferencias que mantiene con el sub-mandato de la mera preponderancia, identificada aquí con el prototipo ponderativo alexyano, otro modelo normativo de “ponderación – concepción” que integra la exigencia de optimización en sentido amplio.

Desarrollemos.

- (i) El sub-mandato de la mera preponderancia



Este sub-mandato exige la materialización de una “relación de precedencia [absoluta] condicionada” (Alexy, 1993, p. 92), basada en una “lógica de la guerra” entre los dos principios en conflicto/colisión; de manera que, en este contexto, uno se realizará jurídicamente en su totalidad y el otro perderá por completo su identidad.

Como bien describe Riccardo Guastini, la “ponderación–concepción”, en el sentido alexyano de la voz,

[...] no significa contemperar, conciliar o algo del género: vale decir, no significa un punto de equilibrio, una solución “media”, que tome en consideración a ambos principios en conflicto y que —de algún modo— los aplique y los sacrifique parcialmente a ambos. [Este modelo] consiste, más bien, en sacrificar o descartar a un principio, aplicando otro (2018, p. 373; 2007, p. 637).

## (ii) El sub-mandato de la concordancia práctica

Este sub-mandato exige la materialización de una “relación de precedencia [parcial] condicionada” (Alexy, 1993, p. 92), basada en una “lógica de la conservación” entre los dos principios en conflicto/colisión; de manera que, en este contexto, “[...] un interés no anula a otro; cada uno sobrevive y se le asigna lo que le corresponde” (Aleinikoff, 2010, p. 25). En atención a ello, se advierte la existencia de una doble prohibición: una que proscribe la sobreprotección, vedando la priorización jurídica de uno de los principios en conflicto; y otra que confina el exceso en la reducción de los alcances de las posiciones jurídicas en juego, buscando impedir el total menoscabo de cualquiera de los colisionantes (Müller, 2016).

Como expresaría Aharon Barak (2017), mediante la doctrina de la “*Praktische Konkordanz*” o, en nuestros términos, de la “ponderación–concepción” en el sentido hesseano de la voz,

[...] debe reconocerse la importancia de ambos extremos de la balanza. El peso del primer extremo (el cual contiene el primer derecho fundamental) no debe superar el peso del segundo extremo (el cual contiene el otro derecho fundamental). Por el contrario, la ponderación se debe llevar a cabo intentando satisfacer ambos derechos, de forma tal que la restricción al primer[o] sea igual a la restricción del segundo. (p. 405)

Después de todo lo apuntado, aún podría parecer que, el sub-mandato de la mera preponderancia o del mero sobrepeso, materializaría una suerte de “atemperación” o “equilibrio” entre los dos principios en conflicto/colisión. El motivo principal: ese carácter móvil o, si se prefiere, contextualmente dependiente de la relación. De conformidad con ella, en determinadas circunstancias (“C1”), uno de los principios será aplicado y el otro sacrificado; mientras que en otras (“C2”), puede suceder —y de hecho sucede— que el principio que en las “C1” fue dejado de lado, en las “C2” sea especificado/concretizado y su colisionante/conflictuante descartado.

Por ello, y para evitar este tipo de imprecisiones, es fundamental distinguir, siguiendo a Riccardo Guastini, “[...] entre el efecto sincrónico de la ponderación entre dos principios determinados en una decisión individual y el efecto diacrónico de la ponderación entre los mismos principios en una serie de decisiones de la misma corte” (2019, p. 497).

## V. SU APLICACIÓN EN LA PRÁCTICA JURISPRUDENCIAL PERUANA

El caso “Calle de las Pizzas”,<sup>9</sup> famosa en la historia de la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano, constituye una de las controversias jurídicas<sup>10</sup> con la que es posible desplegar una genuina reconstrucción de la concordancia práctica y su aplicación en cuanto criterio para la resolución de antinomias (“PCPA”).

En tal sentido, a continuación vamos a desarrollar una somera descripción de los hechos del caso para, luego, ver cómo es que el denominado supremo intérprete de la Constitución va concretando la sub-exigencia o el sub-mandato de la “solución intermedia”.<sup>11</sup>

---

<sup>9</sup> Véase: Sentencia N° 007-2006-PI/TC (22 de junio de 2007).

<sup>10</sup> Para otro caso emblemático de materialización del mandato de la concordancia práctica —cuyos derechos conflictuantes/colisionantes son, de un lado, la libertad de tránsito y, de otro, la seguridad ciudadana—, véase: Sentencia N° 01017-2014-PHC/TC (9 de mayo de 2017).

<sup>11</sup> Antes de empezar, una rápida puntualización: en el caso “Calle de las Pizzas”, es posible distinguir, de la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional, el desarrollo de dos exámenes de proporcionalidad: (i) una primera, relacionada con la protección de determinados derechos —vida e integridad— de las personas que laboran y concurren, en calidad de consumidores, a los recintos comerciales; y (ii) una segunda, relacionada con la protección de determinados derechos —al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud— de las personas

Veamos.

## 1. Breve descripción de los hechos del caso

La Municipalidad Distrital de Miraflores, mediante ordenanza (medio), establece limitar los horarios de atención y funcionamiento de determinados recintos comerciales (medida),<sup>12</sup> ubicados en lo que coloquialmente se conoce como la “Calle de las Pizzas”. En este contexto, la disposición normativa en mención —una ordenanza—, prescribía, básicamente, tres medidas a materializar:

- a) En primer lugar, que —de lunes a jueves— el cierre de los establecimientos comerciales se lleve a cabo a partir de la una de la mañana (1:00 a.m.);
- b) En segundo lugar, que, los días restantes —a saber: los viernes y sábados, además de feriados—, la atención se mantenga hasta las dos de la mañana (2:00 a.m.);
- c) Y, en tercer lugar, se fijó las siete de la mañana (7:00 a.m.) como horario efectivo para el reinicio de todas las actividades comerciales.

La concreción de las medidas antes descritas, señalan, asegura la protección de determinados derechos de rango/jerarquía constitucional —medio ambiente, tranquilidad y salud— atribuibles a las personas que residen en los alrededores del lugar específico sometido a restricción.

Por su parte, la Asociación de Comerciantes San Ramón y Figari, demanda de inconstitucional la ordenanza emitida por la Municipalidad Distrital de Miraflores por considerarla lesiva, en relación con dos derechos

---

que habitan en las zonas aledañas a las discotecas, bares, karaokes y pubs. El resultado: el Tribunal afirma la inconstitucionalidad de la medida, respecto al primer examen, y determina la constitucionalidad de la segunda; de manera que analizaremos única y exclusivamente esta última, a fin de plasmar la concreción de la concordancia práctica y su mandato de la mejor conjugación o atemperación posible.

<sup>12</sup> Aquí es necesario desarrollar una breve precisión conceptual, respecto de la distinción que se teje entre medio y medida. El medio es, propiamente, el documento emitido por algún órgano competente que, entre sus disposiciones, comprende a la(s) medida(s), las mismas que, a su vez, exigen la realización de determinadas acciones. Piénsese, por ejemplo, que la Administración ha emitido un reglamento (medio) prescribiendo que, por cuestiones de sanidad, se suspendan todas las actividades en los bares y discotecas circunscritos al territorio peruano (medida).

fundamentales: la libertad de trabajo y el libre desenvolvimiento/ desarrollo de la personalidad.

## *2. Concreción del sub-mandato de la concordancia práctica*

Expuesto los hechos del caso, enseguida vamos a reconstruir —implementando, ciertamente, un muy ligero matiz en cuanto a la identificación de los derechos en tensión— el razonamiento llevado a cabo por el Tribunal, a fin de observar la materialización del modelo ponderativo hesseano en la solución del conflicto/colisión entre dos intereses de rango/jerarquía constitucional: (i) el derecho a la tranquilidad y (ii) el derecho a la libertad de trabajo.<sup>13</sup> Desarrollemos.

### *a) Fin legítimo*

A consideración del Tribunal, el fin que se busca proteger, mediante la medida adoptada —restricción de horarios impuestos a los locales comerciales—, posee un sustento explícito, materializada en el artículo 2, inciso 22, de la Constitución Política del Perú. Además, es oportuno manifestar que la Corte, al menos en esta sentencia, realiza la importante distinción, para efectos de la resolución del caso, entre fines —protección del derecho a la tranquilidad— y objetivos —materializar un entorno acústicamente sano para que, de este modo, se garantice horas ininterrumpidas de sueño y descanso en favor de los residentes de la zona.<sup>14</sup>

---

<sup>13</sup> El Tribunal observa, tal como lo hemos apuntado en la descripción de los hechos, que —en el presente caso— surge un conflicto/colisión entre dos grupos de derecho e intereses: por un lado, la libertad de trabajo y el libre desenvolvimiento/ desarrollo de la personalidad (grupo 1) y, por el otro, el derecho al medio ambiente, a la tranquilidad y a la salud (grupo 2). Creemos, sin embargo, que la Corte comete algunos desaciertos en la identificación de los “bandos” que colisionan/conflictúan. Uno primero cuando incluye en el grupo 1, con una argumentación poco convincente, al libre desenvolvimiento/ desarrollo de la personalidad como uno de los derechos ponderables (véase fundamento 49 de la sentencia). Y, uno segundo, cuando, respecto al grupo 2, no toma en consideración determinados conceptos claves del fenómeno de la “conurrencia”. Más precisamente, cuando no toma en cuenta las reglas que ha proporcionado la teoría y la dogmática constitucional para la resolución de estos problemas que, cotidianamente, se presentan en la dinámica de los derechos fundamentales. Para un estudio del fenómeno de la “conurrencia” de derechos fundamentales en nuestro medio, véase: León (2017).

<sup>14</sup> En este nivel de análisis, es importante distinguir “fines” de “objetivos”. En términos

## b) Idoneidad

La medida, en razón del Tribunal, es apta y adecuada para la consecución del objetivo; de manera que las restricciones de horario para las discotecas, bares, karaokes y pubs “[...] impiden que la elevada contaminación acústica de la zona continúe durante las horas de descanso o del dormir de las personas, [generando] un entorno acústicamente sano para el desarrollo normal de aquellas necesidades” (considerando 37). Nótese aquí, para terminar, que el análisis ya no se desarrolla en función de los fines; sino que, por el contrario, se lleva a cabo en relación con los objetivos planteados.

## c) Necesidad

El Tribunal llega a advertir la inevitabilidad de la medida. Para demostrarlo, postula, como medida hipotética – alternativa, el establecimiento de niveles de decibelios topes en los bares, discotecas, karaokes y pubs, a fin de que los mencionados lugares continúen con sus actividades sin determinadas limitaciones de horario. Sin embargo, la medida antes descrita, continúa la Corte, no satisface los requerimientos de estricta necesidad que exige este sub-análisis, principalmente porque no elimina el sonido y solo se limita, aunque considerablemente, a amminorarlo. De ahí que, concluye, “[...] si bien existe al menos una medida alternativa a la restricción examinada, dicha medida no es igualmente eficaz y, por tanto, la restricción examinada constituyó un medio necesario [...]” (considerando 38) para la obtención de un entorno acústicamente sano, en favor de los habitantes de la zona.<sup>15</sup>

## d) Ponderación–concepto

Finalmente, en este nivel de análisis, el Tribunal Constitucional materializa la exigencia del sub-mandato de la “solución intermedia” en el conflicto/colisión que, en el caso en concreto, se presenta entre dos in-

---

prácticos, el fin es lo que jurídicamente se quiere conseguir; mientras que, el objetivo, es lo que fácticamente se pretende lograr; a saber, la materialización de un estado de cosas.

<sup>15</sup> Otra medida hipotética–alternativa consistiría en el aislamiento de los espacios comerciales, tales como bares, karaokes, discotecas y pubs. Si bien esta medida es sensata por ser, eventualmente, menos lesiva en relación con la libertad de trabajo; no obstante, no es una medida más eficaz que la proporcionada, en relación con la búsqueda de un entorno acústicamente sano. El razonamiento es similar al suministrado por la Corte: a pesar de lograr, mediante el aislamiento, una reducción significativa de los sonidos, se sigue adoleciendo de la misma desventaja que agobia a la medida que establece la imposición de niveles de decibelios topes en los recintos recreacionales.

tereses de rango/jerarquía constitucional: el derecho a la tranquilidad<sup>16</sup> —en favor de los vecinos aledaños al lugar específico de la restricción— y el derecho a la libertad de trabajo —en favor de las personas que laboran en los recintos recreacionales—.

En este contexto, la Corte señala:

(i) Por un lado:

Que la Ordenanza no establece una limitación absoluta o total del ejercicio de la libertad de trabajo de los propietarios de establecimientos comerciales en la zona bajo restricción; por el contrario, ella solo establece una limitación parcial, circunscrita a determinadas horas de la noche y la madrugada. Por tanto, la intensidad de la intervención en la libertad de trabajo es leve (considerando 44).

Por otro lado:

Que el grado de realización de la protección del derecho [...] a la tranquilidad es elevado. [...] Este comprende, entre otros aspectos, la garantía de un entorno acústicamente sano. La mejor forma de alcanzar este objetivo es posibilitando un ambiente silente, lo que es particularmente importante durante las horas nocturnas y de madrugada, objetivo que se alcanza justamente a través de la restricción de los horarios examinados (considerando 54).

---

<sup>16</sup> Si bien, en el contexto peruano, está reconocida constitucionalmente el derecho fundamental a la tranquilidad; no obstante, este no ha tenido —por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional— mayores aproximaciones, respecto a sus contravenciones, a los deberes u obligaciones estatales que comprende su protección y a los alcances que entraña su contenido. Por el contrario, a lo que único que se ha limitado es a desplegar un desarrollo no autónomo del mismo, relacionando el tratamiento de su contenido con los alcances de otros derechos fundamentales, entre los que destacan: (i) la paz, (ii) el medio ambiente adecuado y equilibrado, y (iii) la salud. Por ello, hemos recurrido al progreso jurisprudencial de la Corte Constitucional colombiana, quien ha dotado, al derecho a la tranquilidad, de un contenido tendencialmente autónomo. Así pues, en la sentencia No. T-226/95 (25 de mayo de 1995), señala: [...] La tranquilidad individual es un derecho personalísimo derivado de la vida digna, es una tendencia inherente al ser personal y un bien jurídicamente protegible que comprende el derecho al sosiego, que se funda en un deber constitucional, con lo cual se mira el interés general. De ahí que jurídicamente sea diferente el derecho constitucional a la paz, que es un derecho social, con el derecho a la tranquilidad de una persona, que es una prerrogativa subjetiva. [...] Es evidente que el ser humano tiene derecho a la tranquilidad y como tal este derecho constituye un bien jurídico protegible por el Estado y la sociedad [...] (considerando 3).

De la reconstrucción que brevemente hemos realizado del caso, podemos observar que —ante la inconsistencia de tipo parcial-parcial que se evidencia en la controversia en concreto entre dos principios de rango constitucional, que tienen un determinado ámbito de aplicación que produce conflicto— el Tribunal Constitucional peruano ha optado, para solucionarla, no por la materialización del sub-mandato de la mera preponderancia —identificada aquí con el modelo normativo alexyano de “ponderación-concepción”—, donde solamente uno de los dos principios triunfa, optimizándose jurídicamente en su totalidad, y el otro queda desplazado de forma plena; sino por la concreción del sub-mandato de la solución intermedia —identificada aquí con el modelo normativo hesseano de “ponderación-concepción”—, en virtud del cual se intenta satisfacer ambos intereses, tendiendo a posicionar a los platillos de la balanza en un punto de “equilibrio moderado” (Häberle, 2010), que tome en consideración la importancia de la realización de ambos extremos. Se trata, en definitiva, de no dar “preferencia a una de las posiciones legales en conflicto (maximizándola a costa de las otras) [y de procurar] lograr un equilibrio que proteja lo más posible [a] todas [...]” (Tribunal Constitucional Federal Alemán, 1995).<sup>17</sup>

En atención a esta lógica de la conservación, que orienta a la concordancia práctica en cuanto criterio para la resolución de antinomias, lo que, de conformidad con el apartado terminológico y conceptual antes trabajado hemos denominado como “PCPA”, el derecho fundamental a la tranquilidad no se optimiza jurídicamente en perjuicio del derecho fundamental a la libertad de trabajo, anulándole el contenido. Por el contrario, apartándose de una lógica confrontacional, lo que la Corte ha tratado es de “compatibilizar”, “conjugar” y/o “salvaguardar” la identidad de los intereses que colisionan/conflictúan, a partir del (o con base en el) “principio del arreglo menos perjudicial” (Stern, 1988, p. 273), exigencia que presupone —de un lado— la consideración de todas las circunstancias relevantes que gobiernan el caso y —de otro— el efectivo establecimiento de límites bilaterales.

De conformidad con lo señalado, advertiremos que es razonable la restricción que, en el caso materia de comentario, ha recibido el derecho fundamental a la libertad de trabajo, pues las limitaciones que mediante la ordenanza se le han impuesto a los locales comerciales son parciales (y no absolutas). De ahí que discotecas, bares, karaokes y pubs pueden, sin nin-

---

<sup>17</sup> Pronunciamiento emitido en la sentencia BVerfGE 93, 1 [Crucifijo]. Véase en: Schwabe (2009).

gún problema, mantenerse en funcionamiento hasta la 1:00 a. m. —de lunes a jueves— y hasta las 2:00 a. m. —los viernes, sábados y feriados—, reiniciando todas sus actividades a las 7:00 a. m. —nótese aquí que no solo se restringe este derecho; sino que también se le pretende optimizar jurídicamente—. Por otro lado, e intervenido parcialmente en determinados intervalos de la madrugada en favor de la realización del colisionante —por ejemplo, de 11:00 p. m. a 2:00 a. m.—, el derecho fundamental a la tranquilidad llega a maximizarse juiciosamente como consecuencia del establecimiento de un horario límite de atención para los mencionados recintos recreacionales, situación que garantiza un entorno acústicamente sano para que los residentes de las zonas aledañas gocen, a lo largo de la madrugada, de horas ininterrumpidas de sueño.

En suma, en la famosa controversia denominada como “Calle de las Pizzas”, apreciamos, de forma nítida, que el órgano jurisdiccional exteriorizó esencialmente una “actitud prudencial”, guiada por la necesidad de materializar concesiones mutuas entre los valores en conflicto con el objeto de arribar a la consecución de una respuesta constitucionalmente adecuada y saludable (Atienza, 2022, p. 100).

## VI. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha intentado poner de relieve la identidad propia de la “concordancia práctica”, en cuanto criterio para la resolución de antinomias entre principios de jerarquía constitucional, a través del análisis de los principales postulados que, sobre el tema—objeto de nuestro estudio, ha elaborado el profesor Konrad Hesse. Así, sobre la base de tales planteamientos, se ha articulado un examen analítico de (i) “sentidos” y (ii) “racionalidades”.

En relación a (i), se ha advertido que la expresión con la que el jurista alemán califica a dicha metodología (“principio de la interpretación constitucional”), adopta una lectura que aquí hemos denominado como “no literal” —en contraposición a una “literal”—; de tal modo que, en su discurso, la concordancia práctica sería, en estricto, una operación propiamente constructiva y no una de carácter/naturaleza interpretativa. A propósito de (ii) —y a raíz de lo antes señalado—, se ha resaltado que la concordancia práctica traslada la solución del conflicto al “principio de proporcionalidad” (o “proporcionalidad” a secas), reclamando concretizar un “vínculo inestable de prioridad”, fundamentada en una suerte de “coordinación proporcional”,



entre los dos principios en conflicto/colisión; de manera tal que, el jurista alemán, restringe, de forma exclusiva, la trascendencia de esta “máxima orientadora” al examen de “ponderación–concepto”. De ahí que se concluya que la concordancia práctica, junto con la “lógica” que la orienta, constituye un caso especial de “ponderación–concepto” o, lo que es lo mismo, se erija, llevándola a la práctica, como un modelo normativo de “ponderación–concepción” en específico.

Para clarificar la conclusión previa —y a efectos de sacar a relucir la razón subyacente que está detrás de esta exigencia— hemos considerado oportuno distinguirla del arquetipo alexyano de “ponderación–concepción”, por ser uno de los modelos normativos que ha tenido y actualmente tiene amplia y predominante acogida e influencia en el contexto latinoamericano, en general, y en el peruano, en particular. En atención a ello, y sometiendo a contraste ambas formas de hacer efectivo la “ponderación–concepto”, se ha puesto de manifiesto que el prototipo hesseano de “ponderación–concepción” materializa una “relación condicionada de prioridad *parcializada*”, basada esencialmente en una “lógica de la conservación”, en virtud del cual ambos principios son limitados parcialmente atendiendo a todas las circunstancias relevantes que gobiernan el caso sin ninguno anularse por completo el contenido; a diferencia del diseño alexyano que establece una “relación condicionada de prioridad *absoluta*”, basada fundamentalmente en una “lógica de la guerra”, donde uno de los principios se realizará jurídicamente en su totalidad y el otro perderá plenamente su identidad.

Finalmente, como segunda conclusión, se ha evidenciado que la aplicación de la concordancia práctica no es ajena ni extraña al contexto peruano. Un caso muy famoso en la historia de la práctica jurisprudencial del Tribunal Constitucional lo demuestra. En la sentencia denominada, popularmente, como “Calle de las Pizzas” se aprecia —de forma bastante nítida— la concreción de las exigencias del sub-mandato de la concordancia práctica, en cuanto modelo normativo de lo que aquí hemos rotulado como “ponderación–concepto”, en un conflicto/colisión entre dos principios de rango/jerarquía constitucional: de un lado, la libertad de trabajo y, de otro, la tranquilidad.

## VII. REFERENCIAS

- Aleinikoff, A. (2010). *El Derecho Constitucional en la era de la ponderación*. Palestra Editores.
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (2022). *Sobre la dignidad humana*. Trotta.
- Atienza, M. y García Amado, J. A. (2012). *Un debate sobre la ponderación*. Palestra Editores.
- Barak, A. (2017). *Proporcionalidad: Los derechos fundamentales y sus restricciones*. Palestra Editores.
- Battista Ratti, G. (s.f.). Una contradicción en la teoría alexyana de la ponderación. *Academia.edu*. [https://www.academia.edu/40636580/Una\\_contradicci%C3%B3n\\_en\\_la\\_teor%C3%ADa\\_alexiana\\_de\\_la\\_ponderaci%C3%B3n](https://www.academia.edu/40636580/Una_contradicci%C3%B3n_en_la_teor%C3%ADa_alexiana_de_la_ponderaci%C3%B3n)
- Carpio, E. (2003). La interpretación de los derechos fundamentales. *Derecho PUCP*, (56), 463-530.  
<https://doi.org/10.18800/derechopucp.200301.010>
- Clérico, L. (2009). *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*. Eudeba.
- Chiassoni, P. (2019). La balanza inexistente. *Analisi e Diritto*, 1, 165-231.  
<http://hdl.handle.net/11567/959009>
- Dworkin, R. (2012). *El imperio de la justicia*. Gedisa.
- Guastini, R. (1999a). *Distinguiendo: Estudios de teoría y metateoría del derecho*. Gedisa.
- Guastini, R. (1999b). Principios de derecho y discrecionalidad judicial. *Jueces para la democracia*, (34), p. 39-46. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=174776>
- Guastini, R. (2007). Ponderación: un análisis de los conflictos entre principios constitucionales. *Palestra del Tribunal Constitucional*, 8, 631-637.
- Guastini, R. (2008). La interpretación de la Constitución. En S. Ortega (Comp.), *Interpretación y razonamiento jurídico* (pp. 21-72). Hermeneia Editores.
- Guastini, R. (2014). *Interpretar y argumentar*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Guastini, R. (2018). *La interpretación de los documentos normativos*. Derecho Global Editores.
- Guastini, R. (2019). *Discutiendo: nuevos estudios de teoría y metateoría del Derecho*. Zela.

- Häberle, P. (2010). Métodos y principios de interpretación constitucional. Un catálogo de problemas. *Revista de derecho constitucional europeo*, 13, 379-414. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3411214>
- Hakansson, C. (2019). Los principios de interpretación y precedentes vinculantes en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. Una aproximación. *Dikaion*, 18, 55-77. <https://dikaion.unisabana.edu.co/index.php/dikaion/article/view/1543>
- Hesse, K. (2012). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- León, J. (2017). La concurrencia de normas de derechos fundamentales. *Ventana Jurídica*. <https://facultad.pucp.edu.pe/derecho/ventanajuridica/la-concurrencia-de-normas-de-derechos-fundamentales/>
- Müller, F. (2016). *La positividad de los derechos fundamentales*. Dykinson.
- Moreso, J. J. (2010). Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos. *Arbor*, 186(745), 821-832. <https://doi.org/10.3989/arbor.2010.745n1233>
- Quiroga, A. (1985). La interpretación constitucional. *Derecho PUCP*, (39), 323-343. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.198501.010>
- Ross, A. (1963). *Sobre el Derecho y la Justicia*. Eudeba.
- Rubio, M. (2005). *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Schwabe, J. (Comp.). (2009). *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Sentencia No. T-226/95. (25 de mayo de 1995). Corte Constitucional de Colombia.
- Sentencia No. 007-2006-PI/TC. (22 de junio de 2007). Tribunal Constitucional del Perú.
- Sentencia No. 01017-2014-PHC/TC. (9 de mayo de 2017). Tribunal Constitucional del Perú.
- Stern, K. (1988). El sistema de los derechos fundamentales en la República Federal de Alemania. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (1), 261-277. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048054>
- Sunstein, C. (2006). Acuerdos carentes de una teoría completa en Derecho Constitucional. *Precedente. Revista Jurídica*, (6), 31-49. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9015834>
- Tarello, G. (2018). *La interpretación de la ley*. Palestra Editores.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Rondon Agüero, Brayan Aldair, “La concordancia práctica: una relectura a los planteamientos de Konrad Hesse”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17960. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17960>

### ***APA***

Rondon Agüero, B. A. (2024). La concordancia práctica: una relectura a los planteamientos de Konrad Hesse. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17960. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17960>

## La acción pública o popular de inconstitucionalidad. Hacia un nuevo concepto e implementación procesal en México

### *The public or popular action of unconstitutionality. Towards a new concept and procedural implementation in Mexico*

José Daniel Chávez Sáenz<sup>1</sup>

 <https://orcid.org/0000-0003-2931-5164>

Universidad Nacional Autónoma de México. México.  
Correo electrónico: josedanielchavezsaenz@gmail.com

Recepción: 11 de octubre de 2023

Aceptación: 12 de enero de 2024

Publicación: 27 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18629>

**RESUMEN:** El presente artículo se adentra en la necesidad de reconsiderar la denominación de la acción pública o popular de inconstitucionalidad. Esta revisión se fundamenta en la búsqueda de un enfoque renovado que abarque no solo la legitimidad subyacente, sino también los parámetros que rigen la evaluación de la regularidad constitucional. Se enfatiza en la importancia de lograr una claridad conceptual y una precisión en los objetivos procesales. El análisis se enmarca dentro del ámbito del derecho procesal constitucional. Adicionalmente, se profundiza en la aplicación actual de este concepto en América Latina. Se aborda la legitimación activa y la relevancia del interés simple. Finalmente, se propone su incorporación en el sistema jurídico mexicano tanto a nivel federal como estatal.

**Palabras clave:** derecho procesal constitucional, justicia constitucional, convencionalidad.

**ABSTRACT:** This article explores the need to reconsider the name of the public or popular action of unconstitutionality. This review is based on the search for a renewed approach that encompasses not only the underlying legitimacy, but also the parameters that govern the evaluation of constitutional regularity. Emphasis is placed on the importance of achieving conceptual clarity and precision in procedural objectives. The analysis is framed within the scope of constitutional procedural law. In addition, the current application of this concept in Latin America is examined in depth. It deals with standing to sue and the relevance of simple

---

<sup>1</sup> Quisiera expresar mi más sincera gratitud a los distinguidos doctores Diego Valadés y Edgar Corzo Sosa por la generosidad de sus consejos y el invaluable apoyo brindado.

interest. Finally, its incorporation into the Mexican legal system at both federal and state level is proposed.

**Keywords:** constitutional procedural law, constitutional justice, conventionality.

**SUMARIO:** I. *Nota introductoria.* II. *La acción pública o popular de inconstitucionalidad. Un nuevo concepto.* III. *La legitimación activa y el interés simple.* IV. *La acción ciudadana de incompatibilidad.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. NOTA INTRODUCTORIA

A lo largo de las últimas décadas, la evolución del constitucionalismo ha marcado un punto de inflexión en la comprensión y práctica de la defensa de la Constitución y la protección de los derechos humanos en las democracias contemporáneas. Este cambio se ha impulsado principalmente por la creciente incorporación de nuevos mecanismos procesales dedicados a supervisar la conformidad de actos gubernamentales y leyes con los preceptos constitucionales e internacionales. Dicha consolidación no sólo ha restringido el poder estatal para proteger a la población de posibles actos transgresores, sino que también ha favorecido una más óptima gestión del poder. Esta perspectiva ha llevado a la implementación de herramientas jurisdiccionales especializadas en la revisión, control y anulación de actos que vayan en contra sentido de los principios y derechos protegidos por la Constitución y los convenios internacionales sobre derechos humanos; facilitando un marco más robusto para la defensa de los derechos individuales y colectivos frente a posibles acciones lesivas del Estado.

La tendencia actual hacia una mayor protección no solo del orden constitucional objetivo sino también de los derechos fundamentales ha transformado la naturaleza del acceso a los tribunales constitucionales en diversas partes del orbe, especialmente en América Latina. De ser un recurso exclusivo —restringido— de los órganos estatales, ha evolucionado hacia un modelo que permite a los individuos impugnar la constitucionalidad de normas o actos que consideren perjudiciales a sus derechos. Este cambio refleja un punto de inflexión en la percepción de la persona dentro de la sociedad, consolidando una cultura jurídica que sitúa la dignidad humana en el centro de su atención, marcando un avance significativo hacia la consolidación de una democracia más participativa.

En el marco de la evolución del control constitucional en México, surge el crucial desafío de ampliar el acceso ciudadano a mecanismos de impugnación frente a violaciones constitucionales ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Este análisis se centra de manera específica en la acción pública o popular de inconstitucionalidad, proponiendo una revisión sustantiva mediante la formulación de una nueva definición fundamentada en los principios de la ciencia del derecho procesal constitucional. En este contexto, se aborda el proceso y la efectividad histórica de dicha acción. Asimismo, explorando la posibilidad de integrar el referido concepto en el sistema legal mexicano por medio de una nueva definición. Esta propuesta aspira no sólo a mejorar la accesibilidad a la justicia constitucional, sino también a extender la participación ciudadana, considerando incluso la aplicación de un enfoque similar en otras áreas del derecho para robustecer la protección de derechos fundamentales.

## II. LA ACCIÓN PÚBLICA O POPULAR DE INCONSTITUCIONALIDAD. UN NUEVO CONCEPTO

El concepto de «acción popular» surge del derecho romano, donde podía ser ejercido por cualquier miembro de la comunidad tanto pública como privada. En tanto que, la obra jurídica publicada por el insigne emperador Justiniano I, denominada «El Digesto» señala: “Llamamos acción popular a aquella por la cual los del pueblo defienden su derecho” (Cuenca, 2002, p. 98). Es decir, legitima a la ciudadanía para accionarla *quivis ex populo* tutelando su uso en las cosas públicas.<sup>2</sup>

Humberto Cuenca (2002) nos instruye que las acciones públicas son las que protegen los derechos de las comunidades y pueden ser denunciadas por cualquier ciudadano, pero el resultado no será solo en beneficio del denunciante, sino que será para toda la comunidad. En tanto que, las acciones privadas corresponden su ejercicio a un solo individuo, pero no como particular, sino como miembro de la sociedad. Igualmente, rastrea su origen en el Derecho canónico dentro de los «promotores de justicia» refiriendo

---

<sup>2</sup> Para ampliar en el tema se sugiere Buján, A (2021). “Acción popular de intereses generales en el derecho histórico español y el ordenamiento jurídico vigente”, Revista General de Derecho Romano II. En contribuciones al estudio del derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano. Madrid. Dykinson.

el pensamiento de Bruns, que apuntaba a la acción popular como un recurso que acreditaba al ciudadano como «procurador del pueblo». Una particularidad de ese tiempo es que al momento de ejercerla varias veces con el mismo fundamento se podía oponer la excepción de cosa juzgada, dando un efecto *erga omnes* (Cuenca, 2002, p. 103).

La génesis de esta figura remonta su origen a los prolegómenos presentes en el texto constitucional de Cundinamarca de 1811. Específicamente en su artículo 52 que indicaba que cualquier ciudadano podía informar al Poder Ejecutivo de todo lo que estimará conveniente al bien o interés general.<sup>3</sup> Sin embargo, la acción pública colombiana, como se conoce actualmente, inicia su trayectoria a partir de la ley del 22 de junio de 1850, donde se reformaron las leyes orgánicas de 1848 y 1849 relacionadas con la administración municipal, concediendo a todo ciudadano el derecho de pedir la anulación de una ordenanza o acuerdo por motivos de inconstitucionalidad o ilegalidad. Este medio de control constitucional también se adoptó en la Constitución venezolana de 1858 como «acción popular» (Rey, 2000, p. 344). Y conforme el paso del tiempo se ha acondicionado con diversas denominaciones en: Bolivia, Colombia, Honduras, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Perú, Panamá, Paraguay, Uruguay y Venezuela.<sup>4</sup>

Esta legitimación fue tomada en consideración por el ilustre jurista Hans Kelsen, quien en 1928 ya indicaba que el procedimiento ante el Tribunal Constitucional era de vital importancia, ya que la forma en que se abordara este problema determinará en gran medida la capacidad del Tribunal Constitucional para cumplir su función como protector de la Constitución. De igual forma señalaba que

[...] ciertamente la mayor garantía sería la de establecer una *actio popularis*; el tribunal debería examinar la regularidad de los actos sujetos a su jurisdicción,

---

<sup>3</sup> El artículo 52, refiere lo siguiente: “A fin de que cualquier ciudadano pueda informar al Poder Ejecutivo de todo lo que estime conveniente al bien público, en papel firmado o anónimo, y sin la más leve responsabilidad del informante, habrá en la Secretaría una caja cerrada, que por medio de un agujero comunique a la parte exterior de la oficina, para que cualquiera introduzca por dicho agujero los informes que estime oportunos. La llave de esta caja estará en poder del Presidente; y para abrirla, será a presencia de sus Consejeros al principio de cada semana. Los papeles que en dicha caja se recojan no tendrán más fuerza que la de simples avisos, ni ellos solos podrán ocasionar en ningún caso ningún procedimiento judicial.”

<sup>4</sup> El desarrollo de la acción en cada país se puede localizar en: Chávez, J. D. (2022). La acción pública de inconstitucionalidad en América Latina. *Anuario iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(1), pp. 183-210.



en particular las leyes y reglamentos, ante la demanda de cualquiera. De este modo, el interés político en la eliminación de los actos irregulares vendría sin duda satisfecho del modo más pleno [...] (Kelsen, 2011, p. 291).

Empero, también afirmaba que la *actio popularis* no era recomendable como una solución, puesto que temía que fuera un peligro en relación con la posibilidad de contar con acciones «temerarias» y esto ocasionara un «congestionamiento» de los procesos ante el Tribunal Constitucional (Kelsen, 2011, p. 291). Dicha figura sigue vigente y se consagra en el artículo 98 de la Constitución del Estado Libre de Baviera y el artículo 55 de la Ley del Tribunal Constitucional en donde cualquier persona puede presentar demandas populares (*Popularklage*), ante el máximo tribunal, al argumentar la vulneración de una norma constitucional (Brague, 2005, p. 89).

La acción pública o popular de inconstitucionalidad es un mecanismo gestado principalmente en América Latina que busca ser un medio eficaz para proteger la Constitución y garantizar que las leyes se ajusten a sus preceptos. La acción tiene una legitimación muy amplia, permitiendo a cualquier persona o grupo de personas solicitar la revisión de la constitucionalidad de una ley por una corte, sala o tribunal constitucional. Si ésta determina que una norma es inconstitucional, se declara nula y sin efecto — en la mayoría de los casos—, lo que garantiza un adecuado funcionamiento del orden jurídico del Estado que cuenta con dicho instrumento procesal constitucional.

En relación con la conceptualización, Ernesto Rey Cantor destaca que desde el ámbito procesal se ha criticado la terminología, considerada como «impropia» al referirse a acciones «públicas» puesto que históricamente, desde la teoría general del proceso, siempre se ha determinado que toda acción es pública, generando que dicha noción sea reiterativa y poco útil (Rey, 2003, p. 346).

Joaquín Brage Camazano justifica la acepción de acciones «públicas» al referir que “Esta afirmación se funda en la circunstancia de que si bien la acción es ejercida por el particular —y, por tanto, desde ese punto de vista puede considerarse como de carácter rigurosamente privado—, en la efectividad de ese ejercicio está interesada toda la comunidad, lo que le da la calidad de pública [...]. Este vocablo no se toma en el sentido de que la acción puede ejercerla cualquier persona, sino que su finalidad es satisfacer intereses de carácter general” (Brage, 1998, pp. 106-107). En tanto que, Rey Cantor, opta por el término «popular», teniendo como premisa fundamental

los orígenes bávaros de *Popularklage*, retomado en algunos países latinoamericanos (Rey, 2003, p. 346).<sup>5</sup>

La constante interrogante por determinar el término adecuado de «acción pública» o «acción popular» es innecesaria y contraproducente, ya que cada rama de estudio de la ciencia jurídica puede partir de sus particularidades al utilizar dicho mecanismo. Por ejemplo la administrativa, ambiental, civil y penal pueden beneficiarse de un enfoque adaptado a sus respectivas áreas, puesto que cada una posee características distintas, sin necesidad de unificar el concepto.

La diversidad de campos en los que se ha incorporado la «acción pública» o «acción popular» refleja la versatilidad y la relevancia que tiene para la participación de la sociedad. Sin embargo, la equiparación de estas figuras bajo un concepto general podría resultar en una pérdida de matices necesarios; respetar la autonomía de cada área del derecho permitiría abordar las particularidades y problemáticas específicas que surgen en su ámbito, enriqueciendo así el desarrollo de cada disciplina y asegurando una aplicación más efectiva.

En el caso del derecho procesal constitucional, es oportuno contar con un concepto independiente para la «acción pública» o «acción popular», dado que éstas centran su definición en el sujeto legitimado, más no en el parámetro de verificación, y éste requiere una predominancia conceptual, al ser el objeto para ejercer la acción ante la corte, sala o tribunal constitucional.

A continuación, presentaré tres reflexiones en relación con los posibles problemas que pueden surgir al utilizar el término «acción popular» dentro del derecho procesal constitucional:

- a) *Connotaciones políticas*: El uso malintencionado puede conducir a una interpretación traducida en una manifestación o acción política y no como un recurso legal. Esta asociación puede llevar a pensar que la acción tiene motivaciones partidistas o intereses políticos detrás de ella,

---

<sup>5</sup> También se ha utilizado la expresión de «Individual constitutional complaints» preponderantemente en Europa del Este para referirse al proceso individual y directo ante el Tribunal Constitucional ante violaciones constitucionales de los derechos humanos. Algunos países que cuentan con dicha figura procesal son: Alemania, Croacia, República Checa, Chipre, Hungría, Letonia, Liechtenstein, Macedonia, Malta, Montenegro, Serbia, Eslovaquia, Eslovenia, Ucrania y recientemente en Lituania y Turquía. Véase Žalimas, D. (2015). The individual constitutional complaint as an effective instrument for the development of human rights protection and constitutionalism. TEISE, 96, pp. 201-224.

lo cual puede afectar su principal finalidad, que es mantener la regularidad constitucional.

- b) *Falta de precisión en el objetivo*: No brinda una descripción clara de su función procesal. La expresión puede ser interpretada de diversas formas, generando dudas con su propósito específico, esto se evidencia más cuando vemos el término «acción popular» insertado en procesos de denuncia de carácter administrativo, civil o penal.

Según el Diccionario de la lengua española (RAE, 2023) entre sus múltiples definiciones refiere la palabra «popular» como lo “que es estimado o, al menos, conocido por el público en general”, también como lo “perteneciente o relativo al pueblo”; en tanto que el *Collins Dictionary* (Collins, 2023), uno de los más reconocidos en la lengua angloparlante, sugiere que “se usa para describir actividades políticas que involucran a la gente común de un país, y no solo a miembros de partidos políticos”. Por lo que la connotación de «popular» puede dar la impresión de que se centra únicamente en aspectos sociales o políticos y no en la búsqueda de un estudio constitucional.

- c) *Necesidad de un lenguaje procesal claro*: Para garantizar el adecuado funcionamiento y estudio, es fundamental utilizar un lenguaje procesal preciso. El empleo de términos inadecuados puede generar problemas de interpretación y causar dificultades para su conocimiento por parte de la población.<sup>6</sup>

Es conveniente recomendar el término de «acción ciudadana de incompatibilidad» como alternativa de «acción pública» o «acción popular». A continuación, presentaré algunos breves argumentos en relación con el uso de esta nueva nomenclatura:

- a) *Claridad conceptual y precisión en el objetivo*: La expresión describe de manera más específica su propósito procesal, refiriendo una acción que destaca no solo su accesibilidad, sino la revisión de la regularidad de una norma, en tanto que «pública» o «popular» no otorgan una significación certera de dicha premisa, más bien únicamente aporta en la legitimación activa para interponer dicho mecanismo procesal.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Los términos popular y pública se emplean indistintamente, lo que puede producir aún más confusión en cuanto a su objetivo y alcance.

<sup>7</sup> El ilustre procesalista, Piero Calamandrei ya desde los años cuarenta planteaba de la

En cambio, la expresión «ciudadana» entendida como la “persona considerada como miembro activo de un Estado, titular de derechos y sometido a sus leyes” (RAE, 2023), puede proporcionar un mayor entendimiento social vislumbrada, a partir de tres parámetros: *a)* por pertenecer a una comunidad que es fuente de identidad colectiva en un país; *b)* por la capacidad de ser partícipes y decidir en las instituciones políticas; *c)* un estatus jurídico otorgado por un Estado (Lois y Alonso, 2016, p. 61).

Y el vocablo «incompatibilidad» conceptualizada como la “Falta de armonía o adecuación entre dos o más elementos” (Larousse, 2023); que, desde la perspectiva jurídica, puede ser entendida como una situación en la que dos normas presentan conflictos entre sí. La presencia de estas incompatibilidades se refleja en disposiciones jurídicas que tengan alguna contradicción con determinadas normas constitucionales o convencionales; es decir, en contra sentido del bloque de constitucionalidad.

El uso de los términos previamente abordados, en referencia a la «acción popular» o «acción pública» en el ámbito del derecho procesal constitucional, tiene como enfoque principal ensanchar la verificación con base en el bloque de constitucionalidad. En lugar de centrarse conceptualmente en la legitimidad, se amplía el parámetro o alcance de la acción, al considerar aspectos de compatibilidad con el texto constitucional y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

- b) Flexibilidad y adaptabilidad.* La locución propuesta otorga una mayor maleabilidad procesal a diferentes sistemas jurídicos. Puede abarcar no solo la revisión de inconstitucionalidad, sino también otras cuestiones de incompatibilidad o conformidad con la constitución, como la armonización con tratados internacionales de derechos humanos o la concordancia con otros principios constitucionales plasmados en la justicia constitucional local.
- c) Actualización del lenguaje jurídico.* La utilización de nuevos términos es imperativo en los trabajos académicos, debido a que la adaptación del derecho a las encrucijadas globales, debe apoyarse en el uso del lenguaje para una mayor difusión y entendimiento. La introducción del nuevo término, refleja una evolución de dicho instrumento procesal,

---

necesidad la necesidad de contar con un lenguaje jurídico y constitucional claro en: Calamandrei (2012, p. 72).

fundamentado en que las necesidades actuales y la comprensión cognitiva de la lengua no son iguales a las del siglo XIX.

La sugerencia de utilizar el término «acción ciudadana de incompatibilidad» en lugar de «acción pública» o «acción popular» fortalece el concepto al brindar claridad y precisión en el objetivo de verificación procesal como en la legitimidad de acceso, ampliando el alcance de la acción para abordar la coherencia constitucional y convencional, adaptándose a diferentes sistemas jurídicos, para reflejar la evolución de la terminología legal y enfatizar la importancia del acceso ciudadano al control de la regularidad constitucional.

En referencia a lo expuesto anteriormente, se llevará a cabo un análisis descriptivo en tres países: Colombia al destacarse por presentar el modelo más consistente en su aplicación. Posteriormente, examinando Bolivia y Ecuador, donde se observa el uso vigente y progresivo de la acción pública o popular de inconstitucionalidad.

En *Colombia* se ha desarrollado de forma más amplia y sistemática la acción pública de inconstitucionalidad, en virtud de que tiene un gran recorrido histórico en la vida jurídica colombiana desde hace más de cien años.

En la Constitución de Colombia refiere dentro del artículo 40 lo siguiente “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley.”. Mientras que el precepto 242, numeral 1 que “Cualquier ciudadano podrá intervenir para defender o impugnar su constitucionalidad [...]”, es decir, pueden promover las acciones, actuando como sujeto legitimado para intervenir como impugnador o defensor de las normas y éstas serán sometidas a control constitucional.

Y el artículo 241 menciona que los hechos con posibilidad de impugnación son: actos reformativos de la Constitución —sólo por vicios procesales—; leyes con defectos en su procedimiento o por su contenido; decretos con fuerza de ley dictados por el gobierno —facultades extraordinarias—; y los decretos con fuerza de ley, estableciendo el plazo de un año para interponerla.

El procedimiento para presentar una demanda de inconstitucionalidad se compone de tres secciones esenciales desarrolladas en el Decreto 2067/91:<sup>8</sup>

La primera sección consiste en la presentación personal de la demanda, la cual debe realizarse por escrito y en duplicado. El contenido de la demanda debe incluir lo estipulado en el artículo segundo del referido decreto, y acreditar la ciudadanía colombiana. La Corte Constitucional indicó que no se debe exigir una técnica estricta, pero estableció la necesidad de cumplir con los requisitos señalados dentro del decreto compuesto de 59 artículos, que enmarcan las condiciones —procesales— mínimas que debe contener la demanda; lo anterior no quiere decir que sea una limitación a los derechos políticos del ciudadano, sino que se busca identificar el contenido de la demanda de inconstitucionalidad.

Las formalidades necesarias son las siguientes: Presentar por escrito y en duplicado la demanda; señalar las normas imputadas inconstitucionales, con su respectiva transcripción literal o mediante una copia de la publicación oficial; los argumentos —razones— que expliquen por qué la norma violenta el texto constitucional; señalar el trámite impuesto en la carta fundamental para la expedición del acto demandado, la razón de la transgresión —si el caso lo amerita— y el argumento por el cual la Corte Constitucional tiene la competencia.

En la segunda sección, se encuentra la radicación y reparto. La Secretaría General de la Corte Constitucional de Colombia asigna la demanda en la Sala en Pleno mediante un sorteo. El juez constitucional tiene 10 días para admitir, inadmitir o rechazar la demanda. Si se inadmite, se otorgan 3 días para corregir cualquier deficiencia.

La tercera sección consiste en la tramitación de la demanda. Una vez que se ha notificado la admisión, se otorgan 10 días para ordenar la práctica de pruebas conducentes. Posteriormente, se llevan a cabo las comunicaciones, donde cualquier persona o entidad tiene 10 días para intervenir en defensa de la norma. Además, se otorgan 30 días al procurador para rendir los conceptos más destacados, y 30 días para el registro del proyecto del fallo del magistrado ponente.

Una vez registrado el proyecto en la Corte Constitucional, compuesta por 9 magistrados, se cuenta con un plazo máximo de 60 días para tomar

---

<sup>8</sup> El Decreto 2067/9, se encuentra disponible en: <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=30150>

una decisión sobre la acción pública presentada. Si se declara la inconstitucionalidad, la sentencia emitida por la Corte se convierte en cosa juzgada y es de obligatorio cumplimiento tanto para los ciudadanos como para las autoridades. La Corte tendrá la encomienda de determinar el efecto hacia el pasado y el futuro.

La acción pública colombiana se ha ejercido con frecuencia y ha permitido la declaración de inconstitucionalidad de diversas leyes, decretos y otras disposiciones legales que vulneraban derechos fundamentales o principios constitucionales. En la última década, se ha incrementado el número de acciones de este tipo presentadas ante el máximo tribunal (Acuña, 2020, p. 155).

El portal estadístico de la Corte Constitucional de Colombia,<sup>9</sup> desde 1991 se han ejercido 15,192 acciones públicas de inconstitucionalidad, impugnando o defendiendo códigos, leyes, actos legislativos y decretos en temas penales, civiles, administrativos, ambientales, laborales, tributarios, derechos de niñas, niños y adolescentes, de comercio, minería, etcétera. De estas acciones se han admitido y resuelto 6,312, declarando la anulación total por inconstitucionalidad de 1,830 normas y de forma parcial, 1049; las restantes versan en cuestiones de exequibilidad total o parcial<sup>10</sup>, decisiones inhibitorias,<sup>11</sup> y de intervención.<sup>12</sup>

El informe anual de dicha Corte, correspondiente al año 2021, refiere que se presentaron 227 demandas de acción pública ante el máximo tribunal, mencionando que durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2020 y el 31 de diciembre de 2020, la Corte Constitucional recibió un total de 2,316 demandas de acción pública de inconstitucionalidad. De éstas, se admitieron a trámite 211 demandas, y se declararon inexecutable 90 de las normas demandadas.<sup>13</sup>

En *Bolivia* la acción popular se encuentra instituida en la Constitución Política del Estado desde el 2009, ésta procede contra todos los actos u omisiones de personas individuales o colectivas que violen o amenacen con vulnerar derechos colectivos (CPEPB, artículo 135). Para ejercerla no es necesario agotar la vía judicial o administrativa; ya que cualquier persona

---

<sup>9</sup> Los datos desarrollados en diversas gráficas se pueden localizar en: <https://www.corte-constitucional.gov.co/lacorte/estadisticas.php>

<sup>10</sup> Cuando la norma impugnada se declara compatible con el texto constitucional

<sup>11</sup> Sin competencia para pronunciarse.

<sup>12</sup> Terceros intervengan en el proceso.

<sup>13</sup> El informe anual se encuentra en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/Transparencia/publicaciones/INFORME%20DE%20RENDICION%20DE%20CUENTAS%202021.pdf>

puede hacer uso del mecanismo de defensa constitucional, a título individual o en representación de una colectividad con carácter obligatorio, ésta podrá interponerse durante el tiempo que subsista la vulneración o la amenaza (CPEPB, artículo 136).

En cuanto a su ámbito de protección, el artículo 135 de la carta constitucional refiere que son los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y salubridad pública, el medio ambiente y otros de similar naturaleza, entre estos últimos se encuentran: los derechos de los pueblos originarios, de los usuarios y consumidores, de las personas con discapacidad, el derecho a la paz, etcétera, pero estos deben estar consignados en su texto fundamental.<sup>14</sup>

La acción popular no está sujeta a formalismos rigurosos, puesto que la expeditéz, sumariedad e inmediatez son sus principios rectores; no cuenta con una fase de admisibilidad, es decir, no existe la necesidad de requisitos de forma, por lo que no se tienen causales de improcedencia y tampoco tiene plazo de caducidad.<sup>15</sup>

La Sala Plena del Tribunal Plurinacional, compuesta por 7 magistrados, tiene 30 días para emitir sentencia una vez admitida y turnada al juez constitucional; declarando únicamente la inconstitucionalidad de la norma impugnada por mayoría absoluta de sus miembros. Por lo anterior, los efectos de la resolución donde se conceda la tutela, ordenarán la anulación de todo acto o el cumplimiento del deber omitido que violente o amenace los derechos o intereses colectivos relacionados con el objeto de la acción, y podrá establecer la existencia de indicios de responsabilidad civil o penal del accionado (CPEPB, artículo 71).

De acuerdo con la información publicada por el Tribunal Constitucional de Bolivia en su sitio web oficial, durante el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2019, se presentaron un total de 451 demandas de acción popular de inconstitucionalidad; de éstas admitió a trámite 322, y declaró la inconstitucionalidad de 133 normas impugnadas.<sup>16</sup>

---

<sup>14</sup> La sentencia 1018/2011-R del 22 de junio de 2011 lo explica con mayor detenimiento. Disponible en: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/13508-sentencia-constitucional-1018-2011-r>

<sup>15</sup> Para ahondar en el tema se puede estudiar la sentencia del Tribunal Plurinacional de Bolivia (SCP0487/2014). Disponible en: <https://jurisprudenciaconstitucional.com/resolucion/4510-sentencia-constitucional-plurinacional-0487-2014>

<sup>16</sup> El Tribunal Constitucional de Bolivia tiene información relativa en los informes de auditoría interna en: <http://181.115.147.173/tcp/auditorias/>



En *Ecuador* se consigna en la reciente Constitución de 2008 la acción pública de inconstitucionalidad como «acciones constitucionales» que podrán ser presentadas por cualquier persona individual o colectivamente; pero es dentro de la Ley Orgánica de Garantías y Control Constitucional en su capítulo tercero donde la instituye y desarrolla; refiriendo que se podrá ejercer directamente ante la Corte Constitucional, ésta conocerá respecto de cualquier acto normativo de carácter general y los actos administrativos con efectos generales (LOGJCC, artículo 98).

De igual modo, a través de la interpretación constitucional realizada por la Corte Constitucional en sentencia núm. 002-15-SIN-CC, se analizó el concepto de la acción, mencionando que tiene como finalidad ser un mecanismo de control abstracto de constitucionalidad, garantizando la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico con la Constitución.<sup>17</sup> Adicionalmente, se otorgó la posibilidad de permitir la participación ciudadana de personas jurídicas de derecho tanto público como privado. Así pues, ha interpretado a la «persona individual o colectivamente» en un parámetro extenso, al conceder a las empresas privadas la legitimación para hacer el trámite de este instrumento procesal (Escudero-Soliz, 2021, pp. 56-73).

Los requisitos esenciales que la demanda deberá contener son: La designación de la autoridad ante quien se propone; el nombre completo, número de cédula de identidad y domicilio de la persona que demanda; la denominación del órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso; la indicación de las disposiciones acusadas como inconstitucionales; la fundamentación de la pretensión; la solicitud de suspensión provisional; y la firma de la persona demandante o de su representante legal (LOGJCC, artículo 79).

Una vez admitida la demanda, la Corte Constitucional tendrá el término máximo de 30 días para emitir una sentencia, en ésta podrá declararse la inconstitucionalidad total o parcial, adoptándose con una mayoría absoluta, aclarando que se entenderá como mayoría 5 votos de los 9 integrantes (LOGJCC, artículos 50 y 90).

En lo relativo a su efectividad, es indispensable aludir a lo expuesto por Joel Escudero-Soliz al referir que hasta 2021 se han presentado 685 de-

---

<sup>17</sup> La sentencia de la Corte Constitucional de Ecuador, se encuentra para su lectura en: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=002-15-SIN-CC#:~:text=La%20acci%C3%B3n%20p%C3%BAblica%20de%20inconstitucionalidad%2C%20dentro%20del%20marco%20constitucional%20ecuadoriano,constitucionalidad%20es%20garantizar%20la%20unidad>

mandas públicas de inconstitucionalidad, de las cuales únicamente se han aceptado 184 casos y los demás han quedado pendientes (Escudero-Soliz, 2021, p. 66). Es considerable afirmar que esto puede ser por causa de que no existe un plazo razonable para dictar sentencia por parte de la Corte Constitucional, además, tiene un gran efecto que las normas con categoría de «ley orgánica» no son objeto de acción de inconstitucionalidad.

Igualmente, en una validación de la Universidad de Cuenca, la Universidad de las Américas y del Instituto de Altos Estudios Nacionales, realizó un sondeo donde encontró que las sentencias provenían de: 1 de un Mandato Constituyente; 61 de leyes emitidas por la Asamblea Nacional; 10 decretos del Poder Ejecutivo; 88 de ordenanza de los Municipios Distritales y Cantonales; y 24 de actos administrativos; mostrando que de las 184 sentencias se rechazaron 101, se aceptaron 79 y denegaron o modularon 4 (Escudero-Soliz, 2021, p. 67).

Y de los datos de las sentencias expedidas por la Corte Constitucional, los sujetos que la ejercieron fueron: Los ciudadanos con 73 sentencias, de las cuales se aceptaron 6 y negaron 67; después los colectivos donde se aceptaron 2 y ambas fueron negadas; en cuanto a las personas jurídicas privadas se aceptaron 75 y se negaron 12; y por último, de las efectuadas por el propio Estado se aceptaron 6 y se negaron 16 (Escudero-Soliz, 2021, p. 67). Como puede observarse, la efectividad en la aceptación de las acciones no es alta para la ciudadanía, ya que la mayoría de sus demandas son rechazadas; las empresas privadas y el Estado son las partes que han tenido un mayor logro en la aprobación de estas acciones.

Existen temas positivos que resalta Escudero-Soliz (2021) y que son consecuencia de la progresión y adaptación tanto de la sociedad como de la judicatura, donde la Corte Constitucional ecuatoriana ha expedido 20 sentencias entre 2019 y 2020, resultando en cambios significativos. Algunos de estos fallos han aceptado demandas presentadas por ciudadanos y demuestran la aplicación adecuada de este recurso procesal (p. 68). Dos ejemplos son: El primero es la sentencia núm. 014-11-IN/20 que favoreció a la Federación de Estudiantes Universitarios del Ecuador, reconociendo la inconstitucionalidad de la Ley Orgánica de Educación Superior, que permitía la configuración del voto a representantes de cogobierno en porcentajes mínimos, lo que vulneraba los derechos de participación en términos de igualdad y restringía el derecho a elegir. El segundo es la sentencia núm. 23-18-IN/20, que reconoció a la Confederación de Jubilados y Pensionistas de Montepío del Ecua-

dor que las pensiones jubilares son intangibles y consideró una violación del derecho a la jubilación, la retención del 2.76 % del valor de la pensión.

El caso ecuatoriano es particular, debido a que su sistema de control constitucional ha tenido ciertos problemas de consolidación desde su creación en 2008. Se cuenta con dificultades de claridad procesal y sobre todo una ausencia de mecanismos que auxilien a los ciudadanos a ejercer su derecho constitucional a las acciones constitucionales; pero la adaptación es paulatina y seguramente con el paso de los meses y años se fortalecerá y afianzará tanto en la judicatura como en la población.

### III. LA LEGITIMACIÓN ACTIVA Y EL INTERÉS SIMPLE

En el ámbito del derecho procesal constitucional, la legitimación activa y el interés simple son dos conceptos fundamentales, estrechamente relacionados con la capacidad para accionar o ejercer un mecanismo de defensa constitucional, ya que para tener la legitimación es necesario contar con algún subtipo de interés procesal. En las siguientes líneas se analizará en primer lugar el concepto de legitimación activa, y su funcionamiento en diversos Estados; y en segundo lugar la noción del interés simple y su aplicación dentro del derecho administrativo y constitucional.

A) La *legitimación activa* es definida por Humberto Nogueira Alcalá como “la capacidad procesal que le reconoce el Estado a una persona natural o jurídica, como asimismo a órganos o agentes del Estado, conforme establezca la Constitución o la ley, para actuar en procedimientos jurisdiccionales como demandantes, demandados, terceros o representantes de cualquiera de ellos” (Nogueira, 2004, pp. 197-223). En lo que respecta a la legitimación para ejercer la acción de inconstitucionalidad puede variar según la naturaleza del procedimiento —abstracto o concreto— y la configuración de los procesos constitucionales —la acción amplia o latinoamericana y la restringida o kelseniana—. Se pueden identificar los seis subtipos más usuales de entes con dicha facultad de acción: *a)* Determinadas autoridades de gobierno; *b)* representantes de órganos constitucionales; *c)* un número, fracción o porcentaje de parlamentarios que integran una de las cámaras del Poder Legislativo; *d)* los jueces ordinarios; *e)* las personas que tengan un interés legítimo, y *f)* cualquier persona con un interés simple —acción popular o pública—; pero es importante señalar que existe una gran variedad en el entre los paí-

ses que cuentan con dicho mecanismo. Por cuestiones temáticas únicamente nos centraremos en este último numeral.

La legitimidad para ejercer la acción pública o popular de inconstitucionalidad en América Latina se centra en 3 subtipos de sujetos activos: Cualquier persona natural o jurídica (Bolivia, Ecuador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú); cualquier ciudadano (Colombia, El Salvador) y los que tienen un interés personal legítimo y directo (Honduras, República Dominicana, Uruguay, Venezuela). Como puede observarse no existe una homogeneidad que podría esperarse al contar con similares influencias doctrinarias, esto se debe a que cada Estado desarrolla los instrumentos de defensa constitucional de acuerdo con sus características y necesidades particulares. (Chávez, 2023, p. 179).

También los medios que se impugnan varían conforme a cada región, mientras que en Bolivia, Colombia y Ecuador centran la función de tutela en los derechos colectivos y difusos; los demás países buscan utilizar dicho instrumento procesal constitucional contra leyes generales, normas administrativas, políticas públicas, resoluciones administrativas o reglamentos. El tiempo para interponerla es diverso, algunos ejemplos son: Bolivia en cualquier tiempo hasta que subsista la vulneración; Colombia y Honduras en cualquier tiempo; Nicaragua 60 días; Ecuador 1 año; y Perú 5 años (Chávez, 2023, p. 180). Requiriendo que la norma entre en aplicación para poder impugnarla en todos los países estudiados, es decir, la acción requiere un acto de aplicación para que pueda ejercerse.

Los requisitos indispensables para interponer la acción ante el máximo tribunal varía desde una o dos condiciones como puede ser el nombre, domicilio y norma considerada como inconstitucional (Guatemala) hasta procedimientos más elaborados (Colombia), donde se requiere un conocimiento mucho más especializado en materia constitucional al solicitar más de 5 requisitos, enfatizando en el razonamiento y los argumentos que sustenten la norma como inconstitucional (Chávez, 2023, p. 181).

En cuanto al número de jueces o magistrados constitucionales que tiene las salas, cortes o tribunales constitucionales son: 3 (Nicaragua y Panamá); 5 (Honduras, El Salvador, Panamá, Uruguay y Venezuela); 7 (Bolivia, Guatemala y Perú); 9 (Colombia y Ecuador), y 13 (República Dominicana) (Chávez, 2023, p. 182).

En tanto que el plazo otorgado a los tribunales constitucionales para dictar una sentencia que declare o no la inconstitucionalidad de la norma impugnada puede variar desde 30 días (Bolivia y Ecuador); 31 días (Honduras)

ras); 39 días (Colombia); 45 días (Panamá); 60 días (Nicaragua) o 2 meses (Guatemala); 70 días (Perú<sup>18</sup>) o 4 meses (República Dominicana) (Chávez, 2023, p. 181).

Para declarar la inconstitucionalidad de la norma impugnada por parte de la sala, corte o tribunal constitucional se requiere mayoría simple (Uruguay y Venezuela), absoluta<sup>19</sup> (Bolivia, Colombia, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá y Paraguay) o por unanimidad (Honduras); mientras que en dos casos se requieren votos en específico (Perú<sup>20</sup> y República Dominicana<sup>21</sup>) (Chávez, 2023, p. 183).

En relación con la vinculatoriedad de la sentencia del Tribunal Constitucional, los Estados de Bolivia, Colombia, Ecuador, El Salvador, Perú, Honduras, Guatemala, República Dominicana y Venezuela tienen efectos *erga omnes*. Mientras que Nicaragua, Panamá, Paraguay (Chávez, 2023, p.184).

B) El *Interés simple* implica que cualquier gobernado pueda accionar dicho recurso para impugnar un acto de autoridad, para el interés general, por tanto, no es necesario invocar un interés jurídico, legítimo o acreditar la existencia de un daño cualificado, es decir, sin que le otorgue un beneficio ni un perjuicio.

En México se cuenta con tres tipos de interés: jurídico, legítimo y simple; este último ha sido excluido históricamente debido a sus implicaciones en el ámbito procesal, en razón de lo cual, el presente apartado pretende examinar de forma sucinta dicha figura, su concepto y aplicación en ciertos sistemas jurídicos, mostrando su relevancia y la necesidad de implementarlo en la Federación.

Jean Claude Tron Petit destaca el pensamiento de Ferrer Mac-Gregor que define al interés simple como “el interés general que tiene todo miembro de la comunidad en que las autoridades cumplan con las normas de derecho objetivo, sin que ese cumplimiento implique un beneficio personal. Es el mero interés ciudadano por la legalidad, el cual no faculta para accionar al juicio de amparo, sino que únicamente permite la denuncia o la acción

---

<sup>18</sup> Contando con 10 días para admitirla.

<sup>19</sup> Mayoría Absoluta (entendida como mayoría de los presentes), mayoría de votos, mayoría de los mismos.

<sup>20</sup> 5 votos conformes.

<sup>21</sup> 9 o más miembros.

popular cuando las leyes lo permiten, en tanto que no requiere de una condición precisa o de una cualificación subjetiva especial” (Ferrer, 2014, p. 721).

Héctor Fix-Zamudio refiere que “surge el interés simple cuando la norma establece una hipótesis que puede ejercer cualquier sujeto, la legitimación en este sentido es muy amplia, así sucede cuando se acude a la acción popular, el referéndum o al plebiscito.” (Fix-Zamudio, 2013, p. 77).

67. El concepto surge como una categoría distinta al superar los límites del interés legítimo y los intereses colectivos-difusos. El interés simple merece una tutela especial debido a su impacto procesal y, como resultado, ha sido desarrollado por la jurisprudencia tanto nacional como internacional, especialmente en países como Bolivia, Colombia, Ecuador, Estados Unidos, España, Italia y Perú. Destacando que, a diferencia del interés legítimo, el simple es amplio y general, lo que significa que su satisfacción puede tener un impacto universal, aunque no habilita el ejercicio de acciones restitutorias (Ferrer, 2014, p. 722).

La acción pública o popular se reconoce en su faceta administrativa en el derecho español, en ciertos casos concretos y definidos como excepcionales, uno de ellos aconteció en 2007 donde la Tercera Sala del Tribunal Supremo en sentencia 3147/2007 reconoció la legitimidad de un particular para impugnar un acto administrativo basado en su interés simple, aunque no afectara a ningún derecho fundamental o interés colectivo; al impugnar el interesado la decisión de la administración de no renovar su licencia de apertura de un establecimiento comercial; lo anterior, ya que el Tribunal interpretó que la actuación del ente administrativo significaba una afectación a los intereses personales del ciudadano. Asimismo, el Poder Judicial Español ha emitido distintas decisiones en torno al interés simple en temas de defensa de la legalidad urbanística y del patrimonio histórico-artístico.

En Estados Unidos existe un amplio recorrido en cuanto al interés simple, la Corte Suprema ha establecido que este puede ser suficiente para conferir a un posible accionante la capacidad para presentar una demanda (Warth vs. Seldin, 1975); además de que ciertos estados reconocen específicamente el derecho a demandar a través del interés simple en ciertas circunstancias. El artículo 51 de la *New York State Water Pollution Control Act* establece que cualquier persona puede presentar una acción por interés simple para recuperar los daños causados por la contaminación del agua, aire, suelo o acústica.

En tanto que, en el continente africano, el interés simple ha desempeñado un papel clave en la impugnación de normativas que contravienen tanto

la constitución como los derechos humanos, a través del *Public Interest Litigation* (Litigio de Interés Público). Un ejemplo destacado es India, donde cualquier persona o grupo con un compromiso hacia el bienestar colectivo, denominado “espíritu público”, puede presentar una petición judicial en casos que afecten el interés general. La Corte Suprema de India tiene la capacidad de aceptar solicitudes dirigidas a su presidente sin necesidad de cumplir con formalidades legales, basándose únicamente en la importancia pública del caso para activar su jurisdicción constitucional (Supreme Court of India, 2024). Este alto tribunal ha admitido cartas, telegramas y postales como medios válidos para presentar dichas solicitudes, ejerciendo una facultad que le es exclusiva. Además, dicha herramienta procesal ha sido sumamente efectiva en Sudáfrica, desempeñando un papel crucial a lo largo de su historia constitucional. Esto fue particularmente evidente durante el apartheid, donde se convirtió en el mecanismo procesal principal para combatir actos discriminatorios e injustos (Richard, 1997, p. 629).

En México se puede localizar ejemplos del uso del interés simple en los siguientes casos:

El primer antecedente es referido por José Ovalle Favela, donde menciona que dentro de la vanguardista Constitución de 1917 se preveía la acción popular para denunciar los bienes inmuebles de las iglesias, con el fin de que el Ministerio Público promoviera procesos judiciales para nacionalizar dichos inmuebles dentro del artículo 27, fracción II. Además, la acción popular se podía ejercer para denunciar ante la Cámara de Diputados los delitos comunes u oficiales de los altos funcionarios de la Federación, de acuerdo con el artículo 111 (Ovalle, 2011, p. 596).

Esta acción popular no legitimaba al ciudadano para ejercer una acción directa ante los tribunales en nombre del interés de la comunidad, solamente otorgaba a los ciudadanos una facultad para denunciar los hechos, con la finalidad de que el órgano público correspondiente ejerciera la acción; pero actualmente estos dos preceptos constitucionales ya no prevén esta facultad de denuncia (Ovalle, 2011, p. 596).

En la actual Constitución en el artículo 6o., apartado A, fracción III, refiere que: “Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos”, representando un interés simple porque elimina barreras y facilita el ejercicio pleno de los derechos de los ciudadanos; al no requerir la acreditación de un interés específico o justificación para acceder a la información, lo que se traduce en la promoción de la

igualdad, la rendición de cuentas y sobre todo la participación ciudadana en materia administrativa.

En tanto que, en la normatividad secundaria mexicana también se puede localizar un ejemplo en la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, en ella se encuentra el capítulo VII «Denuncia popular» donde determina en su artículo 189 que

Toda persona, grupos sociales, organizaciones no gubernamentales, asociaciones y sociedades podrán denunciar ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente o ante otras autoridades todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales, o contravenga las disposiciones de la presente Ley y de los demás ordenamientos que regulen materias relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

Y el artículo 190 indica que la denuncia podrá ejercerse por cualquier persona presentada por escrito y esta debe contener el nombre o razón social, domicilio, teléfono del denunciante o de su representante legal; los actos, hechos y omisiones del denunciado; los datos que permitan la identificación del presunto infractor o la localización de la fuente contaminante; y las pruebas que pueda aportar el denunciante.

Otra demostración es la Ley Federal de Protección al Consumidor en su artículo 97 que dice lo siguiente:

Cualquier persona podrá denunciar ante la Procuraduría las violaciones a las disposiciones de esta ley, la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, normas oficiales mexicanas y demás disposiciones aplicables”, desarrollando posteriormente los requisitos para ejercerla.

Pero sin lugar a duda, los ejemplos más trascendentales se encuentran dentro del Derecho procesal constitucional estatal en las entidades de Ciudad de México, Querétaro y Puebla, en la figura de la acción de inconstitucionalidad local:

En primer lugar, se localiza en el artículo 36 de la Constitución de la Ciudad de México desde 2017, al legitimar a la ciudadanía para interponer la acción de inconstitucionalidad cuando considere “afectados sus derechos por la vigencia de una ley”, solicitando como mínimo 5,000 firmas de ciudadanos inscritos en el padrón electoral del Instituto Nacional Electoral para



poder ejercerla. El órgano encargado de revisar dicha impugnación es el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, que cuenta con una Sala Constitucional de carácter permanente, siendo esta la máxima autoridad local, integrada por 7 magistrados; estos, si deciden deliberar la inconstitucionalidad, tendrá efectos *erga omnes* respecto de la norma impugnada o parte de ella, aprobada por una mayoría de por lo menos 5 votos. Si han transcurrido 90 días naturales sin que el Congreso haya subsanado la inconstitucionalidad, la Sala emitirá siempre que fuera aprobada por la mayoría anteriormente mencionada la declaratoria general de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, instaurada en el artículo 87 de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla, en lo concerniente a la acción de inconstitucionalidad local, donde otorga a los ciudadanos en un número equivalente al 0.5 % de los inscritos en la lista nominal de electores la legitimidad para accionar dicho mecanismo procesal con el objeto de plantear la posible contradicción entre una norma local de carácter general y la carta constitucional local. La Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia de Puebla, compuesta por 5 magistrados, emitirá sentencia sobre la inconstitucionalidad, siendo obligatoria para todas las autoridades jurisdiccionales de la entidad, siempre que fueren aprobadas por mayoría de 4 votos.

En tercer lugar, está localizada dentro de los artículos 84 y 85 de la Ley de Justicia Constitucional Local del Estado de Querétaro, donde se incluye en los sujetos legitimados para interponer la acción de inconstitucionalidad a cualquier persona cuando se trate de la protección de los derechos fundamentales. La Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia compuesta de 3 magistrados, deberá emitir sentencia sobre la inconstitucionalidad por unanimidad o mayoría de votos de los presentes; en tanto que las estimatorias de inconstitucionalidad tendrán fuerza de cosa juzgada y de invalidez contra la norma impugnada; vinculando a los órganos estatales y municipales, produciendo efectos *erga omnes* a partir de la fecha que determine la Sala Constitucional.

#### IV. LA ACCIÓN CIUDADANA DE INCOMPATIBILIDAD

En el sistema jurídico mexicano, a nivel federal se cuenta con un modelo restringido de control de la constitucionalidad, es decir, no existen mecanismos de verificación constitucional que permitan acceder de forma directa a la ciudadanía para impugnar normas que tengan posibles inconstitucionalida-

des.<sup>22</sup> Hoy en día, tenemos únicamente dos visiones de legitimidad procesal (jurídica y legítima) por lo que es necesario transitar a una tercera, un interés simple, que proporcione a los gobernados un medio directo ante la jurisdicción constitucional.

De manera que, incorporar la figura de la acción «popular» o «pública» mediante la denominación propuesta en el capítulo II de «acción ciudadana de incompatibilidad» con el objetivo de generar una nomenclatura más precisa y clara en relación con la ciencia del derecho procesal constitucional, en la búsqueda de impugnar normas inconstitucionales —en concordancia con su devenir histórico— como ampliando su alcance en el ámbito convencional a través del bloque de constitucionalidad.<sup>23</sup>

El interés simple es una fortaleza de la acción ciudadana de incompatibilidad, ya que cualquier persona podría ejercerlo para proteger al texto constitucional; en razón de esto, complementaría dicha deficiencia del juicio de amparo. Desde hace un extenso lapso de tiempo este medio se ha vuelto un laberinto procesal, por lo que, requerimos un nuevo medio procesal independiente (eficaz, directo y de acceso sencillo) para la protección de la Constitución.

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su artículo 25, establece que toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales para proteger sus derechos; refiriendo que los Estados deben garantizar que la autoridad competente tome decisiones sobre los recursos presentados, desarrollar las posibilidades de recursos judiciales y garantizar el cumplimiento de las decisiones tomadas en respuesta a dichos mecanismos. Por consiguiente, es imprescindible fortalecer los mecanismos procesales constitucionales en México para avanzar progresivamente en la defensa de la constitucionalidad y convencionalidad (CADH, 1969).

---

<sup>22</sup> Algo que, si es posible a nivel local en ciertas entidades de la República, párrafos: 78-81.

<sup>23</sup> La ampliación del bloque de constitucionalidad en México, a partir de 2011, se deriva de la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Esta reforma, plasmada en el artículo 1o. de la Constitución mexicana establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de acuerdo con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Asimismo, señala que los tratados internacionales en materia de derechos ratificados por México forman parte del bloque de constitucionalidad, lo que obliga a las autoridades a interpretar las normas relativas a los derechos humanos conforme con la Constitución y los tratados internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

El amparo, desde la reforma de 2011, ya no es solo un juicio de constitucionalidad, sino también de convencionalidad cuando el juez ordinario funge como primer juez interamericano al emitir sus respectivas sentencias.<sup>24</sup> Por tanto, la acción ciudadana de incompatibilidad deberá actuar no solo como un medio de control constitucional, sino que debe complementarse con la creciente necesidad de ir más allá del texto fundamental, teniendo la legitimidad de impugnar la convencionalidad de alguna reforma constitucional, decreto o ley secundaria que vaya en contra de los derechos humanos protegidos en un tratado internacional ratificado por el Estado mexicano. Así pues, este medio procesal no solo representa una alternativa para salvaguardar la Constitución, sino también derechos convencionales que tiene la población ante violaciones estatales.<sup>25</sup>

El avance que representaría permitir la impugnación de la convencionalidad en la acción ciudadana de incompatibilidad, además de la constitucionalidad, es palpable, debe ser el siguiente paso a seguir en la justicia constitucional mexicana. Desde 2011, se le ha otorgado al juez ordinario la facultad de desaplicar una norma que sea contraria a los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado mexicano, convirtiéndose en el primer juez interamericano, ahora es necesario transitar a un nuevo desarrollo procesal transnacional que convierta al ciudadano en un «ciudadano interamericano» que pueda ser partícipe de la protección de sus derechos consagrados en la Constitución como en las normas supranacionales de derechos humanos.

---

<sup>24</sup> En México, los inicios del control de convencionalidad surgen a causa de la sentencia *Radilla Pacheco*, emitida por la Corte Interamericana en 2009. Es así como originó la reforma del 10 de junio de 2011, como consecuencia de la necesidad de armonizar el sistema de justicia, incorporando en la Constitución los principios y derechos humanos establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en otros tratados internacionales en la materia ratificados por el proceso legislativo. Complementada con la contradicción de tesis 293/2011, donde la Suprema Corte determinó que las normas de derechos humanos contenidas en los tratados están en la misma jerarquía que aquellas plasmadas en el texto fundamental, a partir de que es incorporado al orden jurídico; integrándose al catálogo de derechos de rango constitucional; por ende, cuando las normas constitucionales e internacionales se refieran a un mismo derecho, se utilizará el criterio *pro persona*.

<sup>25</sup> El control de convencionalidad surge como una respuesta al compromiso de los Estados de cumplir con las obligaciones adquiridas al ratificar tratados y convenciones internacionales en el ámbito de los derechos humanos; esto implica que deben garantizar que sus leyes y prácticas internas sean compatibles con los estándares globales en la materia; convirtiéndose en un mecanismo para asegurar la protección efectiva de los derechos y el fortalecimiento del Estado de derecho con apoyo del derecho internacional de los derechos humanos.

Extender este parámetro de verificación a la acción ciudadana de incompatibilidad de forma explícita, promovería una participación social más efectiva en la protección de los derechos humanos, como mecanismo de defensa de intereses colectivos y difusos, otorgando a los gobernados la oportunidad de ejercer un control de constitucionalidad y convencionalidad sobre las normas y acciones del Estado; brindando una herramienta adicional para asegurar que las leyes y las prácticas estatales estén en concordancia con los estándares internacionales de derechos humanos.<sup>26</sup>

Este progreso resulta especialmente relevante en un contexto como el mexicano, donde los derechos fundamentales se ven vulnerados con mayor frecuencia por el aparato estatal. Es necesario transitar del énfasis en los aspectos tendientes al funcionamiento político de las instituciones a incorporar la posibilidad de que los individuos puedan contar con la garantía para acceder a todas las instancias jurisdiccionales; modificando el paradigma conceptual de restricción de la participación ciudadana reflejada en la falta de un interés procesal simple a otra que resulte integradora de todos los aspectos del individuo en la colectividad.

La ampliación de los motivos de impugnación dentro de la acción ciudadana de incompatibilidad contribuiría a un mayor acceso a la justicia y a una intervención más efectiva en la regularidad constitucional, puesto que el gobernado se desplazaría de una pasividad ante la afectación de los derechos de la población a un papel activo en la procuración de justicia que lo convierte en un sujeto activo en la dinámica social. Al otorgar esta posibilidad se le reconocería como actores importantes en la promoción y garantía de los derechos humanos, fortaleciendo así la democracia y el Estado constitucional de derecho.

La carga argumentativa sería doble, ya que los demandantes tendrían que argumentar que la ley en cuestión es inconstitucional y que también viola el sistema internacional de protección de los derechos humanos. Empero, si realmente se busca una verdadera apertura de la Constitución al derecho convencional, debemos avanzar en el estudio, difusión y concientización de una cultura constitucional convencionalizada (Romero, 2015). Esto se debe a que la acción ciudadana de incompatibilidad se convertiría

---

<sup>26</sup> Adicionalmente, contribuiría a terminar con el falso dilema de realizar el control constitucional o convencional, dado que debe de entenderse que uno va de la mano del otro; esto es, para realizar un adecuado control de constitucionalidad en materia de derechos humanos debe seguir los estándares interamericanos. Para leer sobre el tema se recomienda: Sagües (2020).

en una herramienta para el litigio estratégico permanente, lo que le conferiría una mayor legitimidad social y complementaría los avances de las reformas de 2011 y 2013 que otorgan una nueva realidad centrada en la dignidad de la persona y los derechos de fuente nacional como supranacional.<sup>27</sup>

Por ende, es factible plantear una adaptación de la acción pública o popular mediante su evolución hacia la acción ciudadana de incompatibilidad en dos fases:

La primera, propiciando su integración y armonización en el constitucionalismo estatal a través de la concientización académica, legislativa y judicial, en torno a su importancia y relevancia, dado que la acción puede y debe comportarse como un filtro en las entidades federativas ante procesos constitucionales de sus respectivas demarcaciones en las salas en materia constitucional, pugnando por homologar dicho instrumento a través de legislación procesal constitucional.

La segunda, a nivel federal, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en dos opciones: a) Incorporando una acción directa —cualquier persona— otorgándole una predominancia a la carga argumentativa presentada en el recurso e implantando limitantes a temas impugnables —como podría ser únicamente en temas relacionados con los derechos humanos—, utilizando requerimientos muy puntuales para evitar el abuso del mecanismo procesal; b) Por medio de la estipulación de un porcentaje de firmas del padrón electoral de un número definido de entidades federativas —como es el caso de la Ciudad de México a nivel local— y estableciendo un porcentaje de firmas ciudadanas específicas por cada estado de la República.

---

<sup>27</sup> Los criterios emitidos por la Corte Interamericana resultan vinculantes con independencia de que México haya sido parte en el litigio, siempre que sean más favorables para la persona. Así mismo, la reforma de 2013 a la Ley de Amparo en México marcó un hito significativo en el sistema judicial del país. Uno de los puntos más sustanciales fue la incorporación del amparo colectivo que permitió a grupos de personas que compartían una problemática o afectación común presentar una solicitud de amparo conjunta, lo que facilitó el acceso a la justicia para las comunidades vulnerables y grupos minoritarios. Otro aspecto relevante fue la inclusión del interés legítimo como causa para solicitar un amparo, ampliando la posibilidad de acceder a las personas o entidades que demostraran un interés legítimo en el caso, aunque no fueran directamente afectadas. Esto abrió la puerta a la participación de terceros que tuvieran un genuino interés en la protección de los derechos fundamentales o en la legalidad de un acto de autoridad.

## V. CONCLUSIONES

Del breve estudio anterior, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

*Primera.* En general, se puede constatar que la acción pública o popular de inconstitucionalidad es un mecanismo primordial para proteger la Constitución y garantizar el respeto a los derechos y las libertades fundamentales. Sin embargo, la eficacia depende de diversos factores como la capacidad de la sala, corte o tribunal constitucional para emitir fallos rápidos y efectivos. Por ende, no debe concentrarse su funcionamiento únicamente a nivel federal, sino que es indispensable regularizarse y estandarizarse a nivel estatal para que se pueda ejercer dicho mecanismo en las entidades federativas, haciendo énfasis en las violaciones a los textos constitucionales locales.

*Segunda.* Es conveniente plantear una nueva denominación «acción ciudadana de incompatibilidad» que sustituya a los conceptos de «popular» y «pública» con el objetivo de generar una nomenclatura más precisa y clara en relación con la ciencia del derecho procesal constitucional, en la búsqueda de impugnar normas posiblemente inconstitucionales y normas inconvenientes en materia de derechos humanos.

*Tercera.* La incorporación de la acción ciudadana de incompatibilidad en el contexto jurídico mexicano representaría un avance fundamental hacia la consolidación de un sistema legal más inclusivo y participativo. Esta herramienta facultaría a la ciudadanía para ejercer directamente un control sobre la constitucionalidad y convencionalidad en caso de posibles actos contrarios a estas normativas, robusteciendo de manera significativa el Estado de Derecho y garantizando una protección más eficaz de los derechos fundamentales. Asimismo, al posibilitar la intervención ciudadana en el proceso de control de convencionalidad, se impulsa una mayor alineación de las normativas internas con los estándares internacionales en materia de derechos humanos.

*Cuarta.* La integración de la acción ciudadana de incompatibilidad se erige como un elemento esencial en el robustecimiento de la cultura jurídica, desempeñando un papel trascendental para progresar a una sociedad más participativa y democrática. De igual forma, se erige como un punto de gran relevancia para el desarrollo de una conciencia colectiva sólida en torno a sus derechos fundamentales, nutriendo así la esencia misma de nuestra cultura constitucional. Para finalizar, este mecanismo no solo constituye un canal para expresar la voz de la ciudadanía, sino que también sirve como un recordatorio constante de que el ejercicio del poder debe es-

tar alineado con los principios constitucionales. Así, pues, este instrumento brinda a la ciudadanía la oportunidad de impugnar directamente posibles normas inconstitucionales y también funge como un medio para supervisar y controlar el ejercicio del poder estatal mediante la defensa constitucional ciudadana.

## VI. REFERENCIAS

- Adato, V. (1998). *Las acciones de inconstitucionalidad en la reforma constitucional de 1994 y 1996*. Universidad Nacional Autónoma de México. Acta de Reforma a la Constitución de 1847. (ARC)
- Acuña, N. (2020). *Acción pública de inconstitucionalidad en el Estado colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bases Orgánicas de la República Mexicana de 1843. (BORM)
- Bazán, V. & Nash, C. (2011). *Justicia constitucional y derechos fundamentales, el control de convencionalidad*. Konrad-Adenauer-Stiftung e.v.
- Brague, J. (2005). *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Calamandrei, P. (2012). *Chiarezza costituzionale*. Civitas.
- Campuzano, A. (2017). *Manual para entender el juicio de amparo*. México: Thomson Reuters.
- Chávez, J. D. (2023). *La acción de inconstitucionalidad en México. Hacia una reingeniería procesal*. México. [https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/F5DTIR4DH2X3C9LH7EKP4CPKAVH83MD6PYN9PPJTU-JRBU55BBS-07188?func=full-set-set&set\\_number=065363&set\\_entry=000001&format=999](https://tesiunam.dgb.unam.mx/F/F5DTIR4DH2X3C9LH7EKP4CPKAVH83MD6PYN9PPJTU-JRBU55BBS-07188?func=full-set-set&set_number=065363&set_entry=000001&format=999)
- Chávez, J. D. (2022). “La acción pública de inconstitucionalidad en América Latina”. *Anuario iberoamericano de Justicia Constitucional*, 27(1), pp. 183-210.
- Chorny, V. (2011). Conversando con Sergio García Ramírez. *TEPJF*. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/justicia-electoral/article/view/12173>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (2016). *México y el Sistema interamericano de los Derechos Humanos*. CNDH.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009. (CPEPB)
- Constitución Política de Colombia de 1991. (CPC)
- Constitución de la República de Ecuador. (CRE)

- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824. (CFEUM)
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. (CPEUM)
- Constitución Política de la Ciudad de México de 2017. (CPCDMX)
- Constitución Política del Estado libre y Soberano de Querétaro de 2011. (CPEQ)
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Puebla de 2022. (CPEP)
- Cossío, J. (2014). “Algunas notas sobre el caso Rosendo Radilla Pacheco”. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XIV, 803-834. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/470/731>
- Cuenca, H. (2002). *La acción popular*. <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/22/dtr/dtr4.pdf>
- Escudero-Soliz, J. (2021). “La legitimación activa “popular” y la tutela efectiva en la acción de inconstitucionalidad en Ecuador”. *Revista Jurídicas*, 18(1), 56-73. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7947636>
- Ferrer Mac-Gregor, E. et al. (2014). *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional* (2a. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3683/27.pdf>
- Fix-Zamudio, H. & Valencia Carmona, S. (2013). *Las reformas en derechos humanos, procesos colectivos y amparo como nuevo paradigma constitucional*. Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fix-Zamudio, H. & Valencia, S. (2017). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hartmann-Cortés, K., Herrera, J. F. y Angarita, G. H. (2021). “La ‘privatización’ de la acción pública de inconstitucionalidad”. *Revista Derecho del Estado*. (50), 203–259. <https://doi.org/10.18601/01229893.n50.08>
- Ley de Justicia Constitucional Local del Estado de Querétaro de 2011. (LJCLEQ)
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador de 2009. (LOGJCC)
- Ley Federal de Consulta Popular de 2021. (LFCP)
- Lois, M & Alonso. (2016). *Ciencia política con perspectiva de género*. Akal.
- Mora-Donatto, C. (2019). *Análisis retrospectivo de las constituciones en México*. Gobierno del Estado de Guerrero.
- López, E. (2019). *La justicia constitucional en México: Un estudio de derecho comparado*. Cámara de Diputados.



- Nogueira, H. “La legitimación activa en los procedimientos ante los Tribunales Constitucionales de América del Sur”. *Revista Ius et Praxis*, Año 10, núm. 2. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0718-00122004000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122004000200007&lng=en&nrm=iso&tlng=es) Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022). *La undécima época del semanario judicial de la federación. Un nuevo paradigma*. SCJN.
- Ovalle, J. (2011). “Acciones Populares y acciones para la tutela de los intereses colectivos”. *México*, núm. 107. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3760/4651>
- Rey, E. (2009). “Acción popular de inconstitucionalidad”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (2). <https://www.redalyc.org/pdf/820/82010115.pdf>
- Romero, X. (2015). *Derecho convencional de los tratados*. Colombia: Universidad Externado de Colombia. Departamento de Derecho Constitucional.
- Richard, L. (2003). “Politics by Other Means: Law in the Struggle against Apartheid, 1980-1994”. *The Cambridge Law Journal*.
- Sagüés, P. *El “control de convencionalidad” en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económicos-sociales*. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r27778.pdf>
- Sagüés, P. (2020). *Guía práctica de control latinoamericano de convencionalidad (para operadores judiciales, legislativos y de la Administración pública)*. Tirant lo Blanch-Konrad Adenauer Stiftung.
- Universidad Nacional Autónoma de México. (1988). *Estudios en homenaje al doctor Héctor Fix-Zamudio en sus treinta años como investigador de las ciencias jurídicas*. Universidad Nacional Autónoma de México.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Chávez Sáenz, José Daniel, “La acción pública o popular de inconstitucionalidad. Hacia un nuevo concepto e implementación procesal en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e18629. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.18629>

### ***APA***

Chávez Sáenz, J. D. (2024). La acción pública o popular de inconstitucionalidad. Hacia un nuevo concepto e implementación procesal en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e18629. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.18629>

## Efecto de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo en los ingresos exentos de los trabajadores en México

### *Effect of the constitutional reform regarding the deindexation of the minimum wage on the exempt income of workers in Mexico*

Flor Tavera

 <https://orcid.org/0000-0003-3878-7518>

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. México.  
Correo electrónico: flor.tavera@umich.mx

Edgar Plazola

 <https://orcid.org/0000-0001-7825-3305>

Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. México.  
Correo electrónico: lic.edgar.plazola@gmail.com

Recepción: 25 de julio de 2022

Aceptación: 13 de septiembre de 2022

Publicación: 26 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19280>

**RESUMEN:** La reforma constitucional sobre desindexación del salario mínimo (SM) prohíbe su uso como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza. Para tal efecto, se crea la Unidad de Medida y Actualización (UMA) que sustituiría al SM en los diferentes ordenamientos legales, permitiendo que el SM incremente. Sin embargo, hay un efecto adverso para los trabajadores por el uso de la UMA, en lugar del SM: al determinar los ingresos exentos del Impuesto sobre la renta (ISR). Dicho impacto es analizado y cuantificado en este documento, al tiempo de reflexionar si, el criterio fiscal es correcto, y sobre la falta de incorporación del término UMA en lugar de SM en la Ley del ISR.

**Palabras clave:** salario mínimo, unidad de medida y actualización, impuesto sobre la renta, reforma constitucional.

**ABSTRACT:** The Constitutional Reform on the deindexation of the Minimum Wage (SM) prohibits its use as an index, unit, base, measure or reference for purposes unrelated to its nature, for this purpose the Measurement and Updating Unit (UMA) is created that would replace the SM in the different legal systems, allowing the SM to increase. However, there is an adverse effect for workers due to the use of the UMA instead of the SM: when determining income exempt from Income Tax (ISR). In this document we analyze and quantify that impact, as we reflect if the fiscal criterion is correct and on the lack of incorporation of the term UMA instead of SM in the ISR Law.

**Keywords:** minimum wage, measurement and updating unit, income tax, constitutional reform.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Desindexación del Salario Mínimo.* III. *Creación de la unidad de medida y actualización.* IV. *Evolución, uso y naturaleza del salario mínimo vs. la unidad de medida y actualización.* V. *Conclusiones.* VI. *Propuesta.* VII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 27 de enero de 2016, se publicó la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, cuyo objetivo es evitar que el salario mínimo continuara utilizándose como referencia o unidad de medida en distintos ordenamientos, de tal manera que, al desvincularlo como índice de referencia, pudiera incrementarse, en beneficio para los trabajadores, sin afectación colateral inflacionaria por su uso como índice.

Esta reforma constitucional se centró en evitar que, el salario mínimo, fuera utilizado para fines ajenos a su naturaleza.

Para estos efectos, se creó la Unidad de Medida y Actualización,<sup>1</sup> cuyo valor sería utilizado en aquellas disposiciones legales y reglamentarias que hicieran referencia al salario mínimo, como unidad de medida para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos.

La propia reforma publicada, en sus artículos transitorios, dispuso que todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en cualquier disposición jurídica que emane de todas las anteriores, se entenderán referidas a la Unidad de Medida y Actualización (UMA), esto significa que no sería necesario modificar las leyes ni los reglamentos referenciados

---

<sup>1</sup> De inicio el valor de la UMA se fijó en el mismo monto que el valor del SM, fue hasta el 1 de febrero de 2017 que la UMA se ubicó en un monto más bajo que el SM.

al salario mínimo para que éste se sustituyera de hecho por la UMA en la determinación de cuantías. Si bien algunas disposiciones legales, como la LFT han ajustado su texto sustituyendo las menciones a SM por UMA,<sup>2</sup> no es ese el caso de la LISR,<sup>3</sup> la cual, en diversos artículos, como el 93, continúa haciendo mención a SM y no a UMA.

Los efectos de la reforma constitucional, en materia de desindexación del salario mínimo, son diversos. Si bien el fin principal de la reforma se está cumpliendo —que el salario mínimo se incremente, sin causar efectos adversos por su uso como unidad de referencia en otros ordenamientos—, la desindexación del SM, para efectos fiscales, tiene efectos adversos para los trabajadores<sup>4</sup> en cuanto al impuesto sobre la renta (ISR), al generar una exención más pequeña que la calculada con base en salarios mínimos y, por lo tanto generar una base gravable más elevada, con el consecuente impuesto a cargo mayor.

Este efecto negativo en los ingresos de los trabajadores es porque, la autoridad recaudatoria, se ha pronunciado por el uso de la UMA, y no del SM, para determinar los ingresos exentos de ISR, contenidos en el artículo 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, cuyas primeras fracciones contiene exenciones relativas a ingresos de los trabajadores tales como: aguinaldo, horas extras, día de descanso semanal, entre otros.

Si bien existe cierta la lógica de la autoridad fiscal para aplicar UMA y no SM en la determinación de los ingresos exentos de los trabajadores, la Ley del Impuesto sobre la Renta, al ser una disposición fiscal y no laboral, no está incidiendo en la determinación propiamente del ingreso del trabajador, sino que determina el monto con el que el trabajador debe contribuir al gasto público, de acuerdo con la obligación constitucional marcada en el artículo 31 fracción IV; aunque, de manera indirecta, el monto neto percibido

---

<sup>2</sup> En la reforma de la LFT de 2019, se sustituyó el término SM por UMA en 30 ocasiones, todas relacionadas con la imposición de multas: artículos 48, 48 bis, 343-E, 684-E, 729, 731, 763 Bis, 992, 993, 995, 995 Bis, 996, 997, 998, 999, 1000, 1001, 1002, 1004, 1004-A, 1004-B, 1004-C, y 1005. Por otro lado, el artículo 486 conservó el texto “salario mínimo” para fijar el salario máximo a otorgarse por indemnizaciones por riesgo de trabajo y la prima de antigüedad señalada en el artículo 162 de la *Ley Federal del Trabajo* (LFT).

<sup>3</sup> *Ley del Impuesto Sobre la Renta* (LISR).

<sup>4</sup> Resulta paradójico que, una reforma que busca proteger al trabajador, por otro lado, lo desproteja; ya que el monto neto de ingresos a percibir por ciertas prestaciones mínimas que marca la LFT, como el aguinaldo, la prima vacacional, entre otros, disminuye por la aplicación de UMA —y no de SM— en la determinación de los ingresos por los cuales no se pagará impuesto.

por el trabajador sea menor por utilizar UMA, y no SM en la determinación del monto de la exención.

En este documento, realizaremos un análisis sobre esta afectación. En un primer momento, estudiaremos cómo ha incrementado el valor del SM y la UMA, observando una separación constante, resultado deseable de la reforma constitucional.

Posteriormente, se revisa el artículo 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, relativo a los ingresos exentos de personas físicas, que textualmente hace referencia a salarios mínimos, mientras que, el artículo 74 de la misma ley que, habla de ingresos exentos de personas morales dedicadas a agricultura, ganadería, pesca y silvicultura, hacer referencia a UMA.

También se analiza el artículo 93 de la LISR, en el texto de varias fracciones que hacen referencia a SM, los cuales debían ser reemplazados por UMA, tal y como lo mandó el propio Decreto (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 2016), que dio origen a la desindexación del SM, y justo como se ha hecho otras leyes, como la Ley Federal del Trabajo que, en la reforma de 2019, reemplazó las referencias a SM por UMA en los lugares debidos: determinación de sanciones.

Una vez revisado el texto del artículo 93 de la LISR, se presentan estimaciones puntuales de la afectación económica, para el trabajador determinando sus ingresos con UMA vs. SM.

Enseguida, se revisan algunos criterios, emitidos en tribunales, que podrían servir de antecedente para la reflexión sobre la afectación —o no— del uso del UMA, en lugar del SM, para el trabajador en leyes fiscales. En el mismo sentido, analizaremos otras disposiciones en las cuales se ha considerado que se debe aplicar SM, y no UMA, para proteger los derechos de los trabajadores.

Finalmente, se compara el criterio de la autoridad fiscalizadora: el Sistema de Administración Tributaria (SAT), con el criterio del ombudsman fiscal: la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), los cuales son contrarios, revisando los alcances que el criterio de PRODECON pueda tener en los contribuyentes antes de acudir a un medio de defensa.

## II. DESINDEXACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO

El 27 de enero de 2016, se publicó en el Diario Oficial de la Federación el “Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposi-

ciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo” (CPEUM, 2016), concretando así una deuda histórica para con los trabajadores al proteger que, el salario mínimo, continuara usándose como unidad de referencia; hecho que impedía su incremento, so pena de generar un efecto inflacionario, dado el aumento colateral por el uso del SM como unidad de cuenta, en numerosas disposiciones legales y reglamentarias.

Estudiosos de la economía, como José Gabriel Martínez señalan que, la principal causa de la gran caída en el salario mínimo real, ha sido la visión de la política monetaria de que, incrementos por arriba de la inflación planeada por el gobierno, llevarán a mayor inflación y que, la forma de romper el yugo sobre el salario mínimo, es generando condiciones para romper la expectativa de los agentes económicos; en general de que el gobierno usará al salario mínimo como referencia en sus metas de inflación (Martínez, 2019, pp. 5-28, 33, 83).

De acuerdo con Efraín Andrade (2021), en México, el camino para lograr el reconocimiento constitucional del salario mínimo ha sido largo (Andrade, 2021). Señalamos que esta reforma constitucional es una deuda histórica, ya que no su concreción no se realizó en la primera propuesta realizada, las más recientes, en 2014:

- 11 de septiembre de 2014 por los coordinadores de los Grupos Parlamentarios del Partido Acción Nacional, del Partido de la Revolución Democrática, del Partido de Movimiento Ciudadano y del partido del Trabajo de la Cámara de Diputados, quienes presentaron una iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 41 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de supresión del uso del salario mínimo como unidad de cálculo para la indización de la economía (Senado de la República, 2014).
- 11 de noviembre 2014 el Diputado Julio César Moreno Rivera, integrante de Grupo Parlamentario del Partido de la Revolución Democrática en la Cámara de Diputados, presentó una iniciativa que reforma los artículos 26 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación de salario mínimo. (Senado de la República, 2014).
- 5 de diciembre 2014, el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, Lic. Enrique Peña Nieto, presentó ante la Cámara de Diputados una iniciativa que reforma los artículos 26 y 41 de la Constitución Política

de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación de salario mínimo y su uso como unidad de cálculo en el orden jurídico para efectos económicos (Senado de la República, 2014).

Las tres iniciativas fueron turnadas por la Mesa Directiva de la Cámara de Diputados a la Comisión de Puntos Constitucionales, para su análisis y elaboración del dictamen correspondiente.

Con 372 votos a favor, 3 en contra, y ninguna abstención, el 10 de diciembre de 2014, se aprobó el dictamen con proyecto de “Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo”, en sesión ordinaria de la Cámara de Diputados, para en esa misma fecha turnar a la Cámara de Senadores, donde se recibió el 11 de diciembre de 2014 y se turnó a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales, de Trabajo y Previsión Social, y de Estudios Legislativos, para su análisis, estudio y elaboración del dictamen correspondiente.

Senadores de diversos grupos parlamentarios, realizaron reflexiones sobre la propuesta, coincidiendo en la importancia de fortalecer una política pública de incremento de la capacidad adquisitiva del salario mínimo, a través de su desvinculación de múltiples procesos económicos y normas jurídicas, en términos de unidad de medida o unidad de referencia tales como: multas y sanciones, créditos del INFONAVIT, prerrogativas de partidos políticos, gastos de campaña en los procesos electorales, cuotas para pago de derechos y obligaciones e indemnizaciones administrativas.

Luego entonces, la Comisión de Puntos Constitucionales, sometió al Pleno de la H. Cámara de Diputados la aprobación del “Proyecto de Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” que considera la reforma del inciso a), fracción II, del artículo 41; y la fracción VI, párrafo primero, del apartado A del artículo 123 y se adicionan los párrafos sexto y séptimo al apartado B del artículo 26 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que por su importancia se transcribe textualmente, (énfasis en negritas añadido):

Artículo 26.

A. [...]

[...]

[...]



[...]

B. [...]

[...]

[...]

[...]

[...]

El organismo calculará en los términos que señale la ley, el valor de la Unidad de Medida y Actualización que será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores.

Las obligaciones y supuestos denominados en Unidades de Medida y Actualización se considerarán de monto determinado y se solventarán entregando su equivalente en moneda nacional. Al efecto, deberá multiplicarse el monto de la obligación o supuesto, expresado en las citadas unidades, por el valor de dicha unidad a la fecha correspondiente.

C. [...]

[...]

[...]

[...]

Artículo 41. [...]

[...]

I. [...]

[...]

[...]

[...]

II. [...]

[...]

a) El financiamiento público para el sostenimiento de sus actividades ordinarias permanentes se fijará anualmente, multiplicando el número total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral por el sesenta y cinco por ciento del valor diario de la Unidad de Medida y Actualización. El treinta por ciento de la cantidad que resulte de acuerdo a lo señalado anteriormente, se distribuirá entre los partidos políticos en forma igualitaria y el setenta por ciento restante de acuerdo con el porcentaje de votos que hubieren obtenido en la elección de diputados inmediata anterior.

b) y c) [...]

[...]

[...]

III. a VI. [...]

Artículo 123. [...]

[...]

A. [...]

I. a V. [...]

VI. Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en las áreas geográficas que se determinen; los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la actividad económica o en profesiones, oficios o trabajos especiales. El salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza.

[...]

[...]

VII. a XXXI. [...]

B. [...]

Un punto importantísimo de esta reforma constitucional, en materia de desindexación del salario mínimo, son las disposiciones transitorias. El artículo segundo de dichas disposiciones transitorias señala, que el valor de la UMA a la fecha de entrada en vigor del Decreto (CPEUM, 2016), tendrá el valor equivalente al que tenga el salario mínimo vigente, esto es: 73.04 pesos.

Los transitorios también dan fundamento a que, la UMA mensual, sea calculada multiplicando la UMA diaria por 30.4, y la UMA anual sea el resultado multiplicar el valor mensual por 12.

El tercero transitorio del Decreto en comento, por su importancia se transcribe textualmente (énfasis añadido):

Tercero.- A la fecha de entrada en vigor del presente Decreto, todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en cualquier disposición jurídica que emane de todas las anteriores, se entenderán referidas a la Unidad de Medida y Actualización.

De la lectura del artículo Tercero Transitorio del Decreto, se desprende que no es necesaria la modificación del texto en los diversos ordenamientos, que hacen referencia al salario mínimo para efectos distintos a su naturaleza; sin embargo, el Cuarto Transitorio da un plazo de un año para eliminar la referencias al Salario Mínimo, en las disposiciones de su competencia:

Cuarto.- Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo transitorio anterior, el Congreso de la Unión, las Legislaturas de los Estados, la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, así como las Administraciones Públicas Federal, Estatales, del Distrito Federal y Municipales deberán realizar las adecuaciones que correspondan en las leyes y ordenamientos de su competencia, según sea el caso, en un plazo máximo de un año contado a partir de la entrada en vigor de este Decreto, a efecto de eliminar las referencias al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia y sustituirlas por las relativas a la Unidad de Medida y Actualización.

Observamos que, en lo que hace a la Ley del Impuesto sobre la Renta, dicha adecuación no se ha hecho, aun cuando ha pasado el tiempo marcado en el texto anteriormente transcrito.

Por su parte, el Quinto transitorio da origen a la creación de la “Ley para determinar el valor de la Unidad de Medida y Actualización” (Ley para determinar el valor de la Unidad de Medida y Actualización [LVUMA], 2016), otorgando un plazo para tal efecto de máximo 120 días naturales, dicha ley se publicó el 30 de diciembre de 2016, incorporando lo dispuesto en el propio Quinto transitorio en cuanto a cálculo de la UMA.

En cuanto al Sexto transitorio, parece ir en contra de la línea del Decreto en favor de la protección del poder adquisitivo del salario de los trabajadores, ya que señala que los créditos vigentes a la entrada en vigor del Decreto, cuyos montos se actualicen con base al SM y que hayan sido otorgados por el INFONAVIT, u otras instituciones del estado dedicadas a otorgar créditos para la vivienda seguirán actualizándose bajo los términos y condiciones que hayan sido estipulados.<sup>5</sup> Sin embargo, el mismo transitorio estipula

---

<sup>5</sup> CPEUM, 27/01/2016:

[...]

Sexto.- Los créditos vigentes a la entrada en vigor del presente Decreto cuyos montos se actualicen con base al salario mínimo y que hayan sido otorgados por el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores, el Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado u otras instituciones del Estado

que, en el evento de que el salario mínimo se incremente por encima de la inflación, las referidas instituciones no podrán actualizar el saldo en moneda nacional de este tipo de créditos a una tasa que supere el crecimiento porcentual de la UMA durante el mismo año, y en el evento de que el salario mínimo se incremente por encima de la inflación, las citadas instituciones no podrán actualizar el saldo en moneda nacional de este tipo de créditos, a una tasa que supere el crecimiento porcentual de la UMA durante el mismo año, poniendo así un límite al crecimiento de los créditos hipotecarios dado el incremento del salario mínimo.

El capital insoluto de los créditos de INFONAVIT, en veces de salario mínimo “de la noche a la mañana” por el solo incremento del salario mínimo, por lo que dichos créditos han sido son considerados por los trabajadores como “impagables”, por lo que la desindexación del salario mínimo tiene una importancia en estos créditos, aunque se limite conforme al Sexto transitorio.<sup>6</sup>

El Sexto transitorio también impone un límite temporal de 720 días para que, INFONAVIT y las otras instituciones crediticias del Estado, sigan otorgando créditos a la vivienda que se referencien o actualicen con base al salario mínimo.<sup>7</sup>

Existe un Séptimo y Octavo transitorios del Decreto, pero no se consideran relevantes para efectos del análisis llevado a cabo en este documento.

### III. CREACIÓN DE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN

dedicadas al otorgamiento de crédito para la vivienda, continuarán actualizándose bajo los términos y condiciones que hayan sido estipulados.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo anterior, en el evento de que el salario mínimo se incremente por encima de la inflación, las referidas instituciones no podrán actualizar el saldo en moneda nacional de este tipo de créditos a una tasa que supere el crecimiento porcentual de la Unidad de Medida y Actualización durante el mismo año.

[...] (énfasis añadido)

<sup>6</sup> Cabe señalar que el INFONAVIT ha llevado a cabo campañas para la conversión de créditos en Veces de Salario Mínimo a pesos, como el denominado “responsabilidad compartida”. Para mayor información sobre el programa de Responsabilidad Compartida de Infonavit que permite cambiar el crédito en veces de salario mínimos a pesos consulte: [https://portal-mx.infonavit.org.mx/wps/portal/infonavitmx/mx2/derechohabientes/tengo-un-credito!/ut/p/z0/04\\_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfJJo8zizdwNDDycTQz9LMIIsHA0C\\_Sz9jLzNjD-39Q4z1C7IdFQHKg4wl/](https://portal-mx.infonavit.org.mx/wps/portal/infonavitmx/mx2/derechohabientes/tengo-un-credito!/ut/p/z0/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfJJo8zizdwNDDycTQz9LMIIsHA0C_Sz9jLzNjD-39Q4z1C7IdFQHKg4wl/)

<sup>7</sup> Actualmente, y desde 2016, el INFONAVIT únicamente otorga créditos en pesos.

El “Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo” (CPEUM, 2016) da origen a la Unidad de Medida y Actualización.

La UMA “será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores”.

Conforme al Segundo transitorio del decreto en comento, el valor inicial de la UMA fue igual al valor del SM en 2016: \$ 73.04.

La “Ley para determinar el valor de la Unidad de Medida y Actualización” (LVUMA, 2016), una ley breve, de tan solo 2 cuartillas, que contiene los lineamientos para determinar el monto de la UMA.

De acuerdo con esta ley, la UMA es calculada anualmente por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía, aplicando el método de cálculo establecido: la variación interanual del Índice Nacional de Precios al Consumidor del mes de diciembre del año inmediato anterior.<sup>8</sup>

El valor anual de la UMA se publica en el Diario Oficial de la Federación dentro de los primeros diez días de enero de cada año, sin embargo, su vigencia inicia hasta el 1 de febrero del mismo año.

De inicio, en el año 2016, el valor de la UMA se fijó igual al valor del SM vigente en ese mismo año, de ahí en adelante su incremento es dado por la inflación sufrida en México en el año anterior, a diferencia del incremento en el salario mínimo, que está dado por dos elementos: la inflación y el Monto Independiente de Recuperación (MIR) que es establecido por la Comisión Nacional de Salarios Mínimos (CONASAMI).

Luego de la publicación de la reforma constitucional en comento, surgieron las dudas sobre cuándo aplicar SM y cuándo no aplicar SM,<sup>9</sup> teniendo como guía rectora: no utilizar SM para fines distintos a su naturaleza.

---

<sup>8</sup> Lo que implica que el aumento de la UMA sólo es dado por la inflación, y no por otros factores como en el caso del Salario Mínimo.

<sup>9</sup> Dichas dudas se generaron ya que conforme a lo señalado en el tercero transitorio del decreto que se está analizando, todas las menciones al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para determinar la cuantía de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales, estatales, del Distrito Federal, así como en cualquier disposi-

#### IV. EVOLUCIÓN, USO Y NATURALEZA DEL SALARIO MÍNIMO VS. LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN

Como se mencionó anteriormente, el valor inicial de la UMA en 2016 fue el mismo que el valor del SM, por lo que los efectos de su aplicación no fueron perceptibles en ese año, sino hasta el 1 de febrero de 2017 puesto que fue el primer valor determinado conforme a la inflación, a diferencia del SM que tuvo un incremento superior a la inflación, logrando así el objetivo principal de la desindexación del SM: su crecimiento por encima de la inflación, de tal manera que permitiera la recuperación del poder adquisitivo del salario de los trabajadores, sin generar un efecto inflacionario por ser usado como referencia en otras disposiciones.<sup>10</sup>

Si bien el salario mínimo ha incrementado por encima de la inflación, de acuerdo con Canto Sáenz (2019), al menos en el año 2018 el salario mínimo es insuficiente para adquirir la canasta básica de consumo del trabajador, sin considerar a su familia (Canto, 2019, pp. 19, 59, 1181-1211).

Es así como, en 2017, el valor de la UMA quedó por debajo del valor del SM, situación que se ha mantenido a lo largo de los 6 años que lleva calculándose la UMA.

**Tabla 1. Incremento del salario Mínimo General  
y la Unidad de Medida y Actualización**

| Año  | Valor SM | Incremento porcentual SM | Valor UMA | Incremento porcentual UMA | Diferencia | Valor de UMA sobre SM |
|------|----------|--------------------------|-----------|---------------------------|------------|-----------------------|
| 2016 | 73.04    | -                        | 73.04     | -                         | -          | -                     |
| 2017 | 80.04    | 9%                       | 75.49     | 3%                        | 4.55       | 94%                   |

ción jurídica que emane de todas las anteriores, se entenderán referidas a la Unidad de Medida y Actualización.

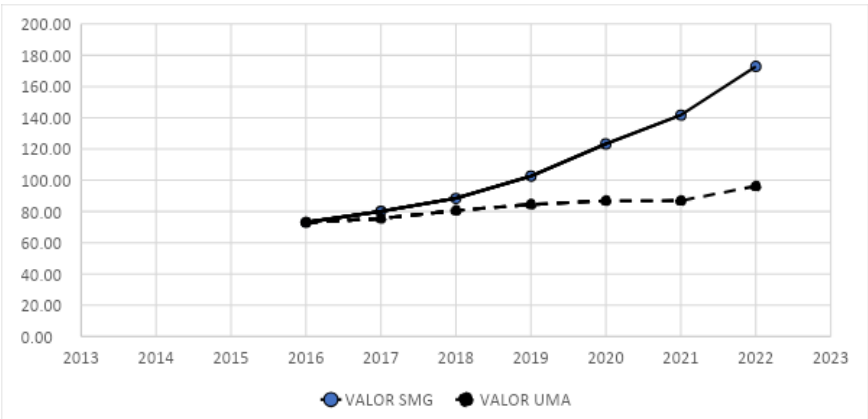
<sup>10</sup> Por primera vez, en diciembre de 2016, se utilizó el Monto Independiente de Recuperación (MIR) para determinar el Salario Mínimo, de tal manera que el SM vigente a partir del 1 de enero de 2017 ya consideró un incremento que permitió recuperar en parte el poder adquisitivo de los trabajadores que perciben salario mínimo.

|      |        |     |       |     |       |     |
|------|--------|-----|-------|-----|-------|-----|
| 2018 | 88.36  | 9%  | 80.60 | 6%  | 7.76  | 91% |
| 2019 | 102.68 | 14% | 84.49 | 5%  | 18.19 | 82% |
| 2020 | 123.22 | 17% | 86.88 | 3%  | 36.34 | 71% |
| 2021 | 141.70 | 13% | 86.92 | 0%  | 54.78 | 61% |
| 2022 | 172.87 | 18% | 96.22 | 10% | 76.65 | 56% |

FUENTE: elaboración propia.

En el gráfico 1 se puede observar cómo ha aumentado la brecha entre el valor del SM y la UMA, estimando que este comportamiento seguirá observándose a lo largo de los próximos años.<sup>11</sup>

Gráfico 1: Brecha entre el valor del SM y la UMA



FUENTE: elaboración propia.

<sup>11</sup> La razón de la brecha entre el aumento del SM y la UMA, es que, si bien la UMA crece conforme a la inflación, los aumentos al salario mínimo tienen dos componentes: la inflación esperada más el monto independiente de recuperación (MIR) que permite una recuperación del poder adquisitivo del salario mínimo.

En la Reforma Constitucional en materia de desindexación del salario mínimo en comento, es en el artículo 26, apartado B, donde se establece la UMA para determinar la cuantía del pago de obligaciones.<sup>12</sup>

Artículo 26.

[...]

B. [...]

[...]

[...]

[...]

[...]

El organismo calculará en los términos que señale la ley, el valor de la Unidad de Medida y Actualización que será utilizada como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia para *determinar la cuantía del pago de las obligaciones* y supuestos previstos en las leyes federales, de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como en las disposiciones jurídicas que emanen de todas las anteriores. (énfasis añadido)

Como se advierte, la UMA se utilizará para cuantificar el monto del “pago de obligaciones”, expresión que es dable transpolar a las obligaciones sustantivas de pago de impuestos y contribuciones en general; sin embargo, analicemos más a detalle:

De acuerdo con lo expuesto por el constituyente durante la discusión de la reforma en materia de desindexación de salario mínimo, implicaría 702 modificaciones en diferentes ordenamientos legales, tales como: el mercantil, civil, laboral, seguridad social, entre otros.

La desindexación del salario mínimo y el uso de la UMA generó diversas dudas sobre cuándo aplicar uno u otra en los diversos ordenamientos, en el tema específico de este documento: disposiciones fiscales.

El Servicio de Administración Tributaria (SAT) no se pronunció oficialmente sobre el uso de la UMA o del SM en las leyes fiscales. Sin embargo, su criterio fue aplicar en todo ordenamiento fiscal la UMA; aunque la LISR sigue redactada en su mayoría con el texto “salario mínimo”.

---

<sup>12</sup> Conforme al artículo 31 fracción IV Constitucional, es obligación de todos los mexicanos contribuir al gasto público de la manera proporcional y equitativa que establezcan las leyes.



La Ley del Impuesto sobre la Renta vigente, cuya más reciente reforma se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 12 de noviembre de 2021, sigue utilizando el término “salario mínimo” en 18 ocasiones, y el término “unidad de medida y actualización” en 10.

Es de llamar la atención que, en dicha Ley del Impuesto sobre la Renta, no se haya incorporado el término “unidad de medida y actualización” en todos los lugares donde debió hacerse, conforme al mandato constitucional del artículo Cuarto Transitorio del Decreto, que otorgó el **plazo de un año** contado a partir de la entrada en vigor del decreto (28 de enero de 2017), a efecto de eliminar las referencias al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia, y sustituirlas por las relativas a la Unidad de Medida y Actualización.

Resulta particularmente interesante el estudio de la aplicación de la UMA vs SM, en el artículo 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta (LISR), ya que dicho artículo señala ingresos de personas físicas sobre los cuales no se pagará el impuesto sobre la renta, y en sus primeras fracciones hace referencia a ingresos que percibe un trabajador como parte de una relación laboral, y su exención está vinculada a veces de salario mínimo general:

- Tiempo extraordinario (fracción I)
- Prestación de servicios en días de descanso (fracción I)
- Jubilaciones, pensiones, haberes de retiro (fracción IV)
- Pagos por separación tales como primas de antigüedad, retiro e indemnizaciones (fracción XIII)
- Gratificación anual (aguinaldo) (fracción XIV)
- Participación a los trabajadores en las utilidades de las empresas (fracción IV)

Así mismo, la exención de reembolso de gastos médicos, dentales, hospitalarios y de funeral, subsidios por incapacidad, becas educacionales para los trabajadores o sus hijos, guarderías infantiles, actividades culturales y deportivas y otras prestaciones de previsión social, de naturaleza análoga, que se concedan de manera general, de acuerdo con las leyes o por contratos de trabajo, cajas o fondos de ahorro, también están vinculadas al salario mínimo general del área geográfica del trabajador, y no a la Unidad de medida y actualización, en el texto de la Ley.

Las exenciones aplicables a ingresos propios de trabajadores que contiene el artículo 93 de la LISR, se muestran en la Tabla 2.<sup>13</sup>

**Tabla 2. Comparación de base del ISR aplicando SM vs UMA.**

| Frac-<br>ción del<br>artículo<br>93 LISR | Tipo<br>de pre-<br>tación                                                           | Veces<br>de<br>exención | Valor<br>SM | Exención<br>en SM | Valor<br>UMA | Exen-<br>ción<br>en UMA | Dife-<br>rencia<br>exen-<br>ción<br>en pesos | Dife-<br>rencia<br>exen-<br>ción<br>en % |
|------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------|-------------|-------------------|--------------|-------------------------|----------------------------------------------|------------------------------------------|
| I                                        | Horas<br>extra<br>(máxi-<br>mo<br>semanal)                                          | 5                       | 172.87      | 864.35            | 96.22        | 481.10                  | 383.25                                       | 44%                                      |
| IV                                       | Jubila-<br>ciones,<br>pen-<br>siones<br>y haberes<br>de retiro<br>(monto<br>diario) | 15                      | 172.87      | 2,593.05          | 96.22        | 1,443.30                | 1,149.75                                     | 44%                                      |
| XIII                                     | Ingresos<br>por se-<br>paración<br>(por<br>cada<br>año de<br>antigüe-<br>dad)       | 90                      | 172.87      | 15,558.30         | 96.22        | 8,659.80                | 6,898.50                                     | 44%                                      |
| XIV                                      | Agui-<br>naldo                                                                      | 30                      | 172.87      | 5,186.10          | 96.22        | 2,886.60                | 2,299.50                                     | 44%                                      |

<sup>13</sup> En la tabla 2 se puede observar el monto en pesos, correspondiente a 2022, tanto en veces de SM como en veces de UMA, encontrando una importante disminución del ingreso exento de impuesto sobre la renta cuando se aplica la UMA, lo que tiene un efecto directo en la base de cobro de ISR por los ingresos obtenidos del trabajador.

|     |                  |    |        |          |       |          |          |     |
|-----|------------------|----|--------|----------|-------|----------|----------|-----|
| XIV | Prima vacacional | 15 | 172.87 | 2,593.05 | 96.22 | 1,443.30 | 1,149.75 | 44% |
| XIV | PTU              | 15 | 172.87 | 2,593.05 | 96.22 | 1,443.30 | 1,149.75 | 44% |
| XIV | Prima dominical  | 1  | 172.87 | 172.87   | 96.22 | 96.22    | 76.65    | 44% |

FUENTE: elaboración propia.

La aplicación de la UMA para determinar el ingreso exento, genera un impuesto mayor a cargo del trabajador y, por lo tanto, una percepción neta inferior; el ingreso neto que percibe el trabajador por las prestaciones aquí señaladas, que tienen su origen en derechos concedidos por la Constitución y establecidos en la Ley Federal del Trabajo, son menores al aplicar UMA para determinar el ingreso exento, el trabajador percibiría un ingreso mayor si se aplicara SM para determinar el monto de los ingresos exentos.

Lo anterior nos lleva a la siguiente pregunta: ¿Es constitucional el uso de la UMA en la determinación de los ingresos exentos para los trabajadores señalados en el artículo 93 de la Ley del Impuesto sobre la Renta?

Podríamos considerar que, la expresión adicionada en el apartado B del artículo 26 Constitucional, que reza: “el valor de la Unidad de Medida y Actualización que será utilizada[...] para determinar la cuantía del pago de las obligaciones y supuestos previstos en las leyes federales[...]”, es la porción legal que puede permitir llegar a una conclusión más acertada en cuanto al uso de la UMA para determinar los ingresos exentos de los trabajadores. Sin embargo, vale la pena profundizar al respecto.

El artículo 123 fracción VI reformado en 2016, textualmente indica que “El salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza”; a contrario sensu, para fines acordes a la naturaleza del salario mínimo, sí puede ser utilizado como unidad de medida índice o referencia.

Artículo 123. [...]

[...]

A. [...]

I. a V. [...]

VI. Los salarios mínimos que deberán disfrutar los trabajadores serán generales o profesionales. Los primeros regirán en las áreas geográficas que se determinen; los segundos se aplicarán en ramas determinadas de la actividad económica o en profesiones, oficios o trabajos especiales. El salario mínimo no podrá ser utilizado como índice, unidad, base, medida o referencia para fines ajenos a su naturaleza.

[...]

[...]

VII. a XXXI. [...]

B. [...]

De acuerdo con el propio constituyente, en la discusión de la reforma en comento: “[...] el objetivo de la ley busca garantizar que el trabajador tenga lo suficiente para subsistir con su familia en condiciones dignas”

Sin embargo, nos surge la duda: ¿de qué manera la aplicación de la UMA en el artículo 93 de la LISR se alinea con el objetivo de la reforma? Ya que como quedó asentado en la tabla 2, la aplicación de la UMA disminuye 44% el monto que percibiría el trabajador, de haberse aplicado Salario Mínimo General para el cálculo de la percepción exenta.

Si bien la Ley del Impuesto sobre la Renta es una disposición de naturaleza fiscal y no laboral, emanada del artículo 31 fracción IV Constitucional relativa a la obligación de todo mexicano de contribuir al gasto público, en específico el artículo 93, como ya lo vimos, tiene implicaciones que tocan lo laboral y que la aplicación de la UMA afecta el ingreso percibido por el trabajador.

Adicionalmente, subrayamos que, aun pasado el tiempo dado por el tercero transitorio de la reforma, persiste en el artículo 93 de la LISR la referencia a SM y no a UMA, mientras que, el criterio de la autoridad fiscalizadora es aplicar UMA, contraviniendo así la interpretación estricta que se debe realizar de las disposiciones fiscales que establecen excepciones,<sup>14</sup> conforme al artículo 5 del Código Fiscal de la Federación:

---

<sup>14</sup> El artículo 93 de la LISR debe ser interpretado de manera estricta, de acuerdo con el artículo 5 del CFF, ya que establece excepción al pago de impuesto sobre la renta por determinados ingresos:

“Artículo 93. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos[...].”

Artículo 5o.- Las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares y las que señalan excepciones a las mismas, así como las que fijan las infracciones y sanciones, son de aplicación estricta. Se considera que establecen cargas a los particulares las normas que se refieren al sujeto, objeto, base, tasa o tarifa. Las otras disposiciones fiscales se interpretarán aplicando cualquier método de interpretación jurídica. A falta de norma fiscal expresa, se aplicarán supletoriamente las disposiciones del derecho federal común cuando su aplicación no sea contraria a la naturaleza propia del derecho fiscal.

La cuestión estriba en que e, el artículo 93 de la LISR, de manera textual, cuantifica los montos exentos en SM; pero, de acuerdo con el criterio de la autoridad fiscalizadora SAT, derivado de la reforma constitucional de 2016, deben aplicarse UMA, con la implicación en la reducción del ingreso percibido por el trabajador al generarse mayor impuesto a su cargo. A pesar de que la Ley del ISR no ha modificado el texto “salario mínimo” por “unidad de medida y actualización” en el artículo 93, mientras que sí lo ha hecho en los artículos 74 (8 menciones en ese solo artículo), artículo 79 fracción j) y artículo 151 último párrafo.

¿Por qué el legislador ha incorporado el término “unidad de medida y actualización” sólo en algunos artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta, y no ha hecho lo propio en el resto del ordenamiento? Particularmente en el artículo 93 que es el que nos ocupa y que, como ya se demostró,<sup>15</sup> aplicar UMA en lugar de SM va en perjuicio del trabajador, que es, finalmente, a quien se busca proteger con el decreto en materia de desindexación que estamos estudiando.

Para constancia de la redacción del texto vigente del artículo 93 de la LISR, en el cual se hace referencia a SM y no UMA, se transcribe la fracción XIV:

Artículo 93. No se pagará el impuesto sobre la renta por la obtención de los siguientes ingresos:

I. [...]

II. [...]

III. [...]

IV. [...]

V. [...]

---

<sup>15</sup> Ver tabla 2.

- VI. [...]
- VII. [...]
- VIII. [...]
- IX. [...]
- X. [...]
- XI. [...]
- XII. [...]
- XIII. [...]

XIV. Las gratificaciones que reciban los trabajadores de sus patrones, durante un año de calendario, hasta el equivalente del salario mínimo general del área geográfica del trabajador elevado a 30 días, cuando dichas gratificaciones se otorguen en forma general; así como las primas vacacionales que otorguen los patrones durante el año de calendario a sus trabajadores en forma general y la participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas, hasta por el equivalente a 15 días de salario mínimo general del área geográfica del trabajador, por cada uno de los conceptos señalados. Tratándose de primas dominicales hasta por el equivalente de un salario mínimo general del área geográfica del trabajador por cada domingo que se labore.  
[...]

Lo anterior, en otros términos, los ingresos obtenidos por los trabajadores bajo los conceptos referidos en la fracción XIV del artículo 93 de la LISR: gratificación anual, participación de los trabajadores en las utilidades de las empresas y prima dominical, todas prestaciones mínimas conferidas en la Constitución y establecidas en la Ley Federal del Trabajo, no generarán la obligación sustantiva de pago del ISR, siempre que su monto no exceda de las cantidades señaladas en el ordenamiento, el cual hace referencia a veces del salario mínimo general del área geográfica del trabajador y no a unidades de medida y actualización.

En esa índole de cosas, se aprecia que, el invocado artículo 93, para efectos de cuantificar el monto exento de percepciones del trabajador que no causan el ISR, sigue utilizando, como unidad de medida el salario mínimo general. No obstante, lo que regula el decreto en materia de “desindexación del salario mínimo”, y no obstante que ha transcurrido el tiempo señalado en el cuarto transitorio de la reforma, para adecuar los términos en las diversas leyes:

Cabe señalar que, la Ley Federal del Trabajo en la reforma de 2019, vio modificada su vinculación al salario mínimo, eliminándolo y señalando

para multas la UMA, no así la Ley del Impuesto sobre la Renta que, por cierto, es una de las más reformadas, pues cada año sufre modificaciones, ¿cuál es la razón por la que no se ha modificado el texto del artículo 93 de la LISR para otorgar certeza jurídica sobre la aplicación de la UMA y no del SM en el cálculo de los ingresos exentos?, especialmente ante la más reciente reforma que tuvo en 2022, que implicó la reestructura más profunda desde la reforma fiscal de 2014, y en la cual, por primera vez se incorporó el término “Unidad de Medida y Actualización” en los siguientes artículos:

- Artículo 74 relativo a las actividades agrícolas, ganaderas, silvícolas y pesqueras (AGAPES), señalando la UMA para determinar los montos de exención de ISR de las personas morales que se dediquen a estas actividades.
- Artículo 79 relativo al régimen de las personas morales con fines no lucrativos, en su fracción j) referenciando los ingresos máximos en el ejercicio inmediato anterior, para apoyo a proyectos de productores agrícolas y de artesanos.
- Artículo 151 relativo al tope de deducciones personales que una contribuyente persona física puede aplicar en su declaración anual: el que resulte menor entre cinco veces el valor anual de la Unidad de Medida y Actualización o del 15% del total de los ingresos del contribuyente.

Y justamente por lo anterior, surge la duda que se pretende dilucidar en el presente análisis, es decir, saber si para efectos de determinar el ingreso del trabajador exento del ISR, se debe utilizar como unidad de medida el SM o la UMA.

Lo anterior aún soportado porque, el artículo 74 de la LISR menciona, la Unidad de Medida y Actualización en ocho ocasiones, todas ellas relacionadas con la determinación de ingresos exentos de personas morales[...] ¿podemos argumentar entonces que mientras el artículo 74 señala que los ingresos exentos de las personas morales AGAPES se deben calcular como lo marca el artículo 74 de la LISR en veces de unidad de medida y actualización, mientras que los ingresos exentos de las personas físicas se deben calcular como lo marca el artículo 93 de la LISR en veces de salario mínimo?

¿Podríamos utilizar, en sentido contrario, el axioma *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*,<sup>16</sup> ya que la LISR hace distinción en el

---

<sup>16</sup> “donde la ley no distingue, nosotros no debemos distinguir”, en sentido contrario: la

artículo 74 para determinar ingresos exentos con la UMA, mientras, en el artículo 93, para determinar ingresos exentos con el SM, ya que textualmente así lo indica la ley, en cuanto a la determinación de ingresos exentos, y que dicha ley ha sido reformada cada año, sin haber hecho las adecuaciones, como lo indicó el Cuarto transitorio de la Reforma Constitucional en comentario, en el texto del artículo 93 el término “unidad de medida y actualización”, sino que continúa utilizando el término “salario mínimo”?

Ya ha transcurrido el plazo contenido en el Cuarto transitorio, que otorgó un año a partir de la entrada en vigor del Decreto, a efecto de eliminar las referencias al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia y sustituirlas por las relativas a la Unidad de Medida y Actualización.

La eliminación de las referencias al salario mínimo debió hacerse a más tardar el 28 de enero de 2017, ¿por qué no se han hecho en la *Ley del Impuesto sobre la Renta*; una ley que cada año sufre modificaciones?

Mas aún, ¿por qué la eliminación de las referencias al salario mínimo no se ha hecho en el artículo 93 de la LISR, relativo a la exención de ingresos de persona física, pero sí se hizo en el artículo 74 de la misma ley, relativa a exención de ingresos de persona moral AGAPES? ¿No será que el legislador considera que, el artículo 93, debe determinarse con base en SM y no en UMA? Siendo así, ¿por qué el SAT tiene el criterio de que los ingresos exentos del artículo 93 de la LISR se deben determinar en UMA?

Ello dado que, de considerar el SM cuyo valor para el ejercicio fiscal de 2022 es de \$172.87,<sup>17</sup> en contraposición con el valor de la UMA con valor diario de \$96.22, existiría una diferencia significativa, pues el primero es casi el doble de valor de la segunda.

En ese orden de ideas, si, por ejemplo, siguiendo el caso de la fracción I del artículo 93 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente, el límite de la exención es de “cinco veces el salario mínimo general del área geográfica del trabajador por cada semana”, cuantificados en SM arrojan la cantidad exenta de \$864.20, en cambio, si se utiliza como unidad de medida

---

LISR hace una distinción de la unidad sobre la cual determinar los ingresos exentos para personas morales AGAPES mencionando UMA, mientras que para ingresos exentos para personas físicas menciona SM: si la ley distingue, nosotros debemos respetar dicha distinción.

<sup>17</sup> “Resolución del H. Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos que fija los salarios mínimos generales y profesionales que habrán de regir a partir del 1 de enero de 2022”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 08 de diciembre de 2021.



la UMA, se obtiene la cantidad de \$481.10 de ingreso exento por los aludidos conceptos.

Ante un escenario así, es más conveniente para el trabajador que, las exenciones a que refiere el artículo 93 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta, se calculen en SM, pues así se obtendría un monto más elevado de ingreso exento, ¿pero es legal?

Por ello es que se considera que, en efecto, interpretado armónicamente el decreto de “desindexación del salario mínimo” y el artículo 93 de la LISR 2022, es que los montos de ingresos exentos y gravados de ISR, deben calcularse conforme al valor de la UMA y no del SM, dado que el artículo 93 citado, contempla una obligación de pago de ISR.

Tal interpretación además es conservadora para el “patrón” (obligado solidario en materia fiscal federal y retenedor), pues converge con la hermenéutica del Servicio de Administración Tributaria, según se advierte del comunicado de prensa publicado el 01 de febrero de 2022 por ese órgano desconcentrado, donde implícitamente hace el cálculo del ingreso exento de ISR para ingresos por jubilaciones o pensiones, tomando como base la UMA y no el SM.<sup>18</sup>

En lo que para el presente trabajo interesa, sobresale que la iniciativa de ley en materia de “desindexación del salario mínimo”, tuvo entre diversos motivos crear la UMA, para eliminar el salario mínimo en su función de unidad de cuenta para trámites, multas e “impuestos”.

En el mismo sentido, y volviendo al artículo 93 de la LISR 2022, concaenada con la exposición de motivos del decreto en materia de “desindexación del salario mínimo”, se tiene que, para calcular los montos de ingresos exentos y gravados de ISR, y determinar cuándo se pagará ese tributo y cuántodo no, se debe considerar la UMA y no el SM.

Asimismo, de los razonamientos sustentados por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver la contradicción de tesis 200/2020,<sup>19</sup> respecto a la “desindexación del salario mínimo” sostiene

---

<sup>18</sup> Servicio de Administración Tributaria, comunicado de 01 de febrero de 2022, consultable en la liga: : <https://www.gob.mx/sat/prensa/el-sat-informa-que-los-ingresos-por-jubilaciones-o-pensiones-se-encuentran-exentos-de-isr-siempre-ycuandonoexcedande43milpeso-salmes-07-2022?idiom=es>.

<sup>19</sup> El supremo tribunal de justicia de la nación reconoció, anterior al año 2020, la determinación de la pensión por Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, conforme a la Ley del Seguro Social de 1973, estableciendo que debía ser determinada en su máximo en veces de salario mínimo y no en veces de UMA, así se estableció en la jurisprudencia laboral 2020651 que

que cuando corresponda a la materia administrativa y no a la laboral, aplica

indicaba “la pensión de retiro de los trabajadores es una prestación de seguridad social derivada de la relación de trabajo y sustentaba propiamente en el salario, incluso para generarla y pagarla se atiende al fondo constituido durante la vida activa laboral, mediante aportaciones de salario percibido, topadas a la cantidad de diez veces el salario mínimo, es claro que esta prestación es laboral”, haciendo referencia a la pensión por cesantía en edad avanzada y vejez otorgada por la Ley del Seguro Social de 1973 vigente hasta el 30 de junio de 1997.

*Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, registro digital: 2020651, instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, décima época, materia(s): laboral, administrativa, tesis: I.18o.A. J/8 (10a.), libro 70, septiembre de 2019, Tomo III, página 1801, tipo: jurisprudencia, de título “UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN (UMA). NO PUEDE APLICARSE PARA DETERMINAR LA CUOTA DIARIA O LA LIMITANTE DE PAGO DE UNA PENSIÓN, POR TRATARSE DE PRESTACIONES DE NATURALEZA LABORAL REGIDAS POR EL SALARIO MÍNIMO”.

Criterios convergentes con la aplicación de SM y no UMA a pensiones:

Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASE-JL-7, de título “DESINDEXACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO. SU APLICACIÓN POR EL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO PARA EL INCREMENTO PERIÓDICO DE LAS PENSIONES JUBILATORIAS, RESULTA VIOLATORIO DEL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL RELATIVO”.

Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASR-PE-10, de título “PENSIÓN POR JUBILACIÓN. PARA SU DETERMINACIÓN NO ES APLICABLE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN”.

Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASR-1OR-8, de título “PENSIONES. PARA SU CÁLCULO DEBE SER APLICADO EL SALARIO MÍNIMO Y NO LAS UNIDADES DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN”.

Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASR-8ME-10, de título “ISSSTE. PARA CALCULAR LA CUOTA DIARIA DE PENSIÓN, SE DEBE TOMAR COMO BASE EL SALARIO MÍNIMO Y NO LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN”.

Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VII-CASR-9ME-11, de título “INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. PARA SU CÁLCULO, LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN NO RESULTA APLICABLE A LOS DAÑOS PERSONALES CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD IRREGULAR DEL ESTADO, CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 14 FRACCIÓN I, INCISO A) DE LA LEY FEDERAL RELATIVA”.

Posteriormente, el 2 de junio de 2021 se publicó que la pensión jubilatoria prevista en la Ley del ISSSTE abrogada, debe cuantificarse con base en el valor de la UMA y no en el Salario mínimo, basándose en que el beneficio jubilatorio derivado de dicha ley corresponde a la materia administrativa y no a la laboral: “los aspectos relativos a la cuantificación de las pensiones, entre los que se encuentra el monto máximo previsto en la ley, constituye un aspecto ajeno a la materia del trabajo” Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la contradicción de tesis 200/2020, respecto a la “desindexación del salario mínimo”:

Registro digital: 29883

Asunto: Contradicción de tesis 200/2020.

Undécima Época

Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*.

Libro 2, Junio de 2021, Tomo IV, página 3558

el uso de UMA. Resulta que la materia fiscal forma parte de la materia administrativa, entonces, el criterio de la autoridad fiscal es que, el artículo 93 de la LISR, se debe interpretar aplicado la UMA.

Lo que nos lleva, nuevamente, a la interrogación: ¿por qué el legislador no ha modificado el texto “salario mínimo” por “unidad de medida y actualización” tanto en el artículo 93 de la LISR como en otros cuatro artículos de la propia ley?

Los artículos a que la Ley del ISR sigue haciendo referencia a salario mínimo son:

- Artículo 27 fracción XI relativo a los requisitos de deducción de las aportaciones patronales a los fondos de ahorro, limitados a un monto equivalente de 1.3 veces el salario mínimo general elevado al año y reuniendo otros requisitos fiscales.

Este ordenamiento, también afecta al trabajador, ya que para 2022, en lugar de permitir que el patrón aporte al fondo de ahorro un monto de hasta \$ 82,026.82 pesos sólo permite una aportación máxima de 45,631.40 pesos al fondo de ahorro de cada trabajador.

- Artículo 27 fracción XXI relativo a los requisitos de deducción por gastos en comedores, señalando que el monto deducible diario máximo por cada trabajador que haga uso de los comedores es de 1 salario mínimo, y artículo 28 fracción XII relativa a la no deducibilidad de gastos en comedores que excedan 1 salario mínimo, en cuanto a patrones personas físicas se tiene la misma disposición en veces de SM en la fracción XII del artículo 148 LISR.

De nueva cuenta se afecta al trabajador, ya que para 2022, en lugar de que el patrón pueda invertir 172.87 pesos en gastos de comedor a servicio del trabajador, se limita el monto a 96.22 pesos por día.

---

Instancia: Segunda Sala

PENSIÓN JUBILATORIA. EL MONTO MÁXIMO PREVISTO EN LA LEY DEL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO ABROGADA Y EN EL RÉGIMEN DEL ARTÍCULO DÉCIMO TRANSITORIO DE LA LEY DEL ISSSTE VIGENTE, DEBE CUANTIFICARSE CON BASE EN EL VALOR DE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN (UMA) Y NO EN EL SALARIO MÍNIMO.

Registro digital: 29883 Asunto: Contradicción de tesis 200/2020. Undécima Época Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 2, Junio de 2021, Tomo IV, página 3558 Instancia: Segunda Sala.

- Artículo 96 relativo al cálculo de retenciones de ISR por pagos hechos a trabajadores, donde se señala que no se efectuará retención a las personas que, en el mes, únicamente perciban un salario mínimo.

Consideramos, que esta mención a salario mínimo sí debe permanecer en la Ley.

- Artículo 116 relativo a los contribuyentes personas físicas con ingresos por otorgamiento del uso o goce temporal de bienes inmuebles, que obtengan ingresos menores de 10 veces el SM mensual, pueden optar por hacer pagos provisionales trimestrales en lugar de mensuales.
- Artículo 151 fracción I relativa a la deducción personal de gastos médicos, en la declaración anual de personas físicas, que limita su aplicación cuando dichos gastos fueron erogados en favor del cónyuge o persona con quien el contribuyente viva en concubinato, ascendientes o descendientes en línea recta, si estos perciben un ingreso igual o superior a un salario mínimo anual. Consideramos que es correcto que esta disposición haga referencia a SM y no a UMA.
- Artículo 151 fracción II, relativa a la deducción personal de gastos funerarios, estableciendo un tope de un salario mínimo general del área geográfica del contribuyente, elevado al año.

Afecta al trabajador que puede aplicar esta deducción personal en su declaración anual ya que para 2022 en lugar de poder deducir un máximo de 63,075.65 pesos de gastos funerarios, solo puede deducir 35,101.08 pesos.

- Artículo 151 fracción V relativa a la deducción personal de aportaciones complementarias de retiro, limitada al 10% de los ingresos acumulables del contribuyente, sin que exceda de 5 salarios mínimos generales del área geográfica del contribuyente elevados al año.

Afecta al trabajador que puede aplicar esta deducción personal en su declaración anual ya que para 2022 en lugar de poder deducir un máximo de 315,378.25 el máximo es 175,505.40 pesos.

Es de llamar la atención que el legislador, en el mismo artículo 151 de la LISR, menciona tanto al SM como a la UMA, a efecto de determinar limitantes de las deducciones personales, ¿será que el legislador no reparó en su error de sustituir en todos los casos UMA por SM, o bien, no se trata de un error, sino en la LISR cuando invoca SM y no UMA, se debe utilizar aquél y no éste?

No es óbice, a la conclusión alcanzada, el criterio de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente (PRODECON), que intervino para la protección a una contribuyente que recibió ingresos por pensión en el ejercicio 2020, toda vez que en su declaración anual aplicó los montos exentos calculados en UMA, originando así un saldo a cargo que a decir de la PRODECON “le originó una gran afectación en su economía al efectuar el desembolso de dicha cantidad”<sup>20</sup>

Es caso de que, a través de la asesoría de PRODECON, se presentó declaración anual complementaria, considerando SM en la determinación de ingresos exentos, convirtiendo el saldo a cargo de 38,968 pesos en un saldo a favor de 5,157.-logrando la devolución del pago de lo indebido.

La propia PRODECON invita a que “si eres jubilado o pensionado y presentaste tus declaraciones anuales considerando los ingresos exentos en UMA, acércate a PRODECON para apoyarte a determinar tu impuesto del ejercicio de forma correcta considerando tus ingresos exentos en SM conforme a la estrategia implementada por esta Procuraduría” (PRODECON, 2022).

Resulta de llamar la atención esta invitación, que contraviene el criterio del SAT, en cuanto al uso de la UMA para determinar los ingresos exentos en jubilaciones o pensiones.

Si bien la PRODECON refiere a un caso en concreto, en el que apoyó a un “trabajador” para solicitar un saldo a favor de ISR, porque se le había calculado indebidamente la exención en ingresos por pensión y jubilación aplicando la UMA, podría ser que sólo aplique dicho criterio para determinar los ingresos exentos del artículo 93 de la LISR tratándose de pensiones y jubilaciones porque, para dichos ingresos, es que los pronunciamientos de los tribunales a que se han hecho referencia en este documento anteriormente, justo son en cuanto al uso del SM y no de la UMA para determinar ingresos por pensiones y jubilaciones, las cuales han sido consideradas cuestiones relacionadas con la naturaleza del salario mínimo, por lo que no debe ser utilizada la UMA para su determinación, por lo tanto tampoco debería ser considerada la UMA sino SM para la determinación de los ingresos exentos por pensiones y jubilaciones, no así del resto de los ingresos exentos.

No es menos cierto señalar que, a pesar de lo anteriormente expuesto en este documento, bajo un criterio prudencial por parte del patrón, es conve-

---

<sup>20</sup> Hace referencia al monto que le resultó a pagar, en la declaración anual de ISR 2020, por aplicar la UMA en la determinación de ingresos exentos.

niente que aplique UMA y no SM, al determinar los ingresos exentos de sus trabajadores, ya que, finalmente, la afectación, lamentablemente, es únicamente para el trabajador, no así para el patrón, quien recibe el perjuicio de aplicar UMA en lugar de SM para determinar los ingresos exentos, es únicamente el trabajador, sembrando nuevamente la duda si es correcto o no la aplicación de UMA en el artículo 93 de la LISR.

## V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto, a manera de corolario se puede decir que, la autoridad fiscal, toma el criterio de que los límites de exención del ISR contemplados en el artículo 93 de la Ley del Impuesto Sobre la Renta vigente en el ejercicio fiscal de 2022, deben calcularse con la UMA, no así con el SM, ello en atención a que el citado precepto señala cuándo se pagará y cuándo no se pagará ese tributo.

Luego entonces, al contemplar una obligación de pago sustantiva del impuesto resulta evidente -para la autoridad fiscal- que es aplicable la UMA, pues en su criterio, nada tiene que ver con lo que se entiende por “salario”. En su misma lógica, consideran que, en la exposición de motivos del decreto en materia de “desindexación del salario mínimo”, se contempló crear la UMA para aplicarla inclusive en el ámbito de los “impuestos”.

Si bien utilizar SM y no UMA para determinar los ingresos exentos del artículo 93 de la LISR beneficiaría a los trabajadores al generar una base impositiva menor, el criterio de la autoridad fiscal entiende que, en este contexto, el SM estaría siendo utilizado como unidad de medida y no para los fines de su naturaleza, ya que no determina de manera directa el monto de pago al trabajador sino el monto por el cual el trabajador no pagará impuesto, en el artículo 93 el SM no estaría siendo utilizado conforme a su naturaleza laboral para fijar montos de pago al trabajador, sino conforme a una naturaleza fiscal, para determinar ingresos por los que el trabajador no debe pagar impuestos.

El criterio del SAT, de aplicar UMA en vez de SM, es contrario a la Reforma Constitucional en materia de desindexación ya que, al determinar la exención en veces de UMA y no SM, afecta el ingreso neto percibido por el trabajador.

Adicionalmente, la interpretación de la autoridad fiscal de uso de la UMA —y no SM— para el artículo 93 de la LISR, es contrario al mandato

contenido en el artículo 5 del CFF, que establece que las disposiciones fiscales que establezcan cargas a los particulares, y las que establezcan excepciones a las mismas (como es el caso del artículo 93 que establece ingresos que no se pagará el impuesto sobre la renta), son de aplicación estricta.

Por lo tanto, el artículo 93 de la LISR, se debería aplicar en SM y no en UMA.

Lo anterior se justifica en que, luego de 6 años de la Reforma Constitucional en materia de desindexación de salario mínimo, el artículo 93 de la LISR sigue estableciendo los ingresos por lo que no se pagará el impuesto sobre la renta en veces de salario mínimo.

Mayor justificación a la idea que antecede se afirma, considerando que, la Reforma Constitucional en materia de desindexación del salario mínimo, se publicó en 2016, y en los años subsecuentes: 2017, 2018, 2019, 2020, 2021 y 2022, la LISR ha sufrido modificaciones en diversos artículos, es decir, se trata de una ley que constantemente se debate en el Congreso de la Unión y que el legislador, luego de la Reforma en comento, ha incorporado en 10 ocasiones dentro de la LISR la referencia a UMA en sustitución de SM, no así en el artículo 93, en donde aún se hace referencia a SM.

Seis modificaciones a la LISR, y 10 sustituciones de UMA en lugar de SM, nos permiten concluir que el sentido del legislador es que las exenciones que marca el artículo 93 de la LISR deben permanecer en SM y no en UMA.

Sin embargo, toda vez que el patrón es responsable de calcular y retener el impuesto a los trabajadores a su servicio, se ve forzado a aplicar el criterio de la autoridad, ya que los sistemas informáticos de la misma están programados para determinar las exenciones del artículo 93 LISR en UMA y no en SM; conforme al criterio de la autoridad y no conforme a la interpretación estricta de lo establecido en el artículo 93 de la LISR.

Aplicando el criterio del SAT, el patrón contribuyente, responsable solidario de calcular y enterar el impuesto de sus trabajadores, evitará que, a futuro, en una auditoría fiscal, el SAT le determine ISR por retenciones mal determinadas —y por lo tanto mal enteradas—, con las consecuentes molestias administrativas y económicas en cuanto a sanciones, si llegase a aplicar las exenciones del artículo 93 citado, tomando en cuenta el SM en lugar de la UMA.

Como se subraya, la afectación de determinar los ingresos exentos del trabajador con UMA, en lugar de SM, es puramente para el trabajador, mientras que el patrón aplica el criterio del SAT de manera prudencial

—y hasta forzosa— dados los sistemas informáticos del SAT. Sin embargo, es potestad del trabajador que se sienta irrogado en sus derechos hacer valer los medios de defensa que considere adecuados, pudiendo hacerlo, de manera gratuita, a través de la Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, quien incluso invita constantemente y por varios medios a los contribuyentes a hacer uso de sus servicios.

En todo caso, es deseable que el legislador cumpla con el mandato del Cuarto transitorio del “DECRETO por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo”, publicado el 27 de enero de 2016, y otorgue certeza legal a los contribuyentes adecuando la Ley del Impuesto sobre la Renta y demás ordenamientos fiscales, a efecto de eliminar las referencias al salario mínimo como unidad de cuenta, índice, base, medida o referencia, y sustituirlas por las relativas a la Unidad de Medida y Actualización.

## VI. PROPUESTA

Por la totalidad de lo esgrimido, nuestra propuesta, en aras de que el legislador otorgue certeza jurídica al contribuyente -llámese patrón o trabajador- es la siguiente:

Primer: se actualice el texto de la totalidad de las diversas disposiciones fiscales, sustituyendo el texto “salario mínimo general”, por “unidad de medida y actualización”, cuando el primero sea utilizado para fines distintos a su naturaleza.

Segunda: se instruya a la autoridad fiscal a respetar el artículo 5 del CFF, relativo al mandato de interpretación estricta, de las disposiciones que establecen excepciones a los ingresos por los cuales, las personas físicas, pagan impuestos: artículo 93 LISR; esto es, aplicación de SM y no UMA, como lo marca de manera literal dicho artículo.

De esa manera, el trabajador no sufriría incremento en su base fiscal, al tener una exención de ingresos calculada en veces de UMA, cuando la ley textualmente señala SM.

Tercera: Ya que la ley fiscal es de naturaleza recaudatoria, y no de protección al trabajador, correspondiendo dicho amparo a la Ley Federal del Trabajo, cuyo mandato proteccionista hacia el trabajador expresamente se encuentra reconocido en su cardinal 18 cuando dice “en caso



de duda, prevalecerá la interpretación más favorable al trabajador”, se debe tomar en cuenta dicho mandato, en términos fiscales atendiendo al principio de proporcionalidad que marca nuestra Constitución.

En esa índole de pensamiento, para mayor protección de los derechos de los trabajadores, como tercera propuesta se recomienda que sea en la Ley Federal del Trabajo, concretamente en su artículo 110, se adicione una fracción en la que taxativamente se indique que, para la determinación de los ingresos exentos para efectos del Impuesto Sobre la Renta, se debe utilizar el SM y no la UMA, y a quien contrarie esa disposición, se hará acreedora a la sanción que refiere el artículo 1002 de la LFT.

Converge y crea sinergia las propuestas planteadas con la obligación constitucional contemplada en el artículo 31 fracción IV de nuestra Carta Magna, que ordena que es obligación de los mexicanos -incluidos los contribuyentes en su calidad de trabajadores- contribuir al gasto público, de la manera proporcional<sup>21</sup> y equitativa que dispongan las leyes y en relación con la Reforma Constitucional en Materia de Desindexación del Salario Mínimo, que busca que el salario mínimo sea utilizado únicamente para los fines acordes a su naturaleza.

## VII. REFERENCIAS

- Andrade, E. (2021). *Política Pública y Salarios Mínimos. Un análisis de su evolución y cambio a través del enfoque de Equilibrio Puntuado*. Congreso AMET (2021). Eje temático 14. Historia del Mundo del Trabajo. [https://www.researchgate.net/publication/356567407\\_Politica\\_Publica\\_y\\_Salarios\\_Minimos\\_Un\\_analisis\\_de\\_su\\_evolucion\\_y\\_cambio\\_a\\_traves\\_del\\_enfoque\\_de\\_Equilibrio\\_Puntuado](https://www.researchgate.net/publication/356567407_Politica_Publica_y_Salarios_Minimos_Un_analisis_de_su_evolucion_y_cambio_a_traves_del_enfoque_de_Equilibrio_Puntuado)
- Canto, R. (2019). *¿Distribuir o redistribuir? pobreza, desigualdad y política pública en México*. Economía, sociedad y territorio. <https://doi.org/10.22136/est20191259>
- Código Fiscal de la Federación. 12/11/20212. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CFF.pdf>

---

<sup>21</sup> La proporcionalidad en materia tributaria consiste en gravar al sujeto pasivo de la relación jurídico-tributaria de conformidad con su real capacidad económica para contribuir al gasto público (Sánchez, V., 2018).

Centeno, G. (2017). La realidad de la desindexación del salario mínimo: un estudio jurídico. *Antrópica. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. <https://antropica.com.mx/ojs2/index.php/AntropicaRCSH/article/view/118>

Decreto por el que se declara reformadas y adicionadas diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del salario mínimo. Publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de enero de 2016.

Tesis: I.18o.A. J/8 (10a.) (2019). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2020651>

Tesis: 2a./J. 30/2021 (10a.) (2021). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/eU33Q3oBNHmckC8LI\\_w3/%22Derecho%22%20](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/eU33Q3oBNHmckC8LI_w3/%22Derecho%22%20)

*Ley del Impuesto Sobre la Renta*. 12/11/2021. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LISR.pdf>

*Ley Federal del Trabajo*. 18/5/2022 <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFT.pdf>

*Ley para determinar el valor de la Unidad de Medida y Actualización*. 30/12/2016. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDVU-MA\\_301216.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDVU-MA_301216.pdf)

*Ley del Seguro Social*. 12/03/1973. . [http://www.imss.gob.mx/sites/all/sta-tics/pdf/leyes/4129\\_LSS\\_1973.pdf](http://www.imss.gob.mx/sites/all/sta-tics/pdf/leyes/4129_LSS_1973.pdf)

Martínez, J. (2018). La historia sin fin: el debate por el salario mínimo. Análisis económico. <https://doi.org/10.24275/uam/azc/desh/ae/2018v33n83/martinez>

Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2022, comunicado consultable en [https://www.prodecon.gob.mx/Documentos/bannerPrincipa/2022/banner\\_umas.pdf](https://www.prodecon.gob.mx/Documentos/bannerPrincipa/2022/banner_umas.pdf)

Procuraduría de la Defensa del Contribuyente, 2022 <https://www.gob.mx/prodecon/articulos/prodecon-protecte-a-los-contribuyentes-jubilados-y-pensionados?idiom=es>

Tesis P.XXXVI/2013 (10a.). (2013). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Décima Época. [https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/MPVoMHYBN\\_4klb4HjGBv/%22Derecho%20a1%20m%C3%ADnimo%20vital%22](https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/MPVoMHYBN_4klb4HjGBv/%22Derecho%20a1%20m%C3%ADnimo%20vital%22)

“Resolución del H. Consejo de Representantes de la Comisión Nacional de los Salarios Mínimos que fija los salarios mínimos generales y profe-

- sionales que habrán de regir a partir del 1 de enero de 2022”, publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 08 de diciembre de 2021.
- Sánchez, V. (2018). *Principios de derecho fiscal*. Ciudad de México. Ediciones Fiscales ISEF.
- Senado de la República (14 de diciembre de 2014). *Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales; de Trabajo y Previsión Social, y de Estudios Legislativos, segunda, con relación a las Iniciativas con Proyecto de Decreto por el que se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de desindexación del Salario Mínimo*. [https://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos\\_constitucionales/docs/Temas/SM\\_Dictamen.pdf](https://www.senado.gob.mx/comisiones/puntos_constitucionales/docs/Temas/SM_Dictamen.pdf)
- Servicio de Administración Tributaria, *Comunicado de 01 de febrero de 2022*, consultable en la liga <https://www.gob.mx/sat/prensa/el-sat-informa-que-los-ingresos-por-jubilaciones-o-pensiones-se-encuentran-exentos-de-isr-siempre-y-cuando-no-excedande43milpesosalmes-07-2022?idiom=es>.
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASE-JL-7, de título “DESINDEXACIÓN DEL SALARIO MÍNIMO. SU APLICACIÓN POR EL INSTITUTO DE SEGURIDAD Y SERVICIOS SOCIALES DE LOS TRABAJADORES DEL ESTADO PARA EL INCREMENTO PERIÓDICO DE LAS PENSIONES JUBILATORIAS, RESULTA VIOLATORIO DEL DERECHO HUMANO A LA SEGURIDAD SOCIAL RELATIVO”.
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASR-PE-10, de título “PENSIÓN POR JUBILACIÓN. PARA SU DETERMINACIÓN NO ES APLICABLE LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN”.
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASR-1OR-8, de título “PENSIONES. PARA SU CÁLCULO DEBE SER APLICADO EL SALARIO MÍNIMO Y NO LAS UNIDADES DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN”.
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VIII-CASR-8ME-10, de título “ISSSTE. PARA CALCULAR LA CUOTA DIARIA DE PENSIÓN, SE DEBE TOMAR COMO BASE EL SALARIO MÍNIMO Y NO LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN”.
- Tribunal Federal de Justicia Administrativa, tesis VII-CASR-9ME-11, de título “INDEMNIZACIÓN POR RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. PARA SU CÁLCULO, LA UNIDAD DE MEDIDA Y ACTUALIZACIÓN NO RESULTA APLICABLE A LOS DAÑOS PERSONALES CAUSADOS POR LA ACTIVIDAD IRREGULAR DEL ESTADO, CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 14 FRACCIÓN I, INCISO A) DE LA LEY FEDERAL RELATIVA”.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Tavera, Flor y Plazola, Edgar, “Efecto de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo en los ingresos exentos de los trabajadores en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19280. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19280>

### ***APA***

Tavera, F. y Plazola, E. (2024). Efecto de la reforma constitucional en materia de desindexación del salario mínimo en los ingresos exentos de los trabajadores en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19280. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19280>

## La reforma constitucional como abuso del poder público en el Estado constitucional mexicano<sup>1</sup>

### *Constitutional amendment as an abuse of public power in the mexican constitutional state*

Julio César Muñoz Mendiola

 <http://orcid.org/0000-0002-8769-7984>

Universidad Nacional Autónoma de México. México  
Correo electrónico: juliodercho@comunidad.unam.mx

Recepción: 7 de diciembre de 2022

Aceptación: 31 de enero de 2023

Publicación: 19 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17360>

**RESUMEN:** Este trabajo se centra en la posibilidad de que una reforma constitucional pueda constituirse como un abuso del poder público, ya que algunas de estas se fundan en un uso arbitrario del derecho y sus consecuencias pueden ser contra derechos y libertades fundamentales. De esta forma, se analizan: primero, el significado del Estado constitucional en la actualidad, su desarrollo en nuestro país y la importancia del control constitucional como expresión de la racionalidad jurídica que precede a este modelo de Estado; segundo, la importancia de la reforma constitucional en el país y su vinculación con la fluctuación política, de manera que se puedan identificar algunas características que colocarían a una reforma constitucional como un abuso del poder público.

**Palabras clave:** Estado constitucional, racionalidad jurídica, abuso del poder público, reforma constitucional.

**ABSTRACT:** This paper examines the possibility that a constitutional reform may constitute an abuse of public power, since some of them are based on an arbitrary use of law and his con-

---

<sup>1</sup> Este trabajo nace en el marco de la investigación doctoral “La Reforma Constitucional y su Incidencia con la Racionalidad Jurídica del Estado Constitucional: un Análisis del Sistema Jurídico Mexicano”, de la Universidad Nacional Autónoma de México y financiado por el Consejo Nacional de Humanidades Ciencias y Tecnologías de México (CONAHCYT), mediante el apoyo 000257 2022-2026. Asimismo, agradezco las observaciones, críticas y sugerencias de los y las revisoras del artículo.

sequences can be against to fundamental rights and freedoms. Thus, we analyze: first one, the meaning of the constitutional State at present, its development in our country and the importance of constitutional control as an expression of the legal rationality belong to this model of State; second, the importance of constitutional reform in the country and its link with political fluctuation, in order to identify some characteristics that would place a constitutional reform as an abuse of public power.

**Keywords:** constitutional state, legal rationality, abuse of public power, constitutional amendment.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Algunas precisiones sobre el Estado constitucional y el control del poder público.* III. *Estado constitucional y reforma en México.* IV. *¿Puede la reforma constitucional considerarse como un abuso del poder público?* V. *Conclusiones y futuras líneas de investigación a desarrollar.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El surgimiento y declive de los totalitarismos de la primera mitad del siglo pasado representaron un punto de inflexión para el concepto de Estado de derecho,<sup>2</sup> pues su evolución a un modelo constitucional estableció una nueva forma de entender la función de las Constituciones para limitar el poder público, principalmente a través de una jurisdicción constitucional (Hirschl, 2008, pp. 93-118). De ahí que, una salvaguarda contra los abusos del poder público esté representada por el control constitucional, el cual es, al mismo tiempo, una expresión de la racionalidad jurídica del Estado constitucional. No obstante, hay expresiones del poder público, como la reforma constitucional,<sup>3</sup> que se encuentran fuera del alcance del control constitucional o de algún otro límite. En este sentido, para considerar a una reforma como un abuso del poder público tendrían que analizarse, por una parte, las condiciones políticas que la impulsan y, por la otra, su resultado y sus consecuencias que podrían representar una violación de derechos o libertades fundamentales.

---

<sup>2</sup> Para el caso, un cambio sustancial en sus aspectos: formal —*the formal rule of law*—, jurisprudencial —*the doctrinal rule of law*—, y esencial —*the essential rule of law*— (Barak, 2007, pp. 2-20).

<sup>3</sup> La reforma constitucional sería un proceso institucional reforzado debido a que es diferente al proceso de creación legislativa, por tanto, una forma institucional muy particular, como en el caso de la Constitución mexicana, en donde el proceso involucra ambas cámaras del poder legislativo federal y las legislaturas de las entidades federativas.

Por lo anterior, este trabajo parte de la tesis de que una reforma constitucional, bajo ciertas condiciones, puede ser arbitraria independientemente de la formalidad con la que fue aprobada, pues materialmente su aplicación puede violar principios y derechos constitucionales;<sup>4</sup> sobre todo, en sistemas jurídicos donde no existen restricciones institucionales a la reforma del texto constitucional. Precisamente, es el caso del sistema jurídico mexicano, donde además la reforma constitucional ha presentado una ambivalencia, pues en ocasiones ha sido usada con fines meramente políticos y en otras ha fortalecido el ordenamiento constitucional; sin embargo, la mayoría de las ocasiones en que esta es impulsada desde un contexto coyunturalmente político, sus consecuencias se traducen en un abuso del poder público.

Lo anterior se problematiza aún más si consideramos, primero, la variable que representa el *hiperreformismo* que caracteriza a la Constitución de 1917 y, segundo, que en el sistema jurídico mexicano aún se está en proceso de consolidación de un Estado constitucional. De esta forma, se pueden formular dos preguntas de investigación, primero, ¿si es posible considerar a la reforma constitucional como un abuso del poder público? Y, segundo, de ser afirmativa la pregunta anterior, ¿qué características tendrían las reformas como abuso del poder público?

La hipótesis que sostengo en este trabajo es que en la actualidad la legitimidad generada por el proceso de reforma no es suficiente para considerarla coherente con el orden constitucional, ya que, algunas reformas, representarían medios para que el poder público se torne incontenible o abusivo, lo cual puede identificarse mediante algunas *condiciones de arbitrariedad* que escapan a un límite institucional. En este sentido, hay que advertir que no se pretenden examinar en distintos niveles de análisis las consecuencias de una reforma constitucional que se caracteriza como abuso del poder público, sino centrarse, por una parte, en que algunas de sus características de identificación se vinculan a la coyuntura política y, por la otra, en la necesidad de considerar nuevos límites a la reforma constitucional más allá de su aspecto formal —procedimental—.

La ruta metodológica será: (1) analizar algunos conceptos clave del Estado constitucional, como el control constitucional y la arbitrariedad; (2) se-

---

<sup>4</sup> Sobre todo, en constituciones donde no existe una prohibición expresa para reformar principios o derechos constitucionales, de hecho, las llamadas *cláusulas pétreas* o *intangibles* tienen la función de proteger un núcleo esencial de los textos constitucionales, como en la Constitución alemana que prohíbe, en el párrafo tercero del artículo 79, la modificación al régimen federal y a los derechos fundamentales (Ley Fundamental Alemana).

ñalar que en México se ha construido un modelo constitucional que aún se encuentra en consolidación, así como examinar el proceso de reforma constitucional y algunos de sus bemoles; (3) explicar cómo una reforma constitucional puede constituirse como un abuso del poder público a partir de ciertas características que no pueden ser contempladas sólo a través de su proceso, y (4) formular algunas conclusiones y líneas de investigación a desarrollar.

## II. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE EL ESTADO CONSTITUCIONAL Y EL CONTROL DEL PODER PÚBLICO

### 1. *El poder público*

El poder es un concepto político que tiene una vinculación fuerte con las nociones de autoridad<sup>5</sup> y legitimidad,<sup>6</sup> lo que trasciende a todas las estructuras y procesos sociales (Parsons, 1963, pp. 232, 243-244, 257 y 258), pues el poder interactúa con el derecho y la política al desarrollarse en una dimensión de reglas y una de poder (Bovero, 2003, pp. 7 y ss.). Así, el poder puede determinar al derecho mediante la política, entre otras cuestiones, porque el poder político se respalda en la ficción de la soberanía popular,<sup>7</sup> es decir, este poder tendrá que justificarse<sup>8</sup> a través de la elección popular (Ortíz Fragozo, 2013, p. 12), porque esta última es la que proporciona legitimidad democrática a la conformación del poder público.<sup>9</sup> Lo anterior encuentra una raigambre en la tesis contractual,<sup>10</sup> que señala que los representantes

---

<sup>5</sup> La autoridad se refiere al poder político que se ejerce sobre otros, entiéndase un poder para hacer normas en un sentido general, pero también para hacerlas cumplir (López Hernández, 2009, pp. 155 y 156).

<sup>6</sup> La legitimidad —política— se centra al aspecto de a *quién* habrá de otorgársele el poder político (Bobbio, 1988, p. 95).

<sup>7</sup> El concepto de soberanía popular surgió y, de alguna manera, se institucionalizó en las revoluciones americana y francesa de finales del siglo XXVIII; sin embargo, es un concepto muy abstracto (Grimm, 2015, pp. 33-38).

<sup>8</sup> En parte esa justificación será una legitimación que sólo podrá partir de las personas (Böckenförde, 2000, pp. 48-55).

<sup>9</sup> Mediante la elección popular y la representatividad se configura *el valor del autogobierno*, esto es, la idea de que las personas están gobernadas por las personas o, al menos, por un gran número de ellas (Waldron, 2005, p. 62).

<sup>10</sup> Tal vez los primeros en desarrollar esta tesis de forma sistemática fueron Hobbes y



populares son los legitimados para la toma de decisiones adoptando la regla de la mayoría.<sup>11</sup>

En ese sentido, el poder público se puede definir como un poder —en un sentido amplio—<sup>12</sup> que gobierna a una comunidad política mediante *el imperium*<sup>13</sup> de su ámbito de acción, del cual no se puede sustraer nada ni nadie (Diccionario Jurídico Mexicano, 1984, p. 141). Esta concepción es propia del pensamiento liberal de finales del siglo XVIII,<sup>14</sup> en donde se gestó la tesis de que el poder público debía controlarse a través de las personas que han elegido a quienes lo ejercerán;<sup>15</sup> control que se daría —supuestamente— a través de las elecciones populares. Nótese que aquí hablamos ya de un ámbito de control del poder necesario para cualquier comunidad política (Valadés, 1998, p. 137 y ss.), pues desde las revoluciones liberales y hasta nuestros días se ha buscado que el poder esté racionalizado.<sup>16</sup>

## 2. El paradigma constitucional de la segunda posguerra

La idea de un Estado de derecho en donde el poder esté regido por reglas jurídicas (Pedernera Allende, 2015, p. 58) se trasladó con más énfasis al paradigma constitucional, pues la experiencia de los totalitarismos de mediados del siglo XX sembró cierta desconfianza hacia el poder político y a las mayorías democráticas sin ningún límite. De ahí que, a partir de la se-

---

Locke, al utilizar el modelo del contrato social para justificar el origen del poder político en el Estado (Cortés Rodas, 2010, pp. 99 y ss.).

<sup>11</sup> En este punto se empieza a esbozar ya una teoría de la naturaleza contractual de los controles del poder (Valadés, 1998, pp. 14-16).

<sup>12</sup> En otras palabras, un poder de facto, una facultad jurídica y un poder moral (legitimidad política).

<sup>13</sup> Lo que Max Weber llamó el monopolio del ejercicio de la violencia legítima por parte del Estado.

<sup>14</sup> El pensamiento que pugnaba porque la soberanía popular fuera depositada en asambleas representativas, lo que se sustentaba en la ficción de reducir la voluntad general a la ley (Böckenförde, 2000, p. 24).

<sup>15</sup> Un acuerdo tácito entre gobernantes y gobernados, en virtud del cual se establecen ciertos principios y reglas que sirven de pauta para fijar las atribuciones y límites a las que deben de sujetar sus acciones los titulares del poder (Ferrero, 1991, p. 271).

<sup>16</sup> Este pensamiento se plasmó en: (1) promover el bienestar general —*promote the general Welfare*—, como se menciona en la aún vigente Constitución estadounidense de 1787, y (2) el control mediante la separación del poder público, como lo prescribe el artículo 16 de la también vigente Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 —perteneciente al bloque de constitucionalidad francés—.

gunda posguerra, se diera un proceso de *constitucionalización* de los sistemas jurídicos,<sup>17</sup> el cual se orientó, desde mi perspectiva, por tres puntos principales: (1) una función jurídica en oposición a una política o programática de las Constituciones;<sup>18</sup> (2) los derechos fundamentales como *prius* del Estado contemporáneo (Fioravanti, 2009, p. 147), basándose en la dignidad humana como premisa antropológica-cultural del Estado constitucional (Häberle, 2006, p. 115), y (3) la existencia de una dimensión jurídica y una política, para el caso, una dimensión dual que creaba tensiones<sup>19</sup> más por su desarrollo práctico que por su diseño institucional.<sup>20</sup>

Esa dimensión dual se estructuraría bajo una difícil relación entre derecho y política<sup>21</sup> que, al mismo tiempo, representaba el fundamento del modelo constitucional a través de las opciones filosófico-políticas (Poyanco Bugueño, 2013, p. 71). Por tanto, esta dimensión también se reflejaría en la

---

<sup>17</sup> En ese sentido, las y los autores difieren en las condiciones de constitucionalización de un sistema jurídico, por ejemplo, para Guastini serían los derechos fundamentales incorporados a una Constitución rígida, la garantía jurisdiccional de la Constitución y la sobre interpretación del texto constitucional, por su parte, para Favoreu, lo esencial es la constitucionalización del Derecho, esto es, considerar tanto la acumulación de normas constitucionales a través del desarrollo de la justicia constitucional, como los mecanismos de difusión de estas normas en el orden jurídico, véanse respectivamente Guastini (2011, pp. 153-164) y Favoreu (2001, pp. 31-43).

<sup>18</sup> Me refiero al planteamiento de que la Constitución tiene un valor indubitable como norma jurídica y no como una declaración programática, tal y como lo señaló el Tribunal Constitucional español en su sentencia STC-80/1982 del 20 de diciembre de 1982. Asimismo, el planteamiento pionero que desarrolló el profesor García de Enterría (2006), al analizar y encaminar una visión del texto constitucional como norma jurídica (Sentencia 80/1982).

<sup>19</sup> Primero, por la tesis de que el derecho es un fenómeno esencialmente político y tiene relaciones intrínsecas con la práctica política, pues algunas de estas relaciones se dan de manera directa y otras indirectamente a través de la filosofía política. Segundo, por la tesis de que lo constitucional se encuentra a medio camino de lo político y jurídico, y este *punto medio* se presenta también como una tensión entre constitucionalismo y democracia, entre otras cuestiones, porque el primero prescribe vínculos jurídicos al poder político y, en algún sentido, a las mayorías democráticas, véase respectivamente Nino (2014, pp. 5 y ss.) y Barroso (2008, pp. 1 y ss.).

<sup>20</sup> Para el caso, el diseño institucional de las constituciones no puede captar la tensión entre lo jurídico y lo político, pues es una cuestión que descriptivamente comienza en la teoría, pero se desenvuelve en la práctica estatal y social.

<sup>21</sup> En ese sentido, tal vez desde las ideas liberales de finales del siglo XVIII se tenía en cuenta esa difícil relación, por ejemplo, Bentham fue uno de los primeros en resaltar la importancia de los presupuestos políticos para el derecho y para el Estado de derecho liberal (Prendás García, 2011, p. 205 y ss.).

interacción entre constitucionalismo y democracia, principalmente, por la inclusión del control constitucional<sup>22</sup> como un medio de protección de los derechos fundamentales y una forma de racionalizar el proceso democrático.<sup>23</sup> Entonces, este modelo de Estado presupone una democracia constitucional<sup>24</sup> como forma de gobierno, lo que se traduce en que el ejercicio del poder político esté regulado y limitado por el constitucionalismo moderno (Córdova Vianello, 2019, p. 69). Para el caso, un constitucionalismo jurídico<sup>25</sup> que *judicializa* los asuntos políticos del Estado,<sup>26</sup> al mismo tiempo que intenta prevenir los abusos del poder público.<sup>27</sup> Aquí, podemos preguntarnos, ¿qué lugar tiene el abuso del poder público en el Estado constitucional?

### 3. *Abuso del poder público, control constitucional y racionalidad jurídica*

El abuso del poder público en el Estado constitucional se puede dar de diversas formas y en distintos ámbitos complejos, aunado a que la inercia de los titulares del poder público, sobre todo de los agentes políticos, en algún sen-

---

<sup>22</sup> Como lo señaló la Corte Suprema de Israel en el Caso *United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village*, la revisión constitucional es en sí misma el alma de una Constitución (Corte Suprema de Israel, 1995).

<sup>23</sup> Sin lugar a duda, la relación entre derecho y política se vio modificada por el establecimiento de las magistraturas constitucionales, pues estas se convirtieron en órganos de cierre de decisiones políticas fundamentales en los sistemas jurídicos (Grimm, 2016, p. 199).

<sup>24</sup> El concepto de democracia constitucional no es uniforme en cuanto a su desarrollo, pues en América Latina ha tenido una recepción paulatina en las últimas décadas del siglo pasado y la primera de este siglo (Couso Salas, 2010, pp. 34-38).

<sup>25</sup> En oposición a un constitucionalismo jurídico podríamos encontrar uno político en un sentido contemporáneo, es decir, aquel que recrea un sistema jurídico bajo una carta de derechos básicos —una Constitución— con un amplio respaldo popular, en donde la revisión constitucional es periférica al respetar el principio democrático de la mayoría (Waldron, 1998, p. 272).

<sup>26</sup> Es decir, un proceso de transferencia de decisiones tomadas en instituciones representativas a instituciones judiciales (Waldron, 2018, p. 15 y 16).

<sup>27</sup> En general, en un sistema jurídico la Constitución representa un parámetro objetivo que se encuentra blindado de la contingencia política, cuestión que implica matizar lo que se entiende por parámetro objetivo, ya que no estoy afirmando que un texto constitucional represente un sentido absoluto de objetividad, pues bastaría reconocer que, las reformas a las Constituciones serían la excepción a la regla de tal objetividad. Sin embargo, aun si los textos fundamentales que se reforman con frecuencia representan posiciones de los gobiernos en turno, siempre se apela a que el núcleo esencial de estos textos permanece y trasciende a futuras generaciones.

tido se orienta a minimizar los controles al poder (Valadés, 1998, p. 419). En este sentido, las relaciones de poder escapan en muchos aspectos a las previsiones constitucionales, pues no existen sistemas casuistas que puedan prever todas las contingencias de aplicación del poder (Valadés, 1998, p. 156).

Un punto importante para entender los abusos del poder público es la arbitrariedad, la cual puede referirse: (1) a un abuso o desviación del poder con una falta de control sobre el mismo (Otero Parga, 1985, p. 389); (2) a una violación de derechos fundamentales que, incluso, puede darse mediante un trato desigual en la aplicación de estos, y (3) a una aplicación arbitraria del derecho, es decir, cuando esta aplicación o sus procedimientos no se justifican con aspecto jurídico alguno,<sup>28</sup> sino que deriva de imponer sus conclusiones (Villacorta Mancebo, 2005, p. 66). Aquí, es importante resaltar que el abuso del poder no sólo supone una extralimitación de facultades legales de quienes lo ejercen, sino también una arbitrariedad de estos cuando toman decisiones políticas fundamentales.

En ese sentido, el Estado constitucional prevé distintos controles frente a los abusos del poder, como los estructurales que están representados en los principios constitucionales de división de poderes y de legalidad (Islas Montes, 2009, pp. 97-108). Asimismo, en la actualidad es imprescindible la racionalidad que supone el modelo constitucional, debido a que, el derecho y la política, no se agotan sólo en la ley, sino también en un ámbito de racionalidad que remite a los valores, principios y derechos constitucionales.<sup>29</sup>

Hay que advertir que tal racionalidad será jurídica, pues una de las tesis centrales del Estado constitucional es que lo jurídico determine a lo político,<sup>30</sup> lo cual se refleja en la estabilidad, la supremacía y la rigidez constitucionales (Rosario-Rodríguez, 2011, pp. 97-117), así como en el control constitucional que se presenta como un medio para racionalizar la arbitrariedad del poder público.<sup>31</sup> Esta incidencia del control constitucional se observa con más

---

<sup>28</sup> Sobre este punto, se puede decir que la justificación se da desde un ámbito político, por tanto, en contra de la racionalidad jurídica que supone el modelo constitucional.

<sup>29</sup> Esta descripción del orden constitucional proviene de la Corte Constitucional de Colombia (2001).

<sup>30</sup> La tesis de que el derecho determina a la política (Grimm, 2016, p. 200 y ss.), o la racionalidad jurídica como un presupuesto imprescindible del Estado constitucional (Muñoz Mendiola, 2023, pp. 54-61).

<sup>31</sup> En ese sentido, el control constitucional es un medio para lograr que el poder se ape-

claridad en sistemas donde existe una fuerte inercia de los poderes ejecutivo y legislativo (Dixon, 2007, pp. 403 y ss.).

Por otra parte, es posible que la institucionalidad del modelo constitucional no pueda captar todas las expresiones arbitrarias del poder, lo que puede servir para ocultar tales expresiones. En este sentido, la institucionalidad puede servir para estructurar y consolidar distintos abusos del poder, como en el caso del fenómeno del populismo,<sup>32</sup> entendiéndolo como una forma de hacer política —institucionalizada— (Salmorán Villar, 2021, pp. 45 y 46) para minar la racionalidad jurídica del Estado constitucional. Un ejemplo más específico es el uso de las reformas constitucionales que debilitan el sistema constitucional (Landau, 2013, pp. 195-200), lo que supone una reforma arbitraria de manera fáctica y no de manera institucional.<sup>33</sup>

### III. ESTADO CONSTITUCIONAL Y REFORMA EN MÉXICO

#### 1. *El Estado constitucional en el sistema jurídico mexicano*

Es complejo determinar el momento exacto en que comenzó la construcción de un Estado constitucional en México, incluso se puede cuestionar si existe o no tal modelo en nuestro sistema actualmente. Por tanto, para identificar una transición es necesario comprenderla como un desarrollo o un cambio sustancial en un periodo de tiempo determinado, que culmina con la sustitución de un paradigma anterior por uno nuevo (Nieto Castillo, 2014, p. 11). En el caso mexicano este cambio de paradigma se dio en dos ejes, por un lado, desde el sistema político con una mayor apertura a la oposición y la pluralidad política y, por el otro, desde el modelo jurídico con cambios en el diseño institucional. Aquí, debemos realizar un análisis desde una perspectiva *intrasistémica*, es decir, a partir de la revisión de los contenidos y cambios que se han verificado en la Constitución (Huerta Ochoa, 2002, p. 22), por supuesto será un análisis muy breve por el tamaño de este trabajo.

---

gue al orden constitucional, pues la Constitución funciona también como una carta de buen gobierno (Fiss, 2007, p. 108).

<sup>32</sup> Fenómeno que no sería exclusivo de alguna ideología política —de izquierda o de derecha— (Gratius y Rivero, 2018, pp. 35-62).

<sup>33</sup> Un ejemplo serían las expresiones del *Constitucionalismo abusivo* que se dan mediante la reforma constitucional (Landau, 2015).

La Constitución de 1917 representó en sí misma una gran aportación al constitucionalismo moderno, al ser punta de lanza en el desarrollo del Estado de derecho social (Ortega Soriano, 2017, p. 43); no obstante, durante sus primeros años, más que representar una norma jurídica, se le consideró un programa político (Vasconcelos Méndez, 2010, p. 352). De esta forma, entre 1950 y 1989 se dieron cuestionamientos sobre la viabilidad de tal programa, sobre todo, una gran inconformidad social tanto con las instituciones como con la desigualdad social imperante de aquel tiempo (González y Caballero Juárez, 2002, pp. 84 y 85). Esto llevó a incentivar la participación política de la sociedad y abrió paulatinamente la puerta para modificar constitucionalmente la competencia de los poderes, especialmente el poder judicial (González y Caballero Juárez, 2002, pp. 88 y 89).

Algunas reformas importantes fueron: la reforma de 1953, que estableció el voto a las mujeres; la de 1977, que abrió la puerta al modelo pluripartidista; la de 1986, que permitió las coaliciones; la de 1989, que estableció el llamado COFIPE y creó el IFE (Reformas Constitucionales, 2021). Todas estas reformas junto a otras más fueron debilitando gradualmente la lógica de *partido hegemónico* (Solís Delgadillo y Barrientos del Monte, 2017, pp. 519 y ss.) y el *hiperpresidencialismo* (Krieger, 1994, pp. 19 y ss.) mexicanos, lo que fortaleció el marco constitucional, los procesos y la vida democráticos del país.

Bajo ese contexto, si se toman en cuenta los puntos principales de constitucionalización que señalé en líneas anteriores, la reforma constitucional de 1994 —reforma judicial— se presentó como un punto de inflexión para la construcción de un diseño institucional de Estado constitucional en el país (González y Caballero Juárez, pp. 88 y 89), ya que estableció puntos esenciales como: (1) entender a la Constitución como una norma jurídica y no como un programa político (Vasconcelos Méndez, 2010, p. 352); (2) dar una protección judicial más efectiva a los derechos y las libertades, y (3) privilegiar los arreglos institucionales sobre los políticos en el sistema jurídico,<sup>34</sup> pues la Suprema Corte de Justicia de la Nación evolucionó de un tribunal supremo a un verdadero tribunal constitucional (Vasconcelos Méndez, 2010, pp. 354 y 355).

---

<sup>34</sup> En ese sentido, que desde el diseño institucional se dé una distinción entre decisiones políticas tomadas por la propia comunidad política —*the people*— y las tomadas por el gobierno —dualismo constitucional—, por tanto, un tamiz para estas últimas (Ackerman y Rosenkrantz, 1991, pp. 16-17).

Aunado a lo anterior, en el año 2011 la consolidación de un paradigma constitucional se robustecería en gran medida a causa de dos hechos importantes, el primero, la resolución del *expediente varios 912/2010* por parte de la Corte y, el segundo, las reformas constitucionales en materia de amparo —6 de junio—<sup>35</sup> y en derechos humanos —10 de junio—. <sup>36</sup> Ambos sucesos establecieron los siguientes puntos importantes: (1) que los jueces nacionales tendrían que aplicar los derechos humanos de la Constitución y los tratados internacionales, así como los criterios interpretativos del poder judicial federal, la Corte y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con la finalidad de aplicar el derecho o la interpretación más favorable a la persona —principio *pro persona*— (Expediente 912/2010); (2) la obligación de todos los jueces nacionales de hacer un control constitucional y convencional *diffuso* y *ex officio*;<sup>37</sup> (3) los derechos humanos como objeto de tutela del juicio de amparo, así como la ampliación de tutela contra normas, actos u omisiones; (4) la introducción del interés legítimo para la protección de derechos difusos, y (5) la posibilidad de una declaratoria general de inconstitucionalidad en los juicios de amparo en revisión ante la Corte.

En este punto, se puede afirmar que ya desde aquel tiempo existía, por lo menos, un diseño institucional de Estado constitucional en el sistema mexicano, lo que se complementó aún más con la reciente reforma judicial de 2021, en donde se establecieron puntos trascendentes para la Corte y, en general, para el Poder Judicial federal (Villanueva Mendoza, 2021, pp. 14-23), por ejemplo, la facultad de la Corte para producir jurisprudencia mediante precedentes. Al final, el Estado constitucional, como categoría de análisis e ideal regulativo, representa una proposición de constante realización, pero es incuestionable que la Constitución de 1917 ha adquirido cierta fuerza normativa, que la Corte ha tenido un papel trascendental en la protección de los derechos y las libertades de las y los mexicanos, y que el control constitucional ha maximizado su dinámica con consecuencias en el ámbito

---

<sup>35</sup> De hecho, no sería sino hasta el año 2013 que se expediría la nueva Ley de Amparo, lo que implicó también la modificación de cinco leyes secundarias para poder dar cauce a esta reforma.

<sup>36</sup> Estos acontecimientos en conjunto definieron, por una parte, el alcance de una sentencia internacional y, por la otra, el de las propias reformas (García Ramírez y Toro Huerta, 2011, pp. 206-207).

<sup>37</sup> Los cuales podrían sintetizarse en un modelo de interpretación conforme y una función normativa de las sentencias y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cossio Díaz, 2013, pp. 18 y ss.).

institucional, político y social del país. No obstante, conviene analizar cómo se ha desarrollado este control frente al abuso del poder público.

## 2. Control y abuso del poder público en el sistema mexicano

La mayoría de las Constituciones contemporáneas advierten distintos medios de control del poder público,<sup>38</sup> y la Constitución de 1917 sigue esta lógica al contemplar: (1) controles políticos, como la declaración de procedencia o el juicio político; (2) controles técnicos-especializados, como las recomendaciones de la CNDH, las resoluciones del INAI y los informes de resultados de la ASF,<sup>39</sup> y (3) controles jurisdiccionales, como el amparo, las acciones de inconstitucionalidad o las controversias constitucionales.<sup>40</sup> Estos últimos, en mi opinión, son la expresión más clara de la racionalidad jurídica del modelo constitucional mexicano, pues en el fondo entrañan la supremacía y la rigidez constitucionales, a la vez que la tesis de que las reglas jurídicas deben imponerse a la política.

En ese sentido, a partir de 1995 las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad tuvieron un incremento en su promoción,<sup>41</sup> por su parte, los juicios de amparo en revisión que llegaban a la Corte man-

---

<sup>38</sup> De hecho, desde una perspectiva histórica, Carl Schmitt (1931) ya hablaba de medios, instrumentos e instituciones que el propio constituyente había plasmado en la Constitución para mantener a los poderes políticos dentro de sus límites.

<sup>39</sup> Tanto el juicio político como la declaración de procedencia se encuentran reguladas en el Título Cuarto, en los artículos 108 a 112 de la Constitución mexicana. En este mismo Título, pero en los artículos 113 y 114, también se encuentra un control técnico-especializado, esto es, el Sistema Nacional Anticorrupción del cual también forma parte la ASF. Por su parte, la mayoría de los organismos constitucionales autónomos que contempla la Constitución cumplen una función de control del poder público, pero desde un ámbito especializado-técnico y multinivel, pues las entidades federativas cuentan también con organismo locales, por ejemplo, las comisiones de derechos humanos de las entidades federativas y Ciudad de México.

<sup>40</sup> Por supuesto, dentro del control jurisdiccional en el sistema mexicano también se encuentran, la función especializada en materia electoral que cumple el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación —artículo 99 constitucional—. Asimismo, en la actualidad todos los jueces mexicanos pueden realizar un control *ex officio* y *difuso* de constitucionalidad y convencionalidad.

<sup>41</sup> Por ejemplo, en el caso de las controversias constitucionales, de 1995 al 2015 se pasó de 19 asuntos por año a un promedio de 120, por su parte, en las acciones de inconstitucionalidad, se pasó de 1 asunto por año a un promedio de 100 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.a).



tuvieron una media de 1500 por año.<sup>42</sup> Lo cual refleja, por un lado, una transición de arreglos políticos a unos institucionales y, por el otro, una defensa de los derechos y las libertades fundamentales frente a los abusos del poder público; en ambos casos son rasgos esenciales de un Estado constitucional.

Por tanto, el papel de la Corte ha sido fundamental, pues a *golpe de jurisprudencia*<sup>43</sup> ha desarrollado una política judicial y una doctrina constitucional propia que inciden en distintos ámbitos del Estado,<sup>44</sup> lo cual ha ayudado a concretar derechos en la realidad social. En contraste, no se puede soslayar que ha habido un sinnúmero de abusos del poder público en la época contemporánea del país, como pueden ser las desapariciones forzadas, la represión, el uso indebido de la fuerza pública, las violaciones a derechos y libertades, entre otros. Cabe destacar que estos abusos no son exclusivos de alguna fuerza o partido político, sino que representan una expresión del poder público que atienden a variaciones de grado. Precisamente, dentro de ese contexto adverso es donde se puede destacar aún más el papel de la Corte como tribunal constitucional.

Sólo por citar algunos ejemplos: el amparo en revisión 2676/2003 (Amparo 2676/2003), en el cual la Corte garantizó la libertad de expresión de una persona para decir y expresar su punto de vista sobre los símbolos patrios, sin que por ello pudiera ser perseguido ni sancionado; o las acciones de inconstitucionalidad 146 y su acumulada 147 del año 2007 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2007), que despenalizaron el aborto antes de las 12 semanas de gestación en Ciudad de México, lo que abrió la puerta para garantizar el derecho al aborto en todo el país. Esta actitud de la Corte ha permeado a la actuación de los jueces del país, sobre todo los federales, pues en fechas más recientes y frente a decisiones controvertidas del poder, el control constitucional ha sido una salvaguarda y un tamiz para este último.

---

<sup>42</sup> Este número se refiere solo a los juicios de amparo en revisión que resuelve la Corte, pues el número que resuelve el Poder Judicial federal a nivel nacional es mucho mayor (Suprema Corte de Justicia de la Nación, s.f.b).

<sup>43</sup> Resoluciones e investigaciones como Aguas Blancas, que significaron la transformación del derecho a la información como una garantía individual; la interpretación sobre la imprescriptibilidad de los delitos de desaparición forzada; la no discriminación de los militares contagiados con el VIH; la inconstitucionalidad del Reglamento de energía eléctrica, en contra de la posición del Ejecutivo Federal, lo cual hubiera sido simplemente inconcebible años atrás. Al final, estos fueron los cimientos del Estado constitucional forjados a través de la interpretación judicial (Nieto Castillo, 2014, p. 22).

<sup>44</sup> Aquí se vería reforzada la premisa de la *fuerza normativa de la constitución*, es decir, que la Constitución se de en un plano normativo, fáctico y axiológico (Sagüés, 2016, p. 19).

Por ejemplo: la judicialización mediante amparos en contra de la cancelación del aeropuerto de Texcoco, debido a que esta representó la rescisión de contratos a un sinnúmero de inversionistas; la lluvia de amparos y algunas suspensiones a la llamada Ley de hidrocarburos que permitía al gobierno suspender permisos ya otorgados a empresas privadas en el mercado de combustibles; o los diversos amparos promovidos en contra de la construcción y el desarrollo del proyecto del Tren Maya, entre otros. Lo que es destacable de estos ejemplos, más allá de lo polémico de los temas o, incluso, si se está o no de acuerdo con ellos, es que el control constitucional ha representado un medio que sirve para cuestionar y revisar posibles abusos del poder público, en otras palabras, una transición de una racionalidad política a una jurídica en el sistema mexicano.

### *3. La reforma constitucional en México*

No hay duda de que la reforma constitucional en México ha estado marcada por su gran número, la cifra de más de 748 artículos reformados de la Constitución de 1917 rebasa,<sup>45</sup> por mucho, todas las reformas hechas a las cuatro Constituciones vigentes más antiguas, es decir, la inglesa de 1215, la estadounidense de 1789, la noruega de 1814 y la belga de 1831;<sup>46</sup> que juntas suman 187 reformas. Por su parte, a nivel latinoamericano y tomando en cuenta el periodo de los últimos 30 años, el texto mexicano sería el más reformado de los de la región, con la cifra de 484 artículos modificados.<sup>47</sup> Finalmente, ya en el ámbito nacional, del año 1934 al año 2018 —14 periodos presidenciales—: sólo un periodo tuvo 2 artículos reformados; cinco periodos con más de 10 y menos de 30 artículos; mientras que seis periodos tuvie-

---

<sup>45</sup> Esta cifra no contiene los artículos transitorios que, en estricto sentido, también forman parte del texto constitucional mexicano (Cámara de Diputados, 2021a).

<sup>46</sup> Para el caso: las reformas a las cartas fundamentales que integrarían el disperso texto fundamental inglés sumarían un total de 75; las enmiendas a la Constitución federal norteamericana sumarían 27; las reformas a la carta fundamental noruega sumarían 53; y las enmiendas al texto fundamental de Bélgica sumarían 32 (Comparative Constitutions Project, s.f.).

<sup>47</sup> En ese sentido, el periodo de los últimos 30 años responde a que la mayoría de las constituciones latinoamericanas son de expedición reciente, a causa del contexto que se vivió en varios de los países de la región, es decir, que atravesaron periodos de regímenes autoritarios o dictaduras. Por ejemplo, el texto colombiano tendría 57 artículos reformados, el de Brasil 28 artículos, el de Chile 23 artículos —hasta antes de votar por una nueva Constitución— y Costa Rica con 16 artículos (Comparative Constitutions Project, s.f. y Secretaría del Senado de Colombia, s.f.).

ron más de 30 y menos de 100 artículos, y los últimos dos periodos con más de 100 artículos reformados (Cámara de Diputados, 2021b). Este gran número de reformas demuestra, más allá del análisis y el contexto de cada una, que el proceso en sí mismo no es del todo rígido.<sup>48</sup>

Como ya se había mencionado, la Constitución de 1917 se identificó con el proyecto político de los gobiernos de aquella época, pues las reformas que experimentó se pueden explicar, en gran parte, por los fenómenos del *hiperpresidencialismo* y la lógica de *partido hegemónico* (Carpizo, 2001, pp. 71-99), ya que cuando la orientación del proyecto político se alejaba del contenido constitucional, entonces se procedía a reformar la Constitución (González y Caballero Juárez, 2002, p. 75). Cuestión que se lograba de manera relativamente fácil, pues en cada periodo presidencial se contaba con la mayoría calificada en el Congreso y la mayoría de las legislaturas locales, lo que hizo de la reforma una práctica política, por no decir un mero trámite (Carpizo, 2011, p. 578). Sin embargo, aun cuando varias de las condiciones y el contexto —político, jurídico y social— de aquel tiempo se fueron perdiendo en los años posteriores, el número de reformas no disminuyó, sino aumentó aún más (Carpizo, 2011, p. 579).

En ese sentido, a partir del año 2000, con la primera presidencia de oposición,<sup>49</sup> ha habido condiciones institucionales, democráticas y un pluralismo político que supondrían una desaceleración del *hiperreformismo*.<sup>50</sup> Lo anterior se puede ver, por ejemplo, en la composición del Congreso de la Unión de los últimos tres periodos, que se ha caracterizado por un pluralismo partidista mayormente,<sup>51</sup> y en donde la propia dinámica de las fuerzas

---

<sup>48</sup> En términos institucionales, el proceso de reforma constitucional en el artículo 135 de la Constitución de 1917 se consideraría un proceso agravado —rígido—, ya que es diferente del proceso legislativo y requiere de mayorías calificadas en ambas cámaras del Congreso de la Unión, así como una mayoría simple de las entidades federativas, por supuesto, con las reglas específicas que establezcan cada una de estas últimas en sus congresos para las reformas constitucionales.

<sup>49</sup> Me refiero a que Vicente Fox Quesada, del Partido Acción Nacional, fue el primer presidente en la historia contemporánea de México que no pertenecía al Partido Revolucionario Institucional.

<sup>50</sup> Hay que dejar claro que el fenómeno del *hiperreformismo* es un concepto neutral que únicamente desvela que el texto mexicano se reforma mucho —análisis cuantitativo—, pues algunas de las reformas han significado una mejora o complementación al orden constitucional y al régimen democrático —lo que exigiría un análisis cualitativo de cada reforma— (Pou Giménez y Pozas-Loyo, 2019, p. 243).

<sup>51</sup> Para el caso, tres distintas fuerzas políticas y sus ideologías —de derecha, centro e

políticas y el proceso agravado de reforma constitucional tendrían que apoyar la hipótesis de una disminución en el número de reformas. No obstante, del año 2006 hasta lo que va de este periodo presidencial, se han reformado 320 artículos constitucionales, o sea, casi la mitad de todas las reformas a la Constitución de 1917.

Consecuentemente, el gran número de reformas a lo largo de la historia de la Constitución de 1917 muestra, por una parte, que el proceso de reforma no es tan rígido como se piensa y, por la otra, que cabe la posibilidad de que entre tantas reformas haya o se den algunas que representen un abuso del poder público. Por supuesto, es necesario analizar más detalladamente esta proposición, pues no se puede dejar de lado el respaldo institucional que precede a una reforma constitucional.

#### IV. ¿PUEDE LA REFORMA CONSTITUCIONAL CONSIDERARSE COMO UN ABUSO DEL PODER PÚBLICO?

##### *1. La reforma constitucional como un abuso del poder público*

Antes de ofrecer razones para considerar que las reformas constitucionales pueden representar un abuso del poder público, resulta preciso señalar tres tipos de reformas, esto es, las necesarias, innecesarias e inconsistentes.<sup>52</sup> Esta clasificación atiende a su efecto en el texto constitucional, pues la primera tipología se funda en una exigencia de complementar o mejorar al texto, la segunda en que el efecto de estas será inocuo para la Constitución, y las últimas en que, en algún sentido, serán incoherentes con otras normas constitucionales.

De esta forma, el trabajo se enfoca únicamente a las reformas de tipo inconsistente, pues aborda en parte la pregunta incómoda del derecho constitucional contemporáneo, es decir, ¿si puede haber una reforma constitucional que sea inconstitucional? En este sentido, para considerar una reforma

---

izquierda— han gobernado el país, lo cual ha resultado en conformaciones de congresos políticamente más pluralistas a un nivel federal y local.

<sup>52</sup> Por ejemplo, las reformas necesarias y fundamentales que ya se han mencionado y que sirvieron para la transición a un modelo constitucional y, por su parte, las reformas innecesarias que no serían arbitrarias como las publicadas el 17 de mayo de 2021, que sustituyeron la denominación constitucional de Veracruz y Michoacán, por la de Veracruz de Ignacio de la Llave y Michoacán de Ocampo respectivamente.

arbitraria o, inclusive, inconstitucional es necesario cambiar la forma en que comprendemos la validez de esta, pues en la actualidad no se puede razonar a partir de una validez únicamente formal (Albert et al., 2022, p. 9) sino analizarla desde sus condiciones procedimentales y su contenido sustancial; lo que nos conduce al análisis de sus consecuencias también.

Por otra parte, es imprescindible entender que la naturaleza de las formas constitucionales es la de ser expresiones del poder público, pues si partimos del razonamiento de que cualquier manifestación de este poder puede tornarse arbitraria, entonces, en gran medida podríamos aceptar la tesis que se propone, es decir, que una reforma puede ser arbitraria y representar un abuso del poder.

El análisis de lo anterior se delimitará al proceso de reforma del sistema jurídico mexicano, y hay que comenzar señalando que este proceso representa un mecanismo institucional que envuelve, quizá, la expresión soberana del Estado más amplia, ya que puede modificar o adicionar a la Constitución o, lo que es lo mismo, el parámetro de validez de todo el sistema jurídico del país. De ahí que, el proceso, se haya diseñado institucionalmente de una forma agravada o rígida —diferenciado del proceso legislativo ordinario—. <sup>53</sup> Para el caso, un análisis del proceso desde la perspectiva institucional pasa por la composición del Congreso de la Unión y los gobiernos estatales, por ser variables institucionales que inciden en la reforma al contenido constitucional (Cámara de Diputados, 2021c; Senado de la República, s.f.). <sup>54</sup> Por consiguiente, me enfocaré en la composición mencionada de los últimos tres periodos presidenciales, en donde me parece ha habido un pluralismo político o, por lo menos, partidista en su integración.

---

<sup>53</sup> En este trabajo me alejo de considerar que el artículo 135 constitucional establezca o instituya un poder constituido o algo parecido —*poder reformador, poder constituyente permanente, constituyente derivado, poder revisor de la Constitución*—, debido a que, lo que instituye el artículo 135, es únicamente un proceso constitucional en el cual participan poderes constituidos —el Congreso de la Unión y las legislaturas locales—, lo cual no significa que ejerzan poder público de manera permanente, sino más bien una decisión como expresión de este poder, lo que, desde mi punto de vista, entraña un problema de representatividad, es decir, ¿este poder realmente puede representar la soberanía nacional para decidir si se modifica o adiciona la Constitución?

<sup>54</sup> En cuanto a las gubernaturas, ha sido trascendente la pluralidad que las ha caracterizado, al mismo tiempo que se ha dado una reconfiguración en el mapa partidista del país, véanse respectivamente Solís Delgadillo (2020, p. 86) y Solano Ramírez y Juárez Romero (2021, pp. 21-55).

Por una parte, las legislaturas del periodo presidencial del año 2006 al año 2012 tuvieron una composición equilibrada en ambas cámaras, por ejemplo, en la legislatura LXI en la Cámara de Diputados el PRI tuvo 242 diputados y diputadas, el PAN 142 y el PRD 63, mientras que, en el Senado, el PAN tuvo 52 senadores y senadoras, el PRI 33 y el PRD 26. En cuanto a las gubernaturas, el PRI gobernó 18-19 estados, mientras que el PAN 7-8 estados, el PRD 4-6 estados y MC 1 estado.<sup>55</sup>

Por su parte, las legislaturas del periodo presidencial del año 2012 al año 2018, si bien no tuvieron una composición tan equilibrada como las anteriores, lo cierto es que el partido gobernante no tuvo una mayoría clara frente a los partidos de oposición. En la legislatura LXIII de la Cámara de Diputados el PRI tuvo 202 diputados y diputadas, el PAN 107, el PRD 51 y MORENA 50, mientras que, en el Senado, el PRI tuvo 55 senadores y senadoras, el PAN 34, PT 19 y PRD 7. En cuanto a las gubernaturas, el PRI gobernó 12-20 estados, mientras que el PAN 6-11 estados, el PRD 4-5 estados y con 1 estado MC, PVEM y un independiente.

Finalmente, la primera legislatura del actual periodo presidencial sí presentó un cambio fundamental en el equilibrio partidista, pues el partido gobernante tuvo una mayoría muy clara en ambas cámaras. En la legislatura LXIV de la Cámara de Diputados MORENA tuvo 252 diputados y diputadas, el PAN 79, el PRI 49 y PT 44, mientras que, en el Senado, MORENA tuvo 60 senadores y senadoras, el PAN 25, PRI 14 y MC 8. En cuanto a las gubernaturas, el PRI gobernó 12 estados, mientras que el PAN 9-11 estados, el PRD 2 estados y con 1 estado MC y un independiente. Cabe destacar que si bien en la legislatura LXIV, MORENA tuvo una mayoría cómoda en el Congreso de la Unión —ambas cámaras— para aprobar reformas constitucionales, en las legislaturas locales sólo tuvo mayoría absoluta en siete congresos locales (Centro de Investigación en Política Pública, 2021).

De lo analizado, podemos señalar que los dos primeros periodos presidenciales tuvieron una composición equilibrada, pero el último, al menos en el inicio del gobierno, sí presentó una inclinación al partido en el poder. No obstante, tal inclinación no tuvo un reflejo desbordado en el número de reformas, ya que durante los primeros tres años se reformaron 55 artículos constitucionales, frente a 67 y 48 artículos de los dos periodos presidencia-

---

<sup>55</sup> Los números en las gubernaturas presentan intervalos debido a que durante los sexenios hubo transiciones en algunos estados, por tanto, el número de estas al inicio del sexenio fue diferente del número final en cada sexenio.

les anteriores inmediatos (Cámara de Diputados, 2021d); cabe mencionar que lo anterior no es demostrativo por sí solo de una aceleración del *hiperreformismo*, aunque sí de una continuidad de este. Entonces, me interesa resaltar cómo las variables institucionales —la composición del Congreso de la Unión y los gobiernos estatales— bajo una coyuntura política pueden generar reformas constitucionales arbitrarias, esto, al margen de la ideología política —partido en el poder o mayoría en representación popular—. Lo anterior se traduce en un déficit institucional y funcional del modelo constitucional, pues, al no evitar que la racionalidad política determine el proceso de reforma constitucional, en parte reconduce a que la racionalidad política esté por encima de la jurídica.

Por supuesto, no se deja de lado que existen diferentes factores que impulsan a una reforma constitucional, llamémosle distintas racionalidades, pero, al final, el más determinante será una decisión política que puede ser consensada, razonada o simplemente estratégica. Me parece que en las decisiones consensadas y razonadas es más difícil que se dé una reforma arbitraria —aunque podría suceder—, por el contrario, en aquellas bajo condiciones *políticamente estratégicas*, es decir, precedidas de coyunturas políticas o bajo acuerdos o arreglos partidistas es más fácil que se den reformas con una arbitrariedad en su contenido y resultados.

Bajo ese contexto y tomando en cuenta que la reforma constitucional no tiene un control o límite jurídico, podemos afirmar que el contenido y sus consecuencias en gran parte dependen de la madurez o la voluntad democrática de los actores políticos. En paralelo, no podemos soslayar el sustento institucional de la reforma que, a primera vista, parece razonable y lógico que no esté sujeta a ningún poder constituido (Carpizo, 2009, pp. 741-746); sin embargo, bajo el sistema y las condiciones actuales este argumento se torna débil.<sup>56</sup>

---

<sup>56</sup> En algún sentido, la reforma tiene la función de ser un límite a la decisión de una magistratura constitucional como órgano de cierre del sistema, por ejemplo, en el sistema jurídico norteamericano a lo largo de su historia han habido cinco casos en donde su Corte Suprema sustentó precedentes importantes que después fueron revertidos mediante enmiendas —reformas— constitucionales: en 1793 *Chisholm v. Georgia*, donde se sostuvo que los estados de la unión no tenían inmunidad soberana frente a demandas civiles, y que se revirtió con la onceava enmienda en 1795; en 1857 *Dread Scott v. Sanford*, donde se sostuvo que los esclavos afroamericanos no tenían derechos constitucionales al no tener la calidad de ciudadanos, y que se revirtió con la décimo cuarta enmienda en 1868; en 1895 *Pollock v. Farmers' Loan & Trust Co.*, donde se sostuvo que el Congreso no podía imponer impuestos en los estados, y que se revirtió con la décimo sexta enmienda en 1913; en 1875 *Minor v. Happersett*, donde

En este punto, resulta importante recordar lo que describimos por arbitrariedad en el Estado constitucional, en específico, que esta puede darse de manera bidimensional, en otras palabras, que puede haber tanto una desviación como una falta de control del poder público. En el caso de la reforma constitucional, la arbitrariedad se daría en estas dos dimensiones, primero, en su uso para un propósito meramente político-estratégico —partidista o ideológico— y, segundo, por la falta de control de su contenido sustancial y sus resultados, porque el control constitucional únicamente revisa las formalidades de su proceso.<sup>57</sup>

Por otra parte, también es destacable que la falta de control constitucional de una reforma presumiría su posible arbitrariedad, porque este control es una de las expresiones más claras de la racionalidad jurídica del modelo constitucional por su función de inhibir la arbitrariedad, pero al restringir su efecto frente al proceso de reforma, lo cierto es que su eficacia como medio de control constitucional se anula.<sup>58</sup>

Para el caso, en el sistema mexicano no se puede analizar sustantivamente el contenido de una reforma a través del control constitucional, menos invalidarla por ser arbitraria o representar un abuso de poder, por tanto, la posibilidad de reformas arbitrarias emanadas de decisiones políticas estratégicas no sólo se presume, sino que ha ocurrido en distintas ocasiones. De esta forma, pretendemos mediante un modelo de análisis estudiar algunas

---

se sostuvo que los estados podían legalmente prohibir a las mujeres el derecho a votar, y que se revirtió con la décimo novena enmienda en 1920; en 1970 *Oregon v. Mitchell*, donde se sostuvo que el Congreso no podía fijar la edad para votar en los estados, y que se revirtió con la vigésima sexta enmienda en 1971.

<sup>57</sup> En esencia, en la acción de inconstitucionalidad 168 y su acumulada 169 de 2007, la Corte señaló que las reformas constitucionales no pueden ser objeto de tutela de algún medio de control constitucional, ya que en la Constitución no existe tal atribución a la Corte, por ende, esta no podía extralimitarse en sus límites o facultades.

<sup>58</sup> Esto se percibe en que no todos los sistemas jurídicos contemplan una facultad de control constitucional sustantivo de las reformas para sus jueces constitucionales, de hecho, tal facultad ha sido creada precisamente vía jurisprudencial, lo que la hace aún más controvertida, ya que, por una parte, el control constitucional de las reformas a la Constitución implica el reconocimiento de que existen cláusulas pétreas o intangibles en el texto, y tal reconocimiento puede estar expreso en el texto o darse vía interpretación, este último es problemático en sí mismo, pues redundante en que los jueces constitucionales deciden tal cuestión y, por otra parte, aun existiendo las cláusulas expresas subsiste la pregunta de, ¿si los jueces constitucionales pueden decidir sobre la expresión de soberanía popular más grande que se tiene en un sistema? En otras palabras, si una magistratura constitucional puede estar por encima del llamado poder reformador de la Constitución.



de estas reformas, en concreto, algunas condiciones que les dieron origen y el carácter de arbitrarias.

Por supuesto, de una vez hay que señalar que el trabajo no propone que el control constitucional deba analizar sustantivamente las reformas constitucionales para inhibir su arbitrariedad, pues tal proposición requeriría de un análisis conceptual, ontológico y normativo, en otras palabras, un trabajo más amplio que reformule conceptos como el de poder reformador y soberanía nacional. En este caso, mi pretensión es más modesta, ya que sólo señalaré algunas características que se pueden encontrar en reformas arbitrarias para ofrecer algunas líneas de estudio a desarrollar en investigaciones más complejas.

## *2. Modelo de análisis*

El modelo analiza cuatro reformas constitucionales que representaron un abuso del poder público, así como una iniciativa que, a pesar de no haberse concretado, se dio a través de una vía de cambio constitucional informal, lo que resulta importante para futuras líneas de investigación a desarrollar. El modelo trabaja con tres condiciones, esto es, políticas, sociales y de arbitrariedad, en donde las dos primeras consideran el contexto político y social en el que se dio la reforma, mientras que la última se enfoca en señalar la desviación o la falta de control que, al final, resulta en una aplicación arbitraria del derecho. Asimismo, el modelo analiza las consecuencias arbitrarias que resultarían en violaciones a derechos y libertades fundamentales.

| Reforma y año  | Condiciones políticas                                                                                                                                                                                                     | Condiciones sociales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Condiciones de arbitrariedad                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Consecuencias del abuso del poder público                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
|----------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Arraigo (2008) | <p>Cámara de Diputados: 242 diputados del PRI, 142 del PAN y 63 del PRD</p> <p>Cámara de Senadores: 52 senadores del PAN, 33 del PRI y 26 del PRD</p> <p>Gubernaturas: 18 gubernaturas del PRI, 8 del PAN y 6 del PRD</p> | <p>-Un contexto de inseguridad y violencia en el país</p> <p>-Una división entre apoyar o rechazar a la llamada política pública “guerra contra la delincuencia organizada”</p> <p>-Una percepción negativa de las personas hacia las autoridades procuradoras de justicia y los agentes del orden, principalmente por los abusos en las prácticas de tortura, las confesiones forzadas y la impunidad.</p> | <p>-La reforma al párrafo siete del artículo 16 constitucional de 2008, que <i>constitucionalizó</i> el arraigo para evitar el control constitucional, pues la Corte, antes de esta reforma, ya lo había declarado inconstitucional. Lo que resulta en una <i>ausencia de control del poder que viola derechos fundamentales</i></p> | <p>Directas:</p> <p>-La figura del arraigo constituye una violación a la libertad personal y la presunción de inocencia</p> <p>Indirectas:</p> <p>-el arraigo constituye, por sí mismo, un incumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado mexicano en materia de derechos humanos, de hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya la ha declarado inconvencional</p> |

| Reforma y año               | Condiciones políticas                                                                                                                                                                                                     | Condiciones sociales                                                                                                                                                                                                                                                                         | Condiciones de arbitrariedad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          | Consecuencias del abuso del poder público                                                                                  |
|-----------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Extinción de dominio (2008) | <p>Cámara de Diputados: 242 diputados del PRI, 142 del PAN y 63 del PRD</p> <p>Cámara de Senadores: 52 senadores del PAN, 33 del PRI y 26 del PRD</p> <p>Gubernaturas: 18 gubernaturas del PRI, 8 del PAN y 6 del PRD</p> | <p>-Un contexto de inseguridad y violencia en el país</p> <p>-Una división entre apoyar o rechazar a la llamada política pública “guerra contra la delincuencia organizada”</p> <p>-Desconocimiento en la sociedad a la figura de la extinción de dominio y sus consecuencias y alcances</p> | <p>-La reforma al párrafo segundo del artículo 22 constitucional de 18 de junio de 2008, que introdujo en la Constitución la figura de la extinción de dominio, al igual que su proceso. La figura en sí representa <i>una aplicación arbitraria del derecho</i>, y aunque el proceso de desarrollo de esta sí admite un control constitucional, lo cierto es que actúa como una medida reparadora, es decir, cuando ya se han violado los derechos de las personas (<i>un control posterior</i>)</p> | <p>Directas:</p> <p>-Viola la seguridad jurídica, la presunción de inocencia y la propiedad privada</p> <p>Indirectas:</p> |

| Reforma y año           | Condiciones políticas                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Condiciones sociales                                                                                                                                                                                                            | Condiciones de arbitrariedad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      | Consecuencias del abuso del poder público                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
|-------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Guardia nacional (2019) | <p>Cámara de Diputados:</p> <p>252 diputados de MORENA, 79 del PAN, 49 del PRI y 44 del PT</p> <p>Cámara de Senadores:</p> <p>60 senadores de MORENA, 25 del PAN, 14 del PRI y 8 de MC</p> <p>Gubernaturas:</p> <p>12 gubernaturas del PRI, 11 del PAN, 4 de MORENA, 2 del PRD, 1 de MC, 1 de PES y 1 independiente</p> | -Una percepción negativa de que las fuerzas militares realicen tareas de seguridad pública, al mismo tiempo que las condiciones de inseguridad y violencia en algunas partes del país de facto exigen la presencia del ejército | -Reforma al párrafo décimo del artículo 21 constitucional, el cual delega las funciones de seguridad pública a la guardia nacional, y a esta última se le da el carácter de autoridad civil. Aquí, más que una aplicación arbitraria del derecho es un uso faccioso del mismo, pues la guardia nacional en realidad esconde la permanencia de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública | <p>Directas:</p> <p>-La actuación de la guardia nacional, al igual que sucedía con el ejército, viola distintos derechos, como la integridad física, la vida, la libertad personal, entre otras. Asimismo, hay una violación a la prohibición del artículo 129 constitucional, para que, en tiempos de paz, ninguna autoridad realice funciones distintas a la disciplina militar</p> <p>Indirectas:</p> <p>-De facto las fuerzas armadas, disfrazadas de guardia nacional, siguen encargándose de labores de seguridad pública</p> |

| Reforma y año                      | Condiciones políticas                                                                                                                                                                                                                                                                                                   | Condiciones sociales                                                                                                                                                                                                                                                                                  | Condiciones de arbitrariedad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     | Consecuencias del abuso del poder público                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Prisión preventiva oficiosa (2019) | <p>Cámara de Diputados:</p> <p>252 diputados de MORENA, 79 del PAN, 49 del PRI y 44 del PT</p> <p>Cámara de senadores:</p> <p>60 senadores de MORENA, 25 del PAN, 14 del PRI y 8 de MC</p> <p>Gubernaturas:</p> <p>12 gubernaturas del PRI, 11 del PAN, 4 de MORENA, 2 del PRD, 1 de MC, 1 de PES y 1 independiente</p> | <p>-Un contexto de inseguridad y violencia que persiste en el país</p> <p>-Una división entre apoyar o rechazar la continuidad de este tipo de medidas para enfrentar a la delincuencia</p> <p>-Desconocimiento de la sociedad sobre el alcance y consecuencias de la prisión preventiva oficiosa</p> | <p>-La inclusión de la figura en 2008 y la posterior reforma al párrafo segundo del artículo 19 constitucional en 2019, que aumentó el catálogo de delitos para aplicar la prisión preventiva oficiosa, pues la Corte, en su momento, cuando la figura estaba en la legislación secundaria, ya la había declarado inconstitucional y, posteriormente, en 2019, analiza en parte su constitucionalidad; sin embargo, no declaró el párrafo como inconstitucional. Lo que resulta en una <i>ausencia de control del poder que viola derechos fundamentales</i></p> | <p>Directas:</p> <p>-La figura de la prisión preventiva oficiosa constituye una violación a la libertad personal y la presunción de inocencia</p> <p>Indirectas:</p> <p>-la prisión preventiva oficiosa constituye, por sí misma, un incumplimiento a las obligaciones internacionales del Estado mexicano en materia de derechos humanos, de hecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ya la ha declarado inconvencional</p> |

| Reforma y año            | Condiciones políticas                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               | Condiciones sociales                                                           | Condiciones de arbitrariedad                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        | Consecuencias del abuso del poder público                                                                                                                                                                                                                             |
|--------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Reforma eléctrica (2022) | <p>Cámara de Diputados:</p> <p>200 diputados de MORENA, 114 del PAN, 70 del PRI, 40 del PVEM, 36 del PT, 25 de MC y 15 del PRD</p> <p>Cámara de Senadores:</p> <p>60 senadores de MORENA, 22 del PAN, 13 del PRI, 10 de MC, 6 del PVEM, 5 del PT, 4 del PES y 3 del PRD</p> <p>Gubernaturas:</p> <p>16 gubernaturas de MORENA, 7 del PAN, 4 del PRI, 2 de MC, 1 del PRD, 1 del PES y 1 del PVEM</p> | -Una polarización social muy fuerte entre una ideología de izquierda y derecha | -Se pretendía una reforma constitucional para limitar la participación privada en el sector energético, el cual ya estaba permitido constitucionalmente. De haber pasado esta reforma hubiese implicado una afectación a distintas empresas extranjeras que ya han invertido su capital en el sector, por ende, una <i>aplicación arbitraria del derecho</i> , en el sentido que se estaría poniendo por encima de una racionalidad jurídica una ideología política | <p>Directas:</p> <p>-De haberse aprobado, nuevamente se hubiera violado el principio de seguridad jurídica, la libertad de empresa, la garantía de audiencia y el debido proceso</p> <p>Indirectas:</p> <p>-Incertidumbre para la inversión extranjera en el país</p> |

### 3. Algunas consideraciones a lo analizado en el modelo

De manera general el modelo desvela, como ya habíamos adelantado en líneas atrás, que la falta de control constitucional sobre las reformas supone una arbitrariedad, y en los casos que se analizaron se buscó blindar o proteger estas políticas públicas colocándolas en la Constitución, como sucedió de manera muy clara con la figura del arraigo y la prisión preventiva oficiosa. En el último caso, el de la reforma eléctrica que no pudo concretar su *blindaje* mediante la Constitución, lo cierto es que la intención era esa para evitar algún tipo de control constitucional.

Por otra parte, el modelo evidencia que la composición partidista tiene una influencia muy importante para impulsar reformas estratégicamente políticas; sin embargo, la composición no tiene un peso específico por sí misma, pues a pesar de que en las reformas de 2008 y de 2019 esta composición permaneció equilibrada, al final, se impusieron políticas públicas o se les dio una continuidad a través de reformas, por tanto, el uso de la reforma para fines estratégicamente políticos no es exclusivo de algún partido o ideología política, sino más bien se usa como una forma de hacer y blindar una posición política.

Por supuesto, no podemos dejar de señalar que, en la iniciativa de reforma de 2022, la oposición al gobierno en turno sí fue un factor determinante para no aprobar esta. En contraste, esta misma oposición no fue concluyente en bloquear el polémico cambio al artículo quinto transitorio de la reforma de 2019 —guardia nacional—, que extendió hasta 2028 la permanencia de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública (Senado de la República, 2022). Lo que refuerza la tesis de que el uso de las reformas está más supeditado a un contexto de coyuntura política que a una ideología partidista o política, en otras palabras, una reforma constitucional que represente una *inconstitucionalidad sustantiva* manifiesta, como en el caso del arraigo, la prisión preventiva oficiosa y el quinto transitorio dependerá en última instancia del pragmatismo político y no de una ideología o fuerza política particular.<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Hay que tomar en cuenta que, si bien los conceptos de gobierno dividido y sin mayoría, que hacen referencia a una situación en la que la rama ejecutiva y la totalidad o parte de la legislativa están en manos de partidos diferentes, que además producen empates, conflicto, parálisis o, incluso, ingobernabilidad agravados en un sistema presidencial, por la rigidez temporal —ambos poderes en principio son electos por un periodo inamovible—; al final, los arreglos o acuerdos que se den en estas coyunturas tendrían que analizarse por sus resultados,

El modelo demuestra que una reforma constitucional puede aplicar de forma arbitraria el derecho, para el caso, las reformas a pesar de tener un sustento institucional —el proceso de reforma—, su contenido y sus consecuencias representaron una desviación del poder que se materializó en una violación de derechos, incluso, a través de un trato desigual de derechos fundamentales, y esta violación de derechos, al ser parte de una reforma, no tiene límite institucional alguno como podría ser el control judicial. Por ejemplo, en el caso de la prisión preventiva oficiosa, en donde la presunción de inocencia y la libertad personal no sólo son conculcados, sino que también adquieren matices de tratos desiguales, ya que la gran mayoría de las personas a quienes se les han violado estos derechos pertenecen a grupos históricamente discriminados,<sup>60</sup> y fue hasta fechas recientes que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en las condenas al Estado mexicano en los casos *Tzompaxtle Tecpile* y *García Rodríguez*, resolvió que tanto la figura del arraigo como la de la prisión preventiva oficiosa eran inconvencionales.<sup>61</sup>

Ahora bien, en estas reformas también se vio una cierta imposición o aplicación arbitraria del derecho con fines estratégicamente políticos, aquí, es preciso recordar que si bien la definición que dimos sobre la arbitrariedad señala que esta se relaciona con una aplicación arbitraria del derecho que no encuentra justificación o sustento jurídico alguno, en este caso, las reformas sí lo encontrarían; sin embargo, nuevamente es necesario razonar desde la insuficiencia de una legitimidad formal de estas reformas, ya que su contenido y sus efectos no encontrarían tal sustento, incluso, no hallarían una justifica-

---

ya que no todas las reformas que emanen de estos tendrán condiciones arbitrarias o representarían un abuso del poder. Sobre el tema de los gobiernos divididos y sin mayoría (Casar, 2002, pp. 350 y ss.).

<sup>60</sup> La Suprema Corte, en las discusiones de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, analizó la prisión preventiva oficiosa, y esta discusión prácticamente se dio en dos vertientes. La primera, sobre la inconstitucionalidad-inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa y, la segunda, sobre si la Corte tenía facultades para declarar la inconstitucionalidad o la inconvencionalidad de un precepto de la Constitución, al final, la Corte no declaró la inconstitucionalidad del párrafo constitucional que contenía la figura, argumentando que no tenía facultades para hacerlo; sin embargo, en las discusiones del Pleno se señaló cómo la aplicación de la figura en comento representaba un trato desigual para grupos históricamente discriminados (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2022).

<sup>61</sup> De hecho, la Corte Interamericana ordena al Estado mexicano, de forma más clara en el caso *García Rodríguez* en el párrafo 301 de la sentencia, derogar o quitar ambas figuras de la Constitución mexicana (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2022/2023).



ción constitucional, sino más bien se presentarían como incongruentes con la Constitución.

Finalmente, el modelo señala que algunas condiciones sociales en algún sentido sirvieron o favorecieron para el impulso de reformas arbitrarias, por ejemplo, en lo concerniente al arraigo y la prisión preventiva oficiosa, factores como el clima de inseguridad y la violencia que ha atravesado el país contribuyeron a que estas reformas se llevaran a la discusión parlamentaria; no obstante, fue una decisión estratégica política la que las impulsó al final.

## V. CONCLUSIONES Y FUTURAS LÍNEAS DE INVESTIGACIÓN A DESARROLLAR

El Estado constitucional desde su conformación se ha instituido con la premisa de que lo jurídico determine a lo político, por lo cual el control constitucional representa uno de los medios más efectivos para evitar la arbitrariedad en la actualidad, por tanto, es un medio institucional para inhibir o reducir los abusos del poder público. En este sentido, en México se ha construido un modelo constitucional sólido en su diseño institucional, y que aún se encuentra en perfeccionamiento en cuanto a sus posibilidades fácticas. Precisamente, el control constitucional ha sido muy importante para dicha consolidación, pues se ha transitado de un modelo político de solución de conflictos a uno institucional.

El fenómeno del *hiperreformismo* que ha caracterizado a la Constitución de 1917 realmente no tiene una vinculación a una cuestión partidista o ideológica particular, ya que se puede caracterizar como neutral, en el sentido que ha impulsado todo tipo de reformas, es decir, las que consolidan o mejoran el orden constitucional, como la reforma en derechos humanos de 2011 o, en su caso, deterioran este orden, como es el caso del régimen de excepción en materia de delincuencia organizada que se gestó en 2008.

Respecto de las preguntas de investigación, primero, ¿si es posible considerar a la reforma constitucional como un abuso del poder público? Para responder a la pregunta, hay que considerar tanto la tipología de reformas que se propuso en líneas anteriores, como la afirmación de que las reformas constitucionales representan, al no tener un límite institucional en su contenido y alcances, un grado de arbitrariedad por sí mismas. En este sentido, una reforma constitucional sí puede representar un abuso del poder público,

sobre todo, aquellas que son inconsistentes o incoherentes con la propia normatividad constitucional, como el caso del arraigo y la prisión preventiva oficiosa, ya que al colocarse a un rango constitucional están blindadas de algún control y sólo quedan al arbitrio de la voluntad política de las mayorías —calificadas—, el cual puede volverse estratégico en situaciones coyunturales, por tanto, la posibilidad de que se den este tipo de reformas siempre es latente.

Respecto de la pregunta, ¿qué características tendrían las reformas como abuso del poder público? Los criterios de distinción se relacionarían con la definición de arbitrariedad que se propuso, ya que no se puede soslayar el respaldo institucional del proceso de creación de una reforma; no obstante, es necesario centrarse en un análisis del contenido sustancial de las reformas y sus consecuencias. Así, este tipo de reformas tendrán la característica de gestarse dentro de una coyuntura política y con fines estratégicos, por ejemplo, la permanencia de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, la figura del arraigo y la prisión preventiva oficiosa, que pertenecen a un régimen de excepción constitucional que se introdujo como forma de consolidar una política pública, por supuesto, también como respuesta a condiciones sociales específicas —la violencia en el país—, pero, al final, representaron un abuso de poder al colocarlas a nivel constitucional, pues se buscó que no pudieran ser revisadas bajo el control constitucional.

Otra característica de este tipo de reformas se relaciona con sus consecuencias y su aplicación, pues tienen como resultado violaciones a derechos fundamentales, siguiendo con el ejemplo del arraigo y la prisión preventiva oficiosa, la aplicación de ambas figuras no ha podido ser frenada a través del control constitucional, lo que se ha traducido en una violación a los derechos de libertad y presunción de inocencia de muchas personas. Finalmente, este tipo de reformas tiene la característica de que, a pesar de tener un sustento jurídico —constitucional—, realmente representan imposiciones del poder público, en otras palabras, si bien no hay una extralimitación de facultades de este poder, lo cierto es que sí existe una arbitrariedad a la hora de tomar este tipo de decisiones políticas fundamentales a través del proceso de reforma.

No es óbice señalar que la determinación de las reformas como abuso del poder público tendrá que hacerse a través del análisis de su contenido sustancial y sus consecuencias para el sistema jurídico, por tanto, en cada caso las condiciones de arbitrariedad —falta de control institucional, consecuencias con violaciones de derechos fundamentales, imposición de las re-

formas, más allá de su respaldo institucional— tendrán que estudiarse en el contexto específico en que se produce la reforma y en el que interactuará esta.

Con este trabajo me propuse, por lo menos, abrir el debate en torno a que las reformas constitucionales pueden representar un abuso del poder público, lo cual implica cuestionar su propia constitucionalidad —o inconveniencia—, así como discutir la posibilidad de que el control constitucional pueda revisar el contenido sustancial de las reformas. Cuestión compleja, que formularía al menos las siguientes preguntas: ¿tiene facultades la Suprema Corte para tal control y de dónde derivarían? ¿Existen cláusulas pétreas o una estructura básica en la Constitución mexicana? ¿Qué poder tiene la legitimidad para determinar lo reformable o irreformable de la Constitución? ¿Es válido, funcionalmente hablando, que el llamado poder reformador de la Constitución introduzca en el texto reformas sustancialmente inconstitucionales? Me parece que estas preguntas deberán de abordarse en adelante, sobre todo, por las recientes condenas al Estado mexicano por parte de la Corte Interamericana en los casos *Tzompaxtle Tecpile* y *García Rodríguez*.

Finalmente, una línea de investigación específica es el cambio constitucional informal que se está dando en el sistema jurídico mexicano, de ahí que incluyéramos la iniciativa de la reforma eléctrica de 2022 que, a pesar de no haber sido aprobada, el cambio terminó dándose a través de leyes secundarias, lo cual parece ser una forma a la que se está recurriendo en el senio de 2018-2024 de forma sistemática.

## VI. REFERENCIAS

- Diccionario Jurídico Mexicano* (1984). T. VII. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ackerman, B. y Rosenkrantz, C. (1991). *Tres concepciones de la democracia constitucional*. CEPC
- Albert, R., *et al.* (2022). La resistencia formalista a las reformas constitucionales inconstitucionales. *Dikaion*, 31(1), 5-49.
- Barak, A. (2007). Begin and the rule of law. *Israel Studies*, 10(3), 2-20.
- Barroso, L. R. (2008). *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho, el triunfo tardío del derecho constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México.

- Bobbio, N. (1988). *Estado, gobierno y sociedad: por una teoría general de la política* (4a. ed.). (José Fernández Santillán, trad.) Fondo de Cultura Económica.
- Böckenförde, E.-W. (2000). *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (Rafael Agapito Serrano, trad.) Trotta.
- Bovero, M. (2003). Norberto Bobbio. Percorsi nel laberinto delle opere. *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, (32), 7-23.
- Cámara de Diputados. (2021a). Artículos reformados cronológicamente. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_crono.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm)
- Cámara de Diputados. (2021b). Reformas Constitucionales. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm)
- Cámara de Diputados. (2021c). Gaceta. <http://gaceta.diputados.gob.mx/SIL/Legislaturas/Listados.html>
- Cámara de Diputados (2021d). Reformas Constitucionales por Periodo Presidencial. [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm)
- Carpizo, J. (2001). Veintidós años de presidencialismo en mexicano: 1978-2000. Una recapitulación. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 100(XXXIV). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2001.100.3668>
- Carpizo, J. (2009). El tribunal constitucional y el control de la reforma constitucional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (125), 741-794. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2009.125.4123>
- Carpizo, J. (2011). La reforma constitucional en México. Procedimiento y realidad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (131). <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2011.131.4689>
- Casar, M. A. (2002). Perspectivas políticas de un gobierno dividido en México. En M. Amparo e I. Marván (Coords.), *Gobernar sin mayoría. México 1867-1997*. Taurus-CIDE.
- Centro de Investigación en Política Pública. (2021). Composición Partidista y de Género de los Congresos Estatales. <https://imco.org.mx/composicion-partidista-y-de-genero-de-los-congresos-estatales/>
- Comparative Constitutions Project. (s.f.). Timeline of Constitutions. <https://comparativeconstitutionsproject.org/chronology/>
- Corte Constitucional de Colombia. (2001). Sentencia T-533/01. <https://www.corteconstitucional.gov.co/Relatoria/2001/T-533-01.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2022/2023). *Sentencias de los casos Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México y García Rodríguez y Otros*

- vs. México. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_470\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf) [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_482\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf)
- Corte Suprema de Israel. (1995). *Caso United Mizrahi Bank Ltd. v. Migdal Village* 6821/93. <https://versa.cardozo.yu.edu/opinions/united-mizrahi-bank-v-migdal-cooperative-village>
- Cortés Rodas, F. (2010). El contrato social liberal: John Locke. *Revista Coherencia*, 7(13), 99-132.
- Córdova Vianello, L. (2019). El desencanto de la democracia y la importancia de los tribunales constitucionales. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN*, (9), 65-88.
- Cossío Díaz, J. R. (2013). *El caso Radilla estudio y documentos*. Porrúa.
- Couso Salas, J. (2010). Los desafíos de la democracia constitucional en América Latina: entre la tentación populista y la utopía neoconstitucional. *Anuario de Derechos Humanos*.
- Dixon, R. (2007). Creating dialogue about socioeconomic rights: strong-form versus weak-form judicial review revisited. *International Journal of Constitutional Law*, 5(3), 391-418.
- Favoreu, L. J. (2001). La constitucionalización del Derecho. *Revista de Derecho*, 12(1), 31-43.
- Ferrero, G. (1991). *El poder. Los genios invisibles de la ciudad*. (Eloy García, trad.) Tecnos.
- Fioravanti, M. (2009). *Constitucionalismo. Experiencias históricas y tendencias actuales*. (Adela Mora Castañeda y Manuel Martínez Neira, trans.) Trotta.
- Fiss, O. (2007). ¿Por qué el Estado? En M. Carbonell (Ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta; Universidad Nacional Autónoma de México.
- García de Enterría, E. (2006). *La Constitución como norma y el tribunal constitucional* (4a. ed.). Civitas.
- García Ramírez, S. y Toro Huerta, M. I. del. (2011). *México ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Decisiones y transformaciones*. Universidad Nacional Autónoma de México-Porrúa.
- González, M. y Caballero Juárez, J. A. (2002). El proceso de formación del Estado de derecho en México. En J. Serna y J. A. Caballero (Eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Gratius, S. y Rivero, Á. (2018). Más allá de la izquierda y la derecha: populismo en Europa y América Latina. *Revista CIDOB d'Afers Internationals*, (119), 35-62.
- Grimm, D. (2015). *Sovereignty. The origin and Future of a political and legal concept*. (Belinda Cooper, trad.) Columbia University Press.
- Grimm, D. (2016). *Constitutionalism. Past, present, and future*. Oxford University Press.
- Guastini, R. (2011). *Estudios de teoría constitucional*. (Miguel Carbonell, trad.) Instituto de Investigaciones Jurídicas-Fontamara.
- Häberle, P. (2006). *Verdad y estado constitucional*. (Guillermo José Mañón Garibay, trad.) Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hirschl, R. (2008). The judicialization of mega-politics and the rise of political courts. *The Annual Review of Political Science*, (11), 93-118.
- Huerta Ochoa, C. (2002). Constitución y diseño institucional. En José María Serna y José Antonio Caballero Juárez (Eds.), *Estado de derecho y transición jurídica*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Islas Montes, R. (2009). Sobre el principio de legalidad. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*.
- Krieger, E. (1994). *En defensa de la Constitución. Violaciones presidenciales a la carta magna*. Grijalbo.
- Landau, D. (2013). Abusive constitutionalism. *U. C. Davis Law Review*, 47(189), 189-260.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. (María José Viana Cleves, trad.) Universidad de Externado de Colombia.
- Ley Fundamental Alemana. <https://www.constituteproject.org>
- López Hernández, J. (2009). El concepto de legitimidad en perspectiva histórica. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (18), 155-156.
- Muñoz Mendiola, J. (2023). *La legitimidad democrática del juez constitucional*. Tirant lo Blanch.
- Nieto Castillo, S. (2014). *Control de convencionalidad y la reforma constitucional de derechos humanos*. México, TEPJF.
- Nino, C. (2014). *Derecho, moral y política: una revisión de la teoría general del derecho*. Siglo XXI, Argentina.
- Ortiz Fragozo, O. (2013). *Legitimidad y democracia, un escenario para la discusión de la legitimidad en México*. D3 Ediciones.

- Ortega Soriano, R. (2017). La construcción del Estado Social a partir de la Constitución de 1917. En *La Herencia del constitucionalismo social mexicano y sus desafíos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Otero Parga, M. (1985). La arbitrariedad. *Anuario de Filosofía del Derecho*, (12), 387-400.
- Parsons, T. (1963). On the concept of political power. *Proceedings of the American Philosophical Society*, 107(3), 232-262.
- Pedernera Allende, M. (2015). La tensión entre lo material y lo formal en el contexto latinoamericano y el valor del *rule of law*. En C. Steiner (Ed.), *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2015*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Pou Giménez, F. y Pozas-Loyo, A. (2019). The paradox of Mexican constitutional hyper-reformism: enabling peaceful transition while blocking democratic consolidation, *Constitutional change and transformation in Latin America*. Hard Publishing.
- Poyanco Bugueño, R. (2013). Los jueces constitucionales, la política y la deferencia judicial. *Derecho Público Iberoamericano*, (2), 67-101.
- Prendás García, B. (2011). *Jeremy Bentham: política y derecho en los orígenes del Estado constitucional*. CEC, Madrid.
- Reformas Constitucionales. [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum\\_per.htm](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_per.htm)
- Rosario-Rodríguez, M. F. del. (2011). La supremacía constitucional: naturaleza y alcances. *Dikaion*, 20(1), 97-117.
- Sagüés, N. P. (2016). *La interpretación judicial de la constitución nacional a la constitución convencionalizada* (2a. ed.). Porrúa.
- Salmorán Villar, M. (2021). *Populismo. Historia y geografía de un concepto*, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Schmitt, C. (1931). *La defensa de la Constitución*. (Manuel Sánchez Sarto, trad.) Ediciones Labor.
- Secretaría del Senado de Colombia. (s.f.). Actos legislativos. <http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/arbol/14317.html>
- Senado de la República. (s.f.). Información Histórica [https://www.senado.gob.mx/64/informacion\\_historica](https://www.senado.gob.mx/64/informacion_historica).
- Senado de la República. (2022). Nota Informativa del 4 de octubre del 2022. <https://comunicacionsocial.senado.gob.mx/informacion/comunicados/3837-aprueba-senado-con-cambios-reforma-que-amplia-presencia-de-fa-en-seguridad-publica>



- Solano Ramírez, G. y Juárez Romero, O. (2021). Capturando la diversidad. Treinta años de pluralidad política subnacional en México. En K. Puentes y E. García (Coords.), *Los congresos locales en México. Un estudio comparado sobre la representación*. Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto Nacional Electoral.
- Solís Delgadillo, J. M. *et al.* (2017). El sistema político mexicano. En S. Martí *et al.* (Eds.), *Curso de ciencia política*. CBAE Senado de la República.
- Solís Delgadillo, J. M. y Barrientos del Monte, F. (2020). México 2020, una democracia débil y asediada. *Reflexión Política*, 22(45), 80-102.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2011). Expediente 912/2010. [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado\\_electronico\\_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/estrado_electronico_notificaciones/documento/2018-08/SENTENCIA-EXP-VARIOS-912-2010-PLENO.pdf)
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s.f.a). Estadística Judicial. <https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (s.f.b). Estadística Judicial. <https://estadisticajudicial.scjn.gob.mx/alex/analisisAR.aspx> <https://www.dgej.cjf.gob.mx/paginas/informacionRelevante.htm?pageName=informacion%2FestadisticaNacional.htm>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2003). Amparo en revisión 2676/2003. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=62928>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2007). Acciones de Inconstitucionalidad 146 y 147 de 2007. <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=91638>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2022). Versiones Estenográficas. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-20/5%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva3.pdf> <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2023-02-22/6%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva.pdf> <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-08/8%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva.pdf>
- Tribunal Constitucional Español. (1982). Sentencia 80/1982. <http://hj.tribunalconstitucional.es/en-US/Resolucion/Show/122>
- Valadés, D. (1998). *El control del poder*. Universidad Nacional Autónoma de México.



- Vasconcelos Méndez, R. (2010). *Una corte de justicia para la Constitución. Justicia constitucional y democracia en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Villacorta Mancebo, L. (2005). Principio de igualdad y legislador: Arbitrariedad y proporcionalidad como límites (probablemente insuficientes). *Revista de Estudios Políticos*, (130), 35-75.
- Villanueva Mendoza, A. (2021). La trascendencia de la Reforma Judicial Federal de 2021. *Revista DYCS Victoria*, (3), 3-23.
- Waldron, J. (1998). Precommitment and disagreement. En A. Larry (Ed.), *Constitutionalism: philosophical foundations*. Cambridge University Press.
- Waldron, J. (2005). *Derecho y desacuerdos* (José Luís Martí y Águeda Quiroga, trad.). Marcial Pons.
- Waldron, J. (2018). Control de constitucionalidad y legitimidad política. *Revista Dikaion*, 27(1), 7-28.



## Cómo citar

### **Sistema IJJ**

Muñoz Mendiola, Julio César, “La reforma constitucional como abuso del poder público en el Estado constitucional mexicano”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17360. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17360>

### **APA**

Muñoz Mendiola, J. C. (2024). La reforma constitucional como abuso del poder público en el Estado constitucional mexicano. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17360. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17360>

## Regulación de la libertad de expresión e información en la Internet y las redes sociales

### *Regulation of freedom of expression and information on the Internet and social networks*

Hilda Nucci

 <https://orcid.org/0000-0001-6951-514X>

Universidad Nacional Autónoma de México, México

Correo electrónico: hilnucci@hotmail.com

Recepción: 23 de enero de 2023

Aceptación: 21 de junio de 2023

Publicación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19255>

**RESUMEN:** Nuestros derechos fundamentales están en riesgo, mientras no exista una legislación internacional que otorgue pautas de conducta en el ejercicio de la libertad de expresión e información frente al uso de estas nuevas tecnologías, especialmente cuando compartimos información por Internet o usamos las redes sociales, toda vez que al ciberespacio se le reconoce como una jurisdicción diferente de las estatales, con normas y mecanismos propios de solución de controversias. En la actualidad, existen algunos avances en esta materia a nivel internacional, aunque empresas como Google, Twitter o Facebook actúan con exceso de discrecionalidad ante el vacío legislativo. Aun así, la tendencia es a favor de una regulación de libertades y derechos en el ámbito digital, pero el problema es que la información contenida en la Internet y las redes sociales se enfrenta principalmente al gran reto de la globalización y a su vez a la circunstancia de que no existe ningún marco normativo a nivel regional o nacional que garantice las libertades y los derechos involucrados en el uso de estas plataformas. **Palabras clave:** Internet, derechos, libertad de expresión, redes sociales, legislación, principios.

**ABSTRACT:** Our fundamental rights are at risk, as long as there is no international legislation that provides guidelines for conduct in the exercise of freedom of expression and information regarding the use of these new technologies, especially when we share information online or use social networks, whenever that cyberspace is recognized as a jurisdiction different from the state ones, with its own rules and mechanisms for dispute resolution. Currently, there are some advances in this matter at an international level, although companies such as Google, Twitter or Facebook act with excessive discretion in the face of a legislative vacuum. Even

so, the trend is in favor of a regulation of freedoms and rights in the digital field, however, the problem is that the information contained on the Internet and social networks mainly faces the great challenge of globalization and in turn, the circumstance that there is no regulatory framework at the regional or national level that guarantees the freedoms and rights involved in the use of these platforms.

**Keywords:** Internet, rights, freedom of expression, social networks, legislation, principles.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Libertad de expresión e información en el ámbito digital.* III. *Principios rectores en materia de libertad de expresión e información en la red.* IV. *Regulación del derecho a la libertad de expresión e información en el ciberespacio.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El manejo de la Internet y las redes sociales se han convertido en un fenómeno global que trasciende fronteras y cuyo impacto social repercute en la vida de la mayoría de los seres humanos, porque los medios tradicionales de comunicación se han transformado frente al desarrollo de estas nuevas tecnologías.

La forma en que se percibe a la libertad de expresión e información ha cambiado a partir del uso de la red. Lo que en un inicio significó nuevas formas fascinantes para relacionarnos hoy día constituye un riesgo ante el vacío legislativo existente al que nos enfrentamos, sobre todo en el ejercicio de estas libertades y derechos.

Por consiguiente, en la primera parte de esta investigación se expone la transformación en los criterios de implementación de la libertad de expresión e información frente al uso de estas nuevas tecnologías.

Además, dado que los derechos fundamentales que dan sentido a la acción informativa no son derechos absolutos, se observarán los principios y recomendaciones de los organismos internacionales, a fin de contar con mecanismos jurídicos que garanticen su debido ejercicio.

Debido a la escasa regulación de estas libertades y derechos fundamentales en la Internet y las redes sociales, el enfoque judicial representa una fuente de derecho que hace posible la protección de los mismos, pero es evidente que tanto en nuestro país como en la experiencia comparada no existe la consolidación de un marco normativo que otorgue seguridad y certeza a los usuarios de la red de cómo estos derechos se pueden hacer valer si llegan a ser vulnerados.

Por ello, la presente investigación confirma la necesidad de contar con una reglamentación, a partir de un contexto globalizado que permita el libre desarrollo de los derechos fundamentales. Es así, que se analizarán los diferentes tipos de modelos que se han implementado para la regulación de las citadas libertades y derechos en la Internet y las redes sociales a nivel mundial. Llegando a la conclusión de que deben existir lineamientos específicos que contribuyan a otorgar seguridad jurídica y evitar los perjuicios de los derechos que en ella confluyen, a través de un modelo en específico.

Es evidente, que ante la realidad virtual en la que estamos inmersos se requiere de una regulación marco que evite el exceso de discrecionalidad con la que actúan las plataformas y que a su vez coordine el ejercicio de los derechos involucrados. Igualmente, es necesario que en su implementación no se pierda de vista las características de la Internet y las redes sociales, es decir, que ambas son públicas y garantes de una sociedad democrática. Por lo que, su mayor bien debería ser el interés público y el respeto de los derechos fundamentales de nosotros los usuarios.

## II. LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DIGITAL

La libertad de expresión e información son objetos y forman parte de un derecho natural que se fundamenta en la vida misma, es decir, son derechos inherentes al ser humano, porque el individuo es sujeto de un orden social (Villanueva, 1998, p. 19).

Su alcance repercute directamente en la tutela de otros derechos fundamentales, por ejemplo, el derecho a la información, el derecho de acceso a la información pública, el derecho al olvido (posibilidad de suprimir información de la persona de una plataforma digital) o la protección de datos personales y los denominados derechos —personalísimos vida privada, intimidad, honra e imagen— (Villanueva, 1998, p. 19).

En las sociedades democráticas existe el consenso de respetar y garantizar la libertad de expresión e información, toda vez que ambas han pasado a convertirse de una concesión del gobierno a una reivindicación natural, debido a que ambas libertades son reconocidas y protegidas por el Estado (Nucci, 2017, pp. 25-28).

Ernesto Villanueva (1998) considera a la libertad de expresión como “la forma a través de la cual la persona exterioriza sus pensamientos en signos, palabras o gestos que tengan como propósito comunicar algo” (p. 19). Pero,

concibe a la libertad de información como “[...] el derecho que todo individuo tiene de recibir, investigar y difundir hechos dotados de trascendencia pública a través de medios de comunicación social” (p. 23).

En el derecho interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) hace referencia por primera vez a la libertad de expresión en la opinión consultiva OC-5, y del análisis del artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos se ha interpretado que esta tiene dos dimensiones, es decir: “[...] Quienes están bajo la protección de la Convención tienen no sólo el derecho y la libertad de expresar su propio pensamiento, sino también el derecho y la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole. La libertad de expresión tiene una dimensión individual y una dimensión social” (García, Gonza y Ramos, 2007).

En México, la libertad de expresión implica el difundir, emitir o divulgar información u opiniones por cualquier medio de comunicación. Es un derecho fundamental contenido en los artículos 6o. y 7o. constitucionales que no puede ir en contra de valores colectivos y no admite censura previa (Nucci, 2022, pp. 44-45).

En opinión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), la libertad de expresión es una condición necesaria para la vida democrática del país, por lo que merece especial protección, sobre todo en el aspecto político (p. 45). Que dicha libertad representa un derecho necesario que se vincula en el ejercicio de otros derechos, tal es el caso del derecho a la información o los derechos personalísimos (p. 46). Que en los límites para su ejercicio se deben argumentar criterios a partir de la ponderación y la analogía en función de las buenas costumbres, la moral pública y el interés público (p. 46).

De cara a una sociedad actual, que ha sido denominada bajo el nombre de “sociedad de redes” los criterios manifestados por el Poder Judicial en torno a la libertad de expresión e información han tenido que adecuarse (Vázquez, 2013). La SCJN ha señalado —en materia de publicaciones en Internet a pesar de no existir una legislación expresa para ello— que

[...] De conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 de la Ley de Responsabilidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, las acciones para exigir la reparación del daño causado por el ejercicio de las libertades de expresión e información prescriben en dos años, contados a partir de la realización del hecho que se presume ilícito. (SCJN, 2012, p. 45)

Asimismo, la SCJN ha determinado que el ejercicio de la libertad de expresión no es un derecho absoluto, por lo que sus límites son: 1) la seguridad nacional, 2) los derechos frente a terceros, y 3) el interés público (Nucci, 2022, p. 46).

Por su parte, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial ha expresado que no son sancionables las opiniones o aseveraciones que se dan en las redes sociales debido a la presunción de su espontaneidad. Excepto, aquéllas que tienen que ver con la violencia política de género y el uso de la imagen de los menores de edad en propaganda política (TEPJF, 2018).

En definitiva, el derecho a la libertad de expresión no es estático y se enmarca dentro de un contexto flexible y cambiante, sobre todo frente al uso de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. Es así, que en el ámbito digital éste goza de un carácter funcional y dinámico, cuyo objetivo es el libre flujo de la información (Quijano, 2022, pp. 121-122).

### III. PRINCIPIOS RECTORES EN MATERIA DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN LA RED

En la actualidad, a pesar de las precisiones que ha habido respecto a la concepción que se tiene de la libertad de expresión e información, pocos son los países que se han percatado de la necesidad de establecer pautas básicas de referencia ética para su ejercicio en el Internet o las redes sociales, o bien contar con lineamientos generales que permitan el desarrollo de estas libertades en la red sin perjudicar a terceros (p. 49).

Así pues, resulta innegable que cada vez somos más los que estamos conscientes de los alcances que tienen estas nuevas tecnologías de la información y comunicación, al ser habilitadores del ser humano para el progreso político, económico, social y cultural, pero a la vez garantes de nuestros derechos y desarrollo (Álvarez, 2012, p.334).

Por tanto, en junio de 2011, los Relatores Especiales sobre Libertad de Expresión de Naciones Unidas (ONU), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la Organización de Estados Americanos (OEA), la Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE) y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (CADHP) firmaron la Declaración Conjunta sobre la Libertad de Expresión en Internet (DCLEI), en donde se establecen los principios de legalidad, necesidad, pro-

porcionalidad, igualdad, transparencia y no discriminación aplicables a la libertad de expresión en el ciberespacio (Rico, 2012).

Los citados principios hacen referencia a lo siguiente:

1. Aplicación a Internet de los mismos principios que rigen la libertad de expresión en los tradicionales medios de comunicación.
2. Ponderación del principio de proporcionalidad como medida de restricción a la libertad de expresión en Internet “[...] en atención al impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses”.
3. Atribución de responsabilidad sobre contenidos ilícitos, tomando en consideración: “[...] la aplicación de enfoques alternativos y específicos que se adapten a las características singulares de Internet, y que a la vez reconozcan que no deben establecerse restricciones especiales al contenido de los materiales que se difunden a través de Internet”.
4. Exoneración de responsabilidad a los intermediarios por los contenidos generados por terceros, siempre que no intervengan específicamente en dichos contenidos, ni se nieguen a cumplir las órdenes judiciales que exijan su eliminación, cuando estén en condiciones de hacerlo.

En relación con el bloqueo obligatorio de sitios web, donde se mencionan específicamente a las redes sociales, la DCLEI declara expresamente que esta situación: “[...] constituye una medida extrema —análoga a la prohibición de un periódico o una emisora de radio o televisión— que solo podría estar justificada conforme a estándares internacionales, por ejemplo, cuando sea necesaria para proteger a menores del abuso sexual”.

Cabe destacar que las bases de la DCLEI también imponen a los Estados la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión, indicando que: “[...] el acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres”.

Otro instrumento que sirve de gran utilidad para aquellos países que no cuentan con una reglamentación en la materia es el “Informe de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la OEA”. Pues aborda las implicaciones de Internet para la libertad de expresión en el contexto del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos (OEA, 2014).

En el citado informe, se emiten los principios rectores que los Estados deben implementar en el diseño de las políticas públicas para preservar los beneficios de la red para la libertad de expresión, destacando los siguientes:

1. Acceso: asegurar el acceso universal y asequible a Internet;
2. Pluralismo: promover la pluralidad y la diversidad en el debate público;
3. No discriminación: adoptar medidas positivas para asegurar la igualdad;
4. Neutralidad de la red: asegurar que no haya discriminación ni injerencia en el tráfico en Internet. (OEA, 2014, p. 1)

De manera accesoria al informe antes señalado, existe el “Informe del Relator Especial de la ONU para la libertad de Opinión y Expresión”, dónde se establece la obligación de ponderar por parte de los gobiernos los derechos implicados en el Internet o las redes sociales de acuerdo con los aludidos principios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad, a fin de no perturbar estas libertades y derechos (Kaye, 2015, párrs. 3-56).

En este sentido, el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece también que los derechos a la libertad de expresión e información pueden ser acotados cuando se satisfacen los siguientes principios:

**Principio de legalidad.** Toda limitación a la libertad de expresión debe haber sido prevista en forma previa, expresa, taxativa y clara en una ley, en el sentido formal y material. Al existir una prohibición absoluta de la censura previa, la ley que establezca una limitación a la libertad de expresión sólo puede referirse a la exigencia de responsabilidades ulteriores.

**Principio de legitimidad.** Toda limitación debe estar orientada al logro de objetivos imperiosos autorizados por la Convención Americana, orientados a la protección de los derechos de los demás, la protección de la seguridad nacional, del orden público, de la salud pública o de la moral pública.

**Principio de necesidad y proporcionalidad.** La limitación debe ser necesaria en una sociedad democrática para el logro de los fines imperiosos que se buscan; estrictamente proporcionada a la finalidad perseguida; e idónea para lograr el objetivo imperioso que pretende lograr. El test de necesidad se aplica de forma estricta y exigente, requiriendo la demostración de que existe una necesidad imperiosa o absoluta de introducir limitaciones. (Center for International Media Assistance, 2017, p. 18)



Ahora bien, es necesario que en el manejo de la Internet y las redes sociales se siga además el principio de seguridad, que implica la obligación de quien acopia la información de los usuarios de protegerla ante un acceso, uso y exhibición no autorizado, al igual que una pérdida o destrucción, y también el principio de opción, que se refiere a que los usuarios decidan de qué forma será utilizada su información, inclusive si es de una manera distinta a la pactada (Nucci, 2022, p. 309).

Empero, para el cumplimiento sustantivo de los principios antes señalados, se vislumbra la necesidad internacional de contar con una regulación que garantice el ejercicio de la libertad de expresión e información y otros derechos involucrados en la red.

#### **IV. REGULACIÓN DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN EL CIBERESPACIO**

Es necesario que las libertades de expresión e información se confronten a partir de una nueva realidad tecnológica y se exijan parámetros mínimos para su debido ejercicio en el espacio digital, porque no pueden existir derechos absolutos y sus límites deben ser ponderados cuando en su ejercicio se vulneran otros derechos, sobre todo los denominados personales (Kaye, 2015, párr. 3).<sup>1</sup>

En la mayoría de los países del mundo no existe una reglamentación de estas libertades y otros derechos que confluyen en el ciberespacio. Por lo que, a falta de una reglamentación marco, los países han utilizado a modo de referencia los citados instrumentos creados por organismos internacionales para regular a nivel local las libertades y los derechos en el ámbito digital.

Como resultado de la amenaza a la que se enfrentan nuestros derechos en el uso de estas nuevas tecnologías, la ONU en el Foro de Gobernanza del Internet trató de concientizar a los países acerca de la necesidad de contar con una legislación para el uso de la Internet y las redes sociales. Pero, las dificultades para fijar qué ley es aplicable y qué jurisdicción internacio-

---

<sup>1</sup> David Kaye como Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas para la libertad de Opinión y Expresión emite el informe Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/29/32, en mayo de 2015, para la protección de los derechos de privacidad, de opinión y expresión en la red, de forma expresa la encriptación y el anonimato y la extensión permitida para los gobiernos para imponer restricciones a la materia.

nal, al igual que la diversidad de conflictos y conductas ilícitas que se dan en las mismas, ha favorecido que en la actualidad exista una normatividad somera, insuficiente y de forma limitada en muy pocos países en el mundo (ISOC, 2004). A pesar de ello, algunos Estados han adaptado sus legislaciones internas de conformidad con los citados principios internacionales para el debido ejercicio de estas libertades con otros derechos, y de forma accesoria para las redes sociales (Nucci, 2022, p. 51).

En México, por ejemplo, la SCJN ha manifestado que para resolver los conflictos que se desarrollan en torno a la confronta de las libertades de expresión e información con los derechos a la privacidad, el honor o la imagen, el interés público juega un papel determinante. Lo anterior significa que, en caso de expresar, divulgar o difundir información de una persona en la red o por cualquier otro medio de comunicación, se deberá efectuar una ponderación de lo publicado *versus* la proyección pública de la persona. Es decir, si el acontecimiento que se difunde guarda un interés público, se justificaría la divulgación del mismo, porque la persona tiene relevancia pública (Nucci, 2021, pp. 194-198).

Además, la mala fe o malicia efectiva (intención de causar daño) en todo caso determinaría la responsabilidad de quien difundió o divulgó la información y esta depende previamente de la proyección pública de cada persona, toda vez que las expresiones siempre deben buscar ser proporcionales al objetivo que se sigue y en todo caso se podrán sujetar a una revisión judicial (p. 195).

En la experiencia comparada, observamos que Chile reformó su Ley de Propiedad Intelectual limitando la responsabilidad de los intermediarios de Internet por el contenido generado por terceros, estableciendo un estándar judicial para la eliminación de contenidos que afecten los derechos personales o la protección de datos de los usuarios, al mismo tiempo de señalar excepciones inéditas para que el titular otorgue su consentimiento para la publicación de los materiales en la red (Kaye, 2015, párr. 3-56).

Por su parte, Argentina a través de la Ley 26.032 de Servicio de Internet, determinó de forma expresa la garantía de protección de la libertad de expresión para el caso de la “búsqueda, recepción y difusión de información e ideas de toda índole a través del servicio de Internet” (Kaye, 2015, párrs. 3-56).

Del mismo modo, Canadá aprobó el *copyright* Modernization Act, que implementa un sistema privado de notificaciones de reclamos en caso de contenido ilícito y medidas de protección para los proveedores de Internet. Pero, en el caso del sistema privado de notificaciones no existe la po-

sibilidad de retirar el contenido sin una orden judicial previa (Parliament of Canada, 2012, arts. 35 (31.1), 47 (41.25 y 41.27)).

Es de llamar la atención, que la tendencia internacional y nacional de contar con una regulación de libertades y derechos en el espacio digital, cada día se presenta a manera de una nueva realidad. Pero, el problema de la reglamentación es que la información contenida en el Internet y las redes sociales se enfrenta principalmente al gran reto de la globalización y a que no existe ningún órgano legislativo a nivel supranacional que garantice y asegure el ejercicio de las libertades o los derechos frente al uso de estas plataformas (Ferré, 2014, p. 110).

Por si fuera poco, hoy día existen distintas posturas respecto al derecho a la privacidad y el tratamiento de nuestros datos personales en la red, por ejemplo, en Europa la legislación defiende los datos del usuario en el manejo de las redes sociales, mas en Estados Unidos ocurre lo contrario, toda vez que se considera que tanto la Internet como las redes sociales son instrumentos para la libertad de expresión o el denominado *free speech* (p. 110).

No sólo en el ámbito jurídico existen diferentes percepciones, también desde el punto de vista sociológico nos enfrentamos a diversos problemas para la implementación de una legislación que sirva para regular nuestros derechos de cara al uso de estas nuevas tecnologías (Nucci, 2021).

Lo anterior, porque los riesgos en el uso de las plataformas dependen de la conciencia de los usuarios sobre su propia privacidad, intimidad y el tratamiento de sus datos personales, es decir, no todos los que utilizan estos medios tecnológicos conocen los alcances de las publicaciones y las reglas de operación de los proveedores. De ahí, que la autorregulación no haya podido solucionar los diversos conflictos de derechos que se desarrollan en la red (Nucci, 2021).

En cuanto al fenómeno conocido como la ciber desinhibición relacionado con el cambio de valores acerca de la intimidad, el anonimato y de la premisa “si no estás ahí no eres nadie”, ha propiciado igualmente la vulnerabilidad de los derechos de los usuarios (Ferré, 2014, p. 110).

Al mismo tiempo, la reglamentación de la libertad de expresión y los derechos involucrados en la Internet y las redes sociales se enfrenta a que muchos consideran que diseñar e imponer un orden jurídico general para el uso de estas nuevas tecnologías estaría infringiendo los principios de la soberanía de los Estados. Por encima de todo, al ciberespacio se le reconoce como una jurisdicción diferente de las estatales, con normas y mecanismos propios de solución de controversias (Nucci, 2022, p. 236).

Es así que, ante la realidad en el manejo de estas plataformas, necesitamos contar con nuevas formas de protección que garanticen el ejercicio de nuestros derechos frente a un entorno digital globalizado (Nucci, 2022, p. 236). Debemos ponderar los diferentes criterios para emitir una regulación que evite que en el uso de la red se deriven circunstancias abusivas que afecten tanto los derechos comunicacionales como los personales (Nucci, 2022, p. 236).

Por lo cual, vale la pena analizar los tres modelos que existen hoy día en el mundo para la reglamentación de la Internet y las redes sociales:

- El primer modelo es la citada autorregulación, que significa la imposición de medidas para los usuarios y prestadores de servicios mediante contratos o reglas dados por las propias organizaciones privadas. Este es el tipo de modelo utilizado por las plataformas *Facebook*, *Twitter* y *Google*, entre otras (Nucci, 2022, p. 238).
- El segundo modelo llamado mixto, que es un sistema implementado en Europa a través de un órgano regulador y uno legislativo para los países miembros que dictan las reglas para el uso de la red. Este tipo de modelo es flexible porque se complementa con las legislaciones de los Estados. El claro ejemplo de esto es la promulgación de la Ley de Servicios Digitales para un Entorno Online Seguro y Responsable, emitida el 15 de diciembre de 2020. La citada legislación establece principalmente obligaciones para las empresas, la supervisión del ciberespacio, implementa medidas para luchar contra los bienes, servicios o contenidos ilícitos en la red y ofrece garantías eficaces para que los usuarios puedan impugnar las decisiones de los moderadores de contenido de las plataformas (Nucci, 2022, p. 238).
- El tercer modelo se refiere al mencionado *free speech*, dónde no existen reglas del juego, es decir, la red es un espacio libre, sin una regulación y son los propios usuarios a través de la autodeterminación informativa los que deciden de qué forma conducirse. Únicamente en el caso de una violación a los derechos personales en el ciberespacio, el caso se somete a la decisión judicial de forma concreta (Nucci, 2022, p. 239).

En la actualidad, el primer modelo es el que más utilizan las plataformas para regular nuestros derechos en la red. A través de los contratos conocidos como los “Click Wrap Agreements”, las plataformas crean una serie de derechos y obligaciones tanto para ellas como para los usuarios, resultando

casi siempre más benéficos para las primeras. En dichos contratos se señala la regulación que las empresas proveedoras del servicio aplicarán a nuestra información y cuál normativa ulterior respecto a la libertad de expresión (Nucci, 2021). De modo que, es muy importante que al dar “click” en el botón de “Acepto Términos y Condiciones, conozcamos el contenido del “Aviso de Privacidad”, toda vez que los citados contratos son obligatorios y no negociables. Pese a ello, rara vez leemos los términos y condiciones de dichos instrumentos jurídicos, porque según un estudio del *New York Times* de 2019, un usuario promedio tardaría 76 días completos en leer todos los términos y condiciones de los servicios digitales a los que accede, por ejemplo, sólo en el caso de Facebook sus políticas de privacidad se contienen en un contrato de cerca de quince cuartillas (Nucci, 2022, pp. 231-233).

Quizá para algunos la autorregulación representa un modelo flexible, a partir de la aplicación de normas deontológicas y códigos de conducta (netiquetas) para evitar el ejercicio de conductas ilícitas, encima del establecimiento de límites en la actividad de los proveedores para garantizar aún más la libertad de expresión, los derechos personales y la protección de los datos de los usuarios (p. 237). No obstante, creemos que esta no representa la solución a la violación de los derechos en la red, sino más bien significa estar al arbitrio de las decisiones de las plataformas, en vista de que no todos los usuarios conocen las reglas del juego de los intermediarios (Nucci, 2022, p. 237).

Desde nuestra óptica, el modelo mixto recientemente implementado en Europa advierte ciertas ventajas para los usuarios, por ejemplo, que estos podrán recibir información cuando se elimine un contenido en redes sociales, que se tendrá mayor transparencia en los términos y condiciones de las plataformas para su uso, que se podrá conocer la identidad de quién vende un producto y realizar acciones para evitar desinformación o mensajes de odio. A pesar de que aún es muy pronto para determinar cuáles son los resultados de la implementación de este modelo a través de la citada legislación europea, este puede servir de ejemplo para implementar una regulación en la región o a nivel local que garantice la protección y ejercicio de nuestros derechos en el ámbito digital (CE, 2020).

Es verdad que el Internet es un paradigma flexible que justifica una sociedad sin fronteras y sin límites territoriales, donde las reglas se deben adaptar al ritmo de la red y la realidad social que vivimos, pero la libertad de expresión debe sujetarse a la responsabilidad de las expresiones vertidas,

porque cuando a través de ellas se atenta contra los derechos de terceros, la seguridad nacional, el orden público, la salud pública y la moral pública estas deberán ser sancionadas (Rico, 2012, p. 344).

Podemos advertir que, a parte de los distintos puntos de vista en la implementación de los modelos de regulación de las libertades y los derechos en el espacio digital, existe otra dificultad para crear un orden jurídico en la red, el problema de la “extraterritorialidad”. Ello implica, decidir la jurisdicción y competencia de los países involucrados en la solución de los conflictos, es decir, qué ley aplicar en caso de una disyuntiva de derechos entre los usuarios y las plataformas (Nucci, 2022, pp. 271-280).

Al respecto, la Internet Society ha establecido las siguientes acciones de referencia que considera podrían guiar a los gobiernos para tomar decisiones que ayuden a mitigar los daños extraterritoriales involuntarios en el uso de estas nuevas tecnologías:

1) Considerar los riesgos y beneficios.

\* Las decisiones más limitadas y focalizadas crearán la menor cantidad de consecuencias negativas imprevistas. La decisión debe tener eficacia extraterritorial para que funcione.

\* Considerar activamente la función y el impacto de las decisiones sobre otros actores, inclusive otros países.

2) Fijarse en lo que se hizo anteriormente.

Es probable que otros gobiernos o tribunales hayan reflexionado sobre las mismas preguntas complejas. Puede que organizaciones internacionales o regionales ofrezcan fuentes para consultar los modos en que otros han abordado los asuntos, inclusive las mejores prácticas en materia de regulación, normas e incluso marcos legales sugeridos.

3) Ser consciente respecto de las cualidades de Internet.

Las cualidades únicas de Internet (las “invariantes de Internet”) pueden brindar un parámetro adicional para determinar la eficacia de la regulación. Recomendamos a los formuladores de políticas que las agreguen como evaluadoras para una toma de decisiones adecuada.

4) Enfocarse en la actividad/conducta, no en el medio.

Diseñar leyes, normas y resoluciones que atiendan la conducta o actividad ilícita o indeseada en sí, en lugar del medio donde se desarrolla. Por ejemplo, ¿el fraude que ocurre en Internet (como el phishing) difiere sustancialmente del fraude fuera de línea? Si bien Internet añade nuevas dimensiones o puede

cambiar la escala o el alcance de una actividad, no siempre necesita que la elaboración de normas esté dirigida a ella en sí.

5. Buscar colaboraciones con otros actores.

Buscar activamente oportunidades para resolver problemas con todos los actores pertinentes, inclusive a nivel regional e internacional donde la cooperación y colaboración para la elaboración de normas puede ser altamente eficaz.

6. Aplicar el principio de proporcionalidad.

¿La medida normativa fue más allá de lo necesario para lograr un objetivo legítimo? ¿Los beneficios alegados exceden los costos? (ISOC, 2018, p. 7).

Europa pretende resolver el problema de la extraterritorialidad en la Internet y las redes sociales, a través de la aplicación de principios, acuerdos de colaboración y buenas prácticas, que se traducen en la promulgación de normas comunitarias como la mencionada “Ley de Servicios Digitales: para un entorno online seguro y responsable”, misma que sirve para la protección de los datos personales y otros derechos digitales en el ciberespacio (Nucci, 2022, p. 274).

En México, por ejemplo, el problema de la extraterritorialidad se trató en el Amparo en Revisión 587/2017, mismo que pretendió ser un antecedente judicial en torno al tema (SCJN, 2017). En este Amparo el abogado Ulrich Richter solicitó a Google Inc. que diera de baja el blog “ulrichrichter-moraless” de su plataforma de Blogspot, por afectar su honor e intimidad. Pero, la empresa estadounidense argumentó que el caso no tenía competencia en México, toda vez que no contaba con oficinas domiciliadas en el país, por lo que este tendría que llevarse en Estados Unidos (Nucci, 2022, p. 279). Pero se comprobó que Google Inc. tenía una dirección en México, permitiendo que el caso siguiera ante los tribunales mexicanos y finalmente se le otorgó el Amparo de competencia al abogado. Al resultar inconforme con la resolución, Google Inc. llevó el caso ante la SCJN (p. 279).

Más adelante, la SCJN confirmó la sentencia en contra de Google Inc. de acuerdo con el principio *pro personae*. Lo que significó, el reconocimiento de la competencia de los jueces mexicanos para juzgar a cualquier empresa con domicilio fuera del país, si sus actos producen efectos en México en contra de derechos fundamentales. Pero, Google Inc. se desistió del recurso de revisión ocasionando que no se logrará sentar un precedente judicial en cuanto al fondo de la materia (SCJN, 2017, p. 279).

En resumen, el principal problema en relación con la regulación de la libertad de expresión y otros derechos involucrados en la Internet y las re-

des sociales es la falta de coherencia entre las disposiciones legales que hoy en día pretenden regularlos. Entonces, los criterios para regular una conducta son distintos debido al país de que se trate, sin embargo, insistimos en que una legislación marco en la región podría ser el inicio de una posible solución a los mismos (Nucci, 2022, pp. 311-313).

Independientemente de la legislación o el modelo normativo que los Estados decidan implementar para regular el ejercicio de las libertades y derechos de los usuarios en la red, los intermediarios de dichos servicios tendrían que considerar lo siguiente:

- Notificar al usuario en forma previa, clara y detallada que entidad o empresa recopilará información personal y el uso que se le dará.
- Permitir que el usuario acceda a la información de sí mismo recolectada por el servidor, de manera tal de poder constatar su existencia, corregirla o complementarla y/o eliminarla, si así lo desea.
- Crear una red de centros de asistencia de las autoridades competentes en la materia, para recibir información por parte de los usuarios que localicen contenidos ilegales en la red.
- Desarrollar sistemas de autorregulación por parte de los proveedores de acceso, proveedores de contenidos y operadores de redes que respeten y garanticen los derechos fundamentales, a través de mecanismos accesibles para su reparación.
- Obligar a los grandes proveedores del servicio para que cuenten con medidas que resuelvan los posibles riesgos y su evolución en el uso de las plataformas. Incentivar el uso de sistemas internacionalmente compatibles para clasificar y filtrar contenidos que protejan a los usuarios, especialmente a los niños.
- Aplicar medidas para incrementar los niveles de alerta para utilizar las redes de manera selectiva, de acuerdo con los contenidos apropiados.
- Transparentar las plataformas *online* en el tratamiento de los datos y algoritmos utilizados para los servidores.
- Regular a las empresas usuarias de los mercados *online* para identificar a los vendedores de bienes o servicios ilegales.
- Garantizar el eficaz tratamiento de los datos y protección de derechos personales de los usuarios, que permitan en su caso, impugnar las decisiones de los proveedores del servicio.
- Ofrecer la garantía de protección y reparación efectiva de los derechos en caso de decisiones erróneas tomadas por los usuarios.



- Considerar una supervisión adecuada del órgano que para tal efecto se cree por parte de las plataformas, o bien por parte del Estado para regular la violación de derechos, no así los contenidos. (Nucci, 2022, pp. 307 y 308)

Para el cumplimiento sustantivo de los principios antes señalados es necesario que no sólo se exija la promulgación de una legislación, sino a la par debe existir un régimen sancionador para contar con derechos digitales fundamentales de forma coordinada y globalizada y evitar que se regulen contenidos al arbitrio del Estado o las plataformas. En este caso, ante una posible violación a los derechos, se acudiría al órgano judicial o administrativo correspondiente —según se disponga en la legislación—, para garantizar la protección y seguridad de los derechos de los usuarios en la red (Nucci, 2022, p. 309 y 310).

## V. CONCLUSIONES

La legislación marco a nivel regional debería promulgarse a partir de la cooperación internacional, a efecto de regular la responsabilidad de los intermediarios en Internet y las redes sociales para garantizar el debido ejercicio de los derechos involucrados, pero teniendo en cuenta las mencionadas características de la red.

Los criterios que deberían incorporarse para su implementación en la región y posteriormente reproducirse a nivel local son los siguientes:

- La legislación regional debería ser uniforme y trascender a nivel local para evitar conflictos de extraterritorialidad. Un modelo mixto de regulación podría ser la solución para la defensa de los derechos involucrados en el uso de estas nuevas tecnologías, visto que evitaría que los medios digitales puedan ser sometidos a la autoridad del Estado o las propias plataformas.
- Adecuar si es que existe una normativa nacional de la materia a los principios y estándares internacionales para garantizar el ejercicio de la libertad de expresión y demás derechos fundamentales en el uso de estas tecnologías de la información.
- Propiciar mecanismos de fiscalización para el respeto de los derechos humanos en la red, pero no así para la regulación de los contenidos, pues se estaría violentando a la libertad de expresión y opinión.

- Por lo que se refiere a contenidos visiblemente ilícitos o discursos de odio que atentan contra la libertad de expresión, resulta por demás aceptable la adopción de medidas obligatorias de bloqueo y filtrado, no sin antes haber realizado un estricto juicio de proporcionalidad que justifique dichas restricciones.
- En el bloqueo y filtrado de contenidos se requiere transparentar las medidas adoptadas por las plataformas para ello, a fin de justificar la legalidad de dichas acciones. En este sentido, las políticas en la materia no podrán ir en contra de la memoria histórica y el derecho a la verdad de un país.
- El derecho al olvido deberá garantizarse siempre y cuando no se justifique el almacenamiento y divulgación de la información o datos publicados en las plataformas.
- El Estado necesita asegurar la accesibilidad de los usuarios a los servicios de Internet y las plataformas deberán garantizar el acceso a los propios datos y la copia de los contenidos que han sido almacenados por los responsables del servicio.
- Las empresas que manejan información personal de los usuarios, deben crear requisitos para recabarla, a fin de menguar los riesgos en el tratamiento de los datos personales y propiciar el respeto del derecho a la privacidad de sus clientes.
- De forma simultánea a la creación de una legislación de la materia a nivel regional y local, es necesaria la elaboración de cuerpos deontológicos para que, de acuerdo a principios éticos se coadyuve en la ponderación entre el ejercicio de la libertad de expresión e información digital y los derechos personales.
- Las medidas que se adopten para fincar la responsabilidad de los intermediarios deben seguir los lineamientos de la CIDH en relación con el mencionado test tripartito de legalidad, necesidad y proporcionalidad.
- Se deberán respetar las garantías procesales en todas las disputas que surjan en materia de responsabilidad de los intermediarios, el derecho al olvido, el respeto a la privacidad, la libertad de expresión, el derecho a la información, el honor y la imagen. (Nucci, 2022, pp. 311-313)

Es lamentable que hoy día la libertad de expresión e información en el uso de la Internet o las redes sociales no busque la verdad, la protección de la persona humana y su dignidad, el resguardo de la intimidad y la vida privada, la no discriminación, el pluralismo informativo, la protección de menores y la incitación a la no violencia.

Debemos concientizar a la sociedad que las libertades de expresión e información, hoy más que nunca no pueden ser derechos absolutos, aunque

sí preferenciales. Pero, a pesar de que estas libertades sean un derecho preferente, en su ejercicio les corresponde el establecimiento de ciertos límites para no afectar la dignidad de la persona en el ámbito digital.

## VI. REFERENCIAS

- Álvarez, C. L., (2012). *Derecho de las telecomunicaciones*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comisión Europea (CE). (2020, diciembre 15). Ley de Servicios Digitales: para un entorno en línea seguro y responsable. [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment\\_es](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es)
- Ferré, C. (2014). *El uso de las redes sociales: ciudadanía, política y comunicación, La investigación en España y Brasil*. Instituto de la Comunicación, Universidad de Barcelona [https://ddd.uab.cat/pub/llibres/2014/166646/Ebook\\_INCOM-UAB\\_6.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/llibres/2014/166646/Ebook_INCOM-UAB_6.pdf)
- García, S., Gonza, A. y Ramos, E. (2007). Opinión consultiva OC-5/85, 13 de noviembre de 1985. En *Libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. CIDH–CDHDF. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/libertad-expresion1.pdf>
- Internet Society (ISOC). (2018, septiembre). Internet y los efectos extra-territoriales de las leyes. Nota conceptual de la ISOC. <https://www.Internetsociety.org/wp-content/uploads/2018/10/The-Internet-and-extra-territorial-application-of-laws-ES.pdf>
- Internet Society (ISOC). (2004). Foro de Gobernanza del Internet (IGF- Internet Governance Forum), 2004. <https://www.Internetsociety.org/es/events/igf/>
- Kaye, D. (2015, mayo 22). Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, A/HRC/29/32, United Nation. <http://www.ohchr.org/EN/Issues/FreedomOpinion/Pages/CallForSubmission.aspx>
- Nucci, H. (2017). *El derecho de réplica*. Miguel Ángel Porrúa; Tecnológico de Monterrey.
- Nucci, H. (2021, febrero 3). La suspensión o cancelación de cuentas en redes sociales y la libertad de expresión [en línea]. *El Heraldo de México*. <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2021/2/3/la-suspension-can>

[relacion-de-cuentas-en-redes-sociales-la-libertad-de-expresion-252461.html](#)

Nucci, H. (2021). *La Salud y el Expediente Clínico del Presidente de la República: Un Asunto de Interés Público*. Tirant lo Blanch.

Nucci, H. (2022). *Los derechos de la personalidad en el internet y las redes sociales, propuesta de regulación*. Conacyt–Santi Ediciones.

Organización de los Estados Americanos (OEA). (2014). Libertad de Expresión en Internet, Resumen Ejecutivo. [http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/Internet/Internet\\_%20executive\\_summary\\_Spanish\\_Translation.pdf](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/informes/Internet/Internet_%20executive_summary_Spanish_Translation.pdf)

Parliament of Canada (2012, junio 29). Copyright Modernization Act. <https://www.parl.ca/DocumentViewer/en/41-1/bill/C-11/royal-assent>

Quijano, C. (2022) *Derecho a la Privacidad en Internet*, Tirant lo Blanch.

Rico, M. (2012, septiembre 15). El impacto de Internet y las redes sociales en el derecho a la libertad de expresión. *Fronesis. Revista de Filosofía Jurídica, Social y Política*, 19(3), 331-349. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32923.pdf>

Suprema Corte de Justicia de La Nación (SCJN). (2012). Criterios del Poder Judicial de la Federación, Libertad de expresión e información, Amparo directo 8/2012. [https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis\\_tematica\\_Libertad\\_de\\_Expresion\\_e\\_Informacion.pdf](https://www.scjn.gob.mx/Transparencia/Documents/CriteriosPJF/Tesis_tematica_Libertad_de_Expresion_e_Informacion.pdf)

Suprema Corte de Justicia de La Nación (SCJN). (2017, agosto 9). Primera Sala, Amparo en Revisión 587/2017. [http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2017/10/2\\_210521\\_3303.doc](http://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2017/10/2_210521_3303.doc)

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF). (2018, julio 11). Expediente SUP-REP-623/2018. [https://www.te.gob.mx/Informacion\\_juridiccional/sesion\\_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0623-2018.pdf](https://www.te.gob.mx/Informacion_juridiccional/sesion_publica/ejecutoria/sentencias/SUP-REP-0623-2018.pdf)

Vázquez, O. (2013). Libertad de expresión en redes sociales. [https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/nombramientos/magistrados/EDOMEX/OVR/anexo\\_6.pdf](https://comisiones.senado.gob.mx/justicia/docs/nombramientos/magistrados/EDOMEX/OVR/anexo_6.pdf)

Villanueva, E. (1998). *Derecho comparado de la información*. UIA.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Nucci, Hilda, “Regulación de la libertad de expresión e información en la Internet y las redes sociales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19255. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19255>

### ***APA***

Nucci, H. (2024). Regulación de la libertad de expresión e información en la Internet y las redes sociales. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19255. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19255>

## ¿Se requiere una nueva Constitución? Las reformas y vigencia del texto constitucional de México en el siglo XXI

### *Is a new Constitution required? the reforms and validity of the constitutional text of Mexico in the 21st century*

Héctor Ruiz-López

 <https://orcid.org/0000-0001-7807-5975>

Universidad de Guadalajara. México.  
Correo electrónico: lruiz@ucea.udg.mx

Recepción: 25 de julio de 2022  
Aceptación: 30 de agosto de 2022  
Publicación: 26 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17149>

**RESUMEN:** Se analiza la discusión sobre la vigencia de la Constitución en México al cuestionarnos sobre si México ¿requiere una nueva constitución? Para lo cual se hace uso de la estadística sobre reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que ha tenido desde su promulgación en 1917; se aborda y analiza en qué época han sido estas reformas y bajo qué periodo presidencial se han llevado a cabo, así como el contexto social y político, así como las causas de algunas de ellas; asimismo, se hace un recuento de las características y contenido del texto constitucional que a nuestro juicio han dejado de ser útiles o vigentes, y que no se apegan a la realidad del México del siglo XXI.

**Palabras clave:** Constitución política de México, reformas constitucionales, nueva Constitución política en México.

**ABSTRACT:** The discussion about the validity of the constitution in Mexico is analyzed when questioning whether Mexico requires a new constitution? For which statistics are used on reforms to the Political Constitution of the United Mexican States that it has had since its promulgation. in 1917; It addresses and analyzes when these reforms have been and under what presidential period they have been carried out, as well as the social and political context, as well as the causes of some of them; Likewise, a recount is made of the characteristics and content of the constitutional text that, in our opinion, have ceased to be useful or in force, and that do not adhere to the reality of Mexico in the 21st century.

**Keywords:** Political Constitution of Mexico, constitutional reforms, new political Constitution in Mexico.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La Constitución y sus reformas.* III. *El debate académico y político, más que social.* IV. *Antigüedad de las constituciones en el mundo.* V. *Principales rubros reformados o adicionados.* VI. *La alternancia partidista no inhibió las reformas.* VII. *¿Se deben de reformar las constituciones?* VIII. *El análisis de los datos (reformas a la Constitución).* IX. *Principio de rigidez.* X. *¿A quién se le atribuyen las reformas a la Constitución?* XI. *¿México requiere una nueva Constitución?* XII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Diversos constitucionalistas han abordado en artículos y libros académicos,<sup>1</sup> así como en conferencias, seminarios, foros de análisis y discusiones sobre la vigencia de la Constitución.<sup>2</sup> Se ha discutido con mayor frecuencia sobre la pertinencia o no de las reformas realizadas a la Carta Magna, así como sobre la idea de si existe o no la necesidad de una nueva Constitución Política. En primer lugar, por su antigüedad (106 años en 2023) y posteriormente por el número elevado de reformas que ha sufrido la Carta Magna, propiciando con ello un desorden en su articulado. Por último, por la necesidad de adecuar nuestra normatividad a la realidad, forma y estilo de vida del México del Siglo XXI. Pero, sobre todo, por la imperiosa necesidad de revisar el modelo de gobierno y país que queremos y si este se ve debidamente representado y regulado en la Constitución.

A 106 años de su promulgación y tras 753 reformas (septiembre de 2023), las preguntas que nos formulamos son muy importantes. Es necesario analizar si las reformas obedecen a consensos de los partidos políticos, fuerzas políticas y corrientes de pensamiento en México, y si reflejan las exigencias y demandas sociales. También es importante evaluar si el contenido norma-

---

<sup>1</sup> Varios Constitucionalistas han escrito sobre esta discusión, por nombrar algunos, véase: *¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas*, de Jorge Carpizo (2011); *Una nueva Constitución para México aprobada por el pueblo soberano*, de Jacinto Héctor Pino Muñoz (2016); *¿Una nueva constitución para México?*, de Francisco José Paoli Bolio (2016); *¿Una nueva Constitución? Las reformas constitucionales del presidente López Obrador*, de Héctor Fix-Fierro (2020) *¿Es vigente la Constitución Mexicana? Estudio de derecho desde la política pública*, de Arturo Centeno Valencia (2020).

<sup>2</sup> Conferencia: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917: ¿Una nueva constitución o una constitución reformada?*, dictada por el Dr. Miguel Ángel Carbonell Sánchez, en enero 23 de 2017; disponible en: [https://youtu.be/ZM9VJ\\_6khfw](https://youtu.be/ZM9VJ_6khfw); Coloquio: *¿México necesita una nueva Constitución?*, del día 30 de enero de 2017, organizado por la UNAM; disponible en: <https://youtu.be/GSwRYoUWnKc>

tivo de la Constitución mexicana refleja la realidad que viven los mexicanos y si México requiere una nueva Constitución. Para responder a estas interrogantes, es necesario realizar un análisis del contexto histórico y cronológico sobre el cual se han realizado las múltiples reformas, así como en su contenido y validez o aplicabilidad de los artículos de la Constitución en el México contemporáneo.

Si bien es cierto que la Constitución mexicana de 1917 fue calificada como vanguardista al ser la primera en incluir derechos sociales y sirvió como modelo a seguir para otras constituciones en el mundo, la realidad es que poco queda de aquella Constitución en su texto original tras múltiples reformas a lo largo de su historia. Muchas de las enmiendas han sido inconexas y se contradicen unas con otras. Incluso hay constitucionalistas que afirman que hoy tenemos virtualmente una nueva Constitución.<sup>3</sup> Esto suena lógico si comparamos el texto original promulgado en 1917 y el vigente en 2023, el cual ha sufrido cambios significativos. Por ejemplo, el texto vigente de la Constitución ha sido incrementado en un 70% con relación al texto original de 1917, es decir, prácticamente se han reescrito dos tercios de la Constitución.<sup>4</sup>

## II. LA CONSTITUCIÓN Y SUS REFORMAS

Las reformas realizadas han sido parciales y fragmentarias, acordes a los consensos y acuerdos legislativos o políticos que se han logrado construir en diferentes momentos de la historia de México. Además, algo que no se puede ocultar es que la mayoría se han realizado en sincronía con la voluntad, forma, estilo o modelo de gobierno del presidente de la república y partido político en turno. Esto ha tenido como resultado un texto constitucional desordenado, poco sistemático y detallista en algunos aspectos y rubros. Al grado tal, que existen artículos de la Constitución que más bien parecen leyes incrustadas dentro de la misma, como los artículos 3o., 27 y 123.

---

<sup>3</sup> Afirmación realizada por Sergio López Ayllón en su participación dentro del Congreso de Derecho Constitucional en 2016.

<sup>4</sup> El texto original de la constitución promulgada en 1917 contenía 21,153 palabras sin incluir los artículos transitorios, hoy en día, la constitución está compuesta por 70,393 (septiembre-2023), lo cual representa un incremento de 49,240 palabras, representando un 70 % más de palabras.



Constitucionalistas como Héctor Fix-Fierro han sostenido que se puede reordenar la Constitución sin necesidad de promulgar una nueva, sin cambiar la esencia de cada uno de los artículos de la Carta Magna.<sup>5</sup> Bajo la premisa de que el texto constitucional no prevé un método o forma clara mediante la cual sería viable promulgar una nueva Constitución, legalmente hablando, promulgar una nueva Constitución no es viable de momento. Salvo que fuera reformada para tal efecto, es decir, incluir en su contenido la forma o método a través del cual pudiese ser reemplazada por una nueva Constitución.

En cuanto a las incoherencias encontradas, podemos mencionar el Capítulo IV del Poder Judicial (artículos del 94 al 107), donde en el artículo 102 se encuentra la Fiscalía General de la República (FGR) en el apartado A, y la Comisión de los Derechos Humanos (CNDH) en el apartado B. Ambos son órganos constitucionales autónomos, es decir, gozan de autonomía constitucional con respecto a cualquiera de los tres poderes de la unión. Desde nuestra perspectiva, no existe relación o subordinación entre la FGR y la CNDH para con el Poder Judicial. Si bien es cierto que pueden trabajar en coordinación, no están en subordinación y no deberían encontrarse o mezclarse en un mismo capítulo.

Por otra parte, en el capítulo I de los Derechos humanos y sus garantías (artículos del 1o. al 29), encontramos a los organismos constitucionales autónomos (OCA), tales como el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en el artículo 26 apartado B, al Banco de México (BANXICO) en el artículo 28, a la Comisión Federal de Competencia Económica (Cofece) en el artículo 28, así como al Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) en el artículo 2o., como si se tratasen de algún derecho humano o garantía individual.

Con el tiempo y tras numerosas reformas, la separación entre la parte dogmática y la parte orgánica se ha ido diluyendo poco a poco. Quizás, aunque los OCA's son de diferente naturaleza, temática y técnica, su creación, funciones y atribuciones bien podrían incluirse en un capítulo específico para ellos, para no invadir o confundir a los derechos humanos y sus garantías con las funciones que realizan los órganos autónomos. Tal y como sucede en constituciones como la de Bolivia, Ecuador y Venezuela. Esta idea ha sido planteada ya por John Ackerman (Ackerman, 2010), José Fabián Ruiz (Ruíz,

---

<sup>5</sup> Para mayores detalles, véase el video en la plataforma de YouTube sobre el Seminario: Presente y Futuro de la Constitución Mexicana, organizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, disponible en: <https://youtu.be/KhXiyJLAenc>

2017), López, Meza, Contreras y Acuayte (López, Meza, Contreras y Acuayte, 2021).

Por otra parte, existen artículos que en su redacción original hacían referencia a un tema y hoy en día su contenido refiere a otro muy diferente. Como es el caso del artículo 2o. constitucional, que en su redacción de 1917 establecía: “Artículo 2o.- Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán, por ese sólo hecho, su libertad y la protección de las leyes”.

Mientras que la redacción vigente se ha convertido en un texto muy extenso con 1,427 palabras en su contenido y actualmente no hace referencia alguna a la prohibición de la esclavitud. Hoy este artículo versa sobre la composición pluricultural de la nación y el reconocimiento de los pueblos indígenas, así como su libre determinación, autonomía, elección de autoridades o representantes y formas de gobierno de las comunidades indígenas en México.

Asimismo, existen artículos cuya vigencia ya es cosa del pasado, o cuyo contenido ya no tiene razón de ser en el México de 2022. Por ejemplo, retomamos el artículo 47 constitucional, el cual refiere: “Artículo 47. El Estado de Nayarit tendrá la extensión territorial y límites que comprende actualmente el Territorio de Tepic”.<sup>6</sup>

Ahora bien, a manera de contexto, recordemos que Tepic formaba parte del territorio del Estado de Jalisco y ante la demanda de los habitantes de aquellos territorios, el presidente Venustiano Carranza presentó la propuesta para separar a Tepic de Jalisco y transformarlo en un nuevo estado de la república bajo el nombre de Nayarit. Entonces, la redacción del artículo 47, que por cierto se mantiene intacta y sin ningún tipo de reforma desde su promulgación, obedece a un contexto y realidad social de aquella época. Pero actualmente está por demás y puede llegar a confundir, puesto que hoy en día la capital del estado de Nayarit lleva por nombre Tepic.

### III. EL DEBATE ACADÉMICO Y POLÍTICO, MÁS QUE SOCIAL

El debate está presente y vigente. Hay una proliferación de artículos y libros que versan sobre la interrogante: ¿México requiere una nueva Constitución?

---

<sup>6</sup> No es un error mío de dedo o escritural el escribir “del Nayarit”, así tal cual fue aprobado y promulgado originalmente desde 1917, y jamás se ha corregido, puesto que existe un error, ya que debería de decir: “de Nayarit”.

Sin embargo, aún no se ha logrado un consenso académico, y mucho menos social y político, que dé pie a una reforma de gran calado o plantear siquiera a través de una consulta popular al pueblo mexicano sobre si quieren o no una nueva Constitución, como se intentó recientemente en Chile en el año 2022.

Los que se han manifestado en contra:

En opinión de Fix-Fierro, señala que “es necesario reordenar la Constitución, sin necesidad de promulgar una nueva”.<sup>7</sup> Mientras que Jorge Carpizo (2011) se preguntaba si ¿en México, ha llegado la hora de transitar a una nueva Constitución? y se respondía que él no lo consideraba así, “porque éste no es un problema teórico o académico, sino de la realidad política y social”. Sin embargo, hay que advertir que el México al que se refería Carpizo es el México del 2010 y la realidad política y social del país ha cambiado significativamente. La Constitución sigue acumulando reformas, 261 desde el 2010 al 2022.

Diego Valadés refirió que

[...] es difícil sustentar una posición favorable al cambio y al mismo tiempo eludir una apariencia que tenga visos conservadores. Tengo serias reservas con relación a una nueva Constitución por varias razones. Una de ellas consiste en que numerosos aspectos que ya forman parte de los consensos básicos y que por lo mismo no están sujetos a discusión tendrían que ser abordados y entrarían en la nómina de temas acerca de los cuales habría que negociar [...] (Valadés y Carbonell, 2007)

Los que están a favor:

Los académicos del Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Occidente (ITESO), Marcos del Rosario y Jesús Ibarra, opinan que se debe hacer una revisión integral de la Constitución, quitar aquello que no se ha cumplido, sacar leyes reglamentarias y reducir la Constitución a contenidos mínimos.<sup>8</sup> Al igual que añaden que es urgente la creación de una nueva Constitución, pero no desde una modificación a la redacción del texto sino desde la transformación de la práctica constitucional. “Se necesita un pacto

---

<sup>7</sup> Para mayores detalles, véase <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>

<sup>8</sup> *Ibidem*, [https://www.iteso.mx/web/general/detalle?group\\_id=23660421](https://www.iteso.mx/web/general/detalle?group_id=23660421)

social y político que logre los consensos básicos de compromisos y del México que se requiere”.<sup>9</sup>

Francisco Paoli Bolio (2016) menciona que

Una nueva Constitución puede provocar un cambio amplio en la sociedad y el estado mexicano. También puede promover el entusiasmo social para superar la angustiosa situación en la que vivimos, tras una etapa larga de violencia sangrienta, miles de muertos y desaparecidos, y ha ocurrido en la práctica, materialmente, la destrucción de muchas instituciones públicas que estaban diseñadas para lograr el bien común y se han reconvertido regresivamente en protectoras de intereses parciales.

Porfirio Muñoz Ledo señalaba que “los tiempos cambian y las leyes se vuelven obsoletas. Las condiciones políticas internas y del mundo hacen necesaria una nueva Constitución para México, a fin de adecuar el marco normativo del país a las circunstancias actuales [...]”.<sup>10</sup>

En todo caso, como hemos podido apreciar, el debate sobre la posibilidad de crear una nueva Constitución existe en la academia, políticos y legisladores. Para muestra, hicimos referencia a algunas de varias opiniones que consideramos más representativas de ellos.

Como lo afirmó Gustavo Zagrebelsky (2009):

La historia constitucional es cambio, es contingencia política, es acumulación de la experiencia del pasado en el presente, es realidad social, es relación entre el pasado y el futuro, es movimiento de sujetos indefinibles, es imprevisibilidad de problemas y espontaneidad de soluciones.

Sin embargo, a pesar de las múltiples reformas que ha sufrido, hace mucho tiempo que la Constitución Mexicana se desfasó de la realidad social y dejó de ser parte de la solución inmediata o mediata de los problemas y fenómenos que aquejan a los mexicanos. Ya que se ha querido regular y normar todo tipo de cuestiones e instituciones desde la Carta Magna, propician-do su ensanchamiento y desorden.

---

<sup>9</sup> *Idem.*

<sup>10</sup> Para mayores detalles, véase [https://www.cronica.com.mx/notas-mexico\\_necesita\\_una\\_nueva\\_constitucion\\_sostiene\\_munoz\\_ledo-1141908-2020](https://www.cronica.com.mx/notas-mexico_necesita_una_nueva_constitucion_sostiene_munoz_ledo-1141908-2020)

Países latinoamericanos como Bolivia (2009), Ecuador (2008) y ahora Chile (2020), quien aprobó a través de la figura del referéndum la elección de un Congreso Constituyente para crear una nueva Constitución Política, aunque en forma posterior el pueblo chileno rechazó el proyecto de Constitución aprobado por el constituyente, han puesto el ejemplo de que es posible crear una nueva Constitución Política sin mayores revueltas o conflictos sociales que pongan en peligro la gobernabilidad de los países.

#### IV. ANTIGÜEDAD DE LAS CONSTITUCIONES EN EL MUNDO

De acuerdo con un estudio realizado por Cambridge University y Google (2009), México se sitúa dentro de los 11 países con las constituciones más antiguas del mundo: Reino Unido (1215), Estados Unidos de América (1787), Noruega (1814), Holanda (1815), Bélgica (1831), Nueva Zelanda (1852), Canadá (1867), Luxemburgo (1868), Toga (1875), Australia (1901) y México (1917).<sup>11</sup> Con diferencias significativas, ya que la Constitución mexicana ocupa el quinto lugar de dicho estudio con el texto más extenso solo por debajo de India, Nigeria, Brasil y Malasia. Además, la Constitución mexicana es la más reformada en el mundo. Es decir, a pesar de que las constituciones de Estados Unidos de América o Noruega son más antiguas que la mexicana, sus textos constitucionales no han sufrido tantas reformas o enmiendas como la de México, ni son tan extensas.

Por su parte, el Instituto Belisario Domínguez adscrito al Senado de la República publicó un estudio sobre reformas a las constituciones en diversos países, destacando que Estados Unidos de América solo ha realizado 27 enmiendas en 231 años de vida de su Constitución, mientras que la española, que data de 1978, ha sido reformada en tres ocasiones. Por último, señala que la Constitución de Brasil, que también es de 1978, ha tenido un total de 70 decretos de reforma. Es decir, el texto constitucional mexicano es por mucho uno de los más reformados en el mundo (Giles, 2018).

---

<sup>11</sup> Datos obtenidos de: The Endurance of National Constitutions (Cambridge University Press, 2009). <https://comparativeconstitutionsproject.org/ccp-rankings/#indices>

## V. PRINCIPALES RUBROS REFORMADOS O ADICIONADOS

Para Diego Valadés, las reformas a la Constitución pueden ser agrupadas en dos rubros: 1) las que obedecen a conveniencias de circunstancias y 2) las que fueron producto de necesidades técnicas, políticas o sociales. Dentro del primer grupo, incluye aquellas que contribuyeron a consolidar el sistema presidencial y a las que ampliaron las facultades gubernamentales. Mientras que al segundo grupo pertenecen las adecuaciones en materia de amparo (técnicas), las de innovación en materia electoral (políticas) y las de protección del medio ambiente (Valadés y Carbonell, 2007, p. 811).

Nosotros agregaríamos en este grupo la creación de organismos constitucionales autónomos (OCA's). Para diversos autores, los OCA's podrían ser considerados como un cuarto poder (Zeind, 2019; Camarena *et al*, 2019; Ruíz-López, 2021), puesto que no hay subordinación jerárquica ante cualquiera de los otros tres poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). Además, los organismos autónomos son percibidos desde el punto de vista teórico como parte de la gobernanza ciudadana, es decir, el empoderamiento e involucramiento de los ciudadanos a través de estos organismos para controlar, supervisar y fiscalizar el ejercicio del poder y sus funciones de los tres poderes tradicionales.

Pero, desde nuestra perspectiva, la falta de una adecuada técnica legislativa, experiencia y quizás formación profesional de nuestros legisladores y su equipo de asesores técnicos ha provocado el ensanchamiento de la Constitución. Siendo que ciertas reformas y por ende contenido del texto constitucional deberían ser más generales y no tan específicas y amplias. Por ejemplo, artículos como el 123 que regula el trabajo contiene 4,435 palabras, o el 27 que regula la tenencia de la tierra cuenta con 3,526 palabras y el artículo 3o. que regula la educación tiene 2,225 palabras, entre otros. Bien podrían haberse incorporado su contenido en leyes constitucionales o normas secundarias y dejar una redacción más general, breve y concisa.

Por ejemplo, artículos como el 123 que regula el trabajo contiene 4,435 palabras, o el 27 que regula la tenencia de la tierra cuenta con 3,526 palabras y el artículo 3o. que regula la educación tiene 2,225 palabras, entre otros. Bien podrían haberse incorporado su contenido en leyes constitucionales o normas secundarias y dejar una redacción más general, breve y concisa.

Existe la idea de que una constitución debería contener principios rectores que rijan a un Estado, tales como los derechos fundamentales de las personas y las facultades y atribuciones de los Poderes de la Unión y sus ins-

tuciones más importantes y representativas. Sin embargo, lo que existe actualmente en la Constitución mexicana es un texto extremadamente detallista en algunos casos y ambiguo o poco preciso en otros. Además, se torna ya inconexa y contradictoria en algunos preceptos, como pudiera ser la prisión preventiva oficiosa (artículo 19) que viola flagrantemente el derecho de presunción de inocencia (artículo 20). Que, por cierto, por medio del control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos sancionó al Estado mexicano, ordenando al gobierno eliminar esta figura del artículo 19 constitucional, derivado del caso Daniel García y Reyes Alpízar.

Asimismo, es importante tener presente que una Constitución bien estructurada y claramente redactada deja poco espacio a la interpretación en su versión objetiva. Sin dar oportunidad para encontrar el significado de las disposiciones constitucionales e impidiendo el concentrar en un tribunal constitucional como lo es la Suprema Corte de Justicia de la Nación la posibilidad de interpretar las disposiciones constitucionales de acuerdo con sus intereses grupales o políticos circunstanciales, como ha sucedido en tiempos recientes.

De igual manera, al existir una Constitución detallista tiende a incidir directamente en la parte orgánica de la misma, particularmente en cuanto a la organización y funcionamiento de los poderes constituidos. Limitando la actuación del Estado, así como propiciando una invasión de esferas de competencia entre los mismos poderes. Donde en la medida que se establezcan funciones y facultades de cada uno de los poderes por causa de descuido o por falta de técnica legislativa se podrían fusionar o invadir competencias o facultades entre los mismos (Cabrales, 2018).

A decir de Cabrales Lucio: considera que lo ideal para una Constitución es una combinación de cláusulas abstractas y concretas donde exista un equilibrio entre un documento político y un normativo eficaz. Así como donde se establezca la necesidad de que posea la cantidad de disposiciones normativas necesarias para preservar los valores más importantes de una sociedad atendiendo a las necesidades propias del mismo. Y un número justo de disposiciones normativas abiertas y generales que permitan interpretar y asignar el significado de cada generación en particular que vive la propia Constitución teniendo como objetivo el lograr la plena convivencia en paz de una sociedad civilizada y regulada por un Estado constitucional de derecho (Cabrales, 2018).

Las reformas se han realizado para atender problemas sociales, cambios políticos y económicos del Estado, o para implementar agendas, políticas

públicas y programas gubernamentales. En resumen, podríamos decir que dichas modificaciones en forma importante se han realizado en materia de:

- Funciones y atribuciones de los poderes de la unión (principalmente el Poder Legislativo).
- Autonomía de gobierno, control a través de pesos y contrapesos (creación de organismos constitucionales autónomos).<sup>12</sup>
- Funciones, atribuciones y administración de los municipios.
- Sistema electoral.<sup>13</sup>
- Derechos fundamentales y sociales.;<sup>14</sup>
- Derechos y autodeterminación de los pueblos indígenas.<sup>15</sup>
- Derecho de acceso a la información pública, transparencia y rendición de cuentas.
- Sistema de justicia penal y seguridad pública.
- Educación.
- Recursos energéticos.
- Control de la constitucionalidad de las leyes.<sup>16</sup>

## VI. LA ALTERNANCIA PARTIDISTA NO INHIBIÓ LAS REFORMAS

Si analizamos los últimos cuatro periodos presidenciales que comprenden los gobiernos de Vicente Fox Quezada (2000-2006), Felipe Calderón (2006-

---

<sup>12</sup> Creación de los organismos constitucionales autónomos (OCA), CNDH (1992-1999); Banco de México (1993); Comisión Reguladora de Energía (CRE) (1993); Instituto Federal Electoral ahora Instituto Nacional Electoral (1996, 2007 y 2004); Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2005); Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (INEE) (2013); Comisión Federal de Competencia Económica (COFESE) (2013); Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) (2013); Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), ahora Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) (2013).

<sup>13</sup> México ha tenido ocho grandes reformas electorales federales: 1977, 1986, 1989-90, 1993, 1994, 1996, 2007-2008 y la del 2014.

<sup>14</sup> En 2011 hubo una reforma importante a la Constitución, que, entre otras cosas, cambiaron el nombre del capítulo primero, sustituyendo la expresión de “garantías individuales” por la de “derechos humanos”.

<sup>15</sup> De igual manera, el paquete de reformas del 2011 trajo como consecuencia, el reconocimiento a la autodeterminación de los pueblos indígenas, a través de usos y costumbres.

<sup>16</sup> Composición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) (1987, 1994, 1996 y 1999); creación del Consejo de la Judicatura Federal (1995-199).



2012), Enrique Peña Nieto (2012-2018) y Andrés Manuel López Obrador (2018-septiembre 2023), la Constitución ha sido reformada 352 veces, es decir, el 46.7 % de las reformas a nuestra carta magna han sido durante este periodo de tiempo.<sup>17</sup>

Lo anterior nos permite observar que la “alternancia partidista” en la presidencia de la república no fue un obstáculo para contener el ímpetu reformista de los legisladores, aún a pesar de que en estos periodos presidenciales no hubo mayorías calificadas en el Congreso de la Unión por parte del partido que ocupaba la presidencia y aliados. En este sentido, pareciera ser que los legisladores han querido justificar su trabajo legislativo con reformas a la Constitución y el Poder Ejecutivo ha hecho lo propio, ya que gran parte de estas reformas han provenido de iniciativas presentadas por el titular del Poder Ejecutivo en turno y posteriormente procesadas y en su caso aprobadas por el Congreso de la Unión y la mayoría de las legislaturas locales.<sup>18</sup>



FUENTE: elaboración propia.

<sup>17</sup> No con ello afirmamos que las constituciones sean producto o por causa del presidente en turno, sin embargo, gran parte de las reformas realizadas a la Constitución, han provenido de iniciativas que ha enviado el titular del Poder Ejecutivo al Poder Legislativo, como parte de un paquete de reformas impulsadas por el presidente en turno.

<sup>18</sup> Datos obtenidos del portal web de la Cámara de Diputados Federal: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm>

Cabe agregar, que en el año 2022 el presidente Andrés Manuel López Obrador se convirtió en el primer presidente en enviar un proyecto de iniciativa de reforma a la constitución que fue desechado por no lograr la mayoría calificada de votos, es decir, dos terceras partes de los diputados federales presentes, y su paquete de reformas enviado al Congreso de la Unión fue rechazado por primera vez desde que el texto de la constitución de 1917 se encuentra vigente.

## VII. ¿SE DEBEN DE REFORMAR LAS CONSTITUCIONES?

El debate sobre si las Constituciones deberían de ser inamovibles o perpetuas, y que en ellas se plasmen principios de carácter general para evitar sus constantes reformas, o ser flexibles y adecuarse a la realidad en la que vive nuestra sociedad, que constantemente es cambiante y surgen nuevos hábitos, costumbres y fenómenos que afectan o transforman la vida de los seres humanos en la sociedad; ese debate no es nuevo. Como referencia, recordemos que el 06 de septiembre de 1789 Thomas Jefferson, siendo embajador de Estados Unidos en Francia, escribió una carta a James Madison (conocido como el padre de la Constitución Norte Americana), en la cual le dice lo siguiente:

[...] la tierra pertenece a los vivos, los vivos tienen la tierra en usufructo; y los muertos no tienen poder ni derechos sobre ella, la porción que ocupa un individuo deja de ser suya cuando él mismo ya no es, y revierte a la sociedad [...] ninguna sociedad puede hacer una constitución perpetua, ni tan siquiera una ley perpetua. La tierra pertenece siempre a la generación viviente: pueden, por tanto, administrarla, y administrar sus frutos, como les plazca, durante su usufructo. Toda constitución, y toda ley, caducan naturalmente pasados treinta y cuatro años.<sup>19</sup> La supervivencia de una forma de gobierno debe hallarse, en la utilidad que le pueda suponer para las generaciones futuras; si dicha utilidad no existe, entonces habrá que cambiar la forma de gobierno. (Jefferson, 1987)

La idea que plasmó Jefferson era que los muertos no deben definir la forma de gobierno y, por ende, cada generación debe definir su propia forma

---

<sup>19</sup> 34 años equivalía al número de años de esperanza de vida a finales del siglo XVIII, por ello, Jefferson hace referencia a esa temporalidad.

de gobernarse. Por su parte, James Madison sostenía que la Constitución debería ser perpetua y escribirse en una piedra, de forma tal que no se pudiera modificar tan fácilmente. Esta carta nos ayuda a ejemplificar el debate que sigue en el imaginario de los constitucionalistas sobre si las constituciones deben modificarse con cierta regularidad, tal y como ha sucedido en el caso de México, o si deben ser casi inamovibles o perpetuas, tal y como ha sucedido en los Estados Unidos de Norte América.

Ciertamente, como ya se mencionó anteriormente, México tiene una de las Constituciones más antiguas, pero también es cierto que es de las más reformadas en el mundo. Aunado a ello, habría que decir que la carta magna fue reconocida como la precursora en su tiempo de los derechos sociales, pero con el tiempo dejó de ser un documento basado en principios (*ius naturalista*) para convertirse en un documento positivista. Es decir, más que plantear principios y valores en los que los mexicanos creemos, los legisladores se han encargado de integrar a la Constitución normas o hasta pequeñas leyes que bien podrían estar en normas secundarias.

## VIII. EL ANÁLISIS DE LOS DATOS (REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN)

Desde nuestra perspectiva, los presidentes de la república en turno y los legisladores han abusado de su facultad de enviar iniciativas de reforma y, por consecuencia, modificar la Constitución política. Para muestra un botón: de los 136 artículos, solo 19 quedan intactos sin reforma o modificación alguna.<sup>20</sup> Es decir, solo el 13.66 % de los artículos de la Constitución en México contienen el texto original desde su promulgación; el resto han sido modificados, incluso en su esencia o espíritu sobre el cual trataba cuando fue promulgada la carta magna de 1917.

Los cinco artículos con mayor número de reformas a lo largo de la vigencia de la Constitución son: el artículo 73 con 84 reformas (incluso este artículo ha sufrido varias reformas en un mismo año);<sup>21</sup> el artículo 123 que ha sido reformado en 27 ocasiones; el artículo 27 con 20 reformas; el artículo 89 con 19 reformas; y, por último, los artículos 74 y 107 han sido refor-

---

<sup>20</sup> Los artículos 8o., 9o., 12, 13, 23, 39, 47, 50, 57, 64, 68, 80, 86, 118, 126, 128, 129, 132 y 136 son los únicos que se mantienen intactos en su redacción original de la Constitución Política promulgada en 1917.

<sup>21</sup> El artículo 73 en 1934 y 2015 se reformó en tres ocasiones por cada año, y en los años 1987, 1993, 2007, 2009, 2011, y 2019 se reformó en tres ocasiones por cada año.

mados en 17 ocasiones cada uno. Los años con mayor número de reformas a la Constitución son el 2016 con 55 artículos y el 2014 con 44 artículos, periodo en el cual gobernaba Enrique Peña Nieto; mientras que durante el año 2019 se realizaron un total de 34 reformas, año en que Andrés Manuel López Obrador ya era presidente, pues tomó protesta el día primero de diciembre de 2018.

Ahora bien, si hacemos el ejercicio de comparar en número de palabras empleadas entre el texto original de la Constitución y la actual redacción de éste, podríamos decir que el texto aprobado en 1917 contenía un total de 21,153 palabras dentro de los 136 artículos sin considerar los artículos transitorios, mientras que la Constitución hoy en día contiene un total de 70,393 palabras. Es decir, se han adicionado 49,240 palabras, lo que equivale a un 70 % adicional.<sup>22</sup>

Por otra parte, el artículo vigente con el mayor número de palabras (es decir, el más extenso) es el artículo 123 con un total de 4,435 palabras. Éste regula al trabajo y prácticamente es una ley dentro de la Constitución. Le siguen los artículos: el artículo 41 con 4,226 palabras;<sup>23</sup> el artículo 73 con 3,539 palabras; el artículo 27 con 3,526 palabras; y el artículo 28 con 3,167 palabras. Mientras que los artículos más cortos o menos extensos son: el artículo 57 con 10 palabras; el artículo 47 con 19 palabras; el artículo 126 con 20 palabras; y el artículo 120 con 22 palabras. Por cierto, todos ellos se mantienen intactos desde la promulgación de la Constitución excepto el artículo 120 reformado en el año 2016.

Al analizar las causas o motivos que propiciaron las reformas constitucionales, cabe añadir que, en cuanto a las reformas electorales que sirvieron para fortalecer la independencia de un sistema electoral, la regulación más rígida a partidos y campañas políticas, así como propiciar el pluralismo político, en su momento y contexto social en México fueron necesarias y eficaces por los resultados obtenidos. Debido a que pusieron fin a un régimen hegemónico y establecieron un sistema real multipartidista y de competencia electoral no simulada.

Dichas reformas fueron consecuencia de un movimiento social que exigía certidumbre en los resultados electorales y una transición a un régimen

---

<sup>22</sup> Estadísticas de elaboración propia obtenidas a través del portal web de la Cámara de Diputados Federal y obteniéndolo a través del análisis del texto original de la Constitución y el texto actual de la Constitución al mes de enero de 2021.

<sup>23</sup> Los artículos más extensos de la Constitución son: 123, 41, 73, 27, 28, 122, 107, 116 y 30 ordenados de mayor a menor.

democrático, bajo el cual se calificaran en forma independiente del estado las elecciones. Lo cual puso fin al régimen del partido oficial en el poder de aquella época, el Partido Revolucionario Institucional (PRI). Por lo cual afirmamos que las reformas constitucionales en materia electoral son consecuencia de movimientos sociales que obligaron al constituyente permanente y los poderes fácticos a realizarlas, no tanto por voluntad propia, sino por presiones sociales y escándalos de fraude electoral y de corrupción que ya eran insostenibles.

En ese mismo sentido, hubo una serie de reformas sobre el reconocimiento a los derechos de los pueblos indígenas en México, propiciadas por el surgimiento del movimiento social encabezado por el Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), el cual enarboló como lucha social la exigencia del reconocimiento y respeto de los derechos de los pueblos indígenas. Propiciando con ello acuerdos sobre derechos y cultura indígena (acuerdos de San Andrés Larráinzar), los cuales culminaron con reformas a la Carta Magna, incluyéndose los derechos indígenas en las reformas realizadas a los artículos 1o, 2o, 4o, 18 y 115 (Mora, 2020).

Este es otro de los ejemplos que muestran que diversas reformas a la Constitución obedecen a conflictos o movimientos sociales, tales como reformas en materia electoral, reformas en materia de transparencia y el derecho de acceso a la información pública o incluso la transformación de la Procuraduría General de la República (PGR) en una Fiscalía General de la República (FGR) como un organismo constitucional autónomo que, en el papel, le generó cierta independencia desligándolo normativamente del titular del Poder Ejecutivo Federal.

Asimismo, otra muestra del origen de las reformas son las sentencias emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), las cuales han propiciado que en México se realizaran reformas en materia de Derechos Humanos tales como los principios *pro homine*, universalidad, interdependencia, individualidad y progresividad. Lo que nos permite apreciar que a través de organismos internacionales también se han impulsado reformas constitucionales en México.

Con lo cual, de nueva cuenta se establece que dichas reformas fueron producto de causas distintas a la iniciativa de los legisladores mexicanos, sino más bien para actualizar lo que ya se reconocía a través de tratados internacionales.

## IX. PRINCIPIO DE RIGIDEZ

Por otra parte, la Constitución mexicana en teoría se encuentra clasificada dentro del grupo de constituciones que se consideran como rígidas, debido a que cuenta con un proceso legislativo reformativo “rígido o complejo”, donde para realizar cualquier reforma a la Carta Magna se requiere de la aprobación del Constituyente Permanente, conformado por el Congreso de la Unión y las legislaturas locales.

Sin embargo, esto no ha sido impedimento para que la Constitución mexicana sea la más reformada en toda América y gran parte del mundo. Esto obedece más bien a la sinergia de nuestro sistema político y sistema de partidos, que han permitido con mucha facilidad reformar la Constitución en reiteradas ocasiones, a pesar de ser considerada como rígida.

A manera de comparación, en México, el Congreso de la Unión ha expedido 65 decretos en 129 años de antigüedad del Código de Comercio. Sobre la materia Civil sustantiva se han emitido 69 decretos en 90 años, y adjetiva 97 en 86 años. En materia penal (Código Penal) han sido 148 decretos en 87 años y el de procedimientos 28 en 84 años (Centeno, 2020). Estos datos nos permiten ver que ha sido modificada más veces la Constitución que las normas secundarias. Con lo cual, el principio de rigidez ha quedado en los hechos como más una aspiración que una realidad.

## X. ¿A QUIÉN SE LE ATRIBUYEN LAS REFORMAS A LA CONSTITUCIÓN?

Era común escuchar que se le atribuía a la figura del partido hegemónico o dominante,<sup>24</sup> el Partido Revolucionario Institucional (PRI), quien gobernó el país por más de 70 años en forma consecutiva, y a quien se hacía responsable de las constantes modificaciones a la Constitución para adecuarlas a sus necesidades.

Esta teoría, con el tiempo, a nuestro juicio y análisis ha quedado relegada o hasta cierto punto desmentida. Debido a que ha sido precisamente en tiempos de la alternancia partidista en el gobierno de la república, donde

---

<sup>24</sup> El 04 de marzo de 1929 surgió el Partido Nacional Revolucionario (PNR) que fue creado por el presidente Plutarco Elías Calles, nueve años después, y siendo presidente Lázaro Cárdenas cambio de nombre por el de Partido de la Revolución Mexicana (PRM), y finalmente en el año de 1946, el nombre nuevamente se modificó para ser nombrado como hasta hoy se le conoce: Partido Revolucionario Institucional (PRI).

la democracia se hizo presente en nuestro sistema político mexicano, cuando una gran parte de las reformas a la Constitución se han realizado. Es decir, momento en que gobiernos de oposición al régimen priísta ocuparon la presidencia de la república y precisamente en ese periodo de gobierno fue que el PRI no tenía ya más la mayoría calificada en el Congreso de la Unión. En dicho periodo ha sido cuando nuestra Carta Magna tuvo más reformas en promedio en un periodo de tiempo más corto.<sup>25</sup>

Lo anterior se debe a que, si bien durante el periodo gobernado por presidentes emanados del PRI o sus antecesores Partido Nacional Revolucionario (PNR) y Partido de la Revolución Mexicana (PRM),<sup>26</sup> se realizaron la mayoría de las reformas a la Constitución (400 en total bajo el mandato de 16 presidentes pertenecientes a este régimen, lo que equivale al 54% del total de las reformas), mientras que al producirse la alternancia partidista en el país durante el año 2000,<sup>27</sup> a partir de ese periodo se han registrado 352 reformas que equivalen al 46.7 % de las adecuaciones del texto constitucional.<sup>28</sup>

Habrá quien diga que Enrique Peña Nieto, presidente priísta, dio continuidad al régimen hegemónico del PRI. Pero recordemos que Peña Nieto ocupó la presidencia después de dos periodos de presidentes emanados del Partido Acción Nacional. Por lo que consideramos que el país ya había entrado a la democratización y, por ende, ocurrido la alternancia en la presidencia de la república. Por lo que la era del PRI como partido dominante había concluido. Hacemos referencia a lo anterior puesto que, a pesar de que México se democratizó al suscitarse la alternancia partidista en la presiden-

---

<sup>25</sup> Es de resaltar el número de reformas realizadas durante el periodo de gobierno de Enrique Peña Nieto (2012-2018), tiempo durante el cual, se realizaron el mayor número de reformas que nuestra Constitución haya sufrido durante el periodo de un presidente de la república (155 en total), por encima del periodo de Felipe Calderón Hinojosa (2006-2012) con un total de 110 reformas y el presidente Ernesto Zedillo Ponce de León (1994-2000) con 77 reformas realizadas en su periodo de gobierno.

<sup>26</sup> El PRI fue fundado el 04 de marzo de 1929 bajo el nombre de Partido Nacional Revolucionario (PNR) por Plutarco Elías Calles. En 1938 fue reconstituido como Partido de la Revolución Mexicana (PRM), y en 1946 fue refundado adoptando el nombre de Partido Revolucionario Institucional (PRI), nombre que hasta la fecha tiene dicho instituto político.

<sup>27</sup> Año en el que Vicente Fox Quesada, candidato del Partido Acción Nacional, ganó las elecciones, convirtiéndose así en el primer presidente de la república emanado de un partido distinto al PRI.

<sup>28</sup> Periodo de Vicente Fox Quesada (30 artículos reformados), Felipe Calderón Hinojosa (108 artículos reformados), Enrique Peña Nieto (154 artículos reformados) y Andrés Manuel López Obrador (55 artículos reformados).

cia de la república mexicana, precisamente fue durante el periodo de Peña Nieto cuando más reformas se efectuaron a la Constitución.

Aunado a ello, habría que decir que, salvo Andrés Manuel López Obrador, los presidentes Vicente Fox, Felipe Calderón y Enrique Peña Nieto no tuvieron un Congreso a modo. Es decir, sus partidos o alianzas por los cuales llegaron a la presidencia no tenían una mayoría calificada en el Congreso de la Unión y el 51 % de los congresos de los estados de la república que son necesarios para poder reformar a la Constitución.

Recordemos que el PRI fue fundado en 1929 bajo el nombre de Partido Nacional Revolucionario (PNR), siendo presidente Emilio Portes Gil. Por lo cual, el primer presidente del PRI o de su antecesor el PRN fue Pascual Ortiz Rubio (1930-1932). Entonces, si consideramos las reformas realizadas desde el gobierno de Pascual Rubio y hasta la culminación de Ernesto Zedillo, que ocupó la presidencia de 1994-2000 (último presidente del PRI antes de la alternancia), se realizaron 374 reformas. Por lo que propiamente al régimen del PRI podemos atribuirle un 50 % de las reformas (no se contabiliza el periodo de Peña Nieto).

Por lo anterior, desestimamos la idea de que el PRI sea el responsable absoluto o principal precursor de las reformas a nuestra Constitución. Y más bien advertimos sobre la creciente idea de que durante las últimas dos décadas, tiempos de alternancia y de democracia en México, se observa un comportamiento reformista por parte del Poder Legislativo federal, legislaturas locales y el Poder Ejecutivo al ser el principal precursor de dichas reformas a la Constitución. Debido a que gran parte de las iniciativas han provenido del presidente de la República en turno.



FUENTE: elaboración propia a partir de datos obtenidos en la página web de la Cámara de Diputados Federal.



## XI. ¿MÉXICO REQUIERE UNA NUEVA CONSTITUCIÓN?

La pregunta que nos formulamos es: ¿en México realmente es necesaria una nueva Constitución? A nuestro decir, y con base en el análisis que hemos realizado sobre ciertas cuestiones de forma, orden y coherencia, entre ellas:

I. No está clara la división o definición entre la parte dogmática y la parte orgánica: podemos encontrar a los OCA's: Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) en el art. 6o., Instituto Federal de Telecomunicaciones (IFT) en el art. 6o., Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) en el art. 26, Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (CONEVAL) en el art. 26 y Banco de México (BANXICO) en el art. 28 en el capítulo perteneciente a la parte dogmática, es decir, el Capítulo de los Derechos Humanos y sus Garantías. Asimismo, es notoria la desorganización sobre el orden de los temas en la Constitución debido a que en el Capítulo relativo al Poder Judicial se encuentra la Fiscalía General de la República (FGR) y la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), cuando estos son OCA's que no tienen subordinación alguna y no dependen jerárquicamente del Poder Judicial.

II. Detalle en exceso: se ha abusado al querer regular y reglamentar múltiples temas e instituciones desde la Constitución, es decir, se ha convertido en un texto sumamente detallista. Ejemplos: artículos 3, 27 y 123, entre otros.

III. No todo debe estar en la Constitución: desde nuestra perspectiva es innecesario que dentro del texto constitucional se encuentren figuras como la del Consejero Jurídico del Poder Ejecutivo Federal (art. 90), es decir, el asesor jurídico del presidente. Habría que preguntarnos ¿realmente es necesario que se integre al texto constitucional esta figura? Siempre ha existido un asesor o departamento jurídico que auxilie en sus labores al presidente de la república, quizás no con ese nombre o quizás no con esa relevancia, pero en todos los periodos presidenciales en México el presidente siempre ha tenido asesores o consejeros jurídicos. Nuestra interrogante aquí sería ¿en qué radica la importancia de plasmar en la Constitución que el presidente tendrá un consejero jurídico? ¿No será que más bien el documento idóneo debería ser la Ley de la Administración Pública Federal para prever dicha figura, sus funciones y atribuciones?

IV. Violación al principio de máxima publicidad: con las numerosas reformas a la Constitución se ha convertido en un documento poco accesible y comprensible para el general de la población, lo cual va en contra del principio de máxi-

ma publicidad y entendimiento ya que se ha convertido en un documento poco accesible y complejo de entender para la sociedad en general.

V. Transición de ser una Constitución nominal a una normativa: la gran mayoría de las constituciones en el mundo son más una declaración de principios, derechos, valores e ideales que como nación deben regir en el país que correspondan. Es decir, su contenido es más general (constituciones nominales) y no tan específico o detallado (constituciones normativas). Y para el caso de México nuestra Constitución se ha convertido en un texto exageradamente detallado y normativo; como ejemplo hemos llegado al grado de tener normado en la Constitución los minutos diarios de tiempo en radio y televisión a que tienen derecho los partidos políticos y el Instituto Nacional Electoral (artículo 41 fracción III inciso a).

VI. Desfase con la realidad: la realidad del México del siglo XXI es diferente al contenido en el texto constitucional. Diferentes artículos se encuentran desfasados y son prácticamente obsoletos o están por demás (artículo 47); o por otra parte, hoy en pleno siglo XXI, la Constitución Política en su artículo 73 menciona que el Congreso tiene la facultad para establecer contribuciones en materia de aguamiel y productos de su fermentación, cerillos y fósforos, producción y consumo de cerveza y tabaco labrado. A nuestro juicio, resulta absurdo e innecesario pensar que en el texto constitucional se considere al aguamiel, que por cierto en estos tiempos muy pocos lo consumen, o de igual manera los cerillos y fósforos que con el paso del tiempo han sido sustituidos poco a poco por encendedores.

VII. Artículos extensos y sobre reguladores: hay artículos que más bien parecen mini leyes. Asimismo, otros hacen referencia a los requisitos para poder ocupar la Dirección de Organismos Constitucionales Autónomos y otros entes; cuestiones que bien podrían estar en normas secundarias.

En resumen, consideramos que dentro del texto constitucional vigente hay un desfase de la realidad con lo normado, hay una sobre regulación y se han cometido excesos al elevar a rango constitucional temas y cuestiones que bien podrían estar regulados en normas secundarias o leyes constitucionales.

Sostenemos que ya es tiempo preciso de voltear atrás con una perspectiva de análisis riguroso y ver qué es lo que hemos hecho bien como país en términos de adecuar, adaptar y reformar nuestra Constitución a los tiempos que se viven, y cuáles modificaciones realmente han sido producto de un exceso. Donde habría que decir que no toda reforma es mala, siempre

y cuando esta venga de un proceso deliberativo adecuado, razonado, consensado y que realmente se justifique la reforma a nuestra Constitución. Pero que además lo normado tenga efectividad.

Por lo general en las constituciones políticas nacionales se establecen generalidades que rigen y guían la forma de gobierno, principios, derechos e ideales que como nación se defenderán divididos en una parte dogmática: ideas, principios, derechos en los cuales la sociedad cree y respeta al elevarlos a rango constitucional; y la otra parte orgánica: que establece la forma de estado y organización que como nación se establecen, definiendo en forma general qué órganos o instituciones serán las encargadas de velar por los intereses de la nación y sus ciudadanos.

Es tiempo quizás de poner sobre la mesa un debate nacional, una discusión seria y rigurosamente técnica y académica entre los expertos sin permitir la polarización o partidización del tema. Es decir, enfrentamientos ideológicos estériles que solo dividan sino más bien buscar consensos y acuerdos donde nos cuestionemos seriamente hacia dónde queremos ir como nación. Si el modelo de estado y de gobierno que nos rige actualmente es el idóneo o adecuado para progresar en todos los sentidos como país o si el texto constitucional realmente representa y ejemplifica el modelo de nación al que aspiramos los mexicanos. Y si el modelo de estado que tenemos, así como el régimen político, es el idóneo para enfrentar los nuevos retos que trajo consigo la pandemia y en general los fenómenos de la globalización.

Por lo que concluimos que es necesaria una nueva Constitución política en México cuidando los aspectos y cuestiones antes referidas para corregir las incoherencias mencionadas, las normas inconexas, el desfase entre la realidad y regulaciones constitucionales así como el momento social, político, financiero, económico, geopolítico, de integración global y en materia de cooperación internacional sobre temas de salud, cambio climático, avances tecnológicos y adaptabilidad a nuevas formas y estilos de vida que se han modificado a lo largo de los 106 años de vida y vigencia de nuestra Constitución.

Todo ello cuidando el proceso mediante el cual deba aprobarse y convocarse a un Congreso Constituyente ya que nuestro actual texto constitucional no prevé la forma o método mediante el cual deba crearse una nueva Constitución política en el país. Y ante ello sería interesante voltear a ver cómo lo han hecho en otras naciones latinoamericanas como por ejemplo Chile donde se convocó a la población a un plebiscito para consultar a sus ciudadanos si querían o no una nueva Constitución.

Previo a ello realizar debates ciudadanos y académicos en todo el país para conocer el sentir de la sociedad y de los estudiosos del derecho constitucional en México.

## XII. REFERENCIAS

- Ackerman, J. M. (2010). Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina. En J. Carpizo y C. B. Arriaga, *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa* (pp. 3-21). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/11743>
- Cabralles, J. M. (2018). *La constitución a detalle desde la perspectiva de la teoría constitucional en México*. Universidad Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Camarena, R., Guim A, M. A. y Zorrilla, A. M. (2019, octubre). *Doctorado Jurídicas de la UNAM*. (De)Construyendo a los órganos constitucionales autónomos en México. <https://doctorado.juridicas.unam.mx/wp-content/uploads/2019/10/Deconstruyendo-a-los-%C3%B3rganos-constitucionales-aut%C3%B3nomos-en-M%C3%A9xico.pdf>
- Carbonell, M. (2011). La Constitución viviente. *Insonomia*, 35, 187-190.
- Carpizo, J. (2011). ¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(24).
- Centeno, A. (2020). ¿Es vigente la Constitución Mexicana? Estudios de derecho desde la política pública. Tirant lo Blanch.
- Giles, C. A. (2018). *Las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República. [http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4193/Nota33\\_ReformasConstitucionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/4193/Nota33_ReformasConstitucionales.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Jefferson, T. (1987). *Autobiografía y otros escritos*. Tecnos.
- López, M. A., Meza, E., Contreras, M. A. y Acuayte, G. (2021). *Los órganos constitucionales autónomos en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6504/1.pdf>
- Mora, H. M. (2020). Movimiento Zapatista y reforma constitucional en México. El artículo 2o. de la Constitución mexicana. (U. C. Ecuador, Ed.)

- Revista CAP Jurídica Central*, (07), 71-84. <https://revistadigital.uce.edu.ec/index.php/CAP/article/view/2898/3465>
- Paoli, F. (2016). *Constitucionalismo en el siglo XXI: a cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Ruíz, J. F. (2017). Los organismos constitucionales autónomos en México: una visión integradora. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (37), 85-120. <https://www.scielo.org.mx/pdf/cconst/n37/1405-9193-cconst-37-85.pdf>
- Ruíz-López, H. (2021, 24 de enero). *Red Iberoamericana de Estudios de Gobierno, Política y Gestión Pública*. Organismos constitucionales autónomos en México: <http://rediberoestudios.org/organismos-constitucionales-autonomos-en-mexico/>
- Valadés, D., y Carbonell, M. (2007). Las funciones de la reforma constitucional. En *El proceso constituyente mexicano: a 150 años de la Constitución de 1857 y 90 de la Constitución de 1977* (p. 31). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/2389-el-proceso-constituyente-mexicano-a-150-anos-de-la-constitucion-de-1857-y-90-de-la-constitucion-de-1917#83993>
- Zachary, E. (2012). *The endurance of National Constitutions*. Prensa de la Universidad de Cambridge. <https://www.cambridge.org/core/books/endurance-of-national-constitutions/CD671879ADBFF7420C25C3707E6135F0>
- Zagrebel'sky, G. (2009). *Historia y Constitución*. Trotta.
- Zeind, M. A. (2019, 27 de febrero). *Nexos*. Poder Ejecutivo y órganos constitucionales autónomos: dos lecturas de la división de poderes. <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/poder-ejecutivo-y-organos-constitucionales-autonomos-dos-lecturas-de-la-division-de-poderes/>



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Ruiz-López, Héctor, “¿Se requiere una nueva Constitución? Las reformas y vigencia del texto constitucional de México en el siglo XXI”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17149. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17149>

### ***APA***

Ruiz-López, H. (2024). ¿Se requiere una nueva Constitución? Las reformas y vigencia del texto constitucional de México en el siglo XXI. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17149. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17149>

## Enfoque de género en respuesta de acciones colectivas de mujeres: una lectura desde el concepto *cross fertilization*<sup>1</sup>

### *Gender approach in women's collective action response: A reading from the concept of cross fertilization*

Natali Niño Patiño

 <https://orcid.org/0000-0002-7560-8008>

Observatorio de Paz de la Universidad Libre. Colombia  
Correo electrónico: natali.ninop@unilibre.edu.co

Recepción: 21 de junio de 2023

Aceptación: 15 de agosto de 2023

Publicación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18009>

**RESUMEN:** El presente artículo tiene como propósito principal hacer una revisión de las decisiones de los tribunales regionales de derechos humanos, con el fin de identificar elementos que nos ayuden a construir el enfoque diferencial de género, en el marco de la atención y respuesta, por parte de las instituciones del Estado, a las acciones colectivas de las mujeres. El artículo implementa como metodología el análisis de sentencias a partir del concepto de *cross fertilization*, el cual nos permite examinar decisiones judiciales con citas y fuentes cruzadas entre las cortes, para reconocer criterios universales para la defensa de los derechos, en búsqueda de la construcción de dicho enfoque, el cual precisa de ser incorporado como un elemento esencial por parte de los estados, para el cumplimiento de deberes internacionales que conlleven a la prevención, sanción y erradicación de la violencia de género.

**Palabras claves:** protesta social, género, protesta social feminista, derechos humanos, derecho convencional.

**ABSTRACT:** This article reviews the decisions of the regional human rights courts to identify elements that provide insights in the construction of a gender differential approach in the framework of the attention and response by the state institutions to women's collective actions. The article implements, as a methodology, the analysis of sentences based on the con-

---

<sup>1</sup> Este artículo es producto de la investigación *Justicia judicial y social en la construcción de una paz estable y duradera en el marco del ODS 16*, del Observatorio de Paz de la Universidad Libre.

cept of cross fertilization, which allows to examine judicial decisions with citations and sources crossed between courts, to recognize universal criteria for the defense of human rights, in search of the construction of such approach, which needs to be incorporated as an essential element by the states, for the fulfillment of international duties that lead to the prevention, punishment and eradication of gender violence.

**Keywords:** social protest, gender, feminist social protest, human rights, conventional law.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Cross fertilization o del diálogo transnacional de los jueces*. III. *Protesta social y mujeres*. IV. *Enfoque de género para enfrentar la protesta social*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Las mujeres han participado de forma activa en diferentes escenarios de movilización social, a través de acciones colectivas,<sup>2</sup> entre otras la protesta social, el arte, las acciones legales, huelgas de hambre, elaboración de comida para los manifestantes. No obstante, dichas acciones, en ocasiones, se han visto reprimidas por una serie de intervenciones por parte de agentes del Estado,<sup>3</sup> en el que ha llevado a que algunas mujeres eleven denuncias de violencias basadas en género, la cual ha permitido documentar que dichas respuestas responden a una lógica sostenida desde el modelo del sistema sexo género.<sup>4</sup> Lo que conlleva a la violación de los derechos humanos y al quebrantamiento de compromisos internacionales para la prevención, protección y sanción de las vulneraciones de los derechos humanos y la erradicación de la violencia de género. Por lo que se hace necesario que las

---

<sup>2</sup> Entiendo por repertorios de movilización de la acción colectiva “la totalidad de los medios que dispone un grupo para perseguir intereses compartido” (Tilly, 1995, p. 41). Entre otros la protesta social, las acciones legales, las asambleas, el grafiti, los símbolos, la toma de instituciones, etcétera.

<sup>3</sup> Varios informes han demostrado cómo hay una violencia diferenciada por parte de los agentes de los Estados en respuestas de las acciones colectivas, varios informes han relatado casos, como, por ejemplo, Colombia y México. Pueden consultarse estos informes el informe: 1) *Violencias sexuales y otras violencias contra mujeres en el contexto del Paro Nacional de Colombia 2021*, presentado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 2) México: La era de las mujeres: estigma y violencia contra las mujeres que protestan. 3) *Violencia política sexual desde octubre a diciembre de 2019 en Chile* (2020).

<sup>4</sup> Entiendo por el modelo sistema sexo género aquel que privilegia los valores masculinos por los valores femeninos. Además de tener lógicas de menosprecio para no valorar el trabajo reproductivo, asignado tradicionalmente a las mujeres, adoptando lógicas de represión y violencia para mantener los privilegios.



acciones de los agentes del Estado se fundamenten en una lógica racional que busca incorporarse a partir del enfoque de género, con el fin de atender de manera constitucional y convencional estos escenarios.

Por consiguiente, el presente artículo de investigación tiene como propósito principal determinar: ¿cuáles son los elementos del enfoque de género que emergen a partir de un diálogo cruzado entre las diferentes sentencias de las cortes regionales de derechos humanos para la atención de las respuestas a las acciones colectivas de las mujeres? Lo anterior, con el fin de dar claridad a la ciudadanía sobre sus derechos, en especial, a las mujeres.<sup>5</sup> Lo anterior, nos permitirá establecer una suerte de límites inquebrantables, por un lado, y por otro, acciones efectivas que puedan implementarse en el marco de las entidades que atienden estos escenarios de conflictos para evitar daños y vulneraciones a los derechos humanos de las mujeres.

En este sentido, estas reglas y límites a la fuerza pública se pueden rastrear en el derecho internacional de los derechos humanos, en especial por la jurisprudencia, que contiene citas y referencias cruzadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal Europeo de Derechos (TEDH) y la Corte Africana de Derechos Humanos (Corte Africana). Es decir, la jurisprudencia emanada por diferentes órganos regionales del sistema ha contribuido a la comprensión del enfoque de género y su aplicación en el ámbito de la protesta social.

Para ello, el trabajo estará dividido en tres partes: en la primera parte buscaré conceptualizar sobre la importancia del concepto de *cross fertilization*, en la segunda, reseñaré la violencia sobre las mujeres en el marco de las movilizaciones sociales, y, por último, se determinarán los elementos que deben incorporarse en la aplicación del enfoque de género como forma para implementar en el repertorio de reacción por parte de las instituciones para enfrentar la protesta social.

La hipótesis que pretendo desarrollar es que un análisis de las sentencias de las cortes regionales de derechos humanos nos permitirá identificar criterios para la implementación del enfoque de género, en el marco de las

---

<sup>5</sup> El enfoque de género implica comprender la violencia de manera diferenciada sobre las personas por su condición de mujer, de hombre, o por sus orientaciones sexuales. No obstante, con el fin de limitar el artículo el presente documento se enfocará en las mujeres. Además, entiendo por enfoque de género una herramienta que puede ser aplicada para la prevención de la violencia de género al interior de las instituciones. Esta herramienta nos da la capacidad para prevenir, actuar y sancionar conductas que pongan en desventaja a las mujeres (Niño, 2019).

respuestas por parte de los Estados, para la atención de las acciones colectivas de las mujeres.

El método que utilizaré es el análisis de sentencias de las cortes regionales para identificar un diálogo cruzado que nos permita identificar elementos del enfoque de género, así mismo, emplearé el análisis crítico del discurso para revisar documentos jurídicos, políticos y periodísticos, tales como, informes de organizaciones de derechos humanos, de instituciones públicas como la procuraduría y la fiscalía y las normas del ordenamiento jurídico.

## II. *CROSS FERTILIZATION* O DEL DIÁLOGO TRANSNACIONAL DE LOS JUECES

### 1. *La Corte IDH y el enfoque interpretativo en clave a derechos*

Las sentencias de la Corte IDH se afianzan cada vez más en el cumplimiento efectivo de los derechos humanos a nivel estatal, en tanto que imponen sanciones a los Estados; en razón, por un lado, del incumplimiento de aplicar al interior normas que sean abiertamente inconventionales<sup>6</sup> y, por otro lado, al apartarse de las interpretaciones realizadas por dicha Corte.<sup>7</sup> De esta manera, atendiendo a la evolución jurisprudencial la Corte IDH, se ha insistido en tener en cuenta que las exigencias de la materialización efectiva del derecho internacional de los derechos humanos ya no se reducen únicamente al cumplimiento de los tratados internacionales, sino también, a respetar todo el *corpus iuris internacional de derechos* y de la jurisprudencia. La cual,

---

<sup>6</sup> La Corte IDH ha producido toda una serie de jurisprudencias en donde ha declarado la responsabilidad de los Estados en razón de aplicar normas, (constitucionales o no constitucionales) políticas públicas, o directrices que sean abiertamente inconventionales, esto es, que vayan en contra de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, pero además, del corpus iuris internacional y de la jurisprudencia de la corte. Para analizar este recorrido recomiendo al lector el texto *El Control de Convencionalidad* de Manuel Fernando Quinché (2017).

<sup>7</sup> Para consultar sentencias de la Corte IDH en dónde establece la obligatoriedad de su interpretación puede verse Corte IDH, *Caso Mendoza y otros vs. Argentina*, excepciones preliminares, fondo y reparaciones, sentencia del 14 de mayo de 2013. Corte IDH, *Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus miembros vs. Honduras*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de octubre de 2015. Corte IDH. *Caso Tenorio Roca y otros vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 22 de junio de 2016.

como veremos, se ha venido desarrollando a través de un diálogo cruzado con otros tribunales regionales, que busca ser obligatoria a partir del control de convencionalidad.<sup>8</sup>

De este modo, los Estados que pertenecen al sistema interamericano de protección de derechos humanos (SIDH) deben aplicar dicho control, para el caso de América. Además, las decisiones basadas en derechos humanos deben tener un componente argumentativo que tenga en cuenta el elemento garantista que materialice los derechos humanos reconocidos (Pabón, Toro, y Zuluaga, 2020).

Las diferentes cortes a nivel regional y estatal que fallan con el enfoque en derechos humanos han buscado mecanismos para interactuar entre sí y determinar desde una conciencia internacional los parámetros y límites de las autoridades en el desarrollo de los derechos humanos. Es así como, el concepto de *Cross Fertilization* ha mostrado un claro intercambio de ideas entre las diferentes tomas de decisiones en clave a los derechos humanos. Este concepto puede entenderse, en el marco del derecho internacional, en el que los tribunales regionales se ven arrojados a darle un sentido universal al catálogo de derechos reconocidos. Así estos tribunales, cada vez más se citan entre ellos en la búsqueda de una interpretación más universal de los derechos. Aun pensando en que estos son independientes y autónomos en sus decisiones, tales como algunos sistemas regionales (Organización de Estados Americanos, La Unión Africana, el Consejo Europeo), o el sistema universal (Naciones Unidas).

Por consiguiente, se acepta la invitación de leer los derechos de una manera universal, intercambiando ideas y conceptos. Esto con el fin de evitar que cada uno de los derechos sea interpretado de distinta manera y asimismo tratar de promover un lenguaje universal clave entre los diferentes sistemas regionales del mundo.

Pero, sobre todo, el diálogo de los jueces internacionales de derechos humanos se manifiesta cuando los jueces interpretan el texto que están protegiendo. Cada vez más, de hecho, se invita a los jueces a leer la jurisprudencia de otros jueces

---

<sup>8</sup> El control de convencionalidad es un concepto desarrollado por la Corte IDH en el que determina la obligatoriedad de que las autoridades al interior de los Estados deban realizar un control de convencionalidad de las acciones que tengan que ver con derechos humanos. Así las distintas autoridades, jueces, servidores públicos, y funcionarios públicos deben atender a lo pactado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el *corpus iuris internacional* y la jurisprudencia de la Corte IDH.

internacionales de derechos humanos. No pueden ignorar las interpretaciones propuestas por otros jueces. (Hennebel, 2006, p. 3)

## 2. El sistema regional y el concepto de *Cross Fertilization*

En el caso del sistema regional, la Corte IDH utiliza las referencias cruzadas como un método de interpretación que permite tomar decisiones de violaciones de derechos humanos de los estados participantes, y así mismo, como afirma el jurista Antônio A. Cançado Trindade, a partir de este método la corte contribuye a la consolidación de un derecho humano inherente a cada persona, e independiente del territorio (Corte IDH, OC 18-03, párrafo 89) y aporta a la consolidación de un sistema universal de protección de los derechos humanos, de esta forma diversos estudios han mostrado cómo este diálogo cruzado entre los jueces de tribunales regionales<sup>9</sup> han contribuido a una concepción de materialización de los derechos humanos.

El encuentro y el diálogo entre los jueces regionales permite reforzar la autoridad y la legitimidad de los derechos a nivel universal. Pues el razonamiento que se construye entre las diferentes cortes aporta al mundo una interpretación central de los derechos y lo realiza en clave a una interculturalidad entre los diferentes jueces a nivel mundial.

La premisa del universalismo, sin embargo, no concierne a ningún tribunal con autoridad universal para interpretar y aplicar estos derechos. La deliberación judicial colectiva, a través del conocimiento, el reconocimiento y el uso de las decisiones dictadas por otros tribunales de derechos humanos, enmarca un proceso universal de deliberación y decisión judicial. (Slaughter, 1994, p. 122)

En este sentido, encontramos referencias cruzadas que contribuyen a un diálogo universal, el TEDH, por ejemplo, se ha inspirado en la Corte IDH en temas sobre torturas, desapariciones forzadas, derechos a la información,<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> El voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile* utiliza el concepto de *Cross Fertilization* con el ánimo de revisar otras cortes con casos similares para evaluar las interpretaciones sobre derechos humanos y poder converger en interpretaciones universales respecto de un problema jurídico.

<sup>10</sup> Para revisar las referencias pueden consultarse las sentencias *Öcalan vs. Turkey*, 2005, § 166. *Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungary*, 2016, § 146.

entre otros temas. Por su parte, la Corte IDH ha referenciado el TEDH para desarrollar su doctrina de las leyes de amnistía.<sup>11</sup> De igual manera, el caso *APDF vs. la República de Mali*, que implica una revisión de los derechos humanos de las mujeres, la Corte Africana se decantó por interpretaciones universalistas propia del TEDH y de la Corte IDH, buscando la protección de los derechos de las mujeres. Un caso difícil, para esta región, pues como lo señala Ben Kioko vicepresidente de la Corte Africana: “El caso involucraba una lucha entre valores tradicionales y religiosos por un lado y las normas de derechos humanos por el otro. Aunque la Corte, como era de esperarse, eligió subrayar la supremacía de los estándares de los derechos humanos sobre los valores tradicionales y religiosos” (Corte IDH, 2020, p. 155).

De esta manera, los tribunales regionales contribuyen a dismantelar y establecer criterios para la corroboración de normas que son violatorias de derechos humanos, coadyuvando a la concepción y consolidación de estándares en clave a derechos humanos que contribuye a la consolidación de Estados más democráticos, basados en la dignidad y el respeto de los seres vivos.

Así las cosas, el concepto de *Cross Fertilization* refuerza una interpretación universal de los derechos humanos en clave a los principios del derecho, tales como la cláusula de la interpretación más favorable, contribuyendo así a un diálogo global. La aplicación del método del trabajo que se aplique sistemáticamente por todos los jueces permitirá una amplia protección al servicio y lógica del respeto de la vida y el mundo.

A partir de lo anterior, podemos concluir que si implementamos una metodología basada en el concepto de *Cross Fertilization* podemos fundamentar criterios interpretativos universalistas que conlleven a la protección y garantía de los derechos humanos, en concreto, para el caso que nos interesa fundamentar elementos del enfoque de género en el marco de la protesta social. Esto revestirá de legitimidad la actuación de los Estados quienes deben actuar en función de la protección de los derechos de las mujeres.

---

<sup>11</sup> Recomendando el estudio *El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de derechos humanos*, de Arenas Meza (2018).

### III. PROTESTA SOCIAL Y MUJERES

Las mujeres siempre han resistido y enfrentado a las acciones arbitrarias por parte de las autoridades de los diferentes Estados, quienes han diseñado estrategias para confrontar sus demandas (Farge, 2018). Sobre la anterior afirmación, han emergido varias interpretaciones sobre la acción y la participación de las mujeres en el marco de los conflictos sociales. Por una parte, encontramos quienes sostienen que las mujeres únicamente participaron entre el siglo XVI y XVIII en conflictos al interior de las naciones cuando se vio afectada la alimentación, por ejemplo, intervinieron cuando el alza del trigo hacía impagable el pan.<sup>12</sup> Por otro lado, se encuentran quienes afirman<sup>13</sup> que las mujeres han participado al igual que los hombres en los movimientos sociales. Pero, al ser el repertorio de acción diseñado desde la acción masculina, la confrontación es el centro del acontecimiento, razón por la cual, las acciones que se emprenden desde lo femenino quedan invisibilizadas.

Por este motivo, si ampliamos el repertorio de acción, y comprendemos que este no se limita únicamente al enfrentamiento sino a todo un marco relacional de acciones, que pasa por circuitos de lo cotidiano, podemos percibir que las mujeres han participado de diferentes formas como, por ejemplo: han prestado sus hogares y sus servicios para el cuidado a los heridos y enfermos; han realizado alimentos para las personas que participan en las actividades de movilización; han conversado e intervenido ante las autoridades para gestionar ayudas a personas privadas de la libertad. También han participado de forma activa en zonas de conflicto; como agitadoras, animando e invitando a la acción. Han utilizado el travestismo como una forma de actuar igual que los hombres. Han liderado manifestaciones que conducen al acontecimiento como lo fueron las marchas de octubre en el marco de la Revolución francesa en 1789. En el siglo XIX, XX y XXI han implementado diversas estrategias, tanto pacíficas como violentas para que los Estados atiendan a las demandas propiamente de las necesidades femeninas, esta es la tesis que demuestra Farge (2018).

---

<sup>12</sup> Esta tesis es sustentada en el texto *Révoltes et Révolutions dans l'Europe Moderne* de Yves-Marie (1980).

<sup>13</sup> Puede consultarse el texto *La amotinada* (2018) de Arlette Farge. En donde se muestra cómo el repertorio de acción es más amplio cuando se involucra a las mujeres.

Dicho lo anterior, podemos ir mostrando que las mujeres en el marco de la producción de la acción colectiva, tal y como la comprendemos en la modernidad, a partir de la trinchera en las ciudades, el amotinamiento, las revueltas, entre otras, nunca han sido ajenas a los procesos de transformación y cambio que demanda la sociedad civil. Por el contrario, se han interesado de manera activa en la configuración de los acontecimientos y en la transformación de las sociedades. Por este motivo, las autoridades también han diseñado mecanismos para enfrentar estos cuerpos y desarticular las acciones de movilización que se han desarrollado de forma diferente que los reclamos de los cuerpos masculinos, debido a que los objetivos que persigue la reacción de la autoridad conllevan a debilitar el movimiento, a humillar y a separar.<sup>14</sup>

En este sentido, la estigmatización y la violencia sexual constituyen un elemento determinante para reprimir las demandas de las mujeres, que se ha manifestado desde las luchas reivindicatorias de la modernidad hasta lo contemporáneo; pues quienes participaban y quienes lo siguen haciendo se presentan como altaneras y peligrosas para el orden.<sup>15</sup> Lo que ocasiona un quebrantamiento con sus vínculos familiares, con las redes de apoyo y formas solidarias de cooperación. En el que muchas mujeres no están dispuestas a sacrificar y, por lo tanto, estos mecanismos desarticulan el movimiento y su manifestación. Adicional a ello, quienes se presentan en espacios públicos de poder sufren de discriminación a partir de roles asignados (Fierro y Nichte, 2022).

---

<sup>14</sup> Históricamente podemos rastrear estas formas diferenciadas de violencia y represión. Por ejemplo, Silvia Federeci (2022) sostiene la hipótesis de que la cacería de brujas realizada en la emergencia de la modernidad se realizó en un momento de transformación del campesinado. Lo que derivó en que todo el escenario para contrarrestar la brujería, que se fundamentó en la desarticulación de la solidaridad entre las familias y los vecinos, al considerar a ciertas mujeres activas como enemigas, por esto la autora sostiene que esta transformación de desarticulación tuvo como énfasis una violencia en contra de las mujeres (Federeci, 2022).

<sup>15</sup> Muchas de las mujeres que han participado en movimientos feministas por la lucha de los derechos a la igualdad han sido estigmatizadas. Grandes relatos de ellos tenemos, por ejemplo, las *salonnières* intelectuales francesas que buscaban un trato digno, fueron ridiculizadas por grandes pensadores, incluido el texto *Las preciosas ridículas* de Molière. El texto *El sujeto sufragista* muestra cómo las mujeres no querían ser identificadas como feministas “porque casi ninguna mujer quería dejarse matricular dentro de esta especie de animales raros” (Luna, 2004, p. 92). Por su parte, el estudio de Cerva-Cerna (2021) muestra que “el activismo feminista, en cualquiera de sus formas y representaciones históricas, nace estigmatizado”.

Ahora bien, en el marco del desarrollo de las protestas en los últimos años en América Latina, las mujeres que participan de la protesta social han denunciado varias formas de violación de derechos humanos: estigmatización, persecución<sup>16</sup> y detención arbitraria por parte de policías, algunos de ellos sin identificación o por particulares, bajo el instrumento de la violencia sexual después de ocurrido un evento reivindicativo.<sup>17</sup> En este sentido, la violencia sexual y de género es una forma de respuesta de las autoridades para desarticular las protestas. Así lo señala el siguiente informe: “La violencia de género contra las mujeres, incluida la violencia sexual, sigue siendo usada por las autoridades como una forma de inhibir el ejercicio del derecho de las mujeres a la reunión pacífica, como una táctica ilegítima y contraria al derecho internacional en relación con el manejo del orden público” (Amnistía Internacional, 2021, p. 7).

Las mujeres que participan de la acción colectiva en el marco de la protesta social pueden ser tildadas de locas, exageradas, irracionales, irresponsables o que utilizan repertorios no adecuados para reclamar demandas. Muchas veces sus actos se consideran como exagerados y se deslegitiman sus reclamos en tanto que se involucran estereotipos que implica ver las demandas únicamente con el propósito de llamar la atención o sacar algún provecho de la manifestación o la denuncia que realizan.<sup>18</sup>

Martínez-Jiménez y Zurbano-Berenguer (2019) han justificado estos argumentos a través de una investigación que buscó analizar los discursos que atacaban las acciones en las que participan principalmente las muje-

---

<sup>16</sup> Así lo sufrieron, por ejemplo, las activistas de la canción LasTesis que se constituyó en un himno mundial, sin embargo los policías las denunciaron por considerar que incitaban a la violencia. Como se puede ver en esta nota: <https://www.dw.com/es/chile-police%C3%ADa-denuncia-a-lastesis-por-incitar-a-la-violencia-en-su-contra/a-53837362>

<sup>17</sup> La Corte IDH y varias organizaciones internacionales han documentado estas afectaciones a derechos, y señalan: “Según la información recibida, en el marco de las protestas lideradas por mujeres o que involucran movimientos feministas en la región, se habría registrado en varias situaciones, hechos que van desde un uso excesivo de la fuerza, criminalización, estigmatización, intimidación y amenazas, detenciones arbitrarias, uso indebido del derecho penal, hasta violencias de género y violencia sexual, así como ataques contra la vida e integridad de mujeres defensoras de derechos humanos” (CIDH, 2021).

<sup>18</sup> Entre otros informes se pueden consultar *México: La era de las mujeres*. (2021). Colombia: Violencias basadas en género y violencia sexual en el marco del Paro Nacional (2020). *Mujeres, protestas sociales y represión estatal en Argentina, Chile y México* (2021). En este informe se relatan los ataques y comentarios a los que se enfrentan las mujeres que reivindican sus derechos.



res, así como las demandas propiamente femeninas y establecieron unos argumentos que terminan defendiendo la violencia de género y descalifican a quienes hacían parte de la voz de aquellas demandas. De esta forma, las mujeres que realizan acciones de este tipo tienen dos intereses: 1) sacar provecho de una posición de víctima; 2) exagerar como una forma de incrementar cualquier elemento de violencia. Por consiguiente, siempre la respuesta ante cualquier violación, esto es, manifestación, destrucción de los bienes, obstaculización del paso, toma de edificios públicos o privados, será el asesinato, la violación, la desaparición, etcétera, además, corren peligro los hombres quienes resultan perjudicados en su buen nombre o en sus trabajos ante las acciones colectivas, como escraches, o denuncias públicas (Martínez-Jiménez y Zurbano-Berenguer, 2019).

Por otra parte, se ha podido identificar que después de la estigmatización, el discurso educativo y el castigo de regreso es justificado, principalmente, a través de la violencia sexual. Así esta forma de violencia es el principal hilo conductor de castigo que fundamenta la acción de represión de las acciones colectivas de las mujeres. Desnudos injustificados frente a agentes del Estado, tocamientos inapropiados y sin consentimientos, abusos sexuales y violaciones. Estas manifestaciones, responden a formas en el que un sistema sexo género se sostiene, en la medida en que, la subyugación y la inacción es propio de lo femenino, quien se atreve a traspasar estas barreras será sancionada a través de la violencia sexual. Este tipo de violencia también ha sido un mecanismo para humillar a una población o a un grupo, debilitando las relaciones entre las personas y afectando de manera diferenciada a las mujeres, quienes se ven expuestas a violaciones y abusos sexuales por parte de las autoridades.<sup>19</sup>

Por esta razón, es importante entender que el fenómeno de la violencia contra la mujer, se encuentra en un marco interpretativo distinto al del hom-

---

<sup>19</sup> En los últimos años las organizaciones de derechos humanos han comenzado a documentar las violencias basadas en género en el marco de la protesta social, por ejemplo, para el caso de Colombia, en el marco del Paro Nacional del 2021 se reportaron las siguientes cifras: “808 mujeres fueron víctimas de violencia policial, 61 sufrieron violencias basadas en el género (VBG) y 18 agresiones sexuales, a 30 de junio de 2021. Además, según la Defensoría del Pueblo, la cifra de VBG asciende a la alarmante cantidad de 106 casos, 23 de ellos clasificados como violencias sexuales, a 31 de mayo de 2021”. En el marco del estallido social en Chile, “se presentaron 17.950 denuncias policiales por violación, abuso sexual y otros delitos sexuales, la mayor cifra en una década”. La Corte IDH ha develado experiencias de violencias sexuales en contra de las mujeres en el marco de protesta social, como lo es el caso de *Mariana Selvas Gómez y otras vs México*.

bre, que no deja por ello de ser importante, sino que invita a pensar sobre cómo la violencia afecta a los cuerpos de forma distinta y precisa en consecuencia mecanismos de protección diferenciados.

#### IV. ENFOQUE DE GÉNERO PARA ENFRENTAR LA PROTESTA SOCIAL

La lucha histórica de las mujeres ha mostrado y dismantelado las relaciones basadas en el sistema sexo género que existen dentro de la sociedad. Esto ha configurado y ha mantenido a la mujer en una posición de desventaja. Así, ante la conciencia de los feminismos de desarticular estructuras educativas y de castigo contra las mujeres, como una forma de activación de mecanismos de represión, para mantener un sistema basado en los sexos<sup>20</sup> (en el que las mujeres cumplen un rol y los hombres otros), se hace necesario implementar y diseñar un método para contrarrestar estos problemas y así las instituciones jurídicas puedan cumplir con sus compromisos internacionales de prevención, sanción y erradicación de la violencia basada en género.

La Organización de Naciones Unidas ha promovido e impulsado desde 1975 las conferencias internacionales de la mujer. La primera se llevó en México en 1975 y la última en 1995 en Beijing. Conferencias que han sido de suma importancia, y que han generado una conciencia al interior de los Estados y permitido desarrollar normas y políticas públicas que busquen superar la violencia de género y a su vez contribuya a la apertura de espacios públicos y políticos.

Además, para enfrentar esta problemática, se han diseñado varios tratados internacionales. Desde Naciones Unidas y la Organización de Estados Americanos, encontramos instrumentos que buscan erradicar la violencia en contra de la mujer en todos los ámbitos, desde la trata de blanca hasta los derechos de las mujeres en el matrimonio. En relación con los temas políticos podríamos mencionar la *Convención Sobre los Derechos Políticos de las mujeres*, la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer* la CEDAW, como la *Convención Belo Pará*, entre otros. Además de implementarse normas sobre violencia

---

<sup>20</sup> Al respecto Habermas determina lo siguiente: “La clasificación de los roles sexuales y de las diferencias dependientes del sexo afectan a capas elementales de la autocomprensión cultural de una sociedad. Sólo en nuestros días el feminismo radical ha logrado que se tome conciencia del carácter falible, necesitado de revisión y fundamentalmente cuestionable de esta autocomprensión” (Habermas, J., 1999, p. 196).

de género que permiten desarrollar estas exigencias al interior de los Estados que hacen parte del sistema internacional y regional de los derechos humanos.

A pesar de que no contamos con mucha jurisprudencia en relación con la protesta social y las mujeres, entre otras sentencias podemos encontrar *Kawas Fernández vs. Honduras*, y *Mariana Selvas Gómez y otras vs. México*, en donde los tribunales han desarrollado una rica interpretación en torno a los elementos normativos que se deben tener en cuenta para comprender el enfoque de género y pensar de forma diferenciada la violencia en contra de la mujer. Por esta razón, intentaremos realizar un diálogo cruzado (*cross fertilization*) con los jueces de los diferentes tribunales regionales de derechos humanos, los cuales nos permiten identificar interpretaciones sobre las acciones y las formas en que los Estados pueden implementar y diseñar el enfoque de género en el desarrollo de la protesta social.

## 1. Debida diligencia

Las diferentes cortes regionales, la Corte IDH, el TEDH y la Corte Africana, han contribuido a la construcción de elementos y criterios interpretativos para desarrollar una estrategia que permita prevenir la violencia en contra de la mujer y evitar a través de la implementación del enfoque de género daños irreparables. Es así como la debida diligencia se convierte en el primer requisito que determina el elemento normativo determinado por la CEDAW, en el que, en su artículo 4o., número C, señala “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia en contra de la mujer”.

La debida diligencia ha venido dismantelando unas relaciones de poder, de sujeción y de violencia a la que está sometida el cuerpo de la mujer. Así, el TEDH en sentencia con el *asunto Jabarí* contra *Turquía* del año 2007, estableció la responsabilidad de los Estados en presenciar, participar y promover la violencia de género.<sup>21</sup> Además, en el año 2008, en el asunto *Bevacqua*

---

<sup>21</sup> Los hechos del caso en relación se constituyen en los siguientes hechos: una mujer había viajado ilegalmente a Turquía, porque sintió en riesgo su vida, al ser acusada en su país de origen como adúltera, Turquía buscaba deportarla y este hecho generaría un alto riesgo para ella de morir apedreada en su país de origen. Por lo tanto, el Estado no tuvo en cuenta las formas de dominación que mantienen a las mujeres en constante peligro y, en este sentido, los estados deben buscar medidas de protección y posibles afectaciones de derechos humanos.

y *S. contra Bulgaria*<sup>22</sup> el Tribunal Europeo comenzó a dismantelar las relaciones de violencia en el marco de relaciones familiares, violencia que había sido tolerada, y promovida por el Estado al no aceptar que los asuntos entre las parejas y la familia es un problema de orden público y no únicamente un asunto privado.

Por su parte, la Corte IDH en la sentencia “*Campo Algodonero*” vs. *México*,<sup>23</sup> devela cómo la violencia contra de las mujeres transcurre delante de la tolerancia de las autoridades públicas quienes no realizan acciones diligentes para evitarlas. Lo cual hace que la tolerancia, los prejuicios y estereotipos alimenten la injusticia sobre la violencia de género. En este mismo sentido, el TEDH en el año 2009 emite la sentencia *Opuz contra Turquía* en el que se evidencia la negligencia del Estado para proteger la vida de la demandante y la de su madre. Lo que ocasionó la muerte de su madre y el padecimiento de violencia doméstica por parte de las víctimas.

Con este somero recorrido, se ha evidenciado que la violencia, que por generaciones se había ocultado, debido a ser comprendidos como asuntos privados y como una forma de manifestación del poder patriarcal de los hombres sobre las mujeres quienes tienen la potestad de castigar y sancionar, había sido encubierta y tolerada por las diferentes instituciones estatales.

Ahora bien, la violencia contra las mujeres no solamente es ocultada, encubierta, y tolerada por las autoridades, también es promovida por estas. Se ha determinado que, en el caso de la sentencia *Kawas Fernández vs. Honduras*; en el que Blanca Jeannette Kawas Fernández, activista ambientalista,

---

<sup>22</sup> Los hechos del caso en relación ocurrieron en el marco de una serie de formas de violencia en el que la demandante y su hijo se ven sometidos por parte de su pareja sentimental; soportando desde violencia doméstica, maltratos, insultos, hasta violencia económica. Las autoridades no tramitaron de forma urgente las solicitudes de custodia a pesar de que estas estaban acompañadas de denuncia por maltrato y acoso a las que se veía sometida la demandante después de abandonar la casa familiar. Por esta razón, las diferentes autoridades presenciaron y pudieron conocer que este caso ameritaba una intervención urgente para proteger la integridad de la mujer y el hijo.

<sup>23</sup> Por ello, la discriminación, las violaciones y las muertes sistemáticas sobre los cuerpos femeninos es tolerada e incluso promovida por las autoridades públicas. Así lo demostró la Corte al señalar al Estado mexicano responsable de la desaparición y asesinato de tres mujeres en Ciudad Juárez por falta de diligencia efectiva frente a las denuncias y a la investigación. Asesinatos además que se encontraban en el marco de una violencia estructural en contra de las mujeres en este lugar, muchas de ellas estaban sometidas a torturas y violencia sexual, a partir de estereotipos que se fueron desarrollando y que las segregaron entre “buenas mujeres” y “malas mujeres”.

fue asesinada por parte de las autoridades del Estado quienes además no realizaron debidamente las funciones de investigación y sanción. Promoviendo así, la violencia en contra de mujeres activistas y defensoras de derechos humanos. En el mismo sentido, la sentencia *Mariana Selvas Gómez y otras contra México* determinó que el Estado mexicano había sido responsable de las detenciones arbitrarias y de las diferentes violaciones de derechos humanos en contra de las mujeres, tales como abuso y violencia psicológica, física y sexual en el marco de los operativos para contrarrestar una protesta en Texcoco y Atenco en el año 2006.

La jurisprudencia emitida por las diferentes cortes regionales nos pone en alerta, por un lado, de la complicidad por parte de las autoridades estatales para tramitar, investigar y sancionar la violencia hacia las mujeres y, por otro, de realizar actos de violencia en contra de las mujeres, en especial cuando nos encontramos con mujeres que defienden sus derechos y realizan acciones en el marco de movimientos sociales y de la protesta social. Acciones que ha conllevado en muchas ocasiones a feminicidios, revictimización, desplazamientos forzados por parte de mujeres teniendo que huir de un ambiente hostil de violencia.

Es por esta razón que la debida diligencia es el primer elemento que constituye el enfoque de género. El cual implica que el Estado disponga de medidas preventivas y de acciones diligentes para evitar las violaciones en contra de las mujeres que son víctimas en el marco de la protesta social. No solo por parte de terceros que limiten los derechos sino también por parte de los agentes del Estado quienes se presentan como una amenaza para estas luchas.

## 2. Interseccionalidad en la aplicación de medidas preventivas

El repertorio de respuesta que despliega las autoridades para contrarrestar a las mujeres que se encuentran en el marco de la protesta social tiende a dos formas de manifestación. Las cuales han sido documentadas por varias organizaciones de derechos humanos,<sup>24</sup> las cuales son: tiende a una acción “educativa” que constituye una amenaza para aquella mujer que quiere

---

<sup>24</sup> Por ejemplo, puede consultarse el informe *Represión al movimiento feminista en el Estado Español*, que documenta varios casos en los que los funcionarios públicos hacen comentarios paternalistas a las manifestantes, tales como, “usted debería estar en su casa”, “la calle es peligrosa para las mujeres”.

volver a intentar protestar o, una acción en el plano del castigo. En general varias mujeres han denunciado que se ven expuestas a formas paternalistas de respuestas, pues las autoridades, en muchas ocasiones retienen ilegalmente a las mujeres que se encuentran en las calles para “protegerlas”. Quienes además se ven sometidas a una retórica educativa y amenazante en el que les imprimen la idea de que la calle no es para las mujeres dado que pueden verse sometidas a peligros, que evitarían si estuvieran en la casa. El castigo, por otra parte, se realiza mayoritariamente con cuerpos que son incorregibles. Los cuerpos disidentes, están más expuestos a la violencia en general y la violencia sexual en particular. En otras palabras, cuando los agentes del Estado o los particulares tienen una lógica de observar a la otra como una enemiga, que imprime una suerte de riesgo para la cultura, la sociedad y “las buenas costumbres”, la represión y la violencia son el motor que impulsa a actuar a través del castigo.

Esta situación puede convertirse en algo mucho más grave, cuando se trata de mujeres trans, prostitutas, migrantes, con diversidades sexuales, quienes están más expuesta al castigo patriarcal, por parte de las autoridades y por parte de los particulares quienes consideran hacer justicia por su propia mano cuando violentan a quienes buscan reivindicación. “Cuando las mujeres, las migrantes, las trans se atreven a romper el cerco y salir a las calles, la violencia machista se usa como mecanismo para frenarlas, por lo que no podemos hacer un análisis sobre la represión al movimiento feminista sin tener en cuenta este factor” (Bonilla, T. y Vígara, S., 2021, p. 20).

Este tipo de sucesos fueron registrados en América Latina, en el caso *Vicky Hernández y otras vs. Honduras* (2021), en el que una mujer trans, activista, defensora de derechos humanos, que ejercía el trabajo sexual fue asesinada por agentes del Estado de Honduras, y posteriormente, su proceso de investigación se edifica bajo varios errores procesales que implican la estigmatización de su cuerpo, omitiendo la debida diligencia y otros procedimientos que garantizan la justicia y la protección a los derechos de los y las familiares. En este caso la Corte muestra que los hechos se cometieron en un contexto sistemático de violencia contra la comunidad LGBTIQ+ y las trabajadoras sexuales, en el que la fuerza pública desplegaba acciones letales y estigmatizantes que afectaban los derechos de esta población. De esta manera, la Corte argumenta que debe haber un análisis interseccional en la incorporación de las investigaciones sobre las personas de esta población, que alerten a las autoridades de categorías sospechosas, que puedan afectar los derechos fundamentales, señala: “Es dable considerar que la identidad de género

en determinadas circunstancias como la presente, que se trata de una mujer trans, constituye un factor que puede contribuir de forma interseccional a la vulnerabilidad de las mujeres a la violencia basada en su género” (*Vicky Hernández y otras v. Honduras*, 2021, párr. 129).

En este sentido, la interseccionalidad debe ser parte de la forma de atención de las autoridades públicas y debe constituir un elemento fundamental. En el que, como se ha evidenciado, el Estado además de promover ha propiciado situaciones para fomentar la violencia de género. De esta manera, entendiendo las lógicas de violencia con las que opera la respuesta a la protesta social, el Estado tenga vehículos efectivos de respuesta que permitan prevenir la violencia en contra de las mujeres.

Por su parte, la CEDH ha sido un poco restrictiva para la interpretación de la interseccionalidad,<sup>25</sup> en el sentido en el que los países en Europa guardan criterios de discriminación. No obstante, en 2012, el TEDH, en el caso *B.S. v. Spain* (2014), ha aplicado el criterio de interseccionalidad el cual ha señalado elementos particulares en el que una mujer africana ejerce la prostitución en España. Caso sobre el cual se realizó un enfoque interseccional, para develar cómo las instituciones habían no sólo violentado la integridad y la dignidad de la demandante, sino también habían omitido la investigación por razones de discriminación.

En América la Corte IDH ha adoptado este criterio en el caso *I.V vs Bolivia* del 2016 en que se da cuenta de la situación de vulneración de derechos en razón a varias formas de discriminación. En este caso, una mujer migrante fue sometida a esterilización sin su consentimiento, aunado a que el médico que toma la decisión de realizar este procedimiento sin su consentimiento considera que tiene la decisión de afectar a una mujer que es discriminada por ser pobre, migrante, refugiada. Por su parte, el caso *V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* muestra la omisión y revictimización a las que fueron expuestas las demandantes, dado que la madre denuncia la violación a la que fue sometida por parte del padre y que el Estado nicaragüense realizó una investigación denigrante para recopilar las pruebas, dejando en libertad al denunciado. La Corte IDH sostuvo criterios múltiples de discriminación que se sostuvieron a lo largo de la investigación, como ser mujer y ser menor.

El concepto de interseccionalidad fue propuesto por la jurista estadounidense Kimberlé Williams Crenshaw quien sostenía en los años ochenta

---

<sup>25</sup> Para más información puede consultarse el texto *Toward the Implementation of Intersectionality* (2019).

que las mujeres no sufrían las mismas formas de violencia y que los jueces debían operar con un criterio de interseccionalidad para comprender la violencia de las mujeres que estaban atravesadas por otras categorías de discriminación; como la raza, la nacionalidad, la sexualidad, la diversidad funcional. Este concepto migró a su vez para las ciencias sociales quienes han desarrollado elementos teóricos para comprender la interseccionalidad.

En el texto, *Toward the Implementation of Intersectionality*, La Barbera y Cruells López (2019) proponen pensar los problemas a los que se enfrentan las mujeres con múltiples formas de discriminación a través de una dimensión micro, meso y macroestructural. Estas dimensiones, a su vez, pueden rastrearse en la manera en cómo las diferentes cortes de derechos humanos han implementado un mecanismo para pensar los problemas no como una suma de discriminación; esto es, pensar el problema como una adición de categorías de discriminación, sino más bien, permite evidenciar un contexto particular de discriminación diferente en las mujeres.

El componente micro hace referencia a las estructuras individuales a las que una mujer se ve expuesta a la violencia. Por ejemplo, la CEDH dismanteló las diversas dificultades a las que los migrantes, y en particular una mujer migrante, se puede ver expuesta para acceder a la justicia, y esto, puede ser aún más crítico en tanto mujer negra y prostituta. Por su parte, la Corte IDH a su vez develó las dificultades que sufren las mujeres migrantes refugiadas en la atención institucional de salud. Imponiéndose además criterios patriarcales para decidir sobre su cuerpo y sus derechos reproductivos. Por consiguiente, esta investigación a nivel micro, permite evidenciar las diferentes dificultades a las que se enfrentan las mujeres por su condición de raza, clase, nacionalidad para acceder a las instituciones en busca de materialización de sus derechos.

Por otra parte, las cortes también realizan una investigación de carácter meso, evidenciando que, la estructura institucional que recibe a mujeres con formas interseccionales de discriminación no está preparada para resolver sus problemas y necesidades puntuales. Por ejemplo, las reglas, procedimientos y en general toda la institucionalidad jurídica, médica, carcelaria y las instituciones que deben atender las necesidades de las mujeres no están capacitados para prevenir, sancionar y reparar a las mujeres víctimas de estas formas de discriminación.

Lo que ocasiona la revictimización al interior de los Estados, en tanto no son atendidas sus solicitudes, o se les exige pruebas imposibles de obtener, o se les impone trabas para que una mujer en dichas condiciones no ten-



ga más alternativa que renunciar a sus pretensiones de derechos. Así lo evidencian los casos, en la CEDH, de cómo la policía, los jueces y demás instituciones le impusieron altas cargas que terminó por sofocar las investigaciones y dejar en la impunidad a nivel estatal sus denuncias. La Corte IDH a su vez muestra cómo un médico se toma el derecho de decidir sobre el cuerpo de una mujer migrante, o las pruebas y todo el mecanismo a la que es sometida una niña para investigar una denuncia de abuso sexual en la que al final el caso queda impune a nivel interno.

Finalmente, la dimensión macro le ha permitido ver a las diferentes cortes que el problema de la violencia en contra de las mujeres es un problema estructural que implica una suerte de esfuerzo nacional para capacitar a los funcionarios de los Estados en las diferentes formas en las que se puede ver amenazada la integridad de una mujer.

Las dimensiones micro, meso y macro que han operado en la manera en cómo se estudian los problemas en las Cortes Regionales de Derechos Humanos, nos permiten alimentar el enfoque de género para la revisión de casos y de denuncias de mujeres que se ven expuestas a violencias a través de sus denuncias y sus manifestaciones públicas.

### *3. Las mujeres activistas en el marco de conflictos armados*

Las mujeres líderes y activistas que denuncian violencias dentro de una comunidad que se encuentre anclada al marco del conflicto armado en las sociedades son altamente vulnerables a la violencia sexual. Así lo demostró la Corte IDH en el caso *Bedoya Lima y otras vs Colombia*. En el que se prueba cómo el Estado Colombiano omitió las investigaciones sobre el secuestro y las diversas violaciones de derechos humanos, en las que se expuso a las demandantes a violación, maltrato, tratos crueles e inhumanos, entre otros. La Corte IDH resalta que en los contextos de violencia armada las mujeres están expuestas a una forma de violencia que afecta en especial a las mujeres líderes que deciden enfrentar a los actores del conflicto.

En este mismo sentido, el informe *La guerra inscrita en el cuerpo* (2017) pone de presente cómo las mujeres que tienen un rol activo dentro una comunidad que está en conflicto; en disputa territorial o bajo el control de grupos armados al margen de la ley; mujeres como profesoras, enfermeras, periodistas, defensoras de derechos humanos, son vistas como cuerpos incómodos y, por lo tanto, se ven reprimidas, en especial a través de la violencia sexual.

La Corte Africana se ha pronunciado al respecto de los contextos de conflictos armados. Puesto que, en la República de Malí en dónde se ha vivido en los últimos años una fuerte crisis política y un conflicto armado interno, los derechos de las mujeres se han visto restringidos. En especial por la aparición del Código de Familia adoptado en el año 2011. En el que se impone una mirada restrictiva sobre los derechos de las mujeres adoptados por protocolos internacionales, tales como: la aceptación del matrimonio infantil, reglas sobre herencia y participación política, entre otras prácticas que violaban las responsabilidades internacionales del Estado. Es así como la Corte Africana, en 2018 en el desarrollo del caso *APDG and IHRDA versus the Republic of Mali*, declara, por primera vez, la violación del protocolo de los derechos de la mujer en África y ordena al Estado modificar las legislaciones restrictivas que vulneran las responsabilidades internacionales adquiridas. Además, ordena al Estado a cumplir y a promover el respeto de las mujeres que se ven afectadas en sus derechos. Quienes han sufrido de forma discriminada el conflicto obligadas a ser calladas a través de violencias y violaciones sistemáticas a sus derechos, en especial aquellas que se oponen y se ven obligadas a salir desplazadas por falta de garantías dentro de sus territorios. En virtud de esto, las obligaciones internacionales han promovido el diseño de figuras que puedan ser efectivas para la protección de las mujeres que tienen esta condición.

Así, por ejemplo, en diversas legislaciones se han implementado figuras jurídicas para evitar las posibles violaciones de derechos humanos, tales como: *writ of injunction*, *mandados de segurança*, o medidas urgentes de protección. Estas figuras, sin embargo, deben reunir una suerte de características:

- 1) La reacción de protección debe ser ágil, sin procedimientos que desborden las posibilidades de las víctimas y en consecuencia entorpezcan la accesibilidad a la protección inmediata. Esto incluye la prohibición de pruebas contundentes de amenaza para acceder a los recursos, pues la Corte IDH entiende que no se trata de un proceso ordinario sino ágil y expedito.
- 2) Recursos propios con diversas fuentes que permita una ágil respuesta para las víctimas que atiendan a sus necesidades específicas. Siempre brindando protección en clave al enfoque de género, protegiendo a sus familiares e hijos que puedan verse afectados.

- 3) La respuesta debe darse de manera inmediata, efectiva y adecuada. La efectividad y adecuación depende mucho de los intereses y necesidades de las mujeres que se encuentren en zonas de conflictos. Con formas que sean consensuadas para evitar la revictimización por parte de los Estados (Naciones Unidas, 2005).

#### 4. *Prohibición de estigmatización del movimiento por parte de funcionarios públicos*

Las manifestaciones feministas o de mujeres que reivindican derechos se han visto enmarcadas en una estigmatización por parte de las autoridades públicas que imponen estereotipos y las clasifican en mujeres decentes e indecentes, sobre quienes consideran deben realizar un papel educativo o correccional —según corresponda—.<sup>26</sup> Razón por la cual, la jurisprudencia internacional en temas de derechos humanos de las mujeres ha señalado que los Estados deben buscar medidas para evitar la estereotipación en las acciones. En este sentido, los tribunales si bien no se han referido directamente al tema de la protesta social de las mujeres o protestas feministas, sí podemos rastrear una figura conocida como derecho antidiscriminatorio que nos pueda servir para develar estas prácticas y tomar medidas.

Dicho lo anterior, las normas internacionales y el *corpus iuris internacional*, obliga a los Estados a revisar normas, prácticas y políticas basadas en estereotipos que conlleven a generar discriminación. En especial, aquellas prácticas que consideran que las mujeres son un grupo subordinado y que, por lo tanto, conllevan a perpetuar esta idea en el imaginario social. El *caso María Eugenia Morales de Sierra vs Guatemala* (2001) nos presenta cómo el Código Civil de la República de Guatemala contenía artículos que mantenían en sometimiento a las mujeres, tales como necesidad de permisos para trabajo, priorizar su función en el hogar, entre otros. De esta manera, los Estados mantienen prácticas que conllevan a estereotipar a las mujeres en el rol reproductivo, generando un impacto negativo en el ejercicio de sus derechos políticos. En el mismo sentido, el Tribunal Africano en sentencia *APDG and IHRDA versus the Republic of Mali*, determinó que no se podían

---

<sup>26</sup> Todas estas formas de reacción por parte del Estado pueden consultarse en diversos informes que han divulgado las organizaciones, entre otros puede verse: Amnistía internacional (2021). También puede consultarse el documento *Sexismo en las movilizaciones universitarias en Colombia de 1971 y el 2011*.

crear normas regresivas que afectaran los derechos de las mujeres y su avance en los diferentes Estados que tienen el compromiso de cumplir con demandas internacionales.

Por su parte, la sentencia *Manuela y otros vs. El Salvador* señala que en el Estado de El Salvador, en el marco de la prohibición absoluta del aborto, se ha perseguido a mujeres que han sufrido emergencias obstétricas.<sup>27</sup> A partir de una persecución estereotipada del delito conlleva a generar todo un contexto de violencia sobre las mujeres, limitándose así, por un lado, su salud reproductiva, y por otro, el derecho a la defensa, la intimidad, la presunción de inocencia, entre otros, resalta la corte, que las autoridades fallando con base en estereotipos imponen a las mujeres unas cargas inhumanas, y que al momento de ser utilizados como fundamento de racionalidad para afectar derechos “se convierte en una de las causas y consecuencias de la violencia de género en contra de la mujer, condiciones que se agravan cuando se reflejan, implícita o explícitamente, en políticas y prácticas, particularmente en el razonamiento y el lenguaje de las autoridades estatales” (*Caso Manuela y otros vs. El Salvador*, 2021, párr. 133).

Desde este punto de vista, el concepto de derecho antidiscriminatorio emerge con la necesidad de enfrentar contextos de violencia sistemática en contra de determinado grupo de personas. Lo que conduce a atacar las causas que ocasionan la subordinación, a partir de las formas estereotipadas de ser, a través de acciones que buscan proteger a las posibles víctimas de estos imaginarios. Estas acciones se construyen en dos dimensiones, primero, identificar estas prácticas y, segundo, eliminarlas y prohibirlas.

Así, en el *Caso Pavez Pavez v. Chile* (2022) en el que una profesora es inhabilitada para dictar religión debido a su orientación sexual. La accionante contaba con el certificado para poder regentar la clase de religión, para el año de 1985, pero, debido a los rumores de su orientación sexual se iniciaron una serie de intervenciones por parte de esta institución, como solicitarle que dejara las prácticas homoafectivas y se sometiera a terapia psiquiátrica.

---

<sup>27</sup> En este caso Manuel sufría de preeclampsia y se desmayó en el parto, lo que ocasionó que el médico forense conceptualizara el caso con base en estereotipos, pues: “i) en la audiencia en la que Manuela fue condenada el médico forense que realizó la autopsia del feto respondió el interrogatorio con base en el estereotipo de “los sacrificios sobrehumanos de la maternidad” según el cual “Manuela tendría que haberse sobrepuesto a su desmayo, su estado de preeclampsia, etc., para intentar por todos los medios salvar a un feto”, y ii) los estereotipos fundamentaron la apertura a juicio, la determinación de la imputabilidad penal y la sentencia condenatoria” (*Caso Manuela y otros vs. San Salvador*, 2021, párr. 116).

En tanto la accionante no se sometió a las solicitudes su certificación fue retirada. La Corte insiste en la necesidad de eliminar tratos discriminatorios que pongan en desventaja a las personas en razón de su sexo, género, raza, nacionalidad.

Por su parte, el Tribunal Europeo ha diseñado el concepto de *Tutela antidiscriminatoria*, la cual ha considerado como un criterio que fundamenta una categoría sospechosa el sexo, la raza, la clase, la nacionalidad, las diversidades funcionales. En sentencia del TEDH del 4 de octubre de 2001, *Jiménez Melgar y Tele Danmark A/S* mostró que existen prácticas discriminatorias directas e indirectas que ponen en desventajas a las mujeres. En este caso, la empresa despidió sin motivo alguno y en razón de su embarazo, por lo que, una terminación unilateral de una trabajadora en estado de embarazo se devela como una causa directa de discriminación.

Las defensoras y defensores de derechos humanos son vulnerables en América Latina de sufrir violencias con base en estereotipos, el *Caso Digna Ochoa vs México* (2021) muestra la investigación realizada en México sobre la muerte de Digna Ochoa quien fuese una activista y defensora de derechos asesinada en el despacho de la organización de la que era parte. Este hecho fue de trascendencia nacional e internacional, y en el desarrollo de las investigaciones iniciadas fue estigmatizada por parte del Estado mexicano, lo que conllevó a empantanar su proceso y a legitimar su muerte. Razón por la cual, los agentes del Estado, con el fin de desincentivar la acción incurrir en “actos de intimidación, acoso y estigmatización a manos de agentes estatales y no estatales en represalia por su labor de defensa de los derechos humano”. (*Digna Ochoa v. México*, 2021, párr. 46).

No tener en cuenta las necesidades de las mujeres y sus acciones en clave de género en el marco de las acciones colectivas, la construcción de los movimientos sociales y la protesta social es constituir formas aparentes de neutralidad que no permiten, primero, visibilizar todas las formas de resistencia y acción, pero tampoco, permiten atacar todas las fuentes que generan discriminación; desde el aparato estatal hasta las acciones de la sociedad, para impedir que las mujeres se reivindiquen en la esfera pública; esto es, sean vistas y escuchadas.

## V. CONCLUSIONES

El concepto de *cross fertilization*, o diálogo cruzado nos permite implementar una metodología de citaciones cruzadas entre cortes regionales de derechos humanos, que permiten el análisis y la construcción de elementos mínimos para la materialización efectiva de los derechos humanos a nivel global. Lo que ha contribuido a un diálogo universal para la constitución de acuerdos que busquen incorporarse dentro de los Estados y la dimensión de protección sea más amplia y garantista.

Por su parte, las luchas de las mujeres y sus manifestaciones públicas a través de acciones colectivas han sido reprimidas bajo mecanismos de reacción estatal que generan una forma de violencia diferenciada en contra de las mujeres. Se ha evidenciado que la fuerza reaccionaria esconde modelos basados en el sistema sexo género, que conlleva a la asignación de roles y estereotipos sobre las mujeres que protestan o son defensoras y activistas, y por lo tanto, sus derechos se pueden ver afectados en razón de violencias basadas en género; tales como abuso sexual, tocamientos, violaciones, intimidaciones, estigmatizaciones, discursos victimizantes sobre sus cuerpos, amenazas, entre otras.

Razón por la cual, se hace necesario encontrar unos elementos mínimos como dispositivo de protección de los derechos a las manifestaciones públicas que les permita a las autoridades capacitarse en atención en clave de género para evitar este tipo de vulneraciones. En este sentido, el enfoque de género se consolida como la herramienta metodológica que permite incorporarse dentro de la racionalidad de la actuación estatal.

No obstante, y a pesar de que hay una pluralidad de fallos a nivel internacional respecto de los derechos de las mujeres, no hay muchos casos sobre la protesta social en clave de género. Por tanto, si utilizamos la metodología que deviene del concepto de *cross fertilization* para encontrar dentro de los diferentes casos que tienen en cuenta el género como categoría central, podemos ir delineando algunos elementos del enfoque de género para la atención de las manifestaciones públicas. De esta manera, a partir de una revisión de casos en clave de género se puede deducir que los elementos mínimos del enfoque de género son:

- 1) La debida diligencia: se constituye como un elemento esencial para responder a las denuncias de las mujeres que actúan en el marco de las acciones colectivas. En la medida en que los diferentes casos analiza-

dos nos muestran que los Estados no solamente omiten acciones para investigar y sancionar violencias basadas en género, sino también las promueven a través de actos de acoso, hostigamiento y formas de discriminación. Razón por la cual, la debida diligencia debe entrar dentro de la racionalidad operativa de los agentes estatales para evitar violencias basadas en género en el marco de las manifestaciones públicas, protestas o demás actos en donde opera la acción colectiva de las mujeres.

- 2) La aplicación de un enfoque interseccional: se ha demostrado a través de los diferentes casos que las mujeres que se convierten en un peligro para el sistema sexo género, como las mujeres trans, las prostitutas, las lesbianas, las trabajadoras sexuales, las migrantes tienden a sufrir una mayor violencia policial, e incluso letal, además de enfrentarse a omisiones por parte de las autoridades quienes realizan investigaciones negligentes y poco efectivas cuando las víctimas tienden a sufrir diversas formas de violencia. Razón por la cual, en el caso de que las autoridades adviertan que se encuentran ante personas sobre las que recaen categorías sospechosas, debe implementarse el enfoque interseccional para asegurar la comprensión y el análisis del contexto de vulneración de los derechos de esta población, no como una suma de formas de discriminación, sino aplicando el enfoque micro, meso y macro para elaborar una comprensión global de los límites de los derechos que afectan a esta población.
- 3) La protección de lideresas sociales en contextos de conflictos armados: se ha evidenciado que los cuerpos que se resisten a las lógicas de violencia en el marco de conflictos armados internos se convierten en una forma potencial para la vulneración de su integridad y de sufrir violencias basadas en género. Así las cosas, los Estados deben implementar medidas urgentes para la protección de la vida y la integridad física de esta población, que permita garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.
- 4) La prohibición absoluta de actuar sobre la base de estereotipos, prejuicios y roles de género que pongan a las mujeres en situaciones de vulnerabilidad ante las autoridades y se promueva un ambiente generalizado de violencia de género. De la misma manera, la prohibición absoluta de generar estigmatizaciones sobre las mujeres líderes, activistas y manifestantes, pues este hecho produce la desmotivación de la lucha por parte de la víctima y de las mujeres que no quieren verse en esas condiciones, lo que constituye una clara vulneración a las libertades civiles y a los derechos políticos. De esta manera, el derecho antidiscriminatorio

conlleva a dismantelar los sesgos de género que reprimen los derechos de las mujeres.

## VI. REFERENCIAS

- Amnistía Internacional (2020). *Colombia: La policía no me cuida: Violencias basadas en Género y violencia sexual en el marco del Paro Nacional*. <https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2022/12/Colombia-La-polic%C3%ADa-no-me-cuida.pdf>
- Amnistía Internacional (2021). *México. La era de las mujeres. Estigma y violencia contra las mujeres que protesta*. <https://amnistia.org.mx/contenido/wp-content/uploads/2021/03/VF-Mexico-La-Era-de-las-Mujeres-FINAL.pdf> <https://amnistia.org.mx/contenido/index.php/mexico-la-era-de-las-mujeres/>
- Arenas, M. (2018). El diálogo judicial euro-latinoamericano en el tema de leyes de amnistía: un ejemplo de cross-fertilization entre tribunales de Derechos Humanos. *Araucaria*, 40, 577-604.
- Barbera, M. La. y Cruells, M. (2019). Toward the Implementation of Intersectionality in the European Multilevel Legal Praxis: *B. S. v. Spain*. *Law & Society Rev*, 53, 1167-1201. <https://doi.org/10.1111/lasr.12435>
- Bonilla, T. y Vigar, S. (2021). Represión al movimiento feminista en el Estado español. *Calala fondo de mujeres*. [https://calala.org/wp-content/uploads/2021/11/informe\\_Calala\\_mov\\_feminista43313.pdf](https://calala.org/wp-content/uploads/2021/11/informe_Calala_mov_feminista43313.pdf)
- Brocca, M. y Ormar, C. A. (2021). Mujeres, protestas sociales y represión estatal en Argentina, Chile y México. *Anuario De Derechos Humanos*, 17(1), 43-56. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2021.59446>
- Casa de la Mujer. (2021). *Violencias sexuales y otras violencias contra mujeres en el contexto del Paro Nacional de Colombia 2021*. <https://mesadeapoyo.com/wp-content/uploads/2021/07/1.-Informe-CIDH-Version-publica-no-contiene-anexos1.pdf>
- Caso *Bedoya Lima y otra Vs. Colombia* (2021). Corte IDH. Sentencia de 26 de agosto. Serie C. Núm. 431.
- Caso *Bevacqua y S. vs. Bulgaria*. CEDH. Sentencia N. 71127/01.
- Caso *González y otras "Campo algodón" vs. México*. (2009). Sentencia de 16 de noviembre.
- Caso *I.V. Vs. Bolivia* (2016). Corte IDH. Sentencia de 30 de noviembre. Serie C. Núm. 329.



- Caso Kawas Fernández y Caso Luna López vs. Honduras. Super- visión de Cumplimiento de Sentencias* (2017). Corte IDH. Sentencia del 30 de agosto.
- Caso Manuela y otros vs. San Salvador* (2021). Corte IDH. Sentencia de 2 de noviembre.
- Caso Opuz vs. Turquía*. CEDH. Sentencia 33401/02.
- Caso Pavez Pavez vs. Chile* (2022). Corte IDH. Sentencia de 4 de febrero.
- Caso V.R.P., V.P.C. y otros vs. Nicaragua* (2018). Corte IDH. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 8 de marzo, Serie C. Núm. 350.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2017). *La guerra inscrita en el cuerpo. Informe Nacional de violencia sexual en el conflicto armado*. [https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes-accesibles/guerra-inscrita-en-el-cuerpo\\_accesible.pdf](https://www.centrodememoriahistorica.gov.co/descargas/informes-accesibles/guerra-inscrita-en-el-cuerpo_accesible.pdf)
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2021). Comunicado de prensa 128. <https://www.oas.org/es/CIDH/jsForm/?File=/es/cidh/prensa/comunicados/2021/187.asp>
- Corte Africana de derechos humanos. *Aplicación de la asociación para el progreso y la defensa de los derechos de la mujer maliense (apdf) y el instituto para los derechos humanos y el desarrollo en África (ihrda) vs. Republic of Mali* 046/2016.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). *Diálogo entre Cortes Regionales de Derechos Humanos*. Compiladores: Corte Interamericana de Derechos Humanos. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/dialogo-es.pdf>
- Digna Ochoa y familiares vs. México* (2021). Corte IDH. Sentencia de 25 de noviembre.
- Farge, A. (2018). La amotinada. En D. Georges y P. Michelle (Eds.), *Historial de las mujeres*, t. IV. Taurus.
- Federeci, S. (2022). *El Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo, y acumulación original*. Tinto, limón.
- Ferrajoli, L. (2012). *Un Debate sobre el constitucionalismo*. Marcial Pons.
- Fierro, A. y Nichte, A. (2022). La paridad de género en los poderes de la Unión en México: de la norma a la realidad. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (47). <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2022.47.17523>
- Habermas, J. (1999). *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*. Paidós.

- Hennebel, L. (2006). Cross-Fertilization between International Human Rights Courts (Les Références Croisées Entre Les Juridictions Internationales Des Droits De L'Homme – in French). In P. Martens (*et al.*), (Eds.), *Le dialogue des juges*. <https://ssrn.com/abstract=1819764>
- Jabarí contra Turquía*. CEDH. Sentencia no 40035/98.
- Jiménez Melgar vs Spain*. CEDH. Sentencia 438/99.
- Magyar Helsinki Bizottság vs. Hungary* (2016). TEDH. Sentencia del 8 de noviembre. Núm. 18030/11.
- María Eugenia Morales de Sierra Guatemala vs Guatemala* (2001). Corte IDH. Sentencia de 19 de enero. Serie C. Núm. 11.625.
- Mariana Selvas Gómez y otras contra México* (2018). Corte IDH. Sentencia de 28 de noviembre.
- Martínez-Jiménez, L. y Zurbano-Berenguer, B. (2019). Posmachismo, violencia de género y dinámicas de opinión en los cibermedios. Aproximaciones a la realidad española a partir de la experiencia de eldiario.es. *Teknokultura. Revista de Cultura Digital y Movimientos Sociales*, 16(2), 213-228.
- Naciones Unidas. *Principios de Base y Pautas en el Derecho a un Remedio y la Reparación para las Víctimas de Violaciones Gruesas de la Ley Internacional de los Derechos Humanos y de Violaciones Serias de la Ley Humanitaria Internacional*, G.A. Res. 60/147, U.N. Doc. A/RES/60/147 (2005); A/RES/60/147 (2006).
- Niño, N. (2019). Perspectiva y enfoque de género: herramienta para la toma de decisión judicial. *Temas Socio-Jurídicos*, 38(77), 11-28. <https://doi.org/10.29375/01208578.3741>
- Öcalan vs. Turkey* (2005). TEDH. Sentencia del 12 de mayo. Núm. 46221/99.
- Pabón, L., Toro, L. y Zuluaga, A. (2020). Argumentación jurídica de las sentencias de los tribunales constitucionales como método para lograrla constitucionalización del proceso jurisdiccional (Una lectura a partir de la acción de tutela en Colombia). *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (43). <http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.43.15185>
- Pérez Cáceres, D. y Troncoso Zúñiga, C. (2020). Violencia político sexual desde octubre a diciembre de 2019 en Chile: análisis de contexto y prácticas institucionales de agentes del estado. *Estado, Gobierno y Gestión Pública*, 18(34), 139. <https://revistaeggp.uchile.cl/index.php/REGP/article/view/58713>
- Quinche, M. (2017). *El control de convencionalidad*. Temis.

- Rights Watch (2020). *Colombia abusos policiales en el contexto de las manifestaciones multitudinaria. Detención y golpizas de venezolanos y detenciones arbitrarias*. <https://www.hrw.org/es/news/2020/03/10/colombia-abusos-policiales-en-el-contexto-de-manifestaciones-multitudinarias>.
- S vs Spain*. CEDH. Sentencia 247/2012
- Slaughter, A.-M. (1994). A Typology of Transjudicial Communication. *Rich. L. Rev.* 29(99). <http://scholarship.richmond.edu/lawreview/vol29/iss1/6>
- Tarrow, S. (2004). La acción colectiva y La acción colectiva modular. En *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política*. Alianza.
- Tarrow, S. y Muñoz, F. (2012). *El poder en movimiento: los movimientos sociales, la acción colectiva y la política* (3a. ed.). Alianza.
- Vicky Hernández y otras vs Honduras* (2021). Corte IDH. Sentencia del 26 de marzo.
- Yves-Marie, B. (1980). *Révoltes et révolutions dans l'Europe moderne (16e-18e siècles)*. Coll. «L'Historien».



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Niño Patiño, Natali, “Enfoque de género en respuesta de acciones colectivas de mujeres: una lectura desde el concepto *cross fertilizations*”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e18009. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18009>

### ***APA***

Niño Patiño, N. (2024). Enfoque de género en respuesta de acciones colectivas de mujeres: una lectura desde el concepto *cross fertilizations*. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e18009. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18009>

## Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del *amicus curiae* en México

### *Citizen participation and judicial function: towards the regulation of the amicus curiae in Mexico*

José Ma. Serna de la Garza

 <https://orcid.org/0000-0002-6308-7591>

Universidad Nacional Autónoma de México. México  
Correo electrónico: josemar@unam.mx

Recepción: 23 de junio de 2023

Aceptación: 15 de noviembre de 2023

Publicación: 27 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19086>

**RESUMEN:** El autor revisa, en primer lugar, diversas propuestas, como teorías normativas, que pretenden dar respuesta a algunos aspectos problemáticos derivados de la objeción o dificultad contramayoritaria. En segundo lugar, el autor explica cómo es que algunos tribunales constitucionales han dado pasos en el sentido de desarrollar estrategias y mecanismos de legitimación, abriendo espacios de participación ciudadana en el ejercicio de sus funciones. En tercer lugar, se examina con detalle uno de esos mecanismos, como lo es la figura denominada *amicus curiae*. En cuarto lugar, se analiza cómo esta figura no está regulada en México y se examina su regulación en Argentina y en los Estados Unidos. Finalmente, el autor desarrolla unas breves reflexiones, a manera de conclusión.

**Palabras clave:** *amicus curiae*, participación ciudadana, objeción contramayoritaria

**ABSTRACT:** The author reviews several normative theories that to respond to some problematic aspects derived from the counter-majoritarian objection. Secondly, the author explains how some constitutional courts have taken steps in the direction of developing legitimization strategies and mechanisms, opening spaces for citizen participation in the exercise of their functions. Thirdly, one of these mechanisms is examined in detail, such as the institution called *amicus curiae*. Fourthly, the essay examines how the *amicus curiae* is not regulated in Mexico, examines its regulation in Argentina and in the USA. Finally, the author develops some brief reflections, as a conclusion.

**Keywords:** *amicus curiae*, citizen participation, counter-majority objection

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Teoría constitucional y participación ciudadana en los tribunales constitucionales*. III. *Estrategias y mecanismos de legitimación de los tribunales constitucionales*. IV. *El Amicus curiae o “Amigo del Tribunal”*. V. *El amicus curiae en México*. VI. *Breves reflexiones finales*. VII. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN<sup>1</sup>

La justificación teórica de la participación ciudadana en los procedimientos que se siguen ante los tribunales constitucionales se ha venido construyendo en los debates en torno a la denominada objeción o dificultad contramayoritaria. En este artículo abordamos brevemente este debate, examinando los postulados principales de tres enfoques teóricos distintos que, no obstante las diferencias existentes entre ellos, apuntan en la misma dirección: la conveniencia de abrir puntos de acceso de la sociedad civil en los procesos decisionales de la justicia constitucional.

Recordemos que la denominada objeción o dificultad contramayoritaria consiste en cuestionar el hecho de que leyes aprobadas por representantes democráticamente elegidos por el pueblo y que por ello son expresión de la soberanía popular, puedan ser invalidadas por jueces que no han sido electos. Busch y Szmulewicz (2020, pp. 131-132) identifican tres posturas frente a esta objeción: algunos la niegan, sosteniendo un concepto de democracia “sustantiva” o “enriquecida”, que no ofrece razones para criticar el control de constitucionalidad de la ley, puesto que cuando los jueces anulan leyes que son lesivas de los derechos fundamentales están, en realidad, preservando la democracia.<sup>2</sup> Otros afirman el déficit democrático del control judicial de constitucionalidad y sostienen que éste no se justifica.<sup>3</sup> Finalmente, otros reconocen la dificultad contramayoritaria, pero sostienen que el control jurisdiccional de constitucionalidad se justifica dado que mejora la calidad del proceso democrático.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> El presente artículo forma parte de una investigación más amplia, que tiene que ver con el estudio de diversos mecanismos de participación de la sociedad civil en los procesos decisionales del Estado.

<sup>2</sup> Esta postura se identifica con lo que Lopera Mesa (2001, p. 242) ha denominado la “Línea argumental Hamilton-Marshall”.

<sup>3</sup> En esta línea están Jeremy Waldron (2006) y Mark Tushnet (1999).

<sup>4</sup> Así lo sostiene John Ely (1980), quien piensa que la *judicial review* se justifica en cuanto garantiza el acceso de las minorías al proceso democrático.

En el presente ensayo nos proponemos, en primer lugar, revisar diversas propuestas, como teorías normativas, que pretenden dar respuesta a algunos aspectos problemáticos derivados de la objeción o dificultad contramayoritaria. Tal es el caso del constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo popular y la noción de la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales” (II). En segundo lugar, explicaremos cómo es que en razón de lo anterior, algunos tribunales constitucionales han dado pasos en el sentido de desarrollar estrategias y mecanismos de legitimación, abriendo espacios de participación ciudadana en el ejercicio de sus funciones (III). En tercer lugar, examinaremos con detalle uno de esos mecanismos, como lo es la figura denominada *amicus curiae* o *Amigo del Tribunal* (IV). En cuarto lugar, analizaremos cómo esta figura está deficientemente regulada en México (V). Finalmente, desarrollaremos unas breves reflexiones finales, a manera de conclusión (VI).

La hipótesis central de nuestro trabajo consistiría en afirmar que ante la llamada crisis de la democracia representativa, recuperar la funcionalidad comunicativa y de legitimación del Estado constitucional y democrático requiere de reformas institucionales que permitan la participación ciudadana y el acceso de las demandas sociales en sus procesos de decisión, en sede parlamentaria, administrativa y judicial, con capacidad de afectar el contenido de las decisiones públicas. En específico, la participación ciudadana en algunas áreas o aspectos de la función judicial puede darse a través de diversos mecanismos regulados por el derecho constitucional, así como por leyes y acuerdos relativos al funcionamiento de los tribunales. Enfocados en la justicia constitucional, sostenemos que son dos los mecanismos por los que puede darse dicha participación: la figura del *amicus curiae* y las audiencias públicas ante los tribunales constitucionales. El presente ensayo explora el significado y la normativa sobre la primera de estas dos instituciones.

## II. TEORÍA CONSTITUCIONAL Y PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Como ya mencionamos, en la teoría constitucional contemporánea pueden encontrarse tres propuestas que pretenden dar una respuesta a la objeción contramayoritaria: el constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo popular y la “sociedad abierta de intérpretes constitucionales”. A continuación examinaremos los elementos principales de cada una de estas propuestas.

## 1. El constitucionalismo dialógico

El constitucionalismo dialógico es una propuesta teórica y de diseño institucional que quiere dar respuesta a las tensiones que existen entre el constitucionalismo y la democracia, buscando solucionar tres preguntas relacionadas con una institución emblemática de las democracias actuales: la revisión judicial de constitucionalidad de las leyes. Estas cuestiones son: 1) ¿por qué es que los jueces, y no los legisladores, quedan a cargo de la tarea principal, en materia de interpretación constitucional? ¿Por qué se da por sentado que los legisladores, en cuanto representantes del pueblo-de todos nosotros-van a conocer menos, o van a tratar peor que los jueces, los fundamentales valores constitucionales? (estas preguntas se refieren al modo en que se lleva adelante la *revisión judicial*); 2) ¿es aceptable que, en el marco de una comunidad democrática, los jueces asuman el derecho a pronunciar la “última palabra”, respecto de cómo resolver los problemas constitucionales más básicos? (esta pregunta se refiere a la *cuestión democrática*), y 3) ¿por qué hemos adoptado un sistema institucional tan rígido, en que las relaciones entre los poderes aparecen marcadas por formas tan toscas como las hoy todavía dominantes (esto es, jueces que validan o invalidan una ley, como si los problemas constitucionales fueran del tipo “todo o nada”)? ¿Por qué no es posible pensar en un diseño institucional diferente, en que los jueces-desde sus especiales conocimientos-ayuden a los legisladores en la creación de normas jurídicamente más sólidas o menos cuestionables; o el Poder Ejecutivo (en lugar de simplemente “vetar” o no una ley) comience a cooperar con los legisladores para que estos mejoren lo que han hecho? (estas preguntas se refieren al *diseño institucional*).<sup>5</sup>

La respuesta básica que a estas preguntas da la postura, identificada con la expresión del denominado “giro dialógico” del constitucionalismo,<sup>6</sup> consiste en sostener que los asuntos constitucionales fundamentales deben ser resueltos mediante una conversación extendida, persistente en el tiempo, y que debe involucrar a las distintas ramas del poder, tanto como a la propia ciudadanía.

En esencia, el constitucionalismo dialógico propone que la interpretación constitucional no debe ser exclusiva de los jueces constitucionales, sino

---

<sup>5</sup> Preguntas planteadas en Gargarella y Bergallo (2014, pp. 9-10).

<sup>6</sup> La noción del giro dialógico en el constitucionalismo es empleada por Arolina Ovarés Sánchez (2021, pp. 215-240).

que los otros poderes del Estado y la ciudadanía, también deben ser vistos como intérpretes válidos y legítimos de los significados constitucionales. Asimismo, propone este enfoque teórico que las cuestiones constitucionales fundamentales no sean zanjadas por uno solo de estos intérpretes válidos, sino a través del diálogo entre ellos. Por último, convoca a diseñar instituciones para que ese diálogo se pueda dar.<sup>7</sup>

Ahora bien, en este marco general, se ha desarrollado el concepto de justicia dialógica, el cual se caracteriza por decisiones que buscan propiciar escenarios de diálogo entre distintos actores implicados en un caso para buscar soluciones factibles a problemas complejos,<sup>8</sup> entendiendo por estos últimos los llamados casos de “litigio estructural” o “casos estructurales”, caracterizados por: 1) afectar un número amplio de personas que alegan la violación de sus derechos, ya sea directamente o a través de organizaciones que litigan su causa; 2) involucrar varias entidades estatales como demandadas por ser responsables de fallas sistemáticas de políticas públicas, e 3) implicar órdenes de ejecución compleja, mediante las cuales el juez de la causa instruye a varias entidades públicas a emprender acciones coordinadas para proteger a toda la población afectada (no solamente los demandantes del caso concreto).<sup>9</sup>

Un ejemplo de lo anterior se encuentra en la Corte Constitucional colombiana (bajo un esquema de control de constitucionalidad “fuerte”),<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> En esta línea, Córdova (2016, p. 254) ha sostenido que: “El constitucionalismo dialógico es una alternativa institucional que complementa el modelo de democracia deliberativa, donde los órganos del poder público promueven distintos mecanismos para la búsqueda de decisiones con la participación de la sociedad e implementan procedimientos dialógicos e incluyentes para el ejercicio de sus atribuciones constitucionales”. Para este autor, uno de los grandes legados para el mundo constitucional de jurisdicciones como la de Colombia, India, Sudáfrica y Canadá, es la búsqueda de decisiones deliberativas que contribuyan a redefinir su rol para superar los procesos monológicos.

<sup>8</sup> La Corte Constitucional de Colombia ha resuelto este tipo de casos, con este enfoque dialógico, en casos que han tenido que ver con el desplazamiento forzado de miles de personas, la situación de la población carcelaria, el acceso al sistema de salud, la regulación del uso del suelo para el ejercicio del trabajo sexual y en la posibilidad de usar glifosato en la fumigación aérea de los cultivos ilícitos, entre otros. Véase Cano Blandón (2021, pp. 133-135).

<sup>9</sup> Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco (2010, p. 16).

<sup>10</sup> En los sistemas de control de constitucionalidad “fuerte”: A. Los tribunales tienen el poder de inaplicar una ley en un caso particular o de modificar el efecto de la ley para hacer que su aplicación sea conforme con derechos fundamentales (en formas que la ley en sí misma no prevé); y B. Los tribunales tienen el poder de establecer que una ley no ha de ser aplicada, de forma tal que dicha ley se convierte en letra muerta. Una forma todavía más



la cual ha implementado “novedades dialógicas”, tanto en la fase previa a la emisión de la sentencia, por ejemplo, a través de la celebración de audiencias públicas en las que participan terceros que no son partes procesales dentro del litigio en cuestión, como en la etapa de ejecución de la sentencia (a través de “órdenes dialógicas” que buscan, a través de la instauración de espacios como mesas de trabajo, reuniones y comités, formular medidas que redunden en la protección de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados en casos concretos, en particular cuando tal violación alude a la faceta prestacional y programática de tales derechos en casos estructurales).<sup>11</sup>

En palabras de Córdova:

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutivas sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas. (Córdova, 2017, pp. 3-4)

## 2. *El constitucionalismo popular*

Otra respuesta teórica vinculada con la objeción contramayoritaria puede encontrarse en el denominado constitucionalismo popular, enfoque surgido en los Estados Unidos como una reacción de parte de la academia y del

---

fuerte de control de constitucionalidad es la que da facultades a los tribunales de expulsar una norma legislativa del sistema jurídico (como sucede en algunos sistemas de países europeos). Waldron señala que parece que los tribunales estadounidenses no tienen este poder, pero aclara que el efecto real de sus facultades no queda muy alejado de ese tipo de poder. Véase Waldron (2006, pp. 1354-1355).

<sup>11</sup> Véase Cano (2021, pp. 134-135).

foro en contra del sesgo conservador de la “Corte Renquist”.<sup>12</sup> Como explica Niembro, en términos generales el constitucionalismo popular:

[...] se caracteriza por enfrentarse a la supremacía judicial y a la visión elitista según la cual los jueces son mejores intérpretes constitucionales, aunque no todos los populares necesariamente son ‘anti-Corte’ o ‘anti-control judicial’. El punto clave es la limitación de la supremacía judicial y la elaboración de la doctrina constitucional como una agencia colectiva, cuyo protagonista es el pueblo. (Niembro, 2013, pp. 194-196)<sup>13</sup>

Por su parte, Jaime Cárdenas (2019, pp. 20-21) observa que las notas distintivas del constitucionalismo popular son: 1) flexibilizar la Constitución y excederla; 2) desafiar la supremacía judicial y en ciertos casos impugnar cualquier forma de control judicial de constitucionalidad; 3) proponer la interpretación extrajudicial de la Constitución; 4) sostener la democratización de todas las instituciones políticas y económicas, y 5) recuperar la relación entre derecho y política. Para este autor, entre las finalidades destacadas de esta corriente teórica, están el cuestionar el papel del juez constitucional como monopolístico máximo intérprete de la Constitución y del ordenamiento y promover al máximo la participación ciudadana en las decisiones co-

---

<sup>12</sup> Véase Larry Kramer 2004, p. 960). En el mismo sentido se pronuncia, Niembro (2013, p. 193) para quien: “El constitucionalismo popular es una propuesta norteamericana que surgió a raíz del activismo conservador del Tribunal Rehnquist que, según los populares, vino a romper con el acomodo que existía entre el activismo constitucional del pueblo y la revisión judicial a partir del New Deal.”

<sup>13</sup> En su explicación sobre la visión del constitucionalismo popular, Niembro cita a Mark Tushnet, para quien el adjetivo de “popular” significa que distribuye ampliamente la responsabilidad sobre la Constitución y refuerza el papel de la gente en su interpretación. Asimismo, Niembro cita a otro de los “Founding Fathers” del constitucionalismo popular estadounidense, Larry Kramer para quien: “El papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales de creación constitucional, sino a un control activo y continuo sobre la interpretación e implementación de la Constitución, sin que el Tribunal Supremo pueda monopolizar la interpretación de la misma”. Por último, nos recuerda Niembro que el problema principal que Kramer encuentra a la supremacía judicial es el desincentivo que provoca en los ciudadanos para argumentar sobre cuestiones constitucionales. Las citas son de: Tushnet (1999); Kramer (2004); y Kramer (2005). Cabe mencionar que Niembro reconoce que aun cuando el constitucionalismo popular es una respuesta a una manifestación concreta del ejercicio jurisdiccional en Estados Unidos, considera este autor que algunos de sus planteamientos son útiles en el contexto mexicano en tanto pone en cuestión el papel de los jueces como principales intérpretes de la Constitución y reivindica el rol del “pueblo” en dicho carácter.

lectivas, pues la legitimidad democrática de las mismas depende del grado de participación de las personas en ellas.

Larry Kramer (2004, p. 959), uno de los principales impulsores de la perspectiva teórica del constitucionalismo popular, señala que el derecho constitucional en los Estados Unidos ha consistido, prácticamente desde el principio, en una lucha entre dos principios, que denomina constitucionalismo popular y constitucionalismo legal. En el primero, el papel del pueblo no está limitado a actos ocasionales en la producción de derecho constitucional (*constitution making*), sino que implica un control activo y permanente sobre la interpretación y la aplicación del derecho constitucional. En contraste, el segundo de dichos principios, implica colocar la autoridad final para interpretar y aplicar la Constitución en el Poder Judicial. Según este autor, el primero de estos principios no sólo antecedió al segundo, sino que fue dominante durante la mayor parte de la historia estadounidense, si bien de manera relativamente reciente fue desplazado por el segundo principio. Después de describir cómo es que esto sucedió, Kramer propone revertir este proceso y regresar a los orígenes, es decir, al constitucionalismo popular.

Lo afirmado por Kramer y Niembro se conecta con lo que Gargarella (2021, p. 16) describe como los debates que surgieron sobre todo en la década de los noventa del siglo XX, “relacionados con el papel que la ciudadanía tenía, había tenido, y en todo caso merecía tener, en el tratamiento y decisión efectiva de los problemas públicos más importantes; y que contrastaban con estudios críticos sobre el papel que tenían, habían tenido y en todo caso merecían tener los tribunales, en dicha materia”. Así como con los estudios que ayudaron a entender el modo en que movimientos sociales como el de los derechos civiles o el feminismo, habían jugado, podían jugar, y merecían jugar un papel protagónico a la hora de moldear los contenidos y sentidos del derecho.

### *3. La sociedad abierta de intérpretes constitucionales*

Otra perspectiva teórica que apunta hacia lo que algunos han calificado como una democratización de la interpretación constitucional, la encontramos en el trabajo de Peter Häberle (2008, pp. 29-31), quien nos dice que hasta ahora, la teoría de la interpretación se ha planteado fundamentalmente dos cuestiones: una, la cuestión de las funciones y objetivos de la interpretación constitucional, y otra, la cuestión de los métodos (procedimientos) de la interpretación constitucional (reglas interpretativas). Sin embargo,

observa el referido autor, se ha descuidado el problema de la relación sistémica con la tercera (nueva) cuestión de los “participantes” de la interpretación constitucional, una cuestión que la práctica suscita: de un inventario se desprende precisamente un grupo muy amplio, pluralista, a menudo difuso de participantes, y éste es motivo suficiente para que la teoría tematice explícita y centralmente la cuestión de los participantes, en especial en una perspectiva de teoría científica y democrática. Para Häberle, la teoría de la interpretación estaba demasiado centrada en la “sociedad cerrada” de los intérpretes jurídicos de la Constitución, que atribuía la exclusividad de la interpretación a la órbita del juez constitucional.

Häberle explica así su tesis principal:

[...] en los procesos de la interpretación constitucional se insertan potencialmente todos los órganos estatales, todas las potencias públicas, todos los ciudadanos y grupos. ¡No hay *numerus clausus* de los intérpretes constitucionales! La interpretación constitucional es un proceso consciente, aunque no tanto en la realidad, hasta ahora ha sido demasiadas veces una cuestión de una “sociedad cerrada”: de los intérpretes jurídicos “agremiados” de la Constitución y de los participantes formales en el proceso constitucional. En realidad, es más una cuestión de la sociedad abierta, es decir, de todas las potencias públicas — en la medida en que son participantes materiales —, porque la interpretación constitucional contribuye a la Constitución recurrente de esta sociedad abierta y es constituida por ella. Sus criterios son tan abiertos como la sociedad pluralista. (Häberle, 2008, pp. 29-31)

En esencia, Häberle (2008, pp. 31-32) propone un concepto más amplio de interpretación, entendida como un proceso en el que, además del juez constitucional (intérprete “en última instancia”), participan otros órganos del Estado, así como ciudadanos y grupos diversos a los que ve como “fuerzas de producción interpretativa”: intérpretes constitucionales en sentido amplio. A su vez, dichas “fuerzas” actúan por lo menos como “preintérpretes”, en lo que el autor califica como una suerte de democratización de la interpretación constitucional.

Aparte de los intérpretes estatales de la Constitución (órganos de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial), Häberle (2008, p. 37) habla de los “participantes” (no necesariamente estatales), tales como las partes en un litigio constitucional (por ejemplo, los demandantes y demandados en las acciones de amparo), quienes fundamentan sus alegaciones y obligan al juez

a una toma de posición (a un “diálogo jurídico”); peritos, representantes de intereses en *hearings*, asociaciones, partidos políticos, cabilderos, entre muchos otros.

### III. ESTRATEGIAS Y MECANISMOS DE LEGITIMACIÓN DE LOS TRIBUNALES CONSTITUCIONALES

Con sus matices, los enfoques teóricos del constitucionalismo dialógico, el constitucionalismo popular y el de la sociedad abierta de intérpretes constitucionales tienen como común denominador su crítica a modelos “fuertes” de control de constitucionalidad, en los cuales los tribunales constitucionales tienen la “última palabra” al ser “órganos de cierre” en materia de interpretación constitucional. Asimismo, un elemento central de esa crítica lo conforma lo que esta perspectiva considera como la insuficiente legitimidad democrática de los tribunales constitucionales.<sup>14</sup>

Esta inquietud y preocupación relativas a la legitimidad democrática de los tribunales constitucionales se ve aumentada por la percepción de que la función y el poder de los tribunales constitucionales no corresponde ya a la concepción hamiltoniana que los veía como “la rama menos peligrosa” del gobierno, al no tener control sobre la *espada* ni sobre la *bolsa* para ejecutar sus decisiones,<sup>15</sup> sino que en muchos casos dichos órganos intervienen de manera decisiva en el curso y vigencia de las leyes y del diseño e implementación de las políticas públicas, además de que suelen actuar como árbitro de los poderes democráticos, y todo esto, sustraído del control vertical que ejerce la ciudadanía con su voto, al mismo tiempo que tienen la “última palabra” en términos de control de constitucionalidad.

Refiriéndose a la experiencia de Argentina, Nosetto (2018, pp. 8-10) ha articulado este fenómeno en términos de la judicialización de la política, la cual tiene cuatro manifestaciones, a saber: a) los tribunales cada vez más funcionan como mecanismo de canalización de las demandas sociales, atendiendo a prácticas de activismo y movilización legal promovidas por organizaciones de la sociedad civil; b) el debate público se ha tornado crecientemente judicial; c) la creciente y novedosa judicialización del pro-

---

<sup>14</sup> Véase Sosa (2019, pp. 439-440).

<sup>15</sup> Esta es la famosa expresión empleada por Alexander Hamilton en *El Federalista* (No. 78).

ceso legislativo, y d) la expansión de los llamados “litigios estructurales”, mediante los cuales se procura que los tribunales intervengan en la redefinición de las políticas públicas. Para este autor, estas manifestaciones significan que los jueces han asumido roles decididamente políticos, lo cual excede las previsiones del sistema tradicional de frenos y contrapesos, desequilibrando la balanza en favor del elemento contramayoritario.

Abonando a lo anterior, Sosa (2019, pp. 442-443) observa que la labor de los jueces constitucionales como actores políticos y sociales es consecuencia inevitable de que la Constitución tiene un contenido axiológico y político: su interpretación y uso implica ejercer cierto margen de discrecionalidad o creatividad por parte de los jueces. Y no solo esto, sino que además el contenido especial de las Constituciones “rematerializadas”<sup>16</sup> favorece a que, finalmente, termine llegando a las manos de los tribunales constitucionales todas las «papas calientes» que existen en una comunidad política.

Todo lo anterior no ha hecho sino reabrir la pregunta y estimular los debates sobre la legitimidad de los tribunales constitucionales. A su vez, y frente a esto, algunos tribunales constitucionales han empezado a emplear medios o estrategias de legitimación democrática, basados en una concepción dialógica de la justicia constitucional conforme a la cual, nos dice Sosa (2019, pp. 440-441): “[...] los tribunales o cortes constitucionales promueven un debate colectivo de las cuestiones de interés público, de manera abierta, plural e incluyente”, lo cual representa su intención de compensar la objeción democrática.

En este marco, jueces y académicos han propuesto subsanar el déficit de legitimidad democrática del Poder Judicial recurriendo a instancias dialógicas, inspiradas en modelos deliberativos o comunicativos de democracia. Según estos ideales o modelos, una decisión legítima, observa Nosetto (2018, pp. 2-3), es aquella en la que intervienen en condiciones de igualdad todos los potenciales afectados. Esto corresponde con lo que algunos han denominado *activismo judicial dialógico*,<sup>17</sup> el cual se diferencia del “activismo judicial clásico” de carácter más bien “monológico”, que es impermeable

---

<sup>16</sup> La “rematerialización” de las constituciones se refiere a que muchas de estas se encuentran cargadas de una pluralidad de valores y principios morales sustantivos que condicionan la validez de las normas infraconstitucionales. Véase Prieto Sanchís (2007, pp. 213 y ss); Cárdenas Gracia (2017, p. 76).

<sup>17</sup> Ver Vargas (2020, pp. 1-22).

a las voces de los actores sociales y políticos e institucionales relevantes, y que plantea respuestas verticales o puramente impositivas para los casos.<sup>18</sup>

Como han observado Busch y Szmulewicz (2020, p. 135), tanto a nivel doctrinario como a nivel institucional, en la última década ha existido un creciente reconocimiento a la importancia de una justicia constitucional abierta a la ciudadanía y la opinión pública. Se ha entendido que la legitimidad del derecho constitucional se vincula, entre otros factores, al modo de creación interactiva de éste, que permita a los diversos sectores de la sociedad contar con instancias en que sus interpretaciones de la Constitución tengan la posibilidad de expresarse. De ahí la tendencia a implementar instituciones diseñadas para generar vínculos entre la judicatura constitucional y la sociedad civil en sistemas de justicia constitucional de Latinoamérica.

Entre las diversas estrategias de legitimación de los tribunales constitucionales e instituciones para propiciar el diálogo con la sociedad civil, destacan dos figuras: el *amicus curiae* y las audiencias públicas las cuales, al decir de Sosa, repercuten, cuando menos:

- (1) en una mayor aceptabilidad de las decisiones judiciales (pues se habría escuchado a las voces relevantes y su participación en cierta medida legitima el proceso decisorio), (2) en una mayor eficacia de las decisiones judiciales (pues se han resuelto considerando la opinión de los involucrados e incluso podría comprometerse a las partes con el cumplimiento de lo que se va a decidir), y (3) en una mayor corrección epistémica de las decisiones judiciales (pues contar con un mayor número de participantes en la deliberación, más todavía si inter-

---

<sup>18</sup> Sobre el activismo judicial, conviene citar la siguiente advertencia de Sosa (2019, pp. 443-446): “Asimismo, y sin perjuicio de lo anterior, resulta pertinente precisar que muchas de las críticas o reparos que se realizan respecto al activismo judicial, comprensibles en cierta medida en relación con los jueces del Norte Global (Europa y Estados Unidos, por ejemplo) atendiendo a sus tradiciones ideológicas y jurídicas y al rol de sus actores políticos, no pueden ser extrapoladas mecánicamente para el caso de los jueces del Sur Global (América Latina, por ejemplo). Esto es así, porque en los países latinoamericanos la judicatura no solo hace las veces de freno o contrapeso efectivo para los poderes políticos y sus eventuales excesos; en nuestros contextos las cortes constitucionales se encargan, además, de hacer cumplir la constitución frente a las omisiones, la indolencia y la desidia del Estado, empezando, muchas veces, por lo más elemental en materia de tutela de derechos y satisfacción de necesidades humanas básicas”. Además, Sosa sostiene que ante la posibilidad de errores o excesos de una judicatura activista, las instancias dialógicas pueden servir como “mecanismos de corrección” para la legitimación democrática de la función judicial. Otros mecanismos de corrección son las teorías de la interpretación y la argumentación jurídica.

vienen quienes mejor conocen la materia que se discute, ayuda a evitar sesgos y errores de todo tipo). (Sosa, p. 445)

La siguiente sección del presente ensayo se dedicará al análisis de la figura conocida como *amicus curiae* o “Amigo del Tribunal”.

#### IV. EL *AMICUS CURIAE* O “AMIGO DEL TRIBUNAL”

Mônia Hennig (2020, p. 284) introduce la discusión sobre el *amicus curiae* en el derecho brasileño teniendo como referente teórico las nociones de Constitución cultural y abierta —y la de sociedad abierta de intérpretes de la Constitución— de Peter Häberle, como fundamento que permite y demanda la participación efectiva de los ciudadanos en la esfera hermenéutica y de aplicación de los contenidos constitucionales. En este marco, el *amicus curiae* es un mecanismo procesal apto para viabilizar institucionalmente la participación a efecto de tornar más amplio el debate constitucional y, en consecuencia, la legitimidad de las decisiones y sentencias de la jurisdicción constitucional.

Como ya vimos en la primera sección del presente ensayo, Hennig nos recuerda que en la visión de Häberle la Constitución es un proceso libre y abierto, es una *res publica*, vinculada a la noción de “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución”, lo que implica que el ámbito constitucional es un espacio de actuación de los ciudadanos como sujetos activos y no sólo sujetos pasivos o espectadores del orden jurídico-constitucional, por lo que pueden participar en la construcción de los sentidos y significados de la Constitución para la vida en común.

Cabe señalar que hacer realidad lo anterior requiere diseñar formas cooperativas y comunicativas de acción y nuevos mecanismos de participación, a fin de organizar un proceso público amplio y participativo para el establecimiento de los contenidos y significados de la Constitución. La idea es posibilitar la cooperación entre el Estado y la sociedad teniendo como presupuesto el derecho a la participación en los asuntos públicos, incluido el ámbito de la jurisdicción (llegando con ello a la noción de “Jurisdicción constitucional abierta”).<sup>19</sup>

---

<sup>19</sup> Lo que Häberle denomina *status activus processualis*. Además, esta idea corresponde



Para Hennig (2020, pp. 286-290), esta conceptualización incluye la actividad hermenéutica en una esfera abierta y pluralista lo cual lleva a la necesidad de analizar un aspecto hasta ahora relegado a segundo plano por la teoría de la interpretación: la cuestión de quiénes interpretan, quiénes son los sujetos, los participantes en el proceso de interpretación, así como su respectiva praxis.<sup>20</sup> Por ello es que la referida autora sostiene que

En la medida que son muchos los intérpretes constitucionales, se extiende la noción de participación en el proceso constitucional, lo que acaba por influir la interpretación jurídica del propio Tribunal, que está ampliada en sus perspectivas y abordajes, ampliándose así, igualmente, sus potencialidades de fundamentación y de legitimación democrática, una vez que la decisión tenga incorporados más elementos de la realidad y, consecuentemente, será más permeable a los argumentos plurales aducidos en el proceso de participación, así como también más “situada” en el tiempo y en el espacio comprensión del problema en cuanto problema social y cultural. (Hennig, 2020, p. 292)

Asimismo, y siguiendo a Häberle, la autora (Hennig, 2020, p. 292) distingue entre interpretación técnica o jurídica e interpretación democratizada. La primera corresponde a la jurisdicción constitucional (la cual se basa en el lenguaje, las técnicas propias del universo jurídico). La segunda, es generada por la sociedad abierta de intérpretes, como nuevos “hechores de sentido”. En este esquema, esta última potencializa a la primera, con elementos extraídos de la realidad y de la sociedad abierta y pluralista. La primera *absorbe* a la segunda.

Dicho lo anterior, sostenemos, como sugiere Hennig, que el *amicus curiae* es un instrumento de comunicación entre la sociedad civil y los jueces constitucionales, que abre posibilidades de participación ciudadana en el proceso constitucional.

Ahora bien, Víctor Bazán (2009, p. 135) define a la figura del *amicus curiae* como un mecanismo de participación procesal que supone la presentación en un proceso de un tercero que interviene aportando una opinión fun-

---

con lo que Hennig denomina la pluralización y democratización de los contenidos constitucionales. *Ibid.*, pp. 286-288.

<sup>20</sup> La democratización de la tarea interpretativa, la ampliación del círculo interpretativo a la ciudadanía, supone que la norma no se caracteriza por ser una decisión previa, lista y predeterminada, sino que necesita ser desarrollada (pero no exclusivamente por el juez constitucional).

dada que puede resultar relevante para la resolución de un litigio en el que se debatan cuestiones socialmente sensibles. Esto último hay que enfatizarlo, puesto que parece haber consenso en la doctrina en el sentido de que la figura aquí examinada (al igual que las audiencias públicas que analizaremos en la sección siguiente), no procede en todo tipo de asuntos, sino solamente en relación con “cuestiones socialmente sensibles”, “casos difíciles”, “casos complejos”,<sup>21</sup> “causas de trascendencia general”,<sup>22</sup> o bien “litigios de interés público”.<sup>23</sup> Es decir, se trata de casos en los cuales las sentencias de los tribunales constitucionales tienen impacto más allá de las partes en la controversia o litigio.

El *amicus curiae* permite que terceros ajenos a un proceso ofrezcan opiniones de trascendencia para la solución de un caso sometido a conocimiento judicial, justificando su interés en su resolución final. Este tipo de intervención ayuda a mejorar el nivel de transparencia en los procesos judiciales, eleva el nivel de discusión y abre el debate de la temática en litigio, especialmente en aquellos casos donde se encuentre comprometido el interés público o exista una trascendencia social que supere las particularidades del caso concreto.<sup>24</sup>

Según Collins, la participación de *amici* permite la introducción de argumentos jurídicos nuevos o alternativos dentro de un litigio; permite también la presentación de evidencia científica ante los tribunales porque, a diferencia de las partes en el litigio, los *amici* pueden ser especialistas en políticas públicas, con conocimiento cercano a un área de política en particular. Finalmente, los *amici* informan a los tribunales sobre las implicaciones de política pública más amplias que podría tener una decisión proporcionando información sobre las consecuencias económica, sociales y de políticas públicas

---

<sup>21</sup> Benedetti y Sáenz (2018, pp. 103-104) nos recuerdan que: “Las audiencias aparecen en esta literatura como una de las herramientas clave para promover intervenciones judiciales dialógicas que pongan en contacto a los diferentes actores involucrados en casos complejos; hagan pública o generen información relevante para la decisión; y mantengan una dinámica de cooperación no confrontativa entre las partes y los jueces que los aleje de los problemas que acarrea el modelo de órdenes unilaterales donde aquéllos se arrogan la última palabra”.

<sup>22</sup> Defensoría del Pueblo (2009, pp. 39-40).

<sup>23</sup> Ucin (2022, p. 80) ve en el *amicus curiae* una forma de incorporar una mayor representación de los intereses involucrados en la litis, lo cual cobra mayor relevancia cuando el asunto tiene trascendencia pública o el carácter de interés público está involucrado en la cuestión debatida.

<sup>24</sup> Defensoría del Pueblo (2009, p. 18).

de las decisiones. Al hacer esto, dice Collins (2008, pp. 26-27), los *amici* desempeñan una función similar a la de los cabilderos ante la legislatura.<sup>25</sup>

Por su parte, Abregú y Courtis justifican así la figura del *amicus curiae*:

Esta vinculación entre la discusión judicial de cuestiones de interés público y la posibilidad de que personas, grupos o instituciones presenten sus respectivas opiniones sobre el tema ante el tribunal, no hace más que reforzar el aspecto participativo del carácter republicano de gobierno. Ello es así, toda vez que, proporcionada la posibilidad de que los grupos interesados presenten sus puntos de vista ante la inminencia de una decisión judicial trascendente, el debate de las cuestiones examinadas judicialmente que, de otro modo, quedan relegadas al relativo hermetismo de la función jurisdiccional, adquiere el carácter de una discusión pública. (Abregú y Courtis, 1997, p. 388)

Por otra parte, debemos señalar que entre los beneficios que esta figura puede aportar a los litigios, se ha señalado que ella otorga transparencia a las decisiones jurisdiccionales, democratiza la discusión jurisdiccional y, por extensión, fortalece la garantía del debido proceso que involucra, entre otras cosas, la emisión de sentencias razonadas, justas y jurídicamente sustentables, lo cual es misión principal de los tribunales constitucionales, “...cuya legitimidad en buena medida se asienta en la razonabilidad de sus pronunciamientos”.<sup>26</sup>

Parte del debate sobre el *amicus curiae* se dedica a explicar lo que esta institución no es. Por ejemplo, se afirma que el *amicus curiae* no constituye una interferencia en el ejercicio de la función jurisdiccional ni un agravio a la independencia de los jueces, pues los criterios que aporta no tienen carácter vinculante para los tribunales (al acoger el tribunal los argumentos de un tercero ajeno al proceso, no se distrae de su marco de conocimiento propio y competencial).<sup>27</sup> Por otro lado, tampoco representa una limitación del derecho de defensa de alguna de las partes porque las opiniones del *ami-*

---

<sup>25</sup> Collins Paul M. Jr., *Friends of the Supreme Court, Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press, 2008, pp. 26-27.

<sup>26</sup> Véase Busch y Szmulewicz (2020, p. 141).

<sup>27</sup> “En efecto, también se debe considerar que, al acoger el tribunal los argumentos de un tercero ajeno al proceso, no se distrae de su marco de conocimiento propio y competencial, porque su ámbito de decisión se mantiene incólume y, por ende, se encuentra en la capacidad de emitir una determinación arreglada al Derecho, conforme a su propio criterio” (Defensoría del Pueblo, 2009, pp. 39-40).

*cus curiae* no son vinculantes y su finalidad más bien es “robustecer debates judiciales que afectan a la comunidad, al interés público, o a la situación de determinados grupos”.<sup>28</sup> Por último, nos recuerda Bazán (2009, p. 135), el *amicus curiae* no reviste calidad de parte ni mediatiza, desplaza o reemplaza a éstas; su informe no constituye un dictamen pericial, y la actuación que despliega no devenga honorarios ni tiene efectos vinculantes para el tribunal ante el que comparece.

Pero la doctrina también alude a una serie de preocupaciones en relación con la figura aquí examinada. Por ejemplo, que sea instrumentado disfuncionalmente, convirtiéndose en un mecanismo refinado de presión sobre los jueces; o bien, aun cuando ejercitado sin ese ánimo, sus condiciones de ejercicio lo vuelvan disfuncional, ante el riesgo de que la presentación desmesurada por *amici*, de informes y/o de argumentos que sólo reiteran lo ya aportado por las partes, pudieran representar una pérdida de tiempo para los tribunales.<sup>29</sup>

Para contrarrestar lo anterior es que se ha propuesto que no cualquiera pueda presentarse como *amicus curiae*, sino que se debe acreditar un interés concreto relacionado con el litigio en el que se pretende intervenir. Y no cualquier interés, sino un interés *supraindividual*; o bien que se demuestre tener un interés razonable en relación con su condición, a su especialidad o a su solvencia intelectual sobre el tema en cuestión. O, finalmente, en el caso de las organizaciones (asociaciones u ONG), que la intervención de éstas en calidad de *amicus curiae* se encuentre respaldada en la demostración de que el objeto de su agrupación coincide con el objeto a determinar en el proceso. Con este tipo de condicionamientos, y con el poder del juez o tribunal de rechazar “amigos” que no cumplan con ellos, se buscaría garantizar de cierta forma “el bloqueo de opiniones impertinentes que pudiesen, en lugar de esclarecer, entorpecer o empañar la dilucidación del conflicto”.<sup>30</sup>

Otro aspecto polémico que ha provocado discusión en la doctrina, se encuentra en la opinión sostenida por algunos,<sup>31</sup> según la cual el *amicus curiae* ha evolucionado de ser una asistencia neutral a los tribunales, a convertirse en una formidable herramienta para abogar a favor de alguna de las partes (*partisan advocacy*). Es decir, según esta visión, quien actúa como *amicus*

---

<sup>28</sup> Véase Defensoría del Pueblo (2009, pp. 39-40).

<sup>29</sup> Véase Borda (2011, pp. 177-178).

<sup>30</sup> Véase Baquerizo (2006, pp. 9-10 y 19).

<sup>31</sup> Por ejemplo Samuel Krislov (1963, pp. 694-721).

*curiae* en la actualidad, es un actor con interés de apoyar a alguna de las partes para defender sus intereses.<sup>32</sup> Sin embargo, y frente a esta observación, Geraldina González de la Vega ha sostenido que la crítica se basa en un presupuesto que es inexacto cuando lo que examinan los tribunales constitucionales son intereses generales, articulando su argumento de la siguiente manera:

Cuando se analiza, por ejemplo, la reforma para permitir el matrimonio entre personas del mismo sexo, y se presentan *amicus* para apoyar la reforma, es decir, apoyar a la Asamblea y al Gobierno del D.F., no se está apoyando “a una de las partes”, se está apoyando un principio general de no discriminación por orientación sexual que tendrá efectos erga omnes y que acabará beneficiando por un lado, a los grupos discriminados; y por otro, a la generalidad, pues prevalece la normatividad constitucional. (González de la Vega, 2017, p. 51)

Visto lo anterior, debemos preguntarnos si la figura del *amicus curiae* se encuentra debidamente regulada en México. Si este no fuera el caso, nos proponemos buscar en el derecho comparado algunos puntos de referencia para sugerir una normativa adecuada para nuestro país en esta materia. A esto dedicamos el siguiente apartado del presente ensayo.

## V. EL *AMICUS CURIAE* EN MÉXICO

La figura del *amicus curiae* no está prevista ni regulada en México.<sup>33</sup> Geraldina González de la Vega (2017, p. 65) reporta que en relación con el litigio

---

<sup>32</sup> Ucin (2022, p. 81), también advierte del riesgo de que los *amici curiae* se conviertan en una figura no neutral, sino en una figura interesada, interviniendo en los litigios no como amigos del tribunal sino como abogados de ciertos intereses. Por ello es que en Argentina, se obliga a dar información sobre quién da financiamiento a quienes se presentan como “Amigos del Tribunal”, para evitar que bajo la apariencia de neutralidad se oculten *lobbies* determinados.

<sup>33</sup> El “Acuerdo General número 10/2007 de tres de mayo de dos mil siete, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se establecen los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el Tribunal Pleno” no regula el *amicus curiae*, sino que tiene por objeto “establecer los lineamientos generales que deberán observarse para la comparecencia de especialistas para el esclarecimiento de conceptos técnicos ante el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en el entendido de que esas comparecencias son convocadas por el propio Pleno, a instancia de una ministra o ministro instructor o ponente en un asunto de conocimiento de dicho órgano.

relativo al matrimonio igualitario del cual conoció la SCJN en 2010, los distintos grupos e individuos que decidieron participar como *amicus curiae* tuvieron que buscar el fundamento legal de su pretensión en diversas disposiciones que no se refieren explícitamente a dicha figura, como por ejemplo el artículo 68, primer párrafo, de la Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la CPEUM según el cual:

“Hasta antes de dictarse sentencia, el ministro instructor podrá solicitar a las partes o a quien juzgue conveniente, todos aquellos elementos que a su juicio resulten necesarios para la mejor solución del asunto”.

Igualmente, reporta la referida autora, se buscó apoyar normativamente la participación como *amicus curiae* invocando el artículo 1 de la Declaración sobre el derecho y el deber de los individuos, los grupos y las instituciones de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales universalmente reconocidos (Resolución de la Asamblea General de la ONU, A/RES/53/144 aprobada el 8 de marzo de 1999) el cual dispone que: “Toda persona tiene derecho, individual o colectivamente, a promover y procurar la protección y realización de los derechos humanos y las libertades fundamentales en los planos nacional e internacional”.

También narra González de la Vega (2017, pp. 51-52) cómo es que actores de la sociedad civil acudieron el 28 de junio de 2010 a la ponencia del ministro Sergio Valls, quien fuera ponente en el asunto relativo a las reformas a los artículos 146 y 391 del Código Civil del Distrito Federal para hacer posible el matrimonio entre personas del mismo sexo, presentándole un informe en calidad de *amicus curiae* y solicitándole circular el informe con los otros diez ministros del Pleno. Sin embargo:

Precisamente porque no está regulada la presentación de dichos informes, una vez presentados, se desconocía el trámite interno que la Corte debía dar a este tipo de actuaciones, pues las partes que lo presentamos no formamos parte del litigio, en este caso, de la acción de inconstitucionalidad. De tal forma que, no se tenía certeza de que nuestro informe sería efectivamente circulado entre las demás ponencias de la Corte. (González de la Vega, 2017, pp. 51-52)

Frente a lo anterior, consideramos que sería conveniente regular el *amicus curiae*, siguiendo la pauta que desde 2006 estableció el *Libro Blanco de la Reforma Judicial*, elaborado en el seno de la propia SCJN, cuya Acción 22 definió lo siguiente:

Las funciones de un tribunal constitucional trascienden el interés de las partes en conflicto. Por ello, para lograr un mayor acceso a la justicia y promover una mejor y más amplia participación social en la defensa de los derechos fundamentales y las controversias políticas, se debe introducir la figura del *amicus curiae* en algunos mecanismos procesales existentes (e.g. controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad, contradicciones de tesis e, incluso en ciertas hipótesis, el propio amparo). Existen diversas maneras de lograr este objetivo, discutidas en la sección correspondiente de este Libro Blanco, y que incluyen desde una reforma constitucional hasta modificaciones legislativas. Sin embargo, su implementación también puede lograrse en el corto plazo mediante una decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en esta dirección. En cualquier hipótesis es necesario subrayar que este mecanismo supone el ejercicio de una facultad discrecional del tribunal quien debe determinar en cada caso la manera en que el *amicus curiae* contribuya a informar su decisión. (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006)

Conviene observar que la ausencia de una base constitucional relativa a esta figura no es óbice para que ésta se pueda regular a través de una ley o de un acuerdo de la SCJN. En otros países se ha discutido este tema, en relación con el cual nos adherimos a lo sostenido por Baquerizo:

Por el contrario, al significar una colaboración espontánea para la Justicia, dicha figura no puede sino cobijarse en la libertad que tiene toda persona para actuar dentro de los perímetros de todo aquello que no esté prohibido. Aparte, de la revisión íntegra del texto constitucional, no se advierte ninguna cláusula o principio constitucional comprometido o lesionado con la introducción del *amicus curiae* en el proceso, aun sin consagración legal expresa. (Baquerizo, 2006, p. 12)<sup>34</sup>

Finalmente, en relación con el *amicus curiae* en nuestro país, no podemos dejar de mencionar la siguiente tesis del Décimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer, en la que se hace referencia a esta figura en los siguientes términos:

AMICUS CURIAE. SUSTENTO NORMATIVO DEL ANÁLISIS Y CONSIDERACIÓN DE LAS MANIFESTACIONES RELATIVAS EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO.

---

<sup>34</sup> En el mismo sentido se expresa Bazán (2005, p. 49).

La figura del *amicus curiae* o amigos de la corte o del tribunal, por su traducción del latín, constituye una institución jurídica utilizada, principalmente, en el ámbito del derecho internacional, mediante la cual se abre la posibilidad a terceros, que no tienen legitimación procesal en un litigio, de promover voluntariamente una opinión técnica del caso o de aportar elementos jurídicamente trascendentes al juzgador para el momento de dictar una resolución involucrada con aspectos de trascendencia social. Así, aunque dicha institución no está expresamente regulada en el sistema jurídico mexicano, el análisis y la consideración de las manifestaciones relativas por los órganos jurisdiccionales se sustenta en los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el diverso 23, numeral 1, inciso a), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, así como en el Acuerdo General Número 2/2008, de diez de marzo de dos mil ocho, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el que se establecen los lineamientos para la celebración de audiencias relacionadas con asuntos cuyo tema se estime relevante, de interés jurídico o de importancia nacional.<sup>35</sup>

Ahora bien, para efectos de contraste y con el objetivo de tener puntos de referencia, nos referiremos a continuación a algunos aspectos relativos a la regulación de la figura del *amicus curiae* en Argentina y en los Estados Unidos de América.

## 1. *El amicus curiae en Argentina*

A través de la Acordada núm. 28/04, dictada el 14 de julio de 2004 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, se ha reglamentado el *amicus curiae* ante dicha instancia. En dicha Acordada, se consideró que esta figura es “un provechoso instrumento destinado, entre otros objetivos, a permitir la participación ciudadana en la administración de justicia”, por lo que dicha Corte consideró apropiado

---

<sup>35</sup> Tribunales Colegiados de Circuito, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 54, Mayo de 2018, Tomo III, p. 2412. Tesis aislada: I.10o.A.8 K (10a.). (Décimo Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito). Amparo en revisión 37/2017. Documenta, Análisis y Acción para la Justicia Social, A.C. 22 de marzo de 2018. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Arturo Camero Ocampo. Secretario: Ángel García Cotonieto.



que, en las causas en trámite ante sus estrados y en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, se autorice a tomar intervención como Amigos del Tribunal a terceros ajenos a las partes, que cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y que demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso, a fin de que ofrezcan argumentos de trascendencia para la decisión del asunto.

Asimismo, el más alto tribunal argentino consideró que

en el marco de las controversias cuya resolución por esta Corte genere un interés que trascienda al de las partes y se proyecte sobre la comunidad o ciertos sectores o grupos de ella, a fin de resguardar el más amplio debate como garantía esencial del sistema republicano democrático, debe imperar un principio hermenéutico amplio y de apertura frente a instituciones, figuras o metodologías que, por su naturaleza, responden al objetivo de afianzar la justicia entronizado por el Preámbulo de la Constitución Nacional, entendido como valor no sólo individual sino también colectivo.

Con base en estas razones, la Corte Suprema de Argentina aprobó el Reglamento sobre Intervención de Amigos del Tribunal, mismo que dispone lo siguiente:

Las personas físicas o jurídicas que no fueran parte en el pleito, pueden presentarse ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en calidad de Amigo del Tribunal, en todos los procesos judiciales correspondientes a la competencia originaria o apelada en los que se debatan cuestiones de trascendencia colectiva o interés general. La presentación deberá ser realizada con la única finalidad de expresar una opinión fundada sobre el objeto del litigio, dentro de los quince días hábiles del llamado de autos para sentencia. En la presentación deberá constituirse domicilio en los términos del art. 40 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (artículo 1).

El Amigo del Tribunal deberá ser una persona física o jurídica con reconocida competencia sobre la cuestión debatida en el pleito; fundamentará su interés para participar en la causa e informará sobre la existencia de algún tipo de relación con las partes del proceso. Su actuación deberá limitarse a expresar una opinión fundada en defensa de un interés público o de una cuestión institucional relevante. Dicha presentación no podrá superar las veinte carillas de extensión (artículo 2).

Si la Corte Suprema considerara pertinente la presentación, ordenará su incorporación al expediente (artículo 3).

El Amigo del Tribunal no reviste carácter de parte ni puede asumir ninguno de los derechos procesales que Acordada 28/2004 Exp. 2439 /2004 -Adm. Gral.- Corte Suprema de Justicia de la Nación corresponden a éstas. Su actuación no devengará costas ni honorarios judiciales (artículo 4).

Las opiniones o sugerencias del Amigo del Tribunal tienen por objeto ilustrar a la Corte Suprema. No vinculan a ésta pero pueden ser tenidas en cuenta en el pronunciamiento del Tribunal (artículo 5).<sup>36</sup>

## 2. *El amicus curiae en los Estados Unidos*

La número 37 de las “Reglas de la Corte Suprema de los Estados Unidos” (*Rules of the Supreme Court of the United States*)<sup>37</sup> establece la normativa relativa a la presentación de *amicus curiae* ante dicho tribunal. Nos limitamos aquí a mencionar solamente algunas de las principales reglas:

- a) Un escrito de *amicus curiae* que ponga a consideración de la Corte una cuestión relevante que no haya sido nunca puesta en su conocimiento, y presentada por las partes puede ser de gran ayuda para la Corte. Un escrito de *amicus curiae* que no sirva a ese propósito aumenta las cargas de la Corte, y su presentación no se encuentra favorecida.
- b) Cualquier persona o grupo de personas puede presentar un *amicus curiae* si tiene un interés demostrable en el caso (pero deben hacerlo a través de un abogado admitido a ejercer como tal ante la propia Corte).
- c) Antes de la reforma del 1 de enero de 2023 a las Reglas de la Suprema Corte, solo con el consentimiento de todas las partes se podía presentar un *amicus curiae* en un caso concreto o bien si se contaba con el permiso de la Corte. No obstante lo anterior, se permitían los "consentimiento en blanco" por parte de demandantes y demandados, lo que flexibilizaba la aceptación de *amici curiae* ante la Corte. Sin embargo, a partir del 1 de enero de 2023 ya no es necesario contar con dicho consentimiento.

---

<sup>36</sup> Tres magistrados de la Corte Suprema de Argentina de la CSJN (Augusto C. Belluscio, Carlos S. Fayt y Adolfo R. Vázquez) emitieron voto disidente en contra del referido Reglamento, al considerar que el *amicus curiae* no está previsto en el ordenamiento argentino y que no correspondía a la Corte establecerlo a través de un acordada, sino al Congreso federal, a través de una ley.

<sup>37</sup> Adoptadas el 18 de abril de 2019 y en vigor a partir del 1 de julio de 2019.

- d) En la Regla 37 se enuncian normas relativas a la forma (en papel y en versión electrónica) y los tiempos para presentar *amici curiae*. Por ejemplo, sobre el número máximo de palabras que deben contener (lo cual varía según la etapa del procedimiento en el que se presentan); sobre la manera de presentar los “cuadernillos” que contienen los *amici curiae* (el color de los mismos varía según la etapa del procedimiento en el que se presentan); la manera de expresar quienes presentan el documento respectivo; la manera de notificar a todas las partes sobre la presentación de un *amici curiae*, entre muchas otras reglas.
- e) El documento correspondiente debe contener las siguientes secciones:
  - a) la sección en la que se expresa cuáles con los intereses en el caso de quien presenta el *amicus curiae*; b) sección con el resumen del argumento; c) sección que contiene el argumento, y d) sección de conclusiones.

Cabe señalar que a pesar de que, como sostienen Caldeira y Wright, los *amici curiae* en los Estados Unidos tienden a hablar con un acento correspondiente a las “clases altas”, en realidad la Corte Suprema de dicho país se encuentra muy abierta para recibir opiniones provenientes de la sociedad civil a través de este tipo de figura.<sup>38</sup>

### 3. *El amicus curiae ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH)*

Los artículos 2.3 y 44 del Reglamento de la CrIDH regulan al *amicus curiae* ante dicha instancia en los siguientes términos:

2.3 La expresión “*amicus curiae*” significa la persona o institución ajena al litigio y al proceso que presenta a la Corte razonamientos en torno a los hechos contenidos en el sometimiento del caso o formula consideraciones jurídicas sobre la materia del proceso, a través de un documento o de un alegato en audiencia.

---

<sup>38</sup> “To be sure, the chorus of the Court’s friends sings with a “distinctly upper- class accent”; it is not a random sample of the population. Yet, the failure of large institutions to play a more dominant role, in our view, testifies to the surprising openness of the Court to the articulation of interests from a broad array of membership organizations.” Ver Caldeira, Gregory A. y Wright, John R., “Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?”, *The Journal of Politics*, vol. 53, no. 3, 1990, p. 797.

#### Artículo 44. Planteamientos de *amicus curiae*

1. El escrito de quien desee actuar como *amicus curiae* podrá ser presentado al Tribunal, junto con sus anexos, a través de cualquiera de los medios establecidos en el artículo 28.1 del presente Reglamento,<sup>39</sup> en el idioma de trabajo del caso, y con el nombre del autor o autores y la firma de todos ellos.
2. En caso de presentación del escrito del *amicus curiae* por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales y la documentación respectiva deberán ser recibidos en el Tribunal en un plazo de 7 días contados a partir de dicha presentación. Si el escrito es presentado fuera de ese plazo o sin la documentación indicada, será archivado sin más tramitación.
3. En los casos contenciosos se podrá presentar un escrito en calidad de *amicus curiae* en cualquier momento del proceso pero no más allá de los 15 días posteriores a la celebración de la audiencia pública. En los casos en que no se celebra audiencia pública, deberán ser remitidos dentro de los 15 días posteriores a la resolución correspondiente en la que se otorga plazo para la remisión de alegatos finales. El escrito del *amicus curiae*, junto con sus anexos, se pondrá de inmediato en conocimiento de las partes para su información, previa consulta con la Presidencia.
4. En los procedimientos de supervisión de cumplimiento de sentencias y de medidas provisionales, podrán presentarse escritos del *amicus curiae*.

La normativa que regula al *amicus curiae* vigente en Argentina y en los Estados Unidos, así como la correspondiente a la Corte IDH pudiera servir de ejemplo o modelo para diseñar la regulación más adecuada y pertinente a las condiciones y las características de la justicia constitucional en México.

## VI. BREVES REFLEXIONES FINALES

Regular de manera adecuada la figura del *amicus curiae* puede dar lugar a una democratización del acceso a la justicia, si bien debemos reconocer

---

<sup>39</sup> Artículo 28.1 del Reglamento de la Corte IDH: “1. Todos los escritos dirigidos a la Corte podrán presentarse personalmente, vía courier, facsímil, o correo postal o electrónico. Para garantizar la autenticidad de los documentos, éstos deben estar firmados. En el caso de la presentación de escritos por medios electrónicos que no contengan la firma de quien los suscribe, o en caso de escritos cuyos anexos no fueron acompañados, los originales o la totalidad de los anexos deberán ser recibidos en el Tribunal a más tardar en el plazo improrrogable de 21 días, contado a partir del día en que venció el plazo para la remisión del escrito”.

que esto implicaría poner en entredicho las tradicionales reglas de la jurisdicción y del proceso.<sup>40</sup> Como ha afirmado Ucin (2022, pp. 78 y 81), se trataría de prever la construcción de una estructura subjetiva del proceso de índole multiforme y no limitada a las formas tradicionales de tipo diádico. En particular en los casos de litigio de interés público o estructural, “resulta fundamental aceptar la posibilidad de intervención en el proceso de tantas “partes” como intereses aparezcan contrapuestos en el litigio que subyace al proceso”. No hacerlo así puede significar un recorte injustificado del problema: “Esta manera de componer los términos del litigio conduce a una adecuada comprensión del conflicto y a una superación de una mirada fragmentada de litigios que al ser policéntricos imponen un análisis sistémico”.

Terminamos este ensayo con una cita de Geraldina González de la Vega, que nos parece sumamente adecuada para resumir el argumento que en estas páginas hemos desarrollado:

Pensar en un plano de control jurisdiccional dialógico lleva a involucrar a distintos actores por distintos medios en la arena judicial, haciendo posible un ideal de democracia deliberativa. Mucho se ha criticado el papel contramayoritario de las cortes capaces de invalidar normas contrarias a la Constitución, sobre todo con respecto al mito de la “última palabra”. Cuando esa “última palabra” se pronuncia después de una deliberación plural, esto es, cuando varios actores se involucran en la deliberación, el resultado- o para hablar claro- la sentencia poseerá mayor legitimidad, pues la resolución fue parte de una conversación y no, como se ha criticado por los defensores de la posición contramayoritaria, una imposición de parte de una élite no electa. (González de la Vega, 2017, pp. 63-64)

## VII. REFERENCIAS

Acuerdo General número 10/2007 de tres de mayo de dos mil siete, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por el que se establecen los lineamientos para la comparecencia de especialistas ante el Tribunal Pleno.

Abregú, M. y Courtis, C. (1997). Perspectivas y posibilidades del *amicus curiae* en el derecho argentino En M. Abregú, y C. Courtis (Comps.), *La*

---

<sup>40</sup> Así lo ha sugerido Baquerizo (2006, p. 20).

- aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS).
- Baquerizo Minuche, J. (2006). El *amicus curiae*: una importante institución para la razonabilidad de las decisiones judiciales complejas. *Revista Jurídica*, (21).
- Bazán, V. (2005). El *amicus curiae* en clave de derecho comparado y su reciente impulso en el derecho argentino. *Cuestiones Constitucionales*, (12).
- Bazán, V. (2009). ¿De qué hablamos cuando hablamos de *amicus curiae*? *Revista de Derecho Público*, (71).
- Benedetti, M. A. y Sáenz, M. J. (2018). Decisión judicial y participación ciudadana: los impactos de las audiencias públicas en las sentencias de la Corte Suprema argentina. *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, (15).
- Borda, G. J. (2011). El *Amicus Curiae*. *Signos Universitarios*, 30(46).
- Busch Venthur, T. y Szmulewicz Ramírez, E. (2020). Deliberación, Legitimidad y Organización Interna de los Tribunales Constitucionales. Una mirada desde Latinoamérica. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (54), .
- Caldeira, G. A. y Wright, J. R. (1990). Amici Curiae before the Supreme Court: Who Participates, When, and How Much?. *The Journal of Politics*, 53(3).
- Cano Blandón, L. F. (2021). Los límites de la justicia dialógica en la protección de los derechos sociales en Colombia. *Revista Derecho del Estado*, (49).
- Cárdenas Gracia, J., Hernández Cervantes, A., y Niembro Ortega, R. (2019). *Teorías críticas y Derecho Mexicano*. Tirant lo Blanch.
- Cárdenas Gracia, J. (2017). *La Constitución de la Ciudad de México. Análisis Crítico*, Senado de la República; Universidad Nacional Autónoma de México.
- Collins Paul M. Jr. (2008). *Friends of the Supreme Court, Interest Groups and Judicial Decision Making*, Oxford University Press.
- Córdova Vinueza, P. (2016). Constitucionalismo dialógico y última palabra. Una agenda de políticas deliberativas para las cortes constitucionales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, XXII.
- Córdova Vinueza, P. (2017). Justicia Dialógica y Cortes Deliberativas con la Ciudadanía. Ponencia presentada en el Congreso REDIPAL Virtual X, Red de Investigadores Parlamentarios en Línea Marzo-septiembre.

- Defensoría del Pueblo (2009). *El amicus curiae: ¿qué es y para qué sirve?*. Serie Documentos Defensoriales, Documento No. 8, Defensoría del Pueblo.
- Ely, J. (1980). *Democracy and Distrust*. Harvard University Press.
- Gargarella, R. y Bergallo, P. Presentación. En R. Gargarella (Comp.), *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Siglo XXI Editores.
- Gargarella, R. (2021). Justicia y Democracia: Dos siglos de inacabada discusión (Con coda pensando en Chile). *Latin American Legal Studies*, 9.
- González de la Vega, G. (2017). *Amicus Curiae*. Reflexiones sobre la participación de la sociedad civil en la definición de los derechos. En A. Sotelo Gutiérrez (Coord.), *El matrimonio igualitario desde el activismo, la academia y la justicia constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Häberle, P. (2008). La sociedad abierta de los intérpretes constitucionales: una contribución para la interpretación pluralista y “procesal” de la Constitución. *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*, año 6(11).
- Hamilton, A., *El Federalista* (No. 78).
- Hennig Leal, M. C. (2020). La Noción de Constitución Abierta de Peter Häberle como fundamento de una jurisdicción constitucional abierta y como presupuesto para la intervención del *amicus curiae* en el derecho brasileño. *Estudios Constitucionales*, 8(1).
- Kramer, L. (2004). Popular Constitutionalism, circa 2004. *California Law Review*, 92(4), .
- Kramer, L. (2005). Undercover Anti-Populism, *Fordham Law Review*, 73.
- Krislov, S., “The Amicus Curiae Brief: From Friendship to Advocacy”, *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963.
- Lopera Mesa, G. P. (2001). La Problemática Legitimidad de la Justicia Constitucional. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, (5).
- Niembro, R. (2013). Una mirada al constitucionalismo popular. *Isonomía*, (38).
- Nosetto, L. (2018). Nosotros los patrocinantes del pueblo. Judicialización de la política y representación democrática en la Argentina del nuevo siglo. *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*, 20.
- Ovares Sánchez, A. (2021). El constitucionalismo dialógico, la consulta legislativa previa y el caso de Costa Rica. *Revista Derecho del Estado*, (49).

- Prieto Sanchís, L. (2007). El constitucionalismo de los derechos. En Miguel Carbonell (Ed.). *Teoría del neoconstitucionalismo, Ensayos escogidos*, Trotta.
- Sosa Sacio, Juan Manuel (2019). Justicia Constitucional Dialógica: Algunos Mecanismos o Estrategias que favorecen la legitimación democrática de los Tribunales Constitucionales. *Anuario de Investigación del CICAJ 2018-2019*.
- Rodríguez Garavito, C. y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social. Cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2006). *Libro Blanco de la Reforma Judicial. Una agenda para la justicia en México*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Tushnet, Mark, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1999.
- Ucín, María Carlota, “Fundamentos teóricos para la participación ciudadana en los Tribunales: una mirada a los casos de interés público”, *Revista Paradigma, Riberão Preto-SP*, año XXVII, vol. 31, no. 1, enero-abril 2022.
- Vargas Murillo, A. R. (2020). Activismo judicial dialógico como propuesta de superación de la objeción democrática al control de constitucionalidad, *Revista de la Facultad de Derecho*, (49).
- Waldron, J. (2006), “The core of the case against judicial review”, *Yale Law Journal*, 115.



## Cómo citar

### **Sistema IJ**

Serna de la Garza, José Ma., “Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del *amicus curiae* en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19086. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19086>

### **APA**

Serna de la Garza, J. M. (2024). Participación ciudadana y función judicial: hacia la regulación del *amicus curiae* en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19086. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19086>



## Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última secuela pendiente de la pandemia COVID-19

### *Gaps in the constitutional mechanisms of restriction and suspension of rights and guarantees in Mexico: the last pending sequel of the COVID-19 pandemic*

Pablo Latorre Rodríguez

 <https://orcid.org/0000-0002-1660-8948>

Universidad Autónoma de Baja California. México

Correo electrónico: [platorre@uabc.edu.mx](mailto:platorre@uabc.edu.mx)

Recepción: 26 de junio de 2023

Aceptación: 23 de agosto de 2023

Publicación: 28 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19263>

**RESUMEN:** En México la restricción y suspensión de derechos se encuentran recogidas en el artículo 29 constitucional. Sin embargo, este artículo carece de una ley reglamentaria que desarrolle y concrete su contenido. Por otro lado, la Constitución mexicana incluye en su artículo 73, fracción XVI, disposiciones especiales en caso de emergencia sanitaria. La pandemia generó una coyuntura inédita, ante la cual los estados implementaron medidas extraordinarias sirviéndose de instrumentos jurídicos para la creación de un marco de actuación más eficaz contra el virus. En este trabajo analizamos los paradigmas relativos a la restricción y suspensión de derechos y su regulación en nuestro país; para posteriormente examinar su praxis a la luz de las medidas aplicadas aproximándonos al ejemplo concreto de la pandemia COVID-19. **Palabras clave:** restricción de derechos, suspensión de derechos, estado de excepción, derechos fundamentales, COVID-19.

**ABSTRACT:** In Mexico, the restriction and suspension of rights are included in article 29 of the Constitution. However, this article lacks a regulatory law that develops and specifies its content. On the other hand, the CPEUM includes in its article 73 section XVI special provisions in case of health emergency. The pandemic generated an unprecedented situation, in which the states implemented extraordinary measures using legal instruments to create a more effective framework for action against the virus. In this paper we analyze the paradigms related to the restriction and suspension of rights and their regulation in our country; to later

examine its praxis in light of the measures applied, approaching the specific example of the COVID-19 pandemics.

**Keywords:** restriction of rights, suspension of rights, state of exception, fundamental rights, COVID-19.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Restricción y suspensión constitucional de derechos: orígenes y formas*. III. *Regulación de la restricción y/o suspensión constitucional de derechos en México*. IV. *Restricción y/o suspensión de derechos en México durante la pandemia COVID-19*. V. *Análisis de los déficits regulatorios de la restricción y suspensión de derechos y garantías en México*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Entre todas las consecuencias provocadas por la pandemia COVID-19 (humanas, sociales, económicas, etcétera), y pese a la evidente recuperación alcanzada desde entonces, una de ellas todavía sobrevive en nuestro país: el déficit regulatorio de la restricción y suspensión de derechos. En puridad, este déficit no es fruto de la pandemia, sino que lo arrastramos desde mucho antes. Si bien es cierto, que, con ocasión de esta coyuntura inédita, la citada deficiencia se puso de manifiesto de manera obvia sacándola del olvido en el que, un tema capital para nuestro derecho constitucional, lleva sumido tantos años.

Cuando en todo el mundo se hacía imperioso tomar medidas extraordinarias para enfrentar la lucha contra el virus a través de las diferentes formas que adoptan los derechos de excepción en los distintos países, en México se implementó un método tan potencialmente nocivo para la integridad del Estado de derecho como es el previsto en la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), tal y como más adelante argumentaremos. Esta circunstancia no generó debate alguno, sino que automáticamente se asumió que era la herramienta más apropiada para este fin.

La hipótesis que vertebra este trabajo es que nuestro ordenamiento jurídico no dispone de instrumentos adecuados para hacer frente, apropiadamente y con pleno respeto a la separación de poderes y la preservación de los derechos fundamentales, a situaciones de emergencia como las generadas por la pandemia COVID-19 y otras asimilables: el 29 constitucional continúa sin su prevista y obligada regulación reglamentaria, lo cual lo convierte en inútil en la práctica, y la vía prevista en el artículo 73, fracción XVI, plan-

tea severas dudas en cuanto a la vulneración de principios constitucionales fundamentales, tales como la separación de poderes, o el correspondiente control judicial aplicable a las actuaciones gubernamentales.

En este texto comenzaremos presentando un somero repaso de los orígenes y formulaciones que la restricción y suspensión de derechos ha detentado desde su origen constitucional; para, a continuación, realizar un análisis de la regulación que de ello existe en nuestro país, repasando el episodio concreto de su aplicación con ocasión de la pandemia COVID-19, y finalizar examinando a conciencia las lagunas normativas detectadas. Como colofón, ofreceremos unas conclusiones donde se concentre todo lo tratado y se planteen algunas propuestas para saldar estos déficits.

## II. RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS: ORÍGENES Y FORMAS

A modo de contextualización dedicaremos este primer apartado a exponer los orígenes y distintas materializaciones que ha tenido la restricción y/o suspensión constitucional de derechos. El primer antecedente formal lo encontramos en la Constitución Francesa del año VIII (1799),<sup>1</sup> la cual contempla que “En caso de una rebelión a mano armada, o desórdenes que amenacen la seguridad del Estado, la ley puede suspender, en los lugares, y por el tiempo que determine, el imperio de la Constitución” (art. 92). Observamos aquí que la propia Constitución establece que, ante supuestos excepcionales (debidamente tasados, aunque con una imprecisión que proporciona una conveniente amplitud) la misma puede quedar en suspenso. El ordenamiento no se anula, sino que entra en una fase de suspensión que le sirve para resistir a circunstancias insólitas que ponen en peligro su propia permanencia.

Originalmente, la potestad para llevar a cabo esta medida recaía en el Legislativo, sin embargo, a partir de mediados del siglo XIX este poder se desliza hacia el Ejecutivo (Benavides, 2006, p. 131), aunque siempre pendiente de una ratificación posterior por parte del Parlamento.

Esta idea será retomada y desarrollada hasta sus últimas consecuencias por el filósofo alemán Carl Schmitt (1999; 2009), quien en la década de los veinte del siglo XX acuñó la figura jurídica del estado de excepción (*Ausnahmezustand*). Schmitt plantea esta solución como el último recurso para

---

<sup>1</sup> Si bien es cierto que desde la antigua Roma se contemplaba la figura de la *dictadura*.

mantener el orden, y restablecerlo en caso de grave alteración o desorden. En este punto es importante señalar que en la formulación schmittiana el estado de excepción consiste en un estado distinto del imperio normal de la ley (Žižek, 2004, p. 131), en el que un soberano se pone fuera de esta para restablecer su orden (Flores, 2014, p. 63). Aunque más adelante entenderemos el estado de excepción como un procedimiento temporal y transitorio, y no como una fase que tienda a la permanencia, sin embargo, para el filósofo alemán, lo excepcional es una constante (Vega y Avella, 2018, p. 12), y, bajo esta interpretación, se corre un inmenso riesgo, ya que, tal y como expone Lucas (1987): “el Estado suspende la ley en la excepción sobre la base de su derecho de autopreservación” (p. 79). Es así como esta figura acabó justificando la abolición del orden constitucional de Weimar a partir de 1933,<sup>2</sup> y particularmente Schmitt en su artículo *Der Führer schützt das Recht* (“El Führer defiende el Derecho”, 1934).

El desarrollo de la institución jurídica del estado de excepción fue reanudado en época más reciente por el filósofo italiano Giorgio Agamben. En su obra *Estado de excepción. Homo sacer II, I* (2010). Agamben describe esta institución como una suspensión del orden jurídico de carácter provisional y extraordinario que actúa de manera excepcional —y, este es el *quid*— con el fin original de salvar el propio ordenamiento ante determinados acontecimientos que lo ponen en peligro.

Textualmente Agamben (2010) aclara:

El problema del estado de excepción se pone en relación con un problema de particular interés en la teoría jurídica, el de las lagunas del derecho [...], una suspensión del ordenamiento jurídico vigente para garantizar su existencia. Lejos de responder a una laguna normativa, el estado de excepción se presenta como la apertura en el ordenamiento de una laguna ficticia con el objeto de salvaguardar la existencia de la norma y su aplicabilidad a la situación ordinaria. La laguna no es interna a la ley, sino que se refiere a su relación con la realidad, a la propia posibilidad de su aplicación. Es como si el derecho contuviera una fractura esencial que se sitúa entre el establecimiento de la norma y su apli-

---

<sup>2</sup> El artículo 48 de la Constitución de Weimar de 1919 expone lo siguiente: “Cuando en el Reich alemán se hayan alterado gravemente o estén en peligro la seguridad y el orden público, el presidente del Reich puede adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de dicha seguridad y orden públicos, incluso con la ayuda de las fuerzas armadas. A este efecto, puede suspender en todo o en parte los derechos fundamentales establecidos en los artículos 114, 115, 117, 118, 123, 124, y 153”.

cación y que, en el caso extremo, sólo puede componerse por medio del estado de excepción, es decir creando una zona en la que la aplicación es suspendida, pero la ley permanece, como tal, en vigor. (pp. 48-49)

Ante esta institución jurídica de tan extraordinaria índole resulta inevitable que las dudas en torno a su naturaleza surjan inmediatamente. El autor italiano admite que “la propia definición jurídica del término se hace difícil por su situación en el límite entre la política y el derecho” (pp. 9-10), exponiendo la diversidad de opiniones en cuanto al lugar en el que se ubica el estado de excepción, si lo hace dentro del Derecho o se sitúa en un plano exterior a éste y por tanto completamente extrajurídico (pp. 38-39). ¿Cómo es posible que en el propio ordenamiento se incluya una enmienda a sí mismo? ¿Cómo es posible, igualmente, que en el propio ordenamiento exista una laguna por la que quede indefenso ante determinadas circunstancias excepcionales? Agamben (2010) supera esta paradoja declarando que “en verdad, el estado de excepción no es ni exterior ni interior al ordenamiento jurídico y el problema de su definición se refiere propiamente a un umbral, o una zona de indiferencia, en que dentro y fuera no se excluyen, sino que se indeterminan”, y concluye, “la suspensión de la norma no significa su abolición y la zona de anomia que instaura no está (o, por lo menos, pretende no estar) exenta de relación con el orden jurídico” (p. 39).

Benavides (2006) entiende que la reelaboración agambeniana del estado de excepción se refiere en esencia a los poderes de emergencia que encontramos en casi todas las Constituciones, pero que el concepto schmittiano era distinto en cuanto a que las medidas predeterminadas en el texto constitucional no son aplicables en un caso de extrema necesidad ya que “el derecho es incapaz de prevenir lo que sucede en la situación concreta [...] la ley no puede decidir acerca de la situación concreta y por tanto el soberano es aquel que tiene el poder para decidir acerca de esa situación [...] [esto es] la excepción” (pp. 129-130).

En cualquier caso, este apartado es únicamente contextualizador del objeto central de este trabajo,<sup>3</sup> ya que respecto al planteamiento de la restricción, limitación o suspensión constitucional de derechos, nuestro trabajo se enfoca en las medidas extraordinarias que se ponen en marcha ante circunstancias excepcionales, consistentes en un desajuste entre el caso teórico

---

<sup>3</sup> Para una mayor profundización en este debate se recomienda el artículo de Taccetta (2015).

y la realidad que no supone otra cosa que un vacío o laguna en su planteamiento respecto a su implementación para determinados casos. Pues bien, la naturaleza de estas medidas constituye un asunto complejo en cuanto a su atipicidad se refiere. Se trata de actuaciones que, sin dejar de tener carácter jurídico, al mismo tiempo poseen carácter político. Pero lo verdaderamente importante es la finalidad que subyace a las mismas, y es que tras lo que aparentemente parece una contradicción se encuentra una idea sumamente audaz: suspender el sistema cuando éste se encuentra en peligro garantiza su supervivencia, y lo que en un principio pudiera suponer una traición a su espíritu se convierte en la salvaguardia de su integridad.<sup>4</sup>

La vigencia de la propuesta de Schmitt la encontramos en múltiples manifestaciones de nuestra realidad,<sup>5</sup> e incluso la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987) propuso que “la suspensión de las garantías puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática” (párrafo 20).

### III. REGULACIÓN DE LA RESTRICCIÓN Y/O SUSPENSIÓN CONSTITUCIONAL DE DERECHOS EN MÉXICO

En México, el artículo 29 de la CPEUM establece la posibilidad de “restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías” constitucionales de un modo semejante a como lo hacen otras Constituciones con el nombre de estado de excepción o análogos (aunque aquí no reciba un nombre de este tipo), en los siguientes términos:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restrin-

---

<sup>4</sup> Para un mayor interés en la dimensión democrática del estado de excepción véase Ordóñez y Flores (2022).

<sup>5</sup> Piana (2020) expone: “Los problemas de legitimidad y legalidad de nuestra Latinoamérica, la neutralización de los políticos por la tecnocracia impulsados actualmente por la Nueva Gestión Pública; los absolutismos de la democracia que han llevado al *Brexit*, un (neo)liberalismo que desde “los mercados” sigue minando la autoridad de los Estados, son problemas similares a los que Schmitt denuncia” (p. 34).

gir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. (párrafo 1)

Este artículo es heredero directo del artículo 29 de la Constitución precedente de 1857 cuya redacción es prácticamente similar. Hasta ese momento, únicamente la Constitución de Cádiz de 1812 había contemplado figuras de excepción.<sup>6</sup> Sin embargo, esta Constitución tuvo una limitada vigencia en nuestro territorio, aunque sin duda supuso un referente ineludible para el constituyente mexicano (Giles y Cruz, 2019, p. 13), el cual, sin embargo, no establecerá la suspensión de garantías como tal en ninguno de los textos constitucionales hasta 1857, manteniéndose una redacción levemente más precisa en el de 1917.<sup>7</sup>

Posteriormente, y a lo largo del siglo XX y comienzos del siglo XXI, el artículo fue modificado en varias ocasiones para introducir cambios menores y/o de carácter técnico-formal. Los más relevantes fueron los siguientes: en 1981 se sustituyó la referencia al “Consejo de Ministros” por la de “los Titulares de las Secretarías de Estado, los Departamentos Administrativos y la Procuraduría General de la República” (*Diario Oficial de la Federación [DOF]*, 21/04/1981); en 2007 desapareció la referencia a los Departamentos Administrativos y se sustituyó el término “Presidente de la República Mexicana” por el de “Presidente de los Estados Unidos Mexicanos” (*DOF*, 02/08/2007), y en 2014 se eliminó el potencial acuerdo del Gabinete, reservando la iniciativa únicamente al presidente (*DOF*, 10/02/2014).

Pero fue en 2011, en el marco de la gran reforma constitucional en materia de derechos humanos (*DOF*, 10/06/2011), cuando se produjeron las modificaciones más profundas. La modificación llevada a cabo en el primer párrafo del artículo toca, por fin, dos cuestiones de fondo: la desaparición del término “garantías individuales” y su sustitución por “derechos y garan-

---

<sup>6</sup> Artículos 308 para suspensión de formalidades en el arresto de delincuentes en circunstancias extraordinarias, y 364 y 365 respecto a las milicias no regulares.

<sup>7</sup> El texto de Peniche (2006, p. 96 y ss.) es un excelente análisis en este sentido.

tías”, mucho más acorde con el nuevo paradigma; y la diferenciación entre restricción y suspensión de derechos, donde el primero de los casos no implica una *pérdida* del derecho en cuestión, sino simplemente la imposición de determinados límites a su ejercicio, mientras que la suspensión conlleva la *pérdida* temporal, pero completa, del mismo. Además, esta reforma de 2011 incrementó la extensión del artículo en cuatro párrafos más, pasando de uno a cinco. En los nuevos párrafos se enumeraron una serie de derechos que no pueden restringirse ni suspenderse en su ejercicio, incorporando, pues, un área de excepción;<sup>8</sup> se exigió la proporcionalidad en la restricción y/o suspensión, y la observancia de los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación en su ejercicio; se matizó el poder del ejecutivo al establecer la participación del legislativo en la finalización de estas medidas, y se remató añadiendo la revisión por parte de la SCJN de los decretos expedidos por el Ejecutivo durante el tiempo que durase la restricción o suspensión establecida (párrafo 5), diluyendo así el poder que tiene el presidente en la concepción *schmittiana* del estado de excepción al abrir la puerta a una intervención pluralista de los demás poderes (Pineda, 2022, p. 97).

Por último, la reforma constitucional de junio de 2011 obligaba al legislativo a la creación de una norma que desarrollase el artículo referido en el plazo de un año,<sup>9</sup> por lo que la definición final de la restricción o suspensión del artículo 29 de la CPEUM no está terminada. La ley de desarrollo resultó polémica desde sus inicios, debido al posible recorte de derechos y libertades que pudiera implicar, y también a su eventual utilización incorrecta en una etapa en la que la llamada “Guerra contra el narco” proyectaba su sombra ante una potencial militarización fáctica de la esfera civil.<sup>10</sup> Ya previamente a la citada reforma, tampoco se había procedido a ningún desarrollo legislativo de este precepto, tal vez para evitar veleidades autoritarias presi-

---

<sup>8</sup> “En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. CPEUM, artículo 29, párrafo 2.

<sup>9</sup> DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la CPEUM, art. Cuarto Transitorio. *DOF*, 10/06/2011.

<sup>10</sup> Muy interesante a este respecto resulta el trabajo de Velasco (2016).



denciales respecto a su aplicación (Pineda, 2022, p. 97); pero, sobre todo, en el contexto de violencia y lucha contra el crimen organizado las dudas acerca del desarrollo de esta regulación se hicieron más evidentes (Flores, 2014, pp. 77-91). En este sentido, las posturas van desde aquellos que, durante la discusión de la Ley de Seguridad Interior y también de la Guardia Nacional, consideraban la expedición de la Ley Reglamentaria del Artículo 29 Constitucional una alternativa viable para regular la participación de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública (Giles y Cruz, 2019, p. I), hasta aquellos para los que tal extremo era calificado directamente como una irresponsabilidad (Dorantes, 2012, p. 399). Es por todo ello que el proceso legislativo en cuestión resultó indigesto (lo está resultado todavía). A continuación, hacemos un breve recorrido por su frustrada tramitación.

El plazo establecido para la expedición de la norma por la reforma constitucional de 2011 vencía en junio de 2012. Este plazo se cumplió sin que la ley se promulgase. En 2013 el Ejecutivo presentó la iniciativa como proyecto de decreto y, tras la fase legislativa que tuvo lugar en las comisiones correspondientes, en 2015 la Cámara de Senadores aprobó la Ley Reglamentaria turnándola a la Cámara de Diputados. Ésta a su vez la turnó a su Comisión de Derechos Humanos, la cual la aprobó hasta por dos veces, la última en diciembre de 2016;<sup>11</sup> pero su discusión permanece postergada en la Cámara de Diputados. Nunca se abordó en la legislatura LXIII, ni tampoco en lo que llevamos de la LXIV, y por lo tanto sigue pendiente hoy en día (Giles y Cruz, 2019, p. 36).

En conclusión, como motivos de este fracaso se encuentran las distintas ópticas desde las que afrontar el problema de la inseguridad y violencia en el país generadas por el crimen organizado, las cuales básicamente se reducen a aquellos que buscan una mayor indefinición que amplíe o mantenga las zonas grises donde poder aplicar una suspensión de derechos y garantías *de facto*, y aquellos que pretenden “maximizar la juridificación de la suspensión dentro de parámetros que faciliten su control de constitucionalidad y convencionalidad” (Cárdenas, 2021, p. 91). En medio, y como otra víctima más de este conflicto, queda esta ley, de vital importancia en momentos de emergencia nacional. Aunque conocemos determinados aspectos de su objeto,

---

<sup>11</sup> Boletín núm. 2783 del Congreso de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2016: “La Comisión de Derechos Humanos aprobó la Ley Reglamentaria del artículo 29 constitucional, para regular el procedimiento que decreta la restricción o suspensión de los derechos y garantías, además de las autorizaciones necesarias para que el Ejecutivo haga frente a una situación de emergencia”.

los casos aplicables o los requisitos necesarios, tendremos que esperar a la aprobación final de la misma para analizar con más detalle cómo se regula la restricción y suspensión de derechos en México.<sup>12</sup>

En nuestra república la restricción y/o suspensión de derechos regulada en el artículo 29 de la CPEUM solamente ha sido activada una vez en toda su historia: en 1942 con la entrada de México en la Segunda Guerra Mundial. La suspensión de derechos tomó forma mediante el Decreto de Suspensión de Garantías Individuales y la Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías individuales. Estos dos instrumentos sirvieron para suspender derechos y libertades fundamentales como la libertad de expresión, la de opinión, la de tránsito, y otras como la de posesión de armas, así como “aquellas de las garantías que pudieran constituir obstáculo para hacer frente rápida y fácilmente a la situación creada por el estado de guerra [...]” (Ley de Prevenciones Generales relativa a la suspensión de garantías individuales, Preámbulo). La duración del régimen de suspensión fue decretada por “todo el tiempo que México permanezca en estado de guerra con Alemania, Italia y el Japón” (siendo susceptible de prorrogarse incluso “hasta treinta días después de la fecha de cesación de las hostilidades”) (Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 1942, art. 2) y para “todo el territorio y todos los habitantes de la República” (art. 1). En definitiva, se facultaba al Ejecutivo a dictar los términos de la suspensión de las, entonces concebidas como, garantías individuales.<sup>13</sup>

Es por esto que contamos con escasos precedentes de aplicación de estas medidas, siendo el único, además, en un momento histórico tan extraordinario como la declaración de guerra. Otras situaciones de emergencia en las que se valoró acudir a este recurso fueron las generadas por el grave terremoto de 1985 que afectó mayoritariamente a la Ciudad de México, el levantamiento armado del EZLN en Chiapas de 1994 (Concha Malo, 2016, p. 2), los estragos producidos por el huracán Paulina en 1997, o también

---

<sup>12</sup> El dictamen compuesto por cinco capítulos, 34 artículos y dos transitorios, precisa que la restricción o suspensión “tendrá como único fin restablecer la normalidad y garantizar el goce de los derechos humanos, y sólo podrá decretarse por la única razón de que los derechos y garantías restringidos o suspendidos fuesen un obstáculo para hacer frente de manera diligente a la situación excepcional, siempre y cuando sea por el menor tiempo posible” (Boletín núm. 2783 del Congreso de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2016)

<sup>13</sup> En particular aquellas “consignadas en los artículos 4o., párrafo I del 5o., 6o., 7o., 10, 11, 14, 16, 19, 20, 21, párrafo III del 22 y 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” (Art. 1o., Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 2 de junio de 1942).

ante la inestabilidad causada por el movimiento estudiantil de 1968 (Pineda, 2022, p. 101). Sin embargo, en ninguno de estos casos el titular del Ejecutivo consideró adecuado optar por esta vía. En este sentido, tampoco contamos con precedentes jurisprudenciales al respecto derivados de la cuasi-nula aplicación del artículo 29.

Pero la recogida en el artículo 29 no es la única vía de restricción y/o suspensión de derechos con la que cuenta la CPEUM: en su artículo 73, fracción XVI, bases 1a. a 3a. se alberga lo que algunos han dado en llamar “dictadura sanitaria” (Dorantes, 2012, p. 398) (a similitud del francés *état d’urgence sanitaire*) y otros “emergencia sanitaria” (Barceló, 2020a, p. 68), establecida en los siguientes términos:

El Consejo de Salubridad General dependerá directamente del Presidente de la República, sin intervención de ninguna Secretaría de Estado, y sus disposiciones generales serán obligatorias en el país.

En caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, la Secretaría de Salud tendrá obligación de dictar inmediatamente las medidas preventivas indispensables, a reserva de ser después sancionadas por el Presidente de la República.

La autoridad sanitaria será ejecutiva y sus disposiciones serán obedecidas por las autoridades administrativas del País.

Varios aspectos llaman la atención de este precepto. En primer lugar, se hace extraña su inclusión en el amplísimo artículo 73 (que además ha sido el más reformado en la larga vida de la CPEUM 1917 (Valls, 2016, p. 20), quien regula las facultades del Congreso y por lo tanto incluye una vastedad de temáticas que contrastan con la exclusividad del artículo 29. En cuanto a su redacción, el texto correspondiente a las bases 1a. a 3a. ha permanecido inalterado desde entonces, con la única salvedad de un leve cambio de nomenclatura en 2007, al pasar del original “Departamento de Salubridad” al actual “Secretaría de Salud”. En segundo lugar, el porqué de la existencia de este precepto constitucional es explicado por Arteaga Nava (1992, pp. 44-45) cuando relata que, aprovechando una adición a la fracción XVI del mencionado artículo,<sup>14</sup> sus autores elevaron a rango constitucional un órga-

---

<sup>14</sup> Que vendría a actualizar el artículo 72, fracción XXI, de la anterior Constitución de 1857, el cual originalmente recogía las facultades del Congreso para dictar leyes sobre naturalización, colonización, y ciudadanía.

no que se denominó Consejo de Salubridad General (CSG), al cual dotaron de facultades ejecutivas con el fundamento de que “la autoridad sanitaria es la única tiranía que se soporta en la actualidad, porque es la única manera de librar al individuo de los contagios, a la familia, al Estado y a la nación; [...] de fortificar la raza y [...] de aumentar la vida media, tan indispensable ya en nuestro país”. Y por último, tenemos la existencia del propio Consejo, una institución insólita, la cual se erige como la institución protagónica del método de restricción y suspensión de derechos recogido en el artículo 73, fracción XVI.

El CSG encuentra su regulación en la Ley General de Salud (artículos 15 a 17), donde se funda como una autoridad sanitaria dependiente directamente del jefe del Ejecutivo,<sup>15</sup> con facultad para, en caso de emergencias de carácter sanitario, emitir disposiciones generales de obligatorio cumplimiento en todo el territorio nacional. Es decir, esta disposición constitucional supone la atribución de facultades extraordinarias para el Ejecutivo federal, implicando éstas además el ejercicio de facultades concurrentes en los tres niveles de gobierno: federal, estatal, y municipal.<sup>16</sup> Además, el Consejo se organiza mediante su propio reglamento interior, cuyo artículo 9o., fracción XVII, lo habilita para:

Aprobar y publicar en el Diario Oficial de la Federación la declaratoria en los casos de enfermedades graves que sean causa de emergencia o atenten contra la seguridad nacional, por iniciativa propia o a solicitud por escrito de institu-

---

<sup>15</sup> “El Consejo de Salubridad General es un órgano que depende directamente de la persona titular de la Presidencia de la República en los términos del artículo 73, fracción XVI, base 1a. de la CPEUM. Está integrado por una presidencia que será la persona titular de la Secretaría de Salud, una secretaría y trece vocalías titulares, dos de las cuáles serán las presidentas o presidentes de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía, y las vocalías que su propio reglamento determine, observando el principio de paridad de género. Las personas integrantes del Consejo serán designadas y removidas por la persona titular de la Presidencia de la República, quien deberá nombrar para tales cargos, a profesionistas con especialidad en cualquiera de las ramas sanitarias”. (Ley General de Salud, 2023 [1984] art. 15)

<sup>16</sup> Fernández (2015, p. 182) lo define como “una institución que no tiene par en el sistema jurídico mexicano [...] no es una secretaría de Estado, ni un departamento administrativo, y mucho menos un organismo constitucional autónomo, sino una dependencia administrativa que podría considerarse un órgano desconcentrado del presidente de la República con atribuciones normativas que implican una excepción al principio de división de poderes [...] por constituir una invasión a la esfera del Poder Legislativo”.

ciones nacionales especializadas en la enfermedad, que sean acreditadas por el Consejo, en la que se justifique la necesidad de atención prioritaria.

Lo anterior se complementa con lo dispuesto en el Título Décimo de la Ley General de Salud, denominado Acción Extraordinaria en Materia de Salubridad General (AEMS), el cual faculta a la Secretaría de Salud para dictar inmediatamente —sin perjuicio de la sanción posterior del presidente— las medidas indispensables para prevenir y combatir epidemias de carácter grave, invasión de enfermedades transmisibles y situaciones de emergencia o catástrofe que afecten al país (art. 181), otorgándole atribuciones que evidentemente suponen una limitación y/o suspensión de los derechos de reunión y libertad de tránsito, al permitirle establecer medidas sanitarias relacionadas con reuniones de personas, entrada y salida de éstas en las poblaciones, establecer regímenes higiénicos especiales, y regular el tránsito terrestre, marítimo y aéreo (art. 184).<sup>17</sup>

Este mecanismo ha sido activado dos veces en su historia. La primera fue en 2009 con motivo de la emergencia sanitaria causada por el virus AH1N1, y se concretó en el Decreto de la Presidencia de la República por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica del 25 de abril de 2009, y en el Acuerdo del Consejo de Salubridad General por el que se declara a la influenza humana AH1N1 enfermedad grave de atención prioritaria del 2 de mayo del mismo año. La segunda y más reciente aplicación se derivó de la necesidad de hacer frente a la pandemia causada por el COVID-19 en 2020, actuación a la que dedicamos en exclusiva el apartado que sigue a continuación.

#### IV. RESTRICCIÓN Y/O SUSPENSIÓN DE DERECHOS EN MÉXICO DURANTE LA PANDEMIA COVID-19

Así pues, el descrito *supra* era el estado de la regulación de la restricción y/o limitación de derechos en nuestro país cuando en marzo de 2020 la pandemia

---

<sup>17</sup> En otro orden de cosas, no podemos olvidar la salvedad que en materia de salubridad general hace el artículo 11 constitucional respecto al derecho de entrada, desplazamiento y residencia en el territorio nacional, para la cual remite a la ley correspondiente, que en este caso sería la Ley General de Salud ya mencionada.

causada por el COVID-19<sup>18</sup> golpeó con virulencia nuestras vidas. El origen de la pandemia tuvo lugar en China, pero rápidamente se extendió a otros países y continentes. En Europa, Italia y España notablemente, y en América, Estados Unidos, fueron los países donde mayor número de casos de contagiados se dieron. México no fue una excepción.<sup>19</sup> Sin embargo, los efectos no fueron iguales en todos los países. Hay múltiples factores que determinaron su mayor o menor incidencia: el envejecimiento de la población, la distribución poblacional, la planeación urbanística, factores ambientales, incluso factores derivados de las costumbres gastronómicas y alimenticias resultaron decisivos a la hora de la expansión del virus y el contagio de la población. También las distintas estrategias desarrolladas por los gobiernos con el fin de enfrentar la situación afectaron decisivamente al resultado final. Llegados a este punto, la pregunta obligada sería: ¿cuál es la mejor respuesta que desde el derecho se puede dar ante una emergencia sanitaria de alcance global y de un calibre inédito hasta la fecha?

En el ámbito internacional, desde comienzos de marzo de 2020,<sup>20</sup> se optó mayoritariamente por la declaración del estado de excepción (emergencia, alarma, o análogo), o por algún tipo de limitación de derechos de efectos asimilables. Este fue el caso de varios estados europeos,<sup>21</sup> los cuales, según datos de la Comisión de Venecia (2020, pp. 9-14), decretaron el estado de excepción recogido en sus Constituciones bajo diversas nomenclaturas,<sup>22</sup> o en su legislación general<sup>23</sup> (incluso en el caso de Francia se creó *ad hoc* un nuevo tipo de estado de emergencia sanitario).<sup>24</sup> Otros eligieron no acudir a este método, e impusieron medidas legales de restricción de derechos no tan rotundas.<sup>25</sup> Sólo en el caso de Suecia se confió la lucha contra la pan-

---

<sup>18</sup> También conocido como Coronavirus, enfermedad causada por el patógeno SARS-CoV-2.

<sup>19</sup> A fecha de mayo de 2023, el número de fallecimientos en México causados por el COVID-19 supera los 333000 (<https://coronavirus.gob.mx/exceso-de-mortalidad-en-mexico/>)

<sup>20</sup> En el caso de Italia desde el 31 de enero: *Delibera del Consiglio dei Ministri 31 gennaio 2020 Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili*.

<sup>21</sup> Para el caso concreto de España nos remitimos al trabajo de uno de los autores de esta publicación: Latorre (2020).

<sup>22</sup> España, Estonia, Finlandia, Hungría, Luxemburgo, Rumanía y República Checa mediante declaración del ejecutivo; Bulgaria y Portugal del legislativo.

<sup>23</sup> Alemania, Eslovaquia, Francia, Italia y Lituania.

<sup>24</sup> *LOI n° 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19*.

<sup>25</sup> Austria, Bélgica, Croacia, Chipre, Dinamarca, Eslovenia, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, Países Bajos, Polonia, y Reino Unido.

demia a *recomendaciones* y otros instrumentos de *soft law* (Sieira, 2021, p. 464). Por otro lado, en Estados Unidos el gobierno federal declaró la emergencia nacional a través de la Proclamación 9994 con base en la *National Emergencies Act* de 1976, imponiendo medidas de limitación y restricción de derechos, aunque dejando amplio margen de actuación a los estados dentro de sus propios ámbitos.

El fracaso de la tramitación de la ley regulatoria del artículo 29 provocó cavilaciones tan premonitorias como las que se hacían Giles y Cruz, cuando en 2019 —en plenas vísperas de lo que entonces no se intuía como peligro inminente—, se preguntaban “¿qué pasaría si el día de mañana comenzara la propagación de una epidemia mortal u ocurriera alguna catástrofe natural de enormes dimensiones, o alguna otra situación de consecuencias letales que, a todas luces configurara y ameritara la procedencia de la suspensión de garantías?” (p. 31); reflexiones éstas que reflejaban la insuficiencia de instrumentos jurídicos ante coyunturas de excepcionalidad.<sup>26</sup> Pero ¿sería la activación de la aplicación de la restricción y/o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías del artículo 29 constitucional el método más adecuado para hacer frente a la pandemia, o bien se optaría de nuevo por la vía utilizada una década antes con ocasión de la epidemia de gripe H1N1?

Efectivamente, al igual que en 2009, el ejecutivo recurrió a la AEMS derivada del método previsto en el artículo 73, fracción XVI. Este mecanismo, que remite a la legislación ordinaria (Ley General de Salud), se alza como un salvavidas ante la inactividad de la opción del artículo 29 de la CPEUM. Así pues, el 19 de marzo de 2020, el CSJ acordó, en virtud de sus competencias, reconocer la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) como una enfermedad grave de atención prioritaria (*DOF*, 23/03/2020), mientras que el día anterior ya se habían dictado medidas preventivas enérgicas tales como la suspensión de clases del 20 de marzo al 20 de abril de aquel año (Zeind, 2020, p. 6). A raíz de esto, el Ejecutivo expidió un Decreto por el que se sancionaba el “Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus

---

<sup>26</sup> Cárdenas, ya en 2021, reflexionaba amargamente sobre esta situación en términos reveladores: “El derecho mexicano carece de respuestas integrales para abordar la situación de excepcionalidad producto del estado de emergencia sanitaria resultante de la pandemia de COVID-19. No tenemos una regulación secundaria suficiente para ello. El artículo 29 constitucional carece de legislación reglamentaria y el artículo 73, fracción XVI, de la ley fundamental no cuenta con suficiencia legislativa” (p. 78).

SARS-CoV2 (COVID-19)” (*DOF*, 24/03/2020). Este documento tiene como base los artículos 4o. y 73, fracción XVI, Bases 2a. y 3a., de la CPEUM, fundamentándose en el derecho a la protección de la salud, y en la capacidad que tiene la Secretaría de Salud para que, en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, dicte obligatoriamente y de forma inmediata las medidas preventivas indispensables para hacer frente a las mismas.

Originalmente, las medidas acordadas eran de tipo preventivo y no incluían suspensión o restricción de derechos y garantías. Entre ellas se incluían las siguientes: evitar la asistencia a centros de trabajo, espacios públicos y otros lugares concurridos, a los adultos mayores de 65 años o más y grupos de personas con riesgo; suspender temporalmente las actividades escolares en todos los niveles, las actividades de los sectores público, social y privado que involucren la concentración física, tránsito o desplazamiento de personas, así como los eventos masivos y las reuniones y congregaciones de más de 100 personas (después serían 50), y el cumplimiento de otras medidas básicas de higiene y salubridad (art. 2).

Posteriormente, los días 27 y 31 de marzo del mismo año estas medidas se endurecieron a través de sendas normas (*DOF*, 27/03/2020; *DOF*, 31/03/2020) que, ahora sí, como consecuencia de la declaratoria de emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor (*DOF*, 30/03/2020), impusieron la suspensión inmediata de actividades no esenciales, y una mayor rigidez en lo relativo al resguardo domiciliario y la subordinación de bienes y servicios a las necesidades médicas, respondiendo al nombre genérico de Jornada Nacional de Sana Distancia.

## V. ANÁLISIS DE LOS DÉFICITS REGULATORIOS DE LA RESTRICCIÓN Y SUSPENSIÓN DE DERECHOS Y GARANTÍAS EN MÉXICO

De los dos métodos de regulación constitucional de la restricción y suspensión de derechos y garantías que hemos descrito en el apartado III de este trabajo, analizaremos ahora los déficits y lagunas que lastran su aplicabilidad y hacen de ésta una amenaza para la integridad del Estado de derecho.

Comenzando por el artículo 29 de la CPEUM, de su primer párrafo se infiere que la atribución de poderes extraordinarios es condición *sine qua non* para la restricción o suspensión de los derechos y garantías. Es decir, la delegación de facultades extraordinarias al Ejecutivo únicamente podrá



darse cuando suceda la aplicación de la suspensión o restricción. Es más, no solamente no podrán darse por separado, sino que la implementación de una pasa por la imprescindible puesta en marcha de la otra (de la relación que se establezca entre estos dos elementos dependerá en buena medida el mantenimiento del Estado de derecho o la deriva hacia el autoritarismo y la tiranía). En principio, pareciera que esta redacción supone un evidente refuerzo a la separación de poderes, además de un freno al uso impropio de esta facultad (De Silva, 2008, p. 60); o, *a sensu contrario*, la suspensión de garantías se convierte en un estorbo para la delegación de facultades legislativas al ejecutivo (Tena, 1945, p. 227). Sin embargo, este aparente control no es tal, ya que en la propia CPEUM existen dos excepciones más al mismo. La clave de ello la encontramos en el confuso artículo 49 de la CPEUM, el cual entraña el capítulo dedicado a la división de poderes. Este artículo prohíbe la reunión de dos o más poderes en una sola persona u órgano, y, a la vez, introduce la autorización al Ejecutivo de facultades extraordinarias en dos situaciones. En 1938 el presidente Cárdenas promovió una reforma de su texto con el fin de eliminar, en sus propias palabras, “todo resquicio de dictadura al ejercicio del ejecutivo” (Martínez Báez, 2006, p. 22), haciendo referencia a la excepcionalidad del artículo 29. Pero en 1951, se volvió a reformar, esta vez para incluir otra salvedad: la autorización al ejecutivo de facultades extraordinarias para legislar que se establece en el segundo párrafo del artículo 131, cuyo contenido aborda determinadas cuestiones en materia de exportaciones e importaciones.<sup>27</sup> De tal modo, que, en su actual presentación, el artículo 49 establece que el principio de separación de poderes puede verse transgredido en dos escenarios: aquellos que plantean los artículos 29 y 131.

Estamos de acuerdo con Carpizo (1992, p. 285) en que el contenido de la adición de 1938 es superfluo, puesto que sólo repite lo mismo que ya implicaba; pero es que además la adición de 1951 consagrando una nueva ex-

---

<sup>27</sup> Artículo 131, 2o. párrafo, de la CPEUM: “El Ejecutivo podrá ser facultado por el Congreso de la Unión para aumentar, disminuir o suprimir las cuotas de las tarifas de exportación e importación, expedidas por el propio Congreso, y para crear otras; así como para restringir y para prohibir las importaciones, las exportaciones y el tránsito de productos, artículos y efectos, cuando lo estime urgente, a fin de regular el comercio exterior, la economía del país, la estabilidad de la producción nacional, o de realizar cualquiera otro propósito, en beneficio del país. El propio Ejecutivo al enviar al Congreso el Presupuesto Fiscal de cada año, someterá a su aprobación eluso que hubiese hecho de la facultad concedida”.

cepción (la del 131 de la CPEUM),<sup>28</sup> y reiterando que en “ningún otro caso” habrá excepciones (lo que conlleva la contradicción de la salvedad anterior) es incompleta, ya que olvida la recogida en el artículo 73, fracción XVI, en materia de salubridad general. Un grave descuido del legislador, no sólo porque la técnica legislativa en su redacción resulte francamente mejorable, sino porque además supone una laguna constitucional al omitir la delegación de poderes al Ejecutivo albergada en el artículo 73, fracción XVI, de la CPEUM, la cual habría de ser colmada incluyendo también una referencia a éste.

Otro aspecto por aclarar, de lo dispuesto en el artículo 29, es lo concerniente a la autorización al Ejecutivo para ejercer facultades del Legislativo: ¿se trata de un otorgamiento irrestricto, o bien hay determinadas facultades que no se pueden delegar bajo ningún concepto? La doctrina se encuentra dividida al respecto: De la Cueva (1945, p. 183) opina que, aún en época de excepción, el Ejecutivo no puede legislar en materia no comprendida en el 73 de la CPEUM; mientras que Carpizo (1992, p. 295) tercia que siempre que sea “un caso de urgencia [...] para salvaguardar la libertad en el futuro inmediato” sí puede hacerlo, y para argumentarlo pone el ejemplo de la expedición de la ley de juegos y apuestas por parte del Ejecutivo realizada durante el único periodo de vigencia del artículo 29 iniciado en 1942. Precisamente este caso, que a nuestro juicio constituye un exceso flagrante, es un rotundo motivo por el que desde la autoría de este trabajo nos adscribimos a la opinión sostenida por De la Cueva. En cualquier caso, nos topamos de nuevo con un déficit regulatorio que debería ser subsanado por el legislador en la futura ley reglamentaria del artículo 29.

Por otro lado, en cuanto a su aplicación, el hecho de que el artículo 29 se haya accionado una única vez en toda la historia de la CPEUM de 1917, no es óbice para que en determinadas ocasiones y circunstancias se haya aplicado un estado de excepción *de facto* sin necesidad de declaratoria formal de ningún tipo. Es lo que expresa Fix-Zamudio (2004, p. 857), y lo que Giles y Cruz (2019, p. 16) denuncian cuando señalan las actividades del ejército en labores de seguridad pública sin la respectiva declaración de suspensión en los mandatos de Díaz Ordaz, Echeverría (casos de lucha contra la insurgencia y revueltas estudiantiles), Salinas (combate al Zapatismo en Chiapas), y con Calderón y Peña en la llamada “guerra contra

---

<sup>28</sup> Respecto a este artículo, no le dedicaremos más líneas en este trabajo dado el hecho de su inaplicabilidad a los casos en los que se vea envuelta la salubridad general.

el narco”. Por tanto, este escenario no parece tanto un síntoma de estabilidad constitucional y progreso democrático como afirmaba Carpizo (1992, p. 301), sino más bien lo contrario: una enorme falta de madurez democrática, y una más de las vulneraciones al Estado de derecho que tan frecuentemente se dan en nuestro país.

Es claro que la causa principal de que el artículo 29 yazca como letra muerta en la CPEUM es la falta de voluntad política para aprobar la ley reglamentaria del artículo 29, ya que ningún gobierno ha querido abordar un tema potencialmente espinoso. Es por ello que cuando en 2011 la reforma constitucional abrió la posibilidad de acometer mejoras, muchos vieron una oportunidad para “reconstruir” esta cuestión (Pelayo, 2017, p. 330).

Es cierto, que la modificación de 2011, que trajo consigo la adición de cuatro párrafos más al artículo 29, supuso una mejora sustancial de la situación precedente y la solución de algunos de los problemas señalados: se produjo una aclaración en cuestión de los derechos que nunca podrán restringirse ni suspenderse (segundo párrafo) consecuencia de su vinculación al catálogo de la CADH; también se enfatizó en la motivación de la restricción o suspensión en los términos recogidos en la propia Constitución y se incluyó la proporcionalidad de ésta respecto al peligro que se hace frente (tercer párrafo). La inclusión de la actuación de la SCJN significó, en principio, un reforzamiento del control a los posibles desvíos autoritarios del Ejecutivo, pero también augura nuevas incógnitas en cuanto a su papel (García Ramírez, 2011, p. 833).

Sin embargo, ninguno de estos avances hizo que el artículo 29 volviese a aplicarse. La cronificación de la falta de su ley reglamentaria lastra su posible activación, desapareciendo esta figura por completo de la práctica constitucional. Poco importa a nuestros legisladores y gobiernos que el plazo de un año fijado en el artículo cuarto transitorio del decreto de modificación constitucional haya caducado hace más de una década o que en el artículo 30 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH) se establezca que sólo la ley formal expedida por el legislativo tiene la aptitud de restringir derechos y libertades contenidos en la propia CADH; incluso que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) abundase en ello en su Opinión Consultiva OC-6/86 del 9 de mayo de 1986, ni que, por lo tanto, suponga un incumplimiento de lo exigido por la CADH (Uribe Benítez, 2016, p. 71). La Ley Reglamentaria del artículo 29 se ha convertido en uno de esos propósitos que ya nadie espera ver cumplido. Su frustrado proceso legislativo ya ha sido relatado en el apartado III, y poco se conoce de su con-

tenido. No obstante, la doctrina fantaseó desde el principio con una norma similar a muchas de derecho comparado, las cuales abarcan emergencias concretas y no un peligro genérico y amorfo (Pelayo Moller, 2017, p. 358), a las que suelen asociar distintos grados en el nivel de restricción de derechos en función de la causa (catástrofes naturales, crisis sanitarias, alteraciones de orden público, o agresiones militares, entre otras), así como diferentes mecanismos de activación y control. Huelga decir que la promulgación de la tan esperada ley reglamentaria del artículo 29 de la CPEUM concita todas las esperanzas para que este escenario se cumpla, o al menos, para que las lagunas señaladas sean subsanadas.

En relación con el segundo mecanismo de restricción y suspensión de derechos recogido en el artículo 73, fracción XVI, de la CPEUM alberga demasiadas atipicidades en lo que respecta a la falta de controles a los que debe someterse.

Por un lado, su falta de regulación constitucional directa y su remisión a la legislación ordinaria encuadrado dentro de la Ley General de Salud (la AEMS regulada en su Título Décimo) suponen una anomalía para una institución de su carácter y atribuciones. Por otro lado, es capaz de imponer medidas de restricción de derechos (tales como confinamiento o aislamiento de personas, la restricción de la libertad de movimientos, limitación de sus actividades, la autorización de ingreso a domicilios particulares o locales para realizar actividades de control y combate de la enfermedad) tanto de carácter sanitario, como de carácter financiero, presupuestal, o logístico (regulación del tránsito terrestre, marítimo y aéreo; clausura de locales o centros de espectáculo a fin de evitar las congregaciones de personas, o autorización de la libre disposición de medios de transporte y las herramientas que fueran necesarias a favor de los poderes públicos). Además, no requiere aprobación por parte del Legislativo, ni establecimiento de un límite temporal de vigencia de las medidas preventiva, ni fundar la proporcionalidad de estas medidas respecto a la emergencia que las causa, ni prohibir la restricción o suspensión de derecho o garantía alguna, ni tampoco someter a revisión de la SCJN su validez o constitucionalidad. En definitiva, todas estas atribuciones constituyen un serio riesgo para la supervivencia del Estado de derecho.

En un tiempo tan remoto como 1992, Arteaga (1992, p. 45) mantenía que era obligatorio agotar esta instancia específica antes de proceder a la suspensión de garantías general del artículo 29, presentándose así este método como un paso previo necesario. Sin embargo, contemplado el rosario de amenazas al imperio de la ley que acabamos de desgranar, no podemos

estar de acuerdo con el insigne jurista; pero, sobre todo, nos percatamos de que éste no vislumbraba en aquel momento lo improbable que sería conseguir jamás la activación del 29 de la CPEUM.

En cualquier caso, en el entendido de la puesta en marcha de la AEMS el ejecutivo no precisa del legislativo para atribuirse facultades de variada índole (Barceló, 2020b, p. 111), ni tampoco tendrá que rendir cuentas ante el Congreso durante la etapa que dure la situación excepcional, ya que este mecanismo es autosuficiente en este sentido, además de infiscalizable; y, por supuesto, tampoco podrá el Congreso desposeer al ejecutivo de estas facultades, puesto que no puede quitar lo que no ha concedido.

Del mismo modo, el Título Décimo de la Ley General de Salud no recoge ninguna limitación acerca de los derechos que pueden ser restringidos o suspendidos, cosa que sí hace el artículo 29 de la CPEUM después de la reforma de 2011. De nuevo hay un vacío que permitiría un uso indebido y desproporcionado (no está sometida al principio de proporcionalidad) por parte del Ejecutivo, ya que no existen medios para impedirselo (Cabanas, 2021, p. 663).

Además, al no estar vinculado este método a las disposiciones de la CADH, como sí lo está el artículo 29 de la CPEUM desde 2011, el titular del Ejecutivo también tiene la posibilidad de suspender derechos *de facto* mediante la fachada de una simple restricción (Barceló, 2020b, p. 107); cuando lo acorde a derecho sería acudir en paralelo al artículo 29 para la correspondiente declaración de suspensión (González, 2020, p. 104). Pero como hay una laguna a este respecto, este método conserva la posibilidad hipotética de ejecutarla.

Otra diferencia respecto al instrumento del artículo 29 de la CPEUM, es que tampoco está contemplado el control por parte del Poder Judicial de los decretos emitidos por el gobierno durante la vigencia de la AEMS, ni por parte de la SCJN, ni de otros tribunales. Sin embargo, el párrafo 5 del artículo 29 sí prevé el control de oficio e inmediato por parte de la SCJN. Una fiscalización más de la que escapa esta herramienta, tratándose esta vez de una vulneración incuestionable al principio de separación de poderes.

Y al fin llegamos a uno de los órganos más sorprendentes del ordenamiento jurídico mexicano, el CSG: una institución *sui generis* que no tiene parangón con alguna otra (Fernández, 2015, p. 182), dependiente directamente de la Presidencia de la República, regida por su propio reglamento interno, y con inmensas competencias recogidas en el extensísimo artículo 17 de la Ley General de Salud, muchas de las cuales implican una excepción

al principio de división de poderes debido a la enorme capacidad normativa que comportan (Serna, 2020, p. 100), suplantando así al legislativo.

Su composición se integra por el secretario de salud, quien lo presidirá, el titular de la Secretaría de dicho Consejo y las personas integrantes titulares que su reglamento interior determine, dos de los cuales serán titulares de la Academia Nacional de Medicina y de la Academia Mexicana de Cirugía (art. 15, Ley General de Salud).

En resumen, que la vía de restricción y suspensión de derechos y garantías prevista en el artículo 73, fracción XVI, de la CPEUM y la Ley General de Salud, para las emergencias de carácter sanitario (conocida como AEMS) constituye una vulneración del principio de separación de poderes, al liberar al Ejecutivo de los controles y contrapesos que suponen la fiscalización del Congreso y de la Suprema Corte. Sumado a las amplias atribuciones con que se ha dotado a la Secretaría de Salud y al CSG para suspender o limitar derechos y garantías, el Ejecutivo cuenta con un poderoso instrumento que se entroniza como un auténtico agujero negro para el Estado de derecho.

## VI. CONCLUSIONES

En México, de los dos mecanismos de restricción y suspensión de derechos y garantías establecidos en la CPEUM, ninguno de ellos es idóneo para hacer frente a situaciones de excepción. La causa de ello son las graves lagunas regulatorias de las que adolecen.

En el caso del método previsto en el artículo 29 constitucional (más allá de algunas imprecisiones indicadas en el cuerpo del artículo) la razón fundamental radica en la inexistencia de la ley reglamentaria que lo desarrolle. Esta indefinición legislativa lo convierte en un artículo “olvidado” en palabras de Pineda (2022), lo que hace que “prácticamente está descartado ante cualquier emergencia o peligro que pueda surgir” (p. 106). Esto significa que la ausencia de la tan demorada ley reglamentaria (exigida desde la reforma constitucional de 2011) inutiliza en la práctica esta vía, lo que explica la prudencia histórica con la que siempre se han conducido los distintos gobiernos a la hora de accionar este mecanismo (Fix-Zamudio, 2004, pp. 835-852; Salazar, 2013, pp. 229-257). Ningún gobierno optaría en estas circunstancias por su aplicación, lo que evidencia un déficit peligroso para nuestro sistema democrático: el vacío en torno a esta institución deja iner-

me al gobierno ante eventuales emergencias o perturbaciones graves de la paz pública.

Por otro lado, el procedimiento recogido en la fracción XVI del artículo 73 de la CPEUM, pensado para situaciones de emergencia sanitaria, proporciona al Ejecutivo un método más ágil y rápido para decretar las medidas correspondientes, pero también más peligroso en lo que se refiere a los riesgos que implica para la integridad del Estado de derecho. Esta vía faculta al Ejecutivo para imponer medidas de restricción de derechos (tales como confinamiento o aislamiento de personas, limitación de sus actividades, o la autorización de ingreso a domicilios particulares o locales para realizar actividades de control y combate de la enfermedad; u otras como autorizar la libre disposición de medios de transporte y las herramientas que fueran necesarias a favor de los poderes públicos); evitando la necesidad de aprobación por parte del Legislativo, la de establecer un límite temporal de vigencia de las medidas preventivas, la de fundar la proporcionalidad de las medidas respecto a la emergencia que las causa, y también la de someter a revisión de la SCJN su validez o constitucionalidad. Todo ello constituye, a nuestro juicio, una vulneración del Estado de derecho, debido a que transgrede el principio de separación de poderes al liberar al gobierno de los controles y contrapesos que suponen la fiscalización del Congreso y de la Suprema Corte, sumado a las amplias atribuciones normativas con que se ha dotado a la Secretaría de Salud y al CSG que puentean al Poder legislativo.

Los controles y limitaciones que incorpora el artículo 29 de la CPEUM están ausentes aquí: por esta vía se escapa del control que implica la revisión de oficio por parte de la SCJN (que debe pronunciarse sobre la constitucionalidad y validez de la suspensión o restricción de derechos y garantías) y de la autorización del Congreso o, en su caso, de la Comisión Permanente (que debe aprobarla), esquivando así el sistema de balances y contrapesos diseñado para atenuar un potencial hiperpresidencialismo o deriva autoritaria. Además, la propia naturaleza de una institución tan singular como el CSG resulta dudosa, al depender directamente del presidente y contar con ambiguas facultades normativas que, si no se aclaran, podrían constituir una violación de la separación de poderes.<sup>29</sup> Asimismo, tampoco existe una ley que desarrolle las funciones de este organismo (más allá de su Reglamento Interior, o, tangencialmente, de la Ley General de Salud), delimite sus competencias,

---

<sup>29</sup> Artículo 9o. del Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General del 11 de diciembre de 2011.

y esclarezca si las citadas facultades son legislativas o puramente administrativas (y, por lo tanto, no atentan contra el principio de separación de poderes); otra laguna significativa que debería ser colmada.<sup>30</sup>

En cuanto a la aplicación de la restricción y suspensión constitucional de derechos y garantías, la situación expuesta provocó que durante una coyuntura de alcance mundial sin parangón hasta la fecha, como fue la pandemia causada por el COVID-19, el gobierno mexicano emitiese una serie de decretos y acuerdos que impusieron limitaciones en derechos fundamentales como la libertad de tránsito y de reunión, la suspensión de actividades no esenciales, y la subordinación de bienes y servicios a las necesidades médicas; los cuales asentaban su fundamento en los artículos 4o. y 73, fracción XVI, Bases 2a. y 3a. de la CPEUM, y no en la suspensión o restricción de derechos y garantías prevista en el artículo 29 constitucional.

Como ya hemos explicado, esta vía adolece de una falta de controles, que por un lado la hacen más práctica de cara al Ejecutivo, pero por otro, la consagran como un instrumento potencialmente violatorio de principios constitucionales básicos como la separación de poderes y como una puerta abierta a los abusos del poder y la tiranía.

En resumen, en nuestro país se configura un panorama francamente mejorable respecto a la regulación de la restricción y/o suspensión constitucional de derechos y garantías (algunos autores van más allá y lo califican como “inexistente o profundamente deficiente” (Cárdenas, 2021, p. 102)). La realidad es que se plantea una amplia área de oportunidad para los constitucionalistas mexicanos. En este sentido, nos atrevemos a formular las siguientes propuestas:

- Exhortar a nuestros legisladores a aprobar definitivamente la Ley Reglamentaria del artículo 29 de la CPEUM.
- Impulsar la promulgación de normativa que desarrolle la regulación de las facultades del CSG para aclararlas, precisarlas, y definir la naturaleza de este organismo. Además de colmar las lagunas de la vía del artículo

---

<sup>30</sup> Cárdenas (2021) propone lo siguiente: “La futura ley reglamentaria podría regular los alcances de la emergencia y las facultades administrativas de carácter general y particular que tendría el Consejo. Seguramente, al igual que en materia de suspensión de derechos y garantías, la SCJN debería tener facultades de control constitucional de oficio para revisar las determinaciones generales y abstractas del Consejo de Salubridad General, y el Congreso de la Unión debería tener atribuciones de control parlamentario sobre estas decisiones” (pp. 99-100).



lo 73, fracción XVI, de la CPEUM en cuestión de temporalidad y de control por parte de la SCJN y del Legislativo.

La experiencia pandémica nos ha dejado muchas enseñanzas y también abundantes secuelas, no podemos permitir que esta sea una más de ellas. Debemos aprovechar la ocasión y hacer bueno el tan optimista lema repetido por aquellas fechas: “saldremos más fuertes”. Hagámoslo realidad: salgamos más fuertes. Salgamos mejores.

## VII. REFERENCIAS

- Acuerdo por el que el Consejo de Salubridad General reconoce la epidemia de enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19) en México, como una enfermedad grave de atención prioritaria, así como se establecen las actividades de preparación y respuesta ante dicha epidemia. DOF 23/03/2020
- Acuerdo por el que se declara a la influenza humana AH1N1 enfermedad grave de atención prioritaria de 2 de mayo de 2009. DOF: 02/05/2009
- Acuerdo por el que se declara como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia de enfermedad generada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). DOF 30/03/2020.
- Acuerdo por el que se establecen acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria generada por el virus SARS-CoV2. DOF 31/03/2020
- Acuerdo por el que se establecen las medidas preventivas que se deberán implementar para la mitigación y control de los riesgos para la salud que implica la enfermedad por el virus SARS-CoV2 (COVID-19). DOF 24/03/2020.
- Agamben, G. (2010). *Estado de excepción. Homo sacer II, I*. Pre-Textos.
- Arteaga Nava, E. (1992). Suspensión de garantías y las facultades extraordinarias. *Revista Alegatos*, (22), 39-69.
- Barceló Rojas, D. A. (2020 a). Controles constitucionales sobre los gobiernos federal y estatales en emergencias sanitarias. En N. González Martín, y J. M. Serna de la Garza (Coords.). *Emergencia sanitaria por COVID-19: Federalismo* (52-62). UNAM.

- Barceló Rojas, D. A. (2020 b). La garantía política de la Constitución mexicana en estados de emergencia. En D. A. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca (Coords.). *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena*. (105-119). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Benavides F. S. (2006) Excepción, decisión y derecho en Carl Schmitt. *Argumentos*, 19(52), 125-145.
- Boletín núm. 2783 del Congreso de la Cámara de Diputados del 13 de diciembre de 2016
- Cabanas Veiga, M. (2021). El derecho de excepcionalidad mexicano ante una crisis sanitaria en perspectiva federal. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, (281), 647-671.
- Cárdenas Gracia, J. (2021). El estado de excepción y el COVID-19 en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (45), 77-105. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.45.16658>
- Carpizo McGregor, J. (1992). México, la Constitución y las situaciones de emergencia. En *Estudios en Homenaje a la Doctorada Yolanda Frías* (277-302), Universidad Nacional Autónoma de México.
- Comisión Europea para la Democracia a través del Derecho (Comisión de Venecia). (2020) Informe *On the measures taken in the EU Member States as a result of the Covid-19 crisis and their impact on democracy, the rule of law and fundamental rights*, CDL-AD, 124 Sesión Plenaria, Octubre 2020.
- Concha Malo, M. (2016, abril). Restricción y suspensión de derechos y garantías en México. *Contralinea*, 1-3.
- Constitución Política de la Monarquía Española, 1812
- Constitución de Weimar, 1919
- Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, 1857.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva OC-8/87 del 30 de enero 1987: el Habeas Corpus bajo suspensión de garantías (arts. 27.2, 25.1, y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos).
- Constitution du 22 frimaire an VIII (1799).
- De la Cueva y De la Rosa, M. (1945). La suspensión de garantías y la vuelta a la normalidad. *Revista de la Escuela Nacional de la Jurisprudencia*, (25, 26, 27, 28), 197-221.
- De Silva Gutiérrez, G (2008). Suspensión de garantías. Análisis del artículo 29 constitucional. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana*

- na de Derecho Constitucional*, (19), 49-88. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2008.19.5845>
- Decreto por el que se declaran acciones extraordinarias en las regiones afectadas de todo el territorio nacional en materia de salubridad general para combatir la enfermedad grave de atención prioritaria generada por el virus SARS-CoV2. DOF: 27/03/2020
- Decreto de Suspensión de Garantías Individuales, 2 de junio de 1942
- Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 10/06/2011
- Decreto por el que se ordenan diversas acciones en materia de salubridad general, para prevenir, controlar y combatir la existencia y transmisión del virus de influenza estacional epidémica. DOF 25/04/2009.
- Decreto por el que se reforman los artículos 29, 73, 90, 92, 93, 95, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 02/08/2007
- Decreto por el que se reforman los Artículos 29, 90 y 92 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. DOF 21/04/1981
- Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia política-electoral. DOF 10/02/2014
- DELIBERA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 31 gennaio 2020 Dichiarazione dello stato di emergenza in conseguenza del rischio sanitario connesso all'insorgenza di patologie derivanti da agenti virali trasmissibili
- Dorantes Díaz, F. J. (2012) Estado de excepción y derechos humanos. Antecedentes y nueva regulación jurídica. *Alegatos. Revista Jurídica de la Universidad Autónoma Metropolitana*, (81), 393-410.
- Fernández Ruíz, M. G. (2015) *Marco jurídico estructural de la Administración Pública Federal mexicana*. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Fix-Zamudio H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 37(111), 801-860. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2004.111.3805>
- Flores Díaz, C.A. (2014). El estado de excepción en la época actual. *Apuntes electorales*, 50, 43-86.
- García Ramírez, S. (2011). Hacia una nueva regulación constitucional de los derechos humanos (2009-2011). *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 131, 817-841. <https://doi.org/10.22201/ij.24484873e.2011.131.4697>

- Giles Navarro, C. A. y Cruz Reyes, G. (2019). La suspensión de garantías en México y su legislación pendiente. *Cuaderno de Investigación*, 2. Instituto Belisario Domínguez
- González Martín, N. (2020). La difícil puesta en marcha de una suspensión de garantías para hacer frente al virus SARS-CoV-2 en México: el manejo de situaciones de excepcionalidad desde un marco jurídico incompleto y fragmentado. En N. González Martín (Coord.), *Emergencia sanitaria por COVID-19: reflexiones desde el Derecho* (99-108). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Latorre Rodríguez, P. (2020). El estado de alarma en España ante la pandemia del COVID-19 y otros supuestos análogos de suspensión constitucional potencialmente aplicables en México. En D. O. Valdez Delgadillo, L.A. Camarillo Govea, A. E. Canales Murillo, *Covid-19: Efectos jurídicos de una pandemia*. UABC.
- Ley de Prevenciones Generales, 13 de junio de 1942.
- Ley General de Salud, Diario Oficial de la Federación el 7 de febrero de 1984 (Última reforma publicada DOF 29/05/2023)
- LOI núm. 2020-290 du 23 mars 2020 d'urgence pour faire face à l'épidémie de covid-19.
- Lucas Verdú, P. (1987). *La lucha contra el positivismo jurídico en la República de Weimar. La teoría constitucional de Rudolf Smend*. Trotta.
- Ordóñez, J. y Flores Martínez, A. (2022) El “estado de excepción”: ¿Un instrumento de la democracia? *Revista de Derecho, Universidad el Norte*, 57, 83-104.
- Pelayo Moller, C. M. (2017). La suspensión de garantías en la Constitución 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato. *Cien ensayos para el centenario. CPEUM*, Tomo 2, 329-359.
- Peniche López, V. (2006). *Garantías y amparo. Volumen 3 de Apuntes de las clases impartidas por ilustres juristas del siglo XX*. SCJN.
- Piana, R. S. (2020). Revisitando el concepto de estado en Carl Schmitt. Legalidad, legitimidad y derecho. *Jurídicas CUC*, 16(1), 9-38.
- Pineda Acevedo, H. (2022). Suspensión de derechos en el régimen constitucional mexicano. *Desafíos Jurídicos*, 2(3), 86-113.
- Proclamation 9994—Declaring a National Emergency Concerning the Novel Coronavirus Disease (COVID–19) Outbreak, 13 de marzo de 2020.
- Reglamento Interior del Consejo de Salubridad General de 11 de diciembre de 2011.

- Salazar Ugarte, P. (2013). *Estado de excepción, suspensión de derechos y jurisdicción*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, SCJN, Fundación Konrad Adenauer.
- Schmitt, C. (1999 [1921]). *La Dictadura. Desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Alianza Editorial.
- Schmitt, C. (2009 [1922]). *Teología política. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*. Trotta
- Serna de la Garza, J. M. (2020). Federalismo: emergencia sanitaria y competencias en México. En D. A. Barceló Rojas, S. Díaz Ricci, J. García Roca (Coords.). *COVID-19 y parlamentarismo. Los parlamentos en cuarentena* (95-104). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sieira Mucientes, S. (2021). Estado de emergencia por coronavirus como derecho de excepción emergente, ¿mutación o reforma constitucional? *Teoría y Realidad Constitucional*, 48, 463-493. <https://doi.org/10.5944/trc.48.2021.32211>
- Taccetta, N. (2015). Violencia y Derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el Estado de Excepción. *Devenires*, XVI (32), 13-38.
- Tena Ramírez, F (1945). La suspensión de las garantías y las facultades en el derecho mexicano, *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, 25, 26, 27, 28, 203-238.
- Uribe Benitez, O. (2016). La suspensión o restricción de Derechos Humanos y sus Garantías. *Quorum Legislativo*, 117, 41-118.
- Valls Esponda, J (Coord.) (2016). *Diagnóstico y reflexión sobre los valores y principios del texto constitucional*. Anuies. Senado de la República.
- Vega Díaz, L. F. y Avella de Martínez, D. (2018). La memoria y la forma política: una lectura de Carl Schmitt sobre la soberanía y el estado de excepción. *Papel Político*, 23 (2), 1-16.
- Velasco Yáñez, D. (2016). ¿Estado de excepción permanente? El inquietante desmoronamiento de los derechos civiles y políticos en México. *Xipe Totek: Revista trimestral del Departamento Filosofía y Humanidades ITESO*, 25 (100), 395-413.
- Zeind Chávez, M. (2020) Suspensión de derechos o declaratoria de emergencia sanitaria, ¿cuál es la vía idónea para enfrentar el Covid-19?, *Nexos*, 1-9.
- Žižek, S. (2004). *Violencia en acto*. Paidós.



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Latorre Rodríguez, Pablo, “Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última secuela pendiente de la pandemia COVID-19”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19263. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19263>

### ***APA***

Latorre Rodríguez, P. (2024). Lagunas en los mecanismos constitucionales de restricción y suspensión de derechos y garantías en México: la última secuela pendiente de la pandemia COVID-19. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19263. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19263>

## El derecho a la salud sexual y reproductiva: su accesibilidad desde la interpretación internacional

### *The right to sexual and reproductive health: its accessibility from the international interpretation*

Miguel Ángel Alonso de los Santos

 <https://orcid.org/0000-0001-7717-7144>

Universidad Autónoma de Nuevo León. México  
Correo electrónico: miguel.alonso.delossantos@gmail.com

María Elena Ramos Tovar

 <https://orcid.org/0000-0003-4969-2207>

Universidad Autónoma de Nuevo León. México  
Correo electrónico: maria.ramostv@uanl.edu.mx

Recepción: 13 de junio de 2023

Aceptación: 20 de agosto de 2023

Publicación: 25 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18161>

**RESUMEN:** El derecho a la salud sexual y reproductiva (DSSR) se encuentra en constante construcción. La Organización de las Naciones Unidas a través de sus instrumentos de derechos humanos, sus organismos y sus funcionarios relatores han dado origen a una serie de interpretaciones relevantes para su entendimiento. En las próximas líneas se encontrará un recorrido evolutivo del DSSR, un breve panorama de los derechos que lo componen tomando como base la interpretación de los instrumentos internacionales de derechos humanos, hasta llegar a los criterios de su accesibilidad. Al paso se podrá apreciar la interdependencia que se presenta entre este grupo de facultades y otros tantos más. De igual forma las obligaciones que tienen los Estados a partir de los estándares previstos en los elementos esenciales construido por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

**Palabras clave:** derecho a la salud sexual y reproductiva, accesibilidad a la salud, elementos esenciales.

**ABSTRACT:** The right to sexual and reproductive health (DSSR) is under constant construction. The United Nations Organization through its human rights instruments, its agencies and its rapporteur officials have given rise to a series of relevant interpretations for its understanding. In the next few lines, you will find an evolutionary journey of the DSSR, a brief panorama of the (sub)rights that compose it based on the interpretation of international human rights instruments, until reaching the criteria of its accessibility. In passing you will be able to appreciate the interdependence that occurs between this group of faculties and many others. In the same way, the obligations that States have based on the standards established in the essential elements built by the Committee on Economic, Social and Cultural Rights.

**Keywords:** right to sexual and reproductive health, accessibility to health, essential elements.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La naturaleza dual de los DSR.* III. *El derecho a la salud sexual y reproductiva.* IV. *Acceso a la salud sexual y reproductiva.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Los derechos sexuales y reproductivos (DSR) han presentado una evolución acelerada en los instrumentos internacionales de derechos humanos y principalmente en la interpretación que llevan a cabo los organismos de la Organización de Naciones Unidas (ONU) y sus funcionarios. Desde la perspectiva de las obligaciones que tienen los Estados son ubicados dentro de la clasificación de los derechos sociales y específicamente en las prerrogativas de salud. Pero, su naturaleza proviene de los derechos civiles y políticos a causa de que tienen una carga libertaria en su disfrute. Esta característica ha permitido que los DSR se conciban de una manera distinta en la línea histórica de los derechos humanos, lo cual trae consigo serios retos para las políticas públicas de los Estados. En los años sesenta, por ejemplo, los instrumentos internacionales concebían la sexualidad y la reproducción a partir de la unidad familiar, y del vínculo de una pareja heterosexual. Actualmente, sería limitado que los Estados garantizaran los DSR desde ese punto de partida. Las luchas por las libertades sexuales abanderadas por distintos movimientos como el feminismo y las comunidades de la diversidad sexual han permitido una conceptualización radicalmente distinta de los DSR desde su primera alusión en un tratado de derechos humanos. Vázquez, Coss y Salinas (2019) puntualizaron que en esa década se gestaron diversas manifestaciones que lucharon en contra de la persecución histórica de diversos grupos, surgen así protestas de personas afroamericanas, defensoras del feminismo y de



la comunidad LGBTI, retroalimentados por los movimientos de estudiantes en México, Argentina y Francia. Fue especialmente emblemático el conflicto surgido en el bar *Stonewall Inn* de Nueva York que visibilizó las desigualdades que sufrían las comunidades de la diversidad sexual, previo a este evento ya se había gestado la asociación de la comunidad LGBTI que ha influido en la reformulación de los derechos humanos a la sexualidad y a la reproducción.<sup>1</sup> Asimismo, ha abonado en la construcción de estos derechos el sistema normativo de la ONU.

En el presente trabajo se analizará esa evolución de los DSR y particularmente su aterrizaje en el derecho a la salud, lo cual permitirá responder a: ¿cuáles son las obligaciones de acceso para la mejor protección del derecho a la salud sexual y reproductiva (DSSR)? El acceso involucra la prohibición de no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad en los servicios o establecimientos de salud y el acceso a la información. En el contexto de esta respuesta se pondrá en perspectiva los componentes de los DSR, los cuales se abordan desde sus ramificaciones más importantes. Por cuestiones de espacio, el objeto de este trabajo no es realizar alguna propuesta o centrarnos en una problemática en particular. En el año 2022, en el marco de una investigación posdoctoral, en la cual se abordaron los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres migrantes, desde la perspectiva de las pacientes y de los profesionales de la salud, se generó la idea de realizar un trabajo que pusiera sobre la mesa los principales criterios internacionales sobre este grupo de derechos que tuviera la funcionalidad de servir de base para futuras investigaciones en la materia y que también pudiera funcionar como medio de promoción de los derechos humanos entre los trabajadores de sanidad.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Durante los años cincuenta surgieron las organizaciones denominadas la “Sociedad Mattachine” y las “Hijas de Bilitis” que agruparon, en Estados Unidos, a personas homosexuales y lesbianas, respectivamente (Vázquez, J., Coss, D., y Salinas, O., 2019). Esta trayectoria asociativa continuó en subsecuentes décadas, pero con mayores alcances cuando se fundó la *Lesbian and Gay Association* (Peña, F., 2018). La lucha constante de estos grupos por el reconocimiento de los derechos a la sexualidad y la reproducción de todas las personas resultó a la postre con la elaboración de los Principios de Yogyakarta, posterior a la Declaración de Montreal.

<sup>2</sup> A partir de la investigación posdoctoral, Alonso, M., y Ramos, T. (2023) generaron un “Informe especial sobre accesibilidad a la salud sexual y reproductiva de las mujeres migrantes en tránsito por el noreste de México” que se gestó de manera ejecutiva a los publicables que se producirán.

En un primer apartado, se abordan las primeras referencias desde los derechos civiles-políticos y económicos, sociales y culturales. Posteriormente, se precisarán cuáles son por una parte los derechos sexuales y, por otro lado, los reproductivos. Finalmente, se tendrá un espacio para desarrollar la accesibilidad del DSSR a la luz de las interpretaciones más relevantes de los organismos de la ONU. La metodología que se implementará es de corte cualitativo, bajo un diseño documental. Los documentos seleccionados en el estudio tienen las características de: *a)* haber sido aprobados en la Asamblea General de la ONU,<sup>3</sup> *b)* son interpretaciones basadas en relatorías, observaciones generales o recomendaciones de los organismos internacionales<sup>4</sup> o *c)* establecen un vínculo especial de interdependencia con el DSR, no obstante, sean documentos interpretativos no relacionados a algún tratado internacional de derechos humanos.

## II. LA NATURALEZA DUAL DE LOS DSR

El primer instrumento normativo de la ONU fue su carta fundacional,<sup>5</sup> en 1945, desde luego a causa de su perfil constitutivo, no tuvo las características de ser un catálogo de derechos humanos, por lo que no hace referencia a los DSR. No obstante, hizo mención del “sexo”, vinculándolo a la prohibición de trato diferenciado. Es decir, se reconocía como discriminatoria la distinción de las personas por esa característica. En ese sentido, el docu-

---

<sup>3</sup> La Asamblea General es uno de los órganos más importantes de la ONU en conjunto con el Consejo de Seguridad, El Consejo Económico y Social, el Consejo de Administración Fiduciaria, la Corte Internacional de Justicia y la Secretaría. En su composición, la Asamblea es integrada por todos los Estados parte de la ONU y se pueden atender varios temas en ella, pero especialmente los que procuran la paz y la seguridad internacional (CNU, arts. 7-17).

<sup>4</sup> La vigilancia en el cumplimiento de los dos Pactos, el de derechos civiles y políticos, y el de Derechos Económicos Sociales y Culturales, está a cargo de sus correspondientes Comités, los cuales tienen la facultad de emitir observaciones generales para apoyar a los Estados en el mejor cumplimiento de sus obligaciones, pueden surgir a partir de una temática, o bien, de la selección de algún artículo de los instrumentos internacionales. En el caso de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, CEDAW por sus siglas en inglés, también cuenta con un Comité el cual emite recomendaciones generales a partir de la revisión de informes (ONU, 2008).

<sup>5</sup> La Carta de las Naciones Unidas (CNU) es un tratado multilateral que en conjunto con el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fue adoptada por cuarenta y nueve estados miembros originales.

mento procuraba por el respeto de los derechos y las libertades fundamentales sin discriminación del sexo en los distintos objetivos de la Organización como el fomento de estudios e investigaciones, la administración fiduciaria o la cooperación internacional (CNU, 1945). Esta restricción al trato diferenciado se da a partir de la construcción del derecho a la igualdad que estableció más adelante la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>6</sup> que expresa la necesidad de que todas las personas disfruten de las facultades inherentes a su dignidad humana (DUDH, 1948) (CNDH, 2018). La incipiente relevancia de los DSR, aunque se circunscribían al “sexo”, matizaba sus vínculos como elemento no discriminatorio, en el marco del disfrute de todas las libertades y derechos. A este respecto, el trato igualitario tiene que ver también con el principio de interdependencia, el cual establece que todos los derechos humanos son de igual importancia,teniéndose que cumplir en su totalidad para una mejor garantía (Serrano y Vázquez, 2013).

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) es un ejemplo de agrupación de las prerrogativas de manera horizontal, en el documento se podrán encontrar pronunciamientos acerca de los derechos a la vida, salud, trabajo, entre otros. Posteriormente, el sistema universal normativo decidió tratar la sustancia de los derechos, organizándolos en conjuntos por contenido. En un extremo aquéllos referidos a las libertades civiles y políticas, y en el otro las prerrogativas de índole social. El abordaje de las normas, de una perspectiva holística como lo hizo la DUDH a una por materia en el caso de los pactos internacionales,<sup>7</sup> obedeció al establecimiento de una didáctica para comprender los derechos humanos, lo que facilita su comprensión e instrumentación.

Realizada la precisión, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) se pronunció por la importancia de la familia en sociedad.

---

<sup>6</sup> En cuanto a la naturaleza jurídica de la DUDH, Novak (1998) menciona que las declaraciones son pronunciamientos de los Estados sobre determinados principios, pero que no tienen el objeto de ser vinculantes. No obstante, el pronunciamiento que contiene la DUDH, a nuestro juicio, corresponde a un compromiso de aceptación en futuros tratados internacionales y de elaboración de medios de protección de derechos humanos en las legislaciones internas. El propio autor, citado, ha mencionado que la Declaración es “un conjunto de valores universalmente compartidos y aceptados por la comunidad internacional” (Novak, 1998, p. 86).

<sup>7</sup> Los dos grandes pactos, de derechos civiles y políticos, y de derechos económicos, sociales y culturales, son tratados internacionales multilaterales de derechos humanos, adoptados, en 1966, en el seno de las Naciones Unidas.

Su artículo 23, nos pone en perspectiva de los cambios en las concepciones de los DSR que en época contemporánea se han presentado. En aquel tiempo, 1966, solamente establecía la responsabilidad de los padres sobre los hijos en el marco del matrimonio (PIDCP, artículo 23, párr. 4).<sup>8</sup>

En cuanto al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el artículo 12 hizo alusión al derecho a la salud, estableciendo la protección a la salud materna infantil, es decir, la parte reproductiva de los DSR. Tácitamente se refirió una garantía especial para los niños y adolescentes en sus DSR, puesto que se acierta en prohibir su explotación “social” en empleos “nocivos para su moral y salud” (PIDESC, artículo 10, párr. 3). En el mismo tenor, retoma la importancia de la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” y establece la responsabilidad en la paternidad y la libre decisión para contraer matrimonio (PIDESC, artículo 10, párr. 1).

Más allá de la relevancia histórica que evidencian ambos pactos, se pudiera hablar de una coincidencia: la libertad de las personas para establecer relaciones que puedan generar la expresión de la sexualidad y las decisiones en torno a la reproducción. En ese entonces sólo se reconocía a la familia como marco de desenvolvimiento de los DSR. Otro elemento, es la parte de la responsabilidad de los padres sobre los hijos y en general de las sociedades sobre la niñez. Esto nos habla de que hay una construcción, en los DSR, de los límites para su ejercicio por parte de las personas. Desde luego, el límite es la responsabilidad para con los indefensos y personas en situación vulnerable.

Por tanto, el incipiente abordamiento de los DSR da pie a una definición aproximada en donde se presumen ciertas libertades garantizadas por las primeras generaciones de normas internacionales, por cuanto, a la manifestación de la sexualidad, la cual tendría que respetarse, no siéndole dable la discriminación a partir del sexo y sus preferencias, y el reconocimiento de la capacidad de los seres humanos de sostener relaciones afectivas para conformar una familia y decidir procrear hijos, bajo la restricción de la responsabilidad. Desde luego, este acercamiento a una definición se elabora a partir de la interpretación de los primeros instrumentos internacionales de los derechos humanos y desde los escasos hallazgos que se encuentran de los DSR al concluir la Segunda Guerra Mundial. No obstante, ha evolu-

---

<sup>8</sup> Actualmente, se pueden agrupar en derechos económicos, sociales y culturales, en civiles y políticos, ambientales y colectivos.

cionado esa concepción, especialmente a partir de los órganos interpretativos de derechos de la ONU.

Tlaleng Mofokeng, relatora especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física, establece que los DSR

[...] incluyen el derecho a una vida sexual placentera, satisfactoria y segura, libre de discriminación, coacción y violencia; y la libertad de decidir si reproducirse, cuándo y con qué frecuencia, así como el derecho a tener la información y los medios para tomar esta decisión, además del derecho a la salud sexual y reproductiva. (ONU, 2021, p. 9)

En esta aproximación, se agrega la perspectiva de la dignidad humana a partir de la inclusión del elemento “vida”, el cual predetermina que la sexualidad y la reproducción son parte del ser humano, es decir, es inherente a su condición (ONU, 2010).

La sexualidad y la reproducción se derivan de la dignidad de la persona y de todas las facultades que giran a su alrededor, ya sea, desde el punto de vista natural, histórico y de la positivización de los derechos. Así, las libertades que poseen los seres humanos se traducen en la aptitud de ejercer su sexualidad de manera informada, consensuada, sin discriminación y protegida por el Estado. Por su parte, los derechos reproductivos son la libertad extendida, desde nuestro punto de vista, de la sexualidad que está vinculada a la posibilidad de decisión sobre el número de hijos que se quieren tener, o contrariamente, con la de no tenerlos a través de métodos de planificación familiar. En ese tenor de ideas, Benavides (2016) coincide en establecer el derecho a la sexualidad como una libertad sexual que involucra otras prerrogativas como “la autonomía, la integridad y seguridad sexuales del cuerpo, a la privacidad sexual, al derecho a la libre asociación sexual y a la toma de decisiones reproductivas, libres y responsables y con cuidados” (Benavides, 2016, p. 567). Mientras tanto, a la reproducción, el autor la identifica con procesos como la fecundación, el parto, el aborto, la anticoncepción, entre otros.

En las libertades sexuales y reproductivas existen limitantes, las responsabilidades de las personas frente al derecho. Este aspecto es tocado en el párrafo cuarto, del artículo 23 del PIDCP en el tema del matrimonio y como bien se señaló anteriormente, la sexualidad y la reproducción se entendían en el marco del vínculo relacional de esa unión. La Observación General número 19 del Derecho a la Familia nos clarifica que, en el tema de la respon-

sabilidad, los derechos y las libertades de las personas, no tendrían por qué transgredir los derechos de otras tantas. Incluso especifica que esta fórmula de libertades/derechos-garantía-responsabilidad es idéntica a la que se sigue en la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. En este caso, se retoma el ejemplo del mismo documento, acerca del matrimonio (OG-19). El pacto, en ese entonces, reconocía que no había limitantes de edad para sostener esa unión, bastaba que hubiera consentimiento. Ahora, el Consejo de Derechos Humanos ha recomendado, a los Estados parte, la generación de leyes que prohíban el matrimonio infantil (OG-22). En tal sentido, la responsabilidad de las personas y del Estado, es atender tanto al consentimiento y vigilar que el matrimonio o cualquier otra figura que involucre la sexualidad o la reproducción no se lleve a cabo en el ámbito de la minoría de edad legal. De lo contrario estas libertades estarían afectando los derechos de la niñez y por tanto sería una acción irresponsable. Otro ejemplo adicional, de irresponsabilidad ante los DSR es la utilización de la violencia como herramienta para acceder o interrumpirlos indebidamente.

Hasta aquí se aprecia que los DSR tienen una configuración de los derechos civiles y políticos. Pero, ¿qué ocurre cuando se le añade la prestación de salud como lo mencionó la relatora Mofokeng? En este caso, el derecho a la salud da origen a otra ramificación que se denomina derecho a la salud sexual y reproductiva (DSSR).

### III. EL DERECHO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

En principio es pertinente que nos remitamos a la conceptualización del derecho a la salud. De acuerdo con el artículo 12 del PIDESC los Estados “reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental” (PIDESC, 1978, párr. 1o.). La Observación General número 14 clarifica en qué consiste esa posición de salud, enunciando que la parte sustancial del derecho a la salud no sólo está enfocado a los servicios que proporciona el Estado, esto es, a la atención de la salud, sino que influyen aspectos socioeconómicos que permiten a las personas llevar una vida más saludable. Adicionalmente, especifica la importancia de la interdependencia con otros derechos (ONU, 2001). A este respecto, se destaca que el párrafo segundo, inciso b), del propio artículo 14, establece conexión con los derechos a condiciones seguras e higiénicas en el trabajo y a

un medio ambiente sano,<sup>9</sup> es decir, entre sí cualquiera de estos tres derechos no sería posible sin la concreción del resto. Pero, además, los vínculos se encuentran presentes con los derechos a la vivienda, alimentación, agua potable y saneamiento (ONU, 2001).

En tal sentido, el derecho a la salud conlleva a tres elementos desde la perspectiva de la Observación General número 14: *a)* el derecho al desarrollo, *b)* la serie de elementos obligatorios de los Estados para con la población y *c)* la necesidad de que otros derechos humanos sean alcanzables por las personas. Por cuanto al inciso *a)*, un documento interpretativo de sumo interés es la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Ahí se menciona que las personas poseen la capacidad de generar desarrollo y disfrutar del mismo, es decir, de involucrarse en aspectos económicos, políticos y culturales de sus países para incrementar el propio bienestar y el de su entorno (DDD, 1986, artículos 1o. y 8o.). Sin embargo, ese proceso no tendría alguna base o punto de partida, si el Estado no se diera a la tarea de establecer condicionantes mínimas de desarrollo como el acceso a la educación, a la salud, a la alimentación o al empleo. Hablando de acceso a la salud, el inciso *b)* nos refiere a la serie de elementos obligatorios de los Estados y, en efecto, el acceso a la salud contiene aspectos que son vinculantes para garantizar que los establecimientos, bienes y servicios de salud estén al alcance de todos. En lo referente al inciso *c)*, es necesaria la confluencia de la prerrogativa de salud, con el derecho a la vivienda, al medio ambiente, al trabajo seguro, a la alimentación y al agua potable no tan solo porque de ellos depende el mejor estado de salud para las personas, sino también su desarrollo individual y de otros derechos como el acceso a la información y a la seguridad e integridad personales que permiten un acceso más amplio. Por tanto, el derecho a la salud es el conjunto de garantías que permiten disfrutar de un estado de bienestar físico, mental y social, el cual puede mantenerse desde la interpretación del derecho al desarrollo y garantizarse con las medidas de acceso a establecimientos, bienes y servicios de salud que el Estado prevea, y con el sostenimiento aceptable de otros derechos que le son interdependientes a la salud.

---

<sup>9</sup> Otros elementos del mismo párrafo segundo son: la reducción de la mortandad y la procuración por el desarrollo infantil, la prevención y atención de las enfermedades, y el acceso a los servicios de salud para todos (PIDESC, 1978, párr. 2o, incs. a-d).

Ahora bien, por cuanto al derecho a la salud sexual y reproductiva, Verlor Muñoz, relator especial de la ONU sobre el derecho a la educación, ha mencionado que la sexualidad ha permanecido a la sombra de la reproducción, debido a la permanencia del sistema patriarcal (ONU, 2010, p. 4). Coinciden con esta postura Ávalos (2013) y Mendoza (2012), particularmente el segundo, hace una reminiscencia acerca del emparejamiento entre ambos conceptos, establece que desde la prehistoria persiste una invisibilización de la sexualidad, la cual es vista con fines reproductivos y que esto ha trastocado, en la historia, la dignidad de las mujeres, el propio autor enuncia que un factor que prepondera en la difusión de esta perspectiva entre las sociedades son las religiones, es decir, persiste una tradición de homologar la reproducción y la sexualidad. No obstante, Miller y Vance (2004) reconocen que desde el sistema ONU en conjunto con otros actores se lucha por el reconocimiento y reivindicación de las sexualidades. Al respecto, si tomamos como base los conceptos de la Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo,<sup>10</sup> tenemos que el derecho a la salud reproductiva es la facultad de “disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos” (ICIPDEC, 1995, p. 37) con la plena libertad de decidir o no tener hijos, con el pleno acceso a la información sobre planificación familiar en una posición de igualdad entre hombres y mujeres. Por su parte, el derecho a la salud sexual se puede definir como la libertad de los seres humanos para sostener relaciones afectivas íntimas y satisfactorias, durante el transcurso de la vida e incluye el derecho a prevenir enfermedades sexuales.

---

<sup>10</sup> La Conferencia Internacional sobre Población y el Desarrollo de El Cairo tuvo lugar en 1994, de la cual resultó un Programa de Acción, no vinculatorio para los Estados participantes. Este documento estableció una agenda de igualdad entre hombres y mujeres, particularmente hizo hincapié en las condiciones de las mujeres con menos herramientas de acceso al desarrollo como educación o condiciones salariales; asimismo, se abordaron los derechos sexuales y reproductivos, pero sólo del hombre y la mujer, en el texto no se encuentran referencias a otro género o abordamientos de estas prerrogativas desde otras preferencias sexuales distintas a la heterosexual (ICIPDEC, 1995).



**Tabla 1. Derechos relacionados con el derecho a la salud reproductiva**

| <i>Instrumento de interpretación</i> | <i>Derechos</i>                                                         |
|--------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------|
| OG-14 y OG-22                        | No discriminación                                                       |
| OG-22 y RGCEDAW-35                   | Vida libre de maltrato y Violencia                                      |
| OG-14 y OG-22                        | Planificación y bienestar familiar                                      |
| OG-22, RGCEDAW-35                    | Maternidad y paternidad                                                 |
| OG-22                                | Tratamiento hormonal                                                    |
| Relatoría del derecho a la salud     | Reasignación del sexo                                                   |
| OG-14 y OG-22                        | Acceso a la información reproductiva y no revelación de datos sensibles |
| OG-14                                | Trabajo en condiciones seguras e higiénicas                             |
| RGCEDAW-35                           | Reconocimiento a la diversidad de grupo                                 |

FUENTE: elaboración propia con información de los documentos de interpretación OG-14 (2000), OG-22 (2016), RGCEDAW-35 (2017), ONU (2021).

En la tabla 1 es posible observar las obligaciones más emblemáticas para los Estados como la prohibición de discriminación. El Comité del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha definido a la discriminación como la “distinción, exclusión, restricción o preferencia” (OG-18, 1989, p. 152) a causa de la tez de piel, el origen racial, el género, el idioma que se hable, la creencia religiosa, la preferencia política, la nacionalidad, el estrato social, la condición económica, los aspectos diferenciadores que surjan alrededor del nacimiento o algún otro factor social que logre disminuir los derechos humanos de las personas, o bien, impida su disfrute o ejercicio. La no discriminación posee la dualidad, en las garantías de salud que, no tan solo actúa como derecho, sino también como un elemento esencial de accesibilidad de las personas a los establecimientos, bienes o servicios de salud. Pero, de esto nos ocuparemos al llegar el apartado de accesibilidad.

En cuanto a la planificación y bienestar familiar, como se señaló anteriormente, ha sido fundamental para crear consciencia sobre la importancia de estos derechos, llevarlos de la mano con la estabilidad de la familia. En efecto, se reconoce la libertad de decisión de las personas sobre el número de hijos que deseen tener, y por supuesto la facultad de no tenerlos. Para estos fines los Estados tienen la responsabilidad de encontrar los medios ade-

cuados, incluyendo la educación sexual, para proporcionar la información a las personas, bajo el contexto de su edad y condición social, sobre los métodos anticonceptivos (ONU, 2010; OG-22, 2016). Asimismo, la provisión de servicios de salud enfocados a la planificación familiar (OG-14, 2000).

Particularmente, en el caso de las y los adolescentes resulta relevante que accedan a información de cómo evitar embarazos no deseados. Existe una problemática seria en cuanto a las decisiones de sexualidad que conlleva a riesgos en la reproducción para este grupo etario a partir de la poca información que reciben. Si se segmenta, entre hombres y mujeres, las mujeres adolescentes presentan una desigualdad en el acceso a la información sexual y reproductiva más acentuada que los hombres (ONU, 2010). Además, se ha presentado, en los sistemas educativos, una tendencia hacia la abstinencia como medio más pertinente de enseñanza sexual para prevenir embarazos no planificados, pese a que los adolescentes también demandan mayor apertura a la información sobre métodos anticonceptivos (Santelli *et al.*, 2006).

Los embarazos no deseados anualmente y a nivel global, llegan a alrededor de 80 millones de eventos, más de la mitad de las mujeres ha decidido abortar, desafortunadamente 68,000 fallecen por practicarse este procedimiento en condiciones adversas de salubridad (ONU-CES, 2004). Al respecto, Vernor Muñoz, relator especial sobre el derecho a la educación, considera relevante otorgar una oportuna información de planificación familiar para que se evite recurrir al aborto como “medio primario de planificación familiar” (ONU, 2010, p. 10), ya que la interrupción del embarazo genera riesgos importantes para la salud de las mujeres. En ese sentido, es necesario que los Estados efectúen las medidas legislativas para que las mujeres en un ámbito de autonomía puedan decidir libremente sobre su propio cuerpo, es decir, que el proceso de interrupción del embarazo sea reconocido con las responsabilidades que correspondan a las personas y a las autoridades gubernamentales. Para el Estado se ha referido que tendría que contar con establecimientos, servicios y bienes de salud destinados a practicar de manera segura y con los mínimos riesgos los abortos legales. La formalización de este procedimiento involucra la sensibilización del personal de salud a fin de que preste sus servicios sin signos de violencia y estigmatización hacia las mujeres (ONU-CES, 2004; ONU, 2019).

Ahora bien, la maternidad y la paternidad son derechos que tienen que ser protegidos por los Estados. En recientes instrumentos de interpretación se prevé la corresponsabilidad de los hombres, en la etapa gestante de las mujeres. Por ejemplo, se ha difundido la necesidad de que se les otor-

que a los trabajadores masculinos una licencia de paternidad e incluso, se ha visibilizado, lo importante de esta prestación para grupos vulnerables como los trabajadores migrantes. De esta forma, las relatorias de derechos humanos han fomentado la prohibición de discriminación de hombres y mujeres, en el marco de la maternidad (OG-22, 2016; RGCEDAW-35).

Los comités de ambos pactos han abordado el derecho a la maternidad desde los contextos de las mujeres. La Observación General número 5 del Comité de Derechos Civiles y Políticos (OGC-5) establece esta garantía en las mujeres que presentan alguna discapacidad. En ese sentido, la OG-22 (2016) prevé la atención de salud en la maternidad en un contexto rural. La incorporación de condiciones igualitarias para todas las mujeres también se ha reflejado en el criterio de asequibilidad de la salud materna, los instrumentos interpretativos han insistido en su gratuidad (OG-14, 2000; OG-22, 2016; ONU-CES, 2017). Un criterio progresista, al respecto, es la establecida por la REGCEDAW-35 (2017) que prevé las acciones de particulares en la prestación de servicios de atención, por los agentes no estatales, que ejecuten órdenes o directrices en el marco de estas operaciones que en un inicio están reservadas por obligación a los entes públicos, se considerarán que son llevadas a cabo por el propio Estado. Por lo que, cualquier abuso cometido en el marco del derecho a la maternidad o cualquier otro relacionado con la salud por establecimientos de atención médica privados tendrán que ser abordados como actos de autoridad, siendo imposible tratarlos desde el punto de vista mercantil.

Particularmente, las retenciones por falta de pago en la atención del parto en hospitales públicos y privados tendrán que ser analizadas por las instituciones estatales y por los tribunales a la luz de los derechos humanos. De igual forma, es necesario combatir la violencia obstétrica por parte del personal de salud que consiste en externar violencia verbal o física en contra de las mujeres durante el trabajo de parto. Por supuesto, cualquier procedimiento quirúrgico o tratamiento debe contar con el consentimiento informado de la paciente (ONU, 2019). Esta aprobación informada, tiene que llevarse a cabo de manera anticipada a la etapa de dolor durante el trabajo de parto, de no hacerse, las mujeres no estarían decidiendo conscientemente (ONU, 2019). Desde luego, la esterilización forzada, es decir, no informada es considerada como una transgresión a la libertad reproductiva de las mujeres y constituye una violación grave a sus derechos humanos.

En cuanto al acceso a la información reproductiva y la obligación de no revelar datos sensibles, son componentes fundamentales del derecho a la

salud reproductiva, y en general de todo el cuerpo normativo del derecho a la salud. Aquí es pertinente mencionar que, el derecho a la información también junto con el derecho a la no discriminación conforma los criterios de accesibilidad. Pero, específicamente acá se tendría que establecer como la facultad que tiene el paciente para recibir toda la información que requiera sobre su salud reproductiva, abarcando todos los datos necesarios para recuperarla o mantenerla. Asimismo, está referida a que las personas se puedan allegar de la información relacionada con los métodos anticonceptivos y de planificación familiar, del embarazo, de prevención de enfermedades de transmisión sexual, del aborto legal, de los procesos de fecundidad, entre otros (OG-22, 2016). Paralelamente, el Estado o los establecimientos y servicios que actúen en su representación, tienen obligación de respetar, esto es, de abstenerse de difundir o traspasar información sobre el estado de salud reproductivo de las personas. Un ejemplo muy específico, se encuentra en la Recomendación número 200, sobre el VIH sida, de la Organización Internacional del Trabajo (R200 OIT, 2010).<sup>11</sup> En su párrafo 24 establece que las pruebas de detección de VIH deben de promoverse con carácter voluntario, ser confidenciales y practicarse bajo consentimiento informado. Desde luego el acceso a la información de estos exámenes tiene que darse bajo los procedimientos que se marquen en las normas internacionales o nacionales de protección de datos (R200 OIT, 2010, párrs. 24-28).

Para Olvera (2020) es importante que en la recolección de datos se atiendan a los principios del acceso a la información y protección de datos personales. El principio de información se relaciona con la disponibilidad del aviso de privacidad de manera anterior a la solicitud de los datos, es como el elemento de legalidad por el cual se inicia a recabar la información del paciente. En tanto, el principio de calidad se refiere a que la recopilación de los datos personales de los pacientes sea lo más verídica posible, sin posibilidad de que sea alterada intencionalmente o se solicite información que no sea necesaria, este principio incluye hacer las correcciones o rectificaciones puntualmente en caso de que se advierta algún error en la captura. El prin-

---

<sup>11</sup> Las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) son directrices para mejor cumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros, no tienen un carácter vinculatorio (OIT, 2023). Las temáticas de las recomendaciones están relacionadas con los Convenios, los cuales sí son obligatorios para los Estados una vez ratificados. De acuerdo con Charis (2017), en el caso de México, los convenios de la OIT suscritos por el Estado tienen el peso específico que les dota el Artículo 133 constitucional, esto es, pertenecen al orden jurídico nacional.

cipio de proporcionalidad implica que los datos sean desechados una vez que se haya determinado que no son útiles a los fines que originaron la captación de la información. Por cuanto al principio de finalidad y lealtad, tiene que ver con el tratamiento de los datos recabados, los cuales se deberán utilizar de acuerdo con los fines estipulados en el aviso de privacidad. Finalmente, el principio de seguridad está dirigido a que los datos sensibles, como los que interpreta la Recomendación 200 de la OIT (2010), sean protegidos con los protocolos más rigurosos.

En cuanto al derecho a laborar en condiciones seguras e higiénicas, recordemos que esta facultad también es una ramificación del derecho al trabajo, el cual tiene proyecciones importantes hacia el derecho a la salud y al medioambiente. A partir del trabajo, las personas pueden acceder a la seguridad social que les otorga atención médica asequible y a estudios de gabinete periódicos. A través de las condiciones seguras e higiénicas de las empresas o industrias los trabajadores se protegen del medio ambiente laboral y también se evitan emisiones en concentraciones fuera de lo permisible hacia el exterior de las fábricas o las empresas. Por supuesto, las disposiciones laborales tienen interdependencia con los derechos reproductivos de las personas, cuando se les protege a las mujeres en estado de gestación o se realizan controles y restricciones al uso de sustancias químicas que inciden de manera negativa en la reproducción de las personas, o bien, cuando se promueve la igualdad entre hombres y mujeres en el cuidado de los hijos, mediante las licencias de paternidad o la flexibilización de las jornadas de trabajo.

Por último, el derecho de reconocimiento a la diversidad o pertenencia de grupo es interpretado de manera clara por la Recomendación General número 35 del Comité CEDAW, en su párrafo 12, en donde se menciona que la discriminación en contra de las mujeres es multifactorial y uno de los elementos que se ubican es la pertenencia a un grupo de diversidad cultural o en un estatus de desventaja, ampliando las categorías que enuncia la Observación General 18 del Comité de Derechos Humanos. Precisa que encontrarse dentro de una minoría o grupo indígena, colectivos de la diversidad sexual, ser apátrida o refugiado, a un segmento de edad, a una zona urbana; o estar en las condicionantes de: el estatus migratorio, el analfabetismo, el estado de salud, ser la cabeza de familia, estar privado de la libertad, la viudez, vivir en lugares alejados, poseer o no derechos de propiedad, entre otros, son estatus que son susceptibles de interrelacionarse en todas direcciones. Esto es, se pudiera hablar de una mujer indígena migrante con un estado de salud disminuido o de una persona embarazada, residente de una zona urbana

periférica desaventajada, que por su condición le es complejo llegar a un hospital de segundo nivel de atención. En este sentido, la RGCEDAW-35 (2017) prevé que las políticas públicas se adapten a las circunstancias de las personas que demandan los servicios o bienes de salud reproductiva, en los centros de salud u hospitalarios. Asimismo, tiene que ver con la asertividad para sensibilizar a los agentes estatales que presten sus servicios en estos establecimientos y la capacitación tendiente a profesionalizar al personal de salud, lo cual también incide en la calidad con que se atiende a las personas.

**Tabla 2. Derechos relacionados con el derecho a la salud sexual**

| Instrumento de interpretación    | Derecho de la sexualidad                     |
|----------------------------------|----------------------------------------------|
| Relatoría sobre educación sexual | Educación sexual                             |
| RGCEDAW-35, Relatoría de salud   | Vida libre de violencia de género y maltrato |
| Principios de Yogyakarta         | Prohibición de discriminación                |
| Principios de Yogyakarta         | Privacidad                                   |
| OG-22                            | Acceso a información de salud sexual         |

FUENTE: elaboración propia con información de los documentos de interpretación RGCEDAW-35 (2017), ONU (2004), OG-22 (2000), PY (2007).

La prerrogativa de educación, al igual que el derecho al trabajo, como anteriormente se precisó, sostiene interdependencia con el derecho a la salud sexual. E incluso, con el derecho al acceso a la información y por ende con la accesibilidad a la salud. La educación sexual se considera como aquella que se otorga en la etapa formativa de las personas, en las aulas de las escuelas, sus temáticas son diversas como: el sexo y el placer en sus relaciones y la prevención de enfermedades de transmisión sexual (ONU, 2010). Agregaríamos que en la educación sexual hay intrínsecamente un fomento de los derechos humanos (ONU, 2004) y, por supuesto, la educación sexual es un instrumento idóneo para sensibilizar acerca del respeto por las libertades sexuales de las personas y con ello se colabora con la prevención de la violencia de género.

El derecho a una vida libre de violencia es un derecho humano que se desprende del derecho a la vida o de los relacionados con la seguridad e in-

tegridad personales. Ha sido desarrollado ampliamente por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, el cual ha señalado la serie de actos que son considerados violencia de género, entre los cuales se encuentra cualquier daño que ocasione la muerte o actos que generen sufrimiento sexual (RGCEDAW-35, 2017). Entre estas situaciones se tienen a “[l]a violación y otras formas de violencia sexual, como el embarazo forzado [...] la mutilación/ablación genital de la mujer y el matrimonio forzado” (ONU, 2004, p. 27). Se sumarían a estas conductas el acoso, el hostigamiento y la discriminación por condición de embarazo (OG-22, 2016). Ahora bien, la violencia de género se puede dar en el ámbito de la salud como el caso de la violencia obstétrica, o bien, la ejercida por particulares hacia las mujeres o miembros de las comunidades de la diversidad sexual y que impacta en la salud de estas personas. La relatoría del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (2004) establece que la violencia llega a victimizar a comunidades enteras, siendo un problema de salud pública.

En tanto, la prohibición de discriminación en cuanto a la salud sexual se desarrolla en un documento elaborado por expertos en temas de sexualidad y género, los Principios de Yogyakarta (PY). Entre los suscriptores de estos principios se encuentran relatores de la ONU y es una de las razones por la que, en muchos informes, individuales, de estos funcionarios se refieren a estos principios, por lo que son criterios ampliamente aceptados. Mauricio Paulecio (2011) en la *Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los derechos humanos*, enuncia la importancia de los PY, el autor encuentra una relevancia específica en la lucha por el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos de la comunidad LGBTI en el escenario internacional y que su naturaleza no vinculatoria la hace especial en la discusión jurídica sobre su capacidad de cumplimiento como expectativa a futuro. El contexto en que fueron generados los PY tiene como antecedente fungir como contrapeso a la penalización de la orientación homosexual, entre los países africanos. Asimismo, los principios han servido de presión en el marco internacional para visibilizar las libertades sexuales y reproductivas. No obstante, que no fueron pronunciados en el marco de la Asamblea General de la ONU, para Paulecio (2011) su elaboración hizo concurrir las voces más representativas de la diversidad sexual. Su naturaleza, hace ver que “no son *soft law* [...] pero tienen todo para llegar a serlo” (Paulecio, 2011, p. 249). Esta característica da cuenta que los DSR se encuentran en construcción;

sin embargo, el contenido de los PY pueden ser un parámetro para futuros instrumentos internacionales o nacionales, en las temáticas especiales que se abordan en el presente trabajo, puesto que rescatan aspectos de otros derechos (Paulecio, 2011).

De acuerdo con los panelistas de Yogyakarta, la discriminación es el trato diferenciado fundamentado en la orientación sexual o preferencia de género (PY, 2007). Asimismo, la discriminación en esos términos incide en otras condicionantes en que se ubique la persona, esto es, si presenta alguna discapacidad, si su capacidad económica está disminuida y si su estado de salud no es el óptimo, por lo que la discriminación es multifactorial. Los PY (2007) se han pronunciado por un trato igualitario hacia las comunidades de la diversidad sexual en el que se reconozcan los derechos humanos de todas las personas independientemente de su preferencia sexual u orientación de género. A este respecto, recomienda a los Estados hacer ajustes a sus legislaciones para que se garanticen las libertades sexuales.

El derecho a la privacidad también es desarrollado por los PY y se refiere a que las personas no deben sufrir intervenciones en documentos o su domicilio y la declaración sobre su preferencia sexual e identidad de género siempre será optativa, jamás obligatoria, teniéndose que proteger esta información que sea captada por alguna base de datos. Asimismo, se prevé en la prerrogativa de la privacidad, la capacidad de tomar decisiones íntimas y el respeto a la actividad sexual con consentimiento (PY, 2007). Estas restricciones se tendrían que atender en los documentos de consentimiento informado y de autorizaciones que se generan cuando los pacientes son atendidos en establecimientos o instituciones de salud de manera rutinaria o en procedimiento quirúrgicos.

El acceso a la información de salud sexual se divide en al menos dos vertientes. La primera está vinculada con la educación sexual antes abordada, es decir, con el derecho de las personas a recibir, investigar o difundir información relacionada con todos los elementos necesarios para tener una vida sexual placentera y segura. El segundo aspecto, es el derecho de los pacientes a recibir información sobre su estado de salud sexual, sin obstáculo alguno para que en plena autonomía las personas puedan optar por la mejor decisión (OG-22, 2016; PY, 2007).

Como se podrá haber visto en este apartado, la gama de derechos de la salud sexual y reproductiva es amplia, solo se abordaron algunos derechos que pertenecen a este grupo, debido a que no es el objeto de estas líneas tratarlos *in extenso*. Se segmentaron para mejor didáctica de entendimiento



sobre cuáles son el grupo de los derechos reproductivos y los sexuales. Ambos grupos hacen un conglomerado, los cuales son interdependientes y son producto de las interpretaciones internacionales autónomas o de los grupos de trabajo de la ONU y de sus relatores. Sin estas interpretaciones no se les daría vida a los diversos instrumentos internacionales de derechos humanos. Ahora bien, es necesario conocer cuáles son los criterios de accesibilidad a la salud sexual y reproductiva.

#### IV. ACCESO A LA SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA

La Observación General número 14 elaborada por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es el marco que por excelencia ha desarrollado el término “accesibilidad” en el derecho a la salud. Posteriormente, lo retoma la Observación General número 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva. En esos documentos se han especificado que existen cuatro elementos esenciales del derecho a la salud, los cuales son: la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad. En conjunto conforman las recomendaciones para los Estados sobre las características que tendrían que cumplir sus sistemas de salud. Particularmente, la accesibilidad se podría definir como las condiciones mínimas que los Estados tendrían que garantizar para que las personas puedan superar obstáculos que les impida disfrutar de los establecimientos, bienes y servicios de salud sexual y reproductiva. La accesibilidad se compone a su vez de la prohibición de discriminación, facilidad de acceso físico, la asequibilidad y el acceso a la información.

Como se puede observar en el Esquema que aparece posteriormente, la accesibilidad es un ciclo en el que cada componente cumple su función para que al centro subsista el acceso a la salud sexual y reproductiva. Cada uno de los elementos esenciales se encuentra interrelacionado, de no cumplirse uno habrá el inaccess a la prerrogativa. La OG-14 ha referido que el acceso a toda la gama de servicios de salud tendría que estar disponible de *iure* y de *facto*, particularmente, para los grupos más vulnerables como lo son las personas de escasos recursos, migrantes, personas violentadas, discapacitados, etcétera. Pero, las interpretaciones de la no discriminación establecen que no tan solo los Estados deben garantizar la igualdad ante la Ley, sino también rebasar los tratos diferenciados que se den a partir de ella (OG-18, 1989), esto es, el acceso a la salud sexual y reproductiva tendría que estar libre de derechos de castas o de clases. En este sentido, la nota de orientación

de la ONU denominada *Zero Discrimination in Health Care* ha mencionado que la discriminación tiene que ver con las situaciones de derecho o de hecho y que se reflejan en comportamientos violatorios a los derechos humanos como lo es la violencia, la exigencia de requisitos excesivos, la negación de atención médica, las detenciones en contra de la voluntad, las transgresiones a la confidencialidad de los pacientes, entre otros (ONU, 2017).

### Esquema. Accesibilidad del derecho a la salud



FUENTE: elaboración propia con datos de la OG-14 (2001) y la OG-22 (2016).

La accesibilidad física de los establecimientos bienes y servicios de salud sexual y reproductiva, se refiere a que las instituciones de salud y sus servicios se encuentren lo más cercanos a los centros de población y comunidades. Esto involucra que la planificación de los nuevos espacios de salud se dé tomando en consideración las zonas más marginadas o en donde se ubiquen las personas más vulnerables de la población. En caso de que esto no sea posible el Estado tendrá que realizar “medidas positivas” para superar el obstáculo de la distancia física (OG-22, 2016, p. 3).

La accesibilidad económica es entendida como la obligación del Estado de invertir suficientemente recursos al sector salud, lo cual significa aminorar la carga económica de las personas cuando acceden a servicios de salud de carácter sexual y reproductivo, colocando especial atención en los grupos vulnerables para que dispongan de los elementos de sanidad necesarios. En el caso de la salud en la maternidad, como anteriormente se dejó evidencia, diversos organismos de la ONU se han pronunciado por su gratuidad. La accesibilidad económica tiene que ver con el derecho al desarrollo, antes abordado, y el derecho a la igualdad, en donde los Estados generen las condiciones para que las personas alcancen el máximo de sus capacidades.

Finalmente, el acceso a la información es un elemento fundamental del derecho a la salud sexual y reproductiva. Se refiere a que toda la información necesaria esté disponible para que las personas tomen sus decisiones con determinado grado de responsabilidad, lo cual se logra con la obtención de información en temas sexuales o reproductivos como lo son: salud materna, anticoncepción, planificación y bienestar familiar, enfermedades de transmisión sexual, aborto legal, tratamientos hormonales, entre otros (RG-22, 2016). Asimismo, involucra procedimientos médicos, sometimientos a pruebas clínicas o de investigación en salud.

Como se podrá apreciar los elementos esenciales de accesibilidad tienen mucho que ver con la operación de los derechos sexuales y reproductivos. Son estándares mínimos que sirven de utilidad para rebasar las desigualdades de las personas más vulnerables. Aquí radica la importancia de desagregar los derechos hasta encontrar el motivo de su estructura. En sí misma, la accesibilidad está dada a partir del cumplimiento de los propios derechos, el que se analice, probablemente al esquema del ciclo de la accesibilidad de la salud sexual y reproductiva se le pudiera agregar otra esfera de atención de derechos por parte de los Estados, pero eso lo dejamos en el imaginario.

## V. CONCLUSIONES

El derecho a la salud sexual y reproductiva es un derecho que fue construyéndose al paso de las generaciones de derechos humanos. No es una prerrogativa que nació con una concepción clara, probablemente por la complejidad que ha tenido su abordaje. En su construcción participaron organismos de Naciones Unidas y opiniones de expertos quienes los han some-

tido al lente de los derechos económicos, sociales y culturales, y los derechos civiles y políticos. En el momento de agregársele el elemento de salud a los DSR, es decir, un derecho de prestación a cargo del Estado, en el contexto de ser garante del desarrollo, se les ha enmarcado en los derechos sociales. No obstante, la gran aportación de los derechos civiles y políticos a los DSR es la configuración de los límites establecidos desde la responsabilidad.

Las obligaciones de los Estados se enmarcan en los convenios o tratados internacionales, y las interpretaciones de estas las podremos encontrar en las observaciones y recomendaciones generales de los distintos organismos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Como bien lo advertimos, no se encontrará un pronunciamiento específico de los DSR en el instrumento fundacional del sistema universal, ni en los dos principales pactos de derechos, pero sus raíces las encontramos ahí, a partir de la no discriminación y la configuración de las libertades de las personas.

Para conocer su contenido, necesariamente se tiene que acudir a las interpretaciones de los instrumentos internacionales en conjunto con el llamado *soft law*, o derecho suave que también contiene información de discusión. Si bien tanto los derechos sexuales y reproductivos se han establecido como un conjunto de prerrogativas muy vinculadas, puesto que son parte de la dignidad de las personas, para la serie de criterios que se han vertido en torno al sistema universal de los derechos humanos, es posible estudiarlos de manera individual. Son derechos que se interpretan a la luz de los derechos fundamentales de las mujeres, de la no discriminación, del desarrollo, de la educación, de la niñez, del trabajo, medio ambiente, entre otros.

Pensar en los DSR o en el DSSR sin atender a los principios de derechos humanos, especialmente el de la interdependencia, sería una labor inacabada. De igual forma, los roles de las obligaciones de los Estados cobran relevancia. La protección y la garantía de los derechos humanos que inician en la disposición normativa, también tendrían que prever las barreras en su disfrute. En el caso de la salud y de la salud sexual y reproductiva, se han establecido un conjunto de condicionantes para que los establecimientos, bienes y servicios de salud proporcionados por los Estados sean considerados accesibles.

Los elementos esenciales del derecho a la salud sexual y reproductiva dan pie a la accesibilidad como un estándar para que los Estados puedan implementar acciones que permitan superar los obstáculos que se les presentan a las personas más vulnerables. La prohibición de discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad y el acceso a la información representan

un conjunto de elementos mínimos a cubrir, pero la accesibilidad del derecho a la salud sexual y reproductiva se da a partir del cumplimiento de la propia prerrogativa que contempla una diversidad de derechos que están inmersos en la dignidad de las personas. Los derechos humanos se entrelazan hasta llegar a ese punto de contenidos mínimos como la parte culminante.

## VI. REFERENCIAS

- Alonso, M., y Ramos, T. (2023). *Informe especial sobre accesibilidad a la salud sexual y reproductiva de las mujeres migrantes en tránsito por el noreste de México*. Trayectoria de Salud Migrante. [https://drive.google.com/file/d/13j\\_jnJeSI7ZwA95JsES04WMNE5cIHikR/view?pli=1](https://drive.google.com/file/d/13j_jnJeSI7ZwA95JsES04WMNE5cIHikR/view?pli=1)
- Benavides, A. (2017). Bioética en sexualidad y reproducción humana. *Rev Peru Ginecol Obstet.*, 63(4), 565-572.
- Carta de las Naciones Unidas (CNU)*, en el marco de la Conferencia de Naciones Unidas sobre Organización Internacional (1945).
- Charis, R. (2017). La política laboral de México a la luz de los convenios fundamentales y prioritarios de la OIT. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(249), 93-133.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *El derecho a la no discriminación*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Declaración sobre el Derecho al Desarrollo* (1986). Adoptada en la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- Defensoría del Pueblo (2007). *Guía para la formación en derechos sexuales y reproductivos*. Torreblanca.
- Del Castillo, G. y Dussauge, M. (Ed.). (2020). *Enfoques teóricos de políticas públicas: desarrollos contemporáneos para América Latina*. Flacso.
- Del Toro, M. (2006). El fenómeno del soft law y las nuevas perspectivas del derecho internacional. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 6, 513-549.
- Estévez, A. (2016). ¿Derechos humanos o ciudadanía universal? Aproximación al debate de derechos en la migración. *Revista Mexicana de Sociología*, 78, 61-87.
- Mendoza, H. (2012). La sexualidad reproductiva en el siglo XXI. El divorcio entre sexualidad y reproducción. *Perspectivas Sociales*, 14(1), 33-46.

- Miller, A. y Vance, C. (2004). Sexuality, Human Rights, and Health. *Health and Human Rights*, 7(7), 5-15.
- Novak, F. (1998). La Declaración Universal de los Derechos Humanos cincuenta años después. *Agenda Internacional*, 4(10), 75-86.
- Observación General núm. 18 No discriminación (OG-18) (1989), en *Recopilación de las observaciones y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- Observación General núm. 05 relativa a las personas con discapacidad (RG-05) (1995), en *Recopilación de las Observaciones Generales y Recomendaciones Generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- Observación General núm. 14 el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (OG-14) (2000), en *Recopilación de las observaciones y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- Observación General núm. 19 el derecho a la familia (OG-19) (1990), en *Recopilación de las observaciones y recomendaciones generales adoptadas por órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*. Organización de las Naciones Unidas (ONU).
- Observación general núm. 22 relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (OG-22), E /C.12/GC/22 (2016).
- Olvera, A. (2020). El derecho de acceso a la información contenida en el expediente clínico como instrumento de garantía del derecho a la salud. En *Bioderecho y derechos humanos. Perspectivas biojurídicas contemporáneas*.
- Organización de las Naciones Unidas (1995). *Informe de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (ICIPDEC)*. ONU.
- Organización de las Naciones Unidas (2008). *Recopilación de los reglamentos de los órganos creados en virtud de tratados de derechos humanos*.
- Organización de las Naciones Unidas (2010). *Informe del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre el derecho a la educación*.
- Organización de las Naciones Unidas. Development Group (2017). *Zero Discrimination in Health Care*.
- Organización de las Naciones Unidas (2019). *Enfoque basado en los derechos humanos del maltrato y la violencia contra la mujer en los ser-*

- vicios de salud reproductiva, con especial hincapié en la atención del parto y la violencia obstétrica* (Adelanto de la mujer).
- Organización de las Naciones Unidas (2021). *Informe de la Relatora Especial sobre el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental*, Tlaleng Mofokeng.
- Organización de las Naciones Unidas (2022). *Consejo de Derechos Humanos*. <https://www.ohchr.org/es/hr-bodies/hrc/about-council>
- Organización de las Naciones Unidas, Consejo Económico y Social (2004). El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Informe del Relator Especial, Sr. Paul Hunt.
- Organización Internacional del Trabajo (2023). *Convenios y recomendaciones*. <https://www.ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang-es/index.htm#:~:text=Las%20normas%20se%20dividen%20en,act%C3%BAan%20como%20directrices%20no%20vinculantes>
- Paulecio, M. (2011). Teoría y práctica de los principios de Yogyakarta en el derecho internacional de los Derechos Humanos. *Revista Análisis Internacional*, 239-259.
- Peña, F. (2018). *La lucha que no cesa. Los derechos del colectivo LGBTI como derechos humanos*. Tirant lo Blanch.
- Principios de Yogyakarta* (2007).
- Recomendación 200 sobre el VIH y el sida* (2010). Adoptado en Ginebra en la 99ª reunión de la OIT. (Organización Internacional del Trabajo (OIT)).
- Recomendación general núm. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19* (RGCEDAW-35), (2017). Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 22 pp.
- Santelli, J. et al. (2006). Abstinence-only education policies and programs: A position paper of the Society for Adolescent Medicine. *Journal of Adolescent Health*, 38, 83-87.
- Sarmiento, D. (2006). La autoridad del derecho y la naturaleza del *soft law*. *Cuadernos de derecho público*, 28, 221-266.
- Serrano, S. y Vázquez, D. (2013) *Los derechos en acción*. Flacso.
- Vázquez, J., Coss, D., y Salinas, O. (2019). Una aproximación histórico-social a la evolución de los derechos de la comunidad LGBTI+ en México. *Humanidades*, 9(2), 1-20.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Alonso de los Santos, Miguel Ángel y Ramos Tovar, María Elena, “El derecho a la salud sexual y reproductiva: su accesibilidad desde la interpretación internacional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e18161. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18161>

### ***APA***

Alonso de los Santos, M. Á., y Ramos Tovar, M. E. (2024). El derecho a la salud sexual y reproductiva: su accesibilidad desde la interpretación internacional. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e18161. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18161>



## Prisión preventiva oficiosa en México: las contradicciones de las constitucionalidades inconvencionales

### *Mandatory preventive detention in Mexico: contradictions of unconventional constitutionalities*

Julieta Morales Sánchez

 <https://orcid.org/0000-0002-6473-7744>

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

Gerardo Antonio Preciado Ascención

 <https://orcid.org/0000-0001-8103-3127>

Universidad Nacional Autónoma de México. México  
Correo electrónico: 099524896@derecho.unam.mx

Recepción: 10 de enero de 2023

Aceptación: 2 de marzo de 2023

Publicación: 7 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19192>

**RESUMEN:** El presente artículo muestra las resistencias, inconsistencias y contradicciones que han caracterizado a las decisiones de la SCJN por lo que hace a la protección y defensa de los derechos humanos de las personas, particularmente en lo que respecta a la figura constitucional denominada prisión preventiva oficiosa. Asimismo, se exponen los parámetros que, a través de su jurisprudencia, ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto a la prisión preventiva, y se indican las razones de la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa. Por último, en este trabajo se argumenta a favor de la inconvencionalidad e inconstitucionalidad de las reformas a la Constitución y se plantean propuestas para la actualización de nuestro orden jurídico.

**Palabras clave:** prisión preventiva, Corte Interamericana, libertad personal, reformas constitucionales, derechos humanos.

**ABSTRACT:** This article intends to show the resistance, inconsistencies and contradictions that have characterized the Mexican Supreme Court with regards to the protection and defense of human rights of the people, in particular, with regards to the constitutional figure called mandatory preventive detention. Furthermore, it presents the parameters developed by the Inter-American Court of Human Rights —via its jurisprudence— about the preventive detention,

and it explains the reasons why the latter is unconventional. Last but not least, the article argues in favour of the unconventionality and unconstitutionality of reforms to the Constitution and, additionally, some proposals are put forward in order to modernize our judicial system.

**Keywords:** preventive detention, Inter-American Court, personal freedom, constitutional reforms, human rights.

**SUMARIO:** I. *Nota introductoria y advertencia.* II. *Breve historia de la inatracabilidad de las reformas constitucionales inconstitucionales en México.* III. *La reforma al artículo 19 constitucional en materia de prisión preventiva oficiosa.* IV. *Suprema Corte, prisión preventiva oficiosa y sus contradicciones en la determinación de inconvencionalidad de una norma constitucional: ¿un debate decimonónico?* V. *La prisión preventiva en el Derecho convencional.* VI. *Reformas constitucionales inconstitucionales en Argentina y Colombia.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Propuestas.* IX. *Referencias.*

## I. NOTA INTRODUCTORIA Y ADVERTENCIA

México se ha caracterizado por una permanente renuencia a la recepción del derecho internacional. Fue hasta la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, y particularmente con el mandato constitucional del artículo 1o., que todas las autoridades fueron impelidas para cumplir con los derechos humanos y con las normas convencionales. Sin embargo, el camino no ha sido llano, ni falto de resistencias e intentos de retroceso.

El concepto clásico y decimonónico de soberanía ha calado hondo en nuestro país y ha ocasionado una defensa irrestricta a la Constitución a pesar de sus defectos y de los vaivenes políticos que puedan constitucionalizar atrocidades o caprichos de los gobernantes en turno.

En el derecho constitucional mexicano se ha vendido una falacia: lo que se llegue a legislar como texto constitucional, es connaturalmente constitucional y, por ende, inatacable e incuestionable.

Con dicha falacia parece que nos remontamos al “mito del legislador racional” en donde el legislador era perfecto y, por lo tanto, el producto de su actividad, la ley, también era perfecta. Adicionalmente, es como reconocer que el Constituyente Permanente no tiene ningún límite y puede hacer lo que le plazca, sin sujetarse al derecho internacional de los derechos humanos. En otros órdenes jurídicos esos límites existen y los constituyen las cláusulas pétreas o de intangibilidad y el derecho convencional. Por ello el objetivo de este trabajo es demostrar que pueden existir reformas constitucionales que sean inconstitucionales/inconvencionales y que México debe diseñar mecanismos para combatir las, tal es el caso de la prisión preventiva oficiosa.

Por eso se plantea esta advertencia a quien lea este trabajo: no partimos de premisas o dogmas enraizados en la mentalidad jurídica mexicana; vamos más allá de ellos y los cuestionamos. En el presente trabajo se encontrarán postulados polémicos, pero de necesaria reflexión para renovar el derecho mexicano al finalizar el primer cuarto del siglo XXI. Se invita al lector a que se introduzca a la lectura con ánimo innovador y mente abierta; asimismo, se espera que pueda controvertir lo que aquí se sostiene. El diálogo democrático en la heterogeneidad del pensamiento es necesario para renovar las bases del derecho constitucional mexicano que parece no responder a las urgentes necesidades sociales y que sigue atado a formulismos, requisitos y dogmas ya superados en muchos puntos del orbe.

El ejercicio de reflexión y debate que aquí se plantea no sólo es imprescindible sino urgente particularmente porque hace más de una década —con la reforma 2011 al artículo primero constitucional y reafirmada por el Expediente Varios 912/2010 y las Contradicciones de Tesis 259/2011 y 293/2011— se estableció que en México lo constitucional y lo convencional son un conjunto integrado y no dos órdenes normativos en confrontación. El parámetro de control de regularidad constitucional (integrado por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, incluida la jurisprudencia interamericana que los interpreta) persiguen un mismo objetivo (la dignidad humana) y es tarea de los tribunales constitucionales dotar a ese todo de unidad y congruencia, a la luz del principio *pro persona*.

Finalmente, en el presente trabajo se emplean los siguientes métodos: *a)* analítico, a fin de examinar la regulación actual de la figura en estudio y desentrañar el sentido e impacto de los criterios interamericanos; *b)* histórico, dado que se presentan breves pero precisos y necesarios antecedentes de la aplicación de la prisión preventiva en nuestro país; *c)* deductivo, ya que se parte de un contexto general, para de ahí arribar a planteamientos particulares, y *d)* comparado, a fin de contrastar las similitudes y diferencias entre distintos órdenes jurídicos.

## II. BREVE HISTORIA DE LA INATACABILIDAD DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES EN MÉXICO

La inclusión de la prisión preventiva oficiosa en el texto constitucional plantea un tema que ha despertado el interés de amplios sectores relacionados

con la impartición de justicia en el país: hablamos de la inconventionalidad y/o inconstitucionalidad de reformas a la Constitución. Sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha afirmado que una reforma o adición a la Constitución jamás puede ser inconstitucional.

La SCJN ha variado la postura respecto de la (in)constitucionalidad de reformas constitucionales (García Ramírez y Morales Sánchez, 2020, pp. 37-41). En un primer momento, la SCJN indicó que era posible impugnar un proceso de reforma constitucional, dado que lo que se ponía en tela de juicio no era la Constitución misma sino los actos que integran el procedimiento legislativo que culmina en la reforma del texto constitucional (Tesis: [TA] P. LXII/99 (9a), 1999). Así se permitía la revisión formal o procedimental de las reformas, mas no la supervisión de los contenidos (material o sustantiva).

Con posterioridad, a través de diversas controversias constitucionales, la SCJN viró su perspectiva, para considerar que una reforma constitucional no podía ser estimada como contraria a la Constitución, ni por motivos de procedimiento, ni por razones de sustancia (Tesis: [J] P./ J. 39/2002 (9a), 2002). En la tesis jurisprudencial de rubro PROCEDIMIENTO DE REFORMAS Y ADICIONES A LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. NO ES SUSCEPTIBLE DE CONTROL JURISDICCIONAL se afirmó:

De acuerdo con el artículo 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el procedimiento de reformas y adiciones a la Constitución no es susceptible de control jurisdiccional, ya que lo encuentra en sí mismo; esto es, la función que realizan el Congreso de la Unión, al acordar las modificaciones, las Legislaturas Estatales al aprobarlas, y aquél o la Comisión Permanente al realizar el cómputo de votos de las Legislaturas Locales y, en su caso, la declaración de haber sido aprobadas las reformas constitucionales, no lo hacen en su carácter aislado de órganos ordinarios constituidos, sino en el extraordinario de Órgano Reformador de la Constitución, realizando una función de carácter exclusivamente constitucional, *no equiparable a la de ninguno de los órdenes jurídicos parciales, constituyendo de esta manera una función soberana, no sujeta a ningún tipo de control externo*, porque en la conformación compleja del órgano y en la atribución constitucional de su función, se encuentra su propia garantía (énfasis añadido).

Más adelante, la SCJN determinó que la acción de inconstitucionalidad no era la vía idónea para combatir la inconstitucionalidad a una reforma

a la carta magna, ello, porque no era posible estimar a la Constitución como una ley y, en consecuencia, sus reformas o adiciones no podían ser objeto de control por medio de la acción de inconstitucionalidad (Tesis: [J] P./ J. 66/2005 (9a), 2005).

En lo que pareció un cambio de perspectiva, el Pleno de la SCJN emitió una tesis aislada (derivada del Amparo en Revisión 186/2008), en la que sostuvo que en virtud de que el poder reformador de la Constitución no compartía con el Poder Constituyente la naturaleza “supra constitucional” de este último, aquél se hallaba sometido en su actuar, a la propia Constitución (Tesis: [TA] P. LXXV/2009 (9a), 2009).

Por lo anterior —señaló la SCJN en dicha tesis—, “cabe la posibilidad de ejercer medios de control constitucional contra la eventual actuación violatoria de las normas del procedimiento reformativo” (Tesis: [TA] P. LXXV/2009 (9a), 2009). En el criterio en comento no se especifica cuál es el medio de control constitucional que eventualmente quedaría a disposición de los gobernados para impugnar un proceso de reforma a la Constitución.

En la Ley de Amparo de 2013, se incluyó en la fracción I del artículo 61 de dicho cuerpo normativo, la improcedencia del juicio de amparo respecto de reformas o adiciones al texto constitucional. El precepto en cita a la letra establece: “Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

La inclusión de esta causal de improcedencia pronto habría de hacer extensivos sus efectos, ya que comenzaron a surgir tesis provenientes de los Tribunales Colegiados, en las que se defendía la constitucionalidad de la citada fracción I del artículo 61 de la Ley de Amparo (Tesis: [TA] I.1o.A.E.72 K (10a.), 2017; Tesis: [TA] I.1o.A.E.73 K (10a.), 2017).

Más aún, en la Contradicción de Tesis 105/2021, que derivó en la Jurisprudencia 2a./J. 2/2022 (11a.), la Segunda Sala de la SCJN determinó que

cuando en un juicio de amparo se reclama alguna adición o reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos —respecto a su contenido material—, se actualiza de manera manifiesta e indudable la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, lo que da lugar a desechar de plano la demanda de amparo desde el auto inicial. (Tesis: [J] 2a./J. 2/2022 (11a), 2022)

Así se sostuvo que “dicha norma fue emitida por un Poder Reformador cuyos actos no se encuentran sujetos a ninguno de los mecanismos de control

jurisdiccional previstos en la Constitución General o en alguna otra ley secundaria” (Tesis: [J] 2a./J. 2/2022 (11a), 2022).

Esta postura de inimpugnabilidad de una reforma constitucional, también está presente en el artículo 105 constitucional, fracción II, el inciso g, que limita la facultad de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para promover una acción de inconstitucionalidad. Dicha acción sólo procede en contra de leyes federales y locales, y tratados internacionales firmados por el Ejecutivo Federal y ratificados por el Senado, que vulneren derechos humanos reconocidos en la Constitución y por tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte; no se faculta a dicha Comisión para impugnar reformas a la Constitución.

Lo mismo acontece respecto de la facultad que la propia Constitución confiere a las minorías legislativas federales: de acuerdo con los incisos a) y b) de la fracción II del precepto 105 constitucional en cita, el equivalente al 33% de la Cámara de Diputados y del Senado, respectivamente, podrá plantear una acción de constitucionalidad pero sólo en contra de normas de carácter general<sup>1</sup> que pudieran contravenir la Constitución, mas no se faculta a ninguna de las cámaras a incoar una acción de inconstitucionalidad en contra de reformas a la propia Constitución. Así, no existe en México un mecanismo de control constitucional *a priori* que permita valorar los proyectos de reforma constitucional; nuestro mecanismo de control (acción de inconstitucionalidad) es *a posteriori*, una vez emitida la norma.

También es pertinente recordar que el último párrafo de la fracción I (primera), del artículo 105 constitucional establece que en las controversias constitucionales podrán hacerse valer violaciones a la Constitución, así como a derechos humanos reconocidos en aquellos tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte. Si bien la fracción I (primera) señala que las controversias proceden contra normas generales, en el inciso I (ele), segundo párrafo, se indica: “Siempre que las controversias versen sobre disposiciones generales de las entidades federativas, de los Municipios o de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México impugnadas por la Federación [...] o en los casos a que se refieren los incisos c), h), k) y l) anteriores, y la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación las declare inválidas, dicha resolución tendrá efectos generales cuando hubiere sido aprobada por una mayoría de por lo menos ocho votos”, por lo que no se prevé la opción de reformas constitucionales o de impugnar nuevo texto constitucional.

---

<sup>1</sup> La Cámara de Diputados en contra de leyes federales y la Cámara de Senadores en contra de leyes federales y tratados internacionales.

Así las cosas, se colige que las personas bajo la jurisdicción del Estado mexicano no cuentan en —sede doméstica— con un solo medio de defensa en contra de reformas o adiciones a la Constitución, ni en su vertiente formal-procedimental ni material-sustantiva.

Al respecto, no debe olvidarse que el Estado mexicano tiene la obligación de garantizar la existencia de un recurso judicial sencillo, rápido o efectivo ante juez o tribunal competente, contra actos violatorios de los derechos fundamentales de cualquier persona (*Caso Cordero Bernal*, 2021, p. 100), lo anterior, en términos del artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por ello, la ausencia de tal recurso podría derivar en responsabilidad internacional para el Estado por violaciones a los derechos al acceso a la justicia, debido proceso y audiencia.

### III. LA REFORMA AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA

La figura de prisión preventiva fue introducida al orden jurídico nacional en la Constitución de 1917 (no existía en el texto constitucional anterior, de 1857). Se incluyó en el primer párrafo de su artículo 18, en los siguientes términos: “Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El lugar de ésta será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 1917).

Originalmente, el artículo 19 constitucional no contemplaba un catálogo de delitos que ameritasen prisión preventiva; no fue sino hasta la reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18 de junio de 2008, que se incluyó en el párrafo segundo de dicho precepto un catálogo de delitos que facultaban a los jueces a dictar prisión preventiva, en su vertiente oficiosa:

Artículo 19 [...]

[...] El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Por lo que hace a la duración de la prisión preventiva, el párrafo segundo de la fracción X del artículo 20 de la Constitución promulgada en 1917 (fracción actualmente inexistente) señalaba que: “Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso” (CPEUM, 1917); así, el texto constitucional permitía que la ley estableciese su vigencia.

Sería hasta la citada reforma constitucional del 18 de junio de 2008, que la propia Constitución establecería un límite temporal a la duración de la prisión preventiva, misma que se incluyó en el párrafo segundo de la fracción IX del artículo 20 constitucional:

IX[...]

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso podrá ser superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. [énfasis añadido]

Debe decirse, sin embargo, que la limitación temporal establecida por la Constitución para la prisión preventiva oficiosa rara vez se cumple, ya que, de acuerdo con datos provenientes de la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL) 2021 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), la población privada de la libertad en nuestro país es de 220.5 mil personas. De este total, 72% contaba con sentencia dictada (158.76 mil personas), y de éstas, un 23.9% demoró más de dos años en obtener dicha sentencia (37.94 mil personas) (INEGI, 2021).

De igual forma, es relevante señalar que el 39.2% de las personas privadas de su libertad, sujetas a proceso penal, ha permanecido en un centro penitenciario por más de dos años (86.43 mil personas) (INEGI, 2021). Cabe recordar que se trata de personas que, a pesar de no haber sido sentenciadas, permanecen en prisión preventiva en un centro penitenciario.

Ahora bien, con fecha 12 de abril de 2019, se publicó en el *DOF* el “Decreto por el que se reforma el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de prisión preventiva oficiosa”, por medio del cual se incorporaron al párrafo segundo del precepto en cita, un catálogo importante de delitos. Dicha norma dispone, en su parte conducente, lo siguiente:

El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso,



feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud.

Como se mencionó, no existe en México recurso alguno para impugnar o cuestionar reformas constitucionales, por lo cual el Decreto de referencia no pudo ser atacado ni vía amparo ni a través de acción de inconstitucionalidad.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), desde antes de la aprobación de la citada reforma constitucional que amplió el catálogo de delitos que serían objeto de prisión preventiva oficiosa, se pronunció abiertamente en contra, en atención a las razones siguientes (CIDH, 2019):

La CIDH recuerda que de conformidad con reiterados y constantes pronunciamientos de los órganos del Sistema Interamericano, la aplicación de la prisión preventiva obligatoria en razón del tipo de delito, constituye no sólo una violación al derecho a la libertad personal protegido por la Convención Americana, sino que convierte a la prisión preventiva en una pena anticipada y, además, constituye una interferencia ilegítima del legislador en las facultades de valoración que competen a la autoridad judicial.

Asimismo, con fecha 6 de febrero de 2019, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió un comunicado en el que exhortó a no incrementar los delitos que ameritasen prisión preventiva oficiosa (CNDH, 2019):

El aumento de las hipótesis de la prisión preventiva oficiosa no es la solución a los problemas que México enfrenta en los ámbitos de seguridad y justicia, sobre todo por no revestir como lo exige la Corte Interamericana de Derechos Humanos carácter excepcional, sino al contrario, debilita la apuesta de nuestro país por el Sistema de Justicia Penal Acusatorio sin que se haya permitido que el mismo se implemente, opere y consolide plenamente.

Sobre el particular, el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria de la Organización de Naciones Unidas (ONU) ha sido consistente en señalar que la prisión preventiva en su vertiente oficiosa es violatoria de derechos, así como de la independencia judicial (ONU, 2022):

Bajo el artículo 19 de la Constitución, el ordenamiento jurídico mexicano obliga a los jueces a imponer prisión preventiva oficiosa a todas las personas que sean acusadas de determinados delitos, lo que ha llevado a múltiples violaciones de sus derechos humanos, como la presunción de inocencia, el debido proceso y la igualdad ante la ley.

La prisión preventiva oficiosa es, igualmente, contraria a la independencia judicial y al deber de fundamentar jurídicamente los motivos de la detención[...] Además, pone en grave riesgo el derecho a la integridad personal y la garantía de no ser víctima de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes. A pesar de que la prisión preventiva oficiosa sea establecida en la ley, ello no garantiza que no sea arbitraria.

#### IV. SUPREMA CORTE, PRISIÓN PREVENTIVA OFICIOSA Y SUS CONTRADICCIONES EN LA DETERMINACIÓN DE INCONVENCIONALIDAD DE UNA NORMA CONSTITUCIONAL: ¿UN DEBATE DECIMONÓNICO?

Los días 5 y 6 de septiembre de 2022 se discutió en el Pleno de la SCJN lo relativo a la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 (bajo la ponencia del ministro Luis María Aguilar), en las que se demandaba la invalidez del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal Federal, publicado en el *DOF* el 8 de noviembre de 2019.<sup>2</sup>

En síntesis, en dicho proyecto el ministro ponente proponía que la imposición de prisión preventiva oficiosa sería legítima solamente si el ministerio público justificaba las razones por las que una persona imputada podía ser un riesgo para la sociedad, o bien, para el desarrollo de la investigación o del proceso (SCJN, 2022a); es decir, la prisión preventiva podía dictarse a condición de que la misma estuviera debidamente justificada.

---

<sup>2</sup> Estas acciones de inconstitucionalidad fueron incoadas por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores.

Para poder declarar la invalidez de los preceptos legales impugnados —arguyó el ministro ponente—, debía la SCJN modificar el criterio sostenido en la Contradicción de Tesis 293/2011 (Tesis: [J] P/J. 20/2014 (10a.), 2014) ya que, si se entendía a la prisión preventiva oficiosa —prevista en el párrafo segundo del artículo 19 constitucional— como una restricción expresa, el máximo tribunal debía ponderar si se mantenía dicha restricción, o bien, si por el contrario, resultaba ineludible optar por la mayor protección de los derechos humanos (derivados de cualquier fuente) y, en consecuencia, inaplicar lo dispuesto en el citado párrafo segundo del artículo 19 constitucional.

Este es el quid del proyecto, el cual suscitó algunos pronunciamientos de los ministros, los cuales son dignos de mención y análisis. Por ejemplo, la ministra Esquivel Mossa afirmó que

La Suprema Corte de Justicia de la Nación carece de atribuciones para inaplicar la Constitución [...] la decisión de inaplicar cualquier norma constitucional equivale a invalidarla o, por decir lo menos, a vaciarla de contenido, en perjuicio de la supremacía que tiene, a lo (*sic*) que es lo mismo declarar inconstitucional a la propia Constitución, como si esta fuera contradictoria. (SCJN, 2022a)

Esta afirmación supone negar que el poder reformador es incapaz de introducir en el texto constitucional figuras que eventualmente podrían vulnerar derechos humanos, como lo es, precisamente, la prisión preventiva oficiosa. O que, siendo capaz, la SCJN no tiene facultades ni vías para invalidarlas.

En la especie, la inaplicación del párrafo segundo del artículo 19 constitucional, no suponía, en ningún sentido, “declarar inconstitucional a la propia Constitución”, sino que con ello se buscaba proteger los derechos y libertades que la propia norma fundamental reconoce; inaplicar el precepto en cita suponía defender a la Constitución.

Asimismo, la citada ministra reiteró que “las Ministras y los Ministros no somos responsables de redactar o de reformar la Constitución” (SCJN, 2022a). Desde luego que esa no es su función, pero tampoco era ese el objetivo o sentido del proyecto en cuestión, porque sólo a través de una interpretación formalista —en donde el juez es un simple aplicador de la voluntad del legislador— es posible sostener que inaplicar un precepto constitucional equivale a “reformular” la carta magna.

No debe olvidarse que la SCJN desempeña la función de hacer cumplir la Constitución, y no puede desempeñar ese papel acatando ciegamente lo que dispone el legislador o la “letra de la ley”, sin realizar ningún ejercicio interpretativo o sin usar herramientas hermenéuticas para dotar de congruencia y sistematicidad al marco jurídico nacional (que incluye las normas domésticas y convencionales).

De igual forma, llama la atención lo afirmado por la ministra Ortiz Ahlf, para quien “la prisión preventiva no es una figura inconvencional. La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece en su artículo 7 que el derecho a la libertad no es absoluto y puede ser limitado por[...] las Constituciones Políticas de los Estados Parte” (SCJN, 2022a). Sin embargo, valdría la pena recordar que México al ratificar la CADH no presentó ninguna declaración interpretativa ni reserva en torno a su artículo 7o. ni respecto a prisión preventiva, por lo que nuestro país está obligado al cumplimiento de sus compromisos convencionales, los cuales adquirió en ejercicio de su propia soberanía. Y a luz del artículo 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, un Estado “no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

Adicionalmente, *infra* se analizará la jurisprudencia interamericana que interpreta la CADH y que, por tanto, es parte integrante de la misma, la cual además es vinculante para todos los jueces en México (incluidos los ministros), siempre y cuando resulte más favorable, por decisión de la propia SCJN en la Contradicción de Tesis 293/2011.<sup>3</sup>

En su orden, el ministro Pérez Dayán advirtió que, para él, resultaba inadmisibles que la SCJN inaplicara, invalidara o desconociera una de sus propias disposiciones, y que entendía “que se permite incorporar normas de fuente internacional a condición de que ello se realice con arreglo al Texto Fundamental” (SCJN, 2022a).

---

<sup>3</sup> Dicha CT en su parte conducente señala: “[...] las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbriamiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comentario es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano”. *Cfr.* Tesis: [J] P./J. 20/2014 (10a.) (2014).

Cabría preguntarse: ¿con arreglo a qué texto fundamental? Es un hecho incontrovertible que, gracias a la reforma en materia de derechos humanos de 2011, la Constitución reconoce derechos de fuente internacional, a los cuales incorpora a su propio texto y al parámetro de control de regularidad constitucional o bloque de constitucionalidad. No es sostenible que se diga que “deben estar de acuerdo con la Constitución”, cuando los derechos humanos de fuente internacional son Constitución. Adicionalmente, en cumplimiento del mandato del artículo 1o. constitucional, la única regla de prevalencia que es válida es la que se edifique con base en el principio *pro persona*, es decir, norma más favorable o benéfica para las personas en cada caso.

Por eso, un argumento, pronunciado por el citado Ministro Pérez Dáyán, que pasará a la historia del constitucionalismo nacional es el de: “no soy quien para desprender hojas de la Constitución” (SCJN, 2022a).

Así también, es ya memorable el discurso del entonces ministro presidente de la SCJN, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, en respuesta a lo anterior, por su claridad y contundencia:

Y se ha dicho aquí: pues —yo— no puedo inaplicar el artículo 19; con lo cual lo que estamos diciendo —sí— puedo inaplicar el 1o. Escuché ayer: “¿quién soy —yo— para arrancar páginas de la Constitución”. Bueno, quizás no para arrancar el artículo 19, pero sí el 1o. Pero no se trata de arrancar páginas de la Constitución porque, efectivamente, el artículo 19 no está impugnado porque no puede ser impugnado. Lo que estamos haciendo, como Tribunal Constitucional, es [...] establecer el parámetro de regularidad constitucional merced al cual estas normas (secundarias) van a ser juzgadas. Y esta es una labor interpretativa, no es una labor Constituyente porque, reitero, no estamos usurpando la atribución de nadie. Es el Constituyente el que estableció que esos derechos humanos los reconoce el Estado Mexicano y, consecuentemente, tienen una jerarquía superior que ilumina a todo el Estado Mexicano [...]. ¿Si este bloque de constitucionalidad de derechos humanos no es indisponible, incluso para las mayorías, quiere decir que el día de mañana el Poder Revisor puede establecer en la Constitución la tortura, los azotes, la pena de muerte, los tratos inhumanos, la esclavitud, y ante todo eso, este Tribunal Constitucional no podría hacer absolutamente nada? (SCJN, 2022b)

Priorizar el artículo 19 por encima del artículo 1o. es indebido y sumamente cuestionable, ya que ambos son textos constitucionales pero el prin-

cipio *pro persona* es el eje rector. Y el haber inaplicado el párrafo segundo del artículo 19 constitucional habría representado la efectiva protección de los derechos humanos (de fuente constitucional y convencional) que son uno mismo e integran el parámetro de control de regularidad constitucional.

Así lo ha querido entender la ministra Norma Piña cuando aseveró que: “Los derechos humanos, cualquiera que sea su fuente, tienen una fuerza preponderante dentro del parámetro de control de regularidad constitucional[...] es nuestra obligación protegerlos y garantizarlos” (SCJN, 2022b).

En sesión celebrada por el Tribunal Pleno de la SCJN el 8 de septiembre de 2022, el proyecto relativo a la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, fue retirado por el ministro ponente Luis María Aguilar, lo mismo aconteció con el proyecto referente a la acción de inconstitucionalidad 355/2021, retirado por la ministra ponente Norma Piña Hernández, lo anterior, en aras de presentar un nuevo proyecto que pudiese obtener un mayor consenso, según arguyeron dichos ministros (SCJN, 2022c).

Con fecha 22 y 24 de noviembre de 2022, el Tribunal Pleno de la SCJN retomó la discusión únicamente respecto de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. El quid del nuevo proyecto sostenía que la prisión preventiva en su vertiente oficiosa no debe ser posible en un Estado constitucional de derecho, y que era necesario armonizar la prisión preventiva con derechos tales como el de libertad personal, la presunción de inocencia, el deber de motivación de medidas cautelares y la necesidad de someterlas a control judicial previo. Literalmente, el ministro Aguilar Morales mencionó

la prisión es la sanción más severa con que cuenta el derecho penal, por ese motivo, la concepción de la prisión preventiva oficiosa como una medida que opera en forma automática e irreflexiva debe considerarse como una pena anticipada, contraria a los derechos humanos y, por tanto, debe ser inadmisibles en un Estado constitucional de derecho. (SCJN, 2022d)

En relación con dicho proyecto, destacan algunas participaciones, como la de la ministra Esquivel Mossa, quien señaló que

una cosa es interpretar y otra muy distinta revertir el sentido de una disposición constitucional, tal como ahora nos propone el proyecto [...] carecemos de atribuciones, tanto para declarar la ineficacia de un mandato del Constituyente

como para sustituirnos en su función y ser nosotros quienes determinemos cuál debe ser el rumbo de la política criminal del Estado Mexicano, sin importarnos lo que al respecto ordena nuestra Constitución. (SCJN, 2022d)

Esta postura fue reiterada por el ministro Pérez Dayán, quien sostuvo: “no puedo privilegiar preferencias personales o estimaciones respecto a la bondad, sabiduría o mérito de la decisión tomada por el Poder Reformador de la Constitución ni optar porque éstas tienen determinación judicial en este Alto Tribunal” (SCJN, 2022d), es decir, la voluntad del poder reformador no puede ser objeto de interpretación por parte de la SCJN, lo que equivale a decir que dicho poder reformador no está sujeto a control judicial/constitucional alguno.

Ante esta postura, vale la pena recordar que “el rol de la rama judicial es el asegurarse de que la rama legislativa ejerza su autoridad conforme al marco constitucional[...] La separación de poderes no le otorga al legislativo una licencia para violar la Constitución” (Barak, 2020, p. 51). De manera preocupante, una porción no menor de los ministros que integran la SCJN entiende que el así llamado “poder reformador de la Constitución” no está, ni debe estar sujeto, a ninguna clase de control constitucional.

En contraste, el entonces ministro presidente del máximo tribunal, Arturo Zaldívar, advirtió:

No nos estaríamos excediendo (en el uso de facultades conferidas a la SCJN) porque el artículo 1 también es Constitución, y el artículo 1 lo estableció el Poder Constituyente, el Poder Revisor de la Constitución, y tan obligatorio es para nosotros la interpretación del 1 como del 19, y ante estas dos normas, toda vez que la prisión preventiva oficiosa es una restricción constitucional que vacía de contenido el principio de presunción de inocencia y la libertad personal, me parece que lo que tenemos que hacer —reitero— es privilegiar la aplicación del artículo 1 constitucional. (SCJN, 2022e)

No debe olvidarse que es una facultad a cargo del Poder Judicial — particularmente de un Tribunal Constitucional—, determinar si los órganos del Estado han cumplido con los límites constitucionales a los que se hallan sometidos, ya que el objetivo de dicho poder judicial debería ser asegurar la supremacía constitucional (Roznai, 2020, p. 274).

Asimismo, es relevante enfatizar que el rol central de un juez constitucional es la protección de la democracia y de la Constitución, a través de la

salvaguarda de los derechos humanos de todas las personas (Barak, 2020, p. 84-85); su papel no puede ser el de simple instrumento que acata y hace cumplir la voluntad del legislador.

En suma, la SCJN perdió la oportunidad de garantizar, de manera efectiva, los derechos a la libertad personal y a la presunción de inocencia de las personas bajo jurisdicción del Estado mexicano, ya que, si bien dicho Tribunal Constitucional invalidó ciertas disposiciones legales relacionadas con la oficiosidad de la prisión preventiva, mantuvo dicha figura en el artículo 19 constitucional,<sup>4</sup> sin realizar una interpretación convencional de su contenido.

Corresponde entonces a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), llevar a cabo tan relevante tarea<sup>5</sup> (como aconteció ya en los casos *Tzompaxtle Tecpile* y *García Rodríguez*, que se verán *infra*), y el Estado mexicano quedará expuesto —como ya lo está— a incurrir en responsabilidad internacional.

## V. LA PRISIÓN PREVENTIVA EN EL DERECHO CONVENCIONAL

### 1. *La Convención Americana sobre Derechos Humanos*

La prisión preventiva constituye una afectación a la libertad personal y, en virtud de tal circunstancia, en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se han establecido una serie de requisitos orientados a asegurar que la imposición de dicha medida cautelar sea legítima. Así, la prisión pre-

---

<sup>4</sup> Por mayoría de 9 votos, se declaró la invalidez de las fracciones I y II del párrafo VII del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales; por mayoría de 8 votos, se declaró la invalidez de la fracción III del párrafo VII del artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales; a su vez, por mayoría de 8 votos, se declaró la invalidez de la fracción VIII del artículo V de la Ley de Seguridad Nacional; por mayoría de 8 votos, se declaró la invalidez de las fracciones VIII, VIII Bis y VIII Ter del artículo 2 de la Ley Federal de Delincuencia Organizada; y, finalmente, por unanimidad de 11 votos, el Tribunal Pleno de la SCJN declaró la invalidez, por extensión, de la última parte del párrafo II del artículo 187, así como del párrafo III del artículo 192, ambos del Código Nacional de Procedimientos Penales.

<sup>5</sup> Se encuentra pendiente de resolución el *Caso García Rodríguez y otros vs. México*, en el que las presuntas víctimas Reyes Alpízar Ortiz y Daniel García Rodríguez, permanecieron en prisión preventiva por más de 17 años, hasta el 23 de agosto de 2019; la Corte IDH deberá determinar si existe responsabilidad internacional por parte del Estado mexicano. *Cfr.* [https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/garciarodriguez\\_se\\_01.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/garciarodriguez_se_01.pdf)



ventiva *per se* no es inconvencional siempre que se cumpla con los parámetros que para tal fin se han establecido tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) como en la jurisprudencia emanada de la Corte IDH.

Cuando una persona es sujeta a prisión preventiva, se ven afectados sus derechos de libertad personal y a la presunción de inocencia, e incluso, puede llegar a conculcarse su derecho al acceso a la justicia y al control judicial. La CADH reconoce esta realidad, por lo que en sus artículos 7o. y 8o. estatuye las condiciones en las cuales la libertad individual puede ser válidamente limitada.

Dicho de otra forma, la prisión preventiva, al constituir una restricción a la libertad de las personas —la cual se aplica cuando el sujeto goza del estado jurídico de inocente—, tiene un carácter excepcional, y su convencionalidad se encuentra condicionada a que dicha medida sea de carácter cautelar, y cuyo fin debe ser, *inter alia*, garantizar la realización de los fines del proceso pero respetando siempre la presunción de inocencia que debe prevalecer en cualquier Estado que se califique de democrático (Espinoza-Guamán, 2022, p. 359).

No debe olvidarse que el objeto y fin de la CADH lo constituye precisamente, la protección de los derechos y libertades que dicho instrumento prevé y existe el deber de adoptar disposiciones de derecho interno (entre ellas medidas legislativas o de otro carácter), tal y como se desprende de los artículos 1.1 y 2 de ese tratado.

El derecho a la libertad personal se encuentra previsto en el artículo 7.1 de la CADH, y sus respectivas garantías en los artículos 7.2 a 7.7 del citado instrumento. El artículo 7.1 de la CADH dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales”, enunciado que puede interpretarse en el sentido de que, por disposición de la CADH, “la libertad es siempre la regla, y su limitación o restricción, la excepción” (Hitters, 2022, p. 213). Teniendo como base dicho principio, la CADH estipula, en el artículo 7.2, entre otras cosas: “Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas”. Por lo que debe “aplicarse un plazo razonable para la duración del encarcelamiento preventivo” (Ordoñez, 2021, p. 52).

Sobre el particular, es menester advertir que, si bien constituye un requisito *sine qua non* para la validez y legitimidad de la imposición de prisión preventiva el que la misma se encuentre prevista en la legislación (o en la

Constitución) del Estado parte (artículo 7.2 de la CADH), ese hecho, por sí mismo, dista de ser suficiente para considerar que su aplicación es convencional y que es acorde con el *effet utile* de la CADH.

Lo anterior puede verificarse en el texto del artículo 7.3 del instrumento interamericano en cuestión, el cual dispone que “Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”; aquí, cobra particular relevancia el término “arbitrarios”, cuya interpretación no puede circunscribirse a simplemente afirmar que no es arbitrario todo aquello que se encuentra previsto en la ley, ya que una perspectiva semejante atendería únicamente al aspecto formal de la norma, dejando de lado su parte material. *Infra* se analizará la jurisprudencia interamericana a este respecto.

Es evidente que si una medida cautelar no estuviere estipulada en la ley, sería formalmente ilegal y arbitraria, pero, puede ocurrir que, a pesar de hallarse prevista en la ley, su contenido pueda eventualmente vulnerar algún derecho humano y, en esa hipótesis, la medida resultaría arbitraria desde el ámbito material:

la Corte IDH ha puesto énfasis en señalar que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aun considerados como legales—, puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. (Hitters, 2022, p. 214)

Lo anterior se verifica cuando la CADH, en su artículo 7.5, establece que toda persona tiene derecho a ser juzgada en un plazo razonable, y que, cuando ello no ocurriera así, deberá ser puesta en libertad, cuando (se sobreentiende) la libertad de la persona hubiere sido limitada por una medida cautelar, como la prisión preventiva.

En opinión de algunos autores, ello obedece a que “la prisión preventiva debe cumplir una función procesal —no sancionatoria—, esto es, la medida cautelar no puede utilizarse como sanción penal e intentar con su aplicación conseguir fines preventivos” (Aníbal, 2021, p. 477), porque si fuera así, la prisión preventiva se convertiría en una sanción anticipada, desnaturalizándose su función de medida cautelar, circunstancia que constituiría una limitación ilegítima al derecho de libertad de las personas.

Se insiste en que la duración de la prisión preventiva no puede prorrogarse *ad infinitum*, a riesgo de volverse arbitraria, ya que, de acuerdo con Hitters (2022) “se viola la libertad física cuando la prisión... resulta de-

masiado prolongada, sin que se inicie la indagación o sin que el proceso concluya” (p. 216), lo cual contravendría, en último término, no sólo el derecho a la libertad previsto en el artículo 7 de la CADH, sino, sobre todo, el numeral 1.1 de dicho instrumento, porque tal hecho sería contrario al objeto y fin de la CADH.

Asimismo, hay que tomar en cuenta al control judicial inmediato que “es una medida tendiente a evitar la arbitrariedad o ilegalidad de las detenciones, tomando en cuenta que en un estado de derecho corresponde al juzgador garantizar las prerrogativas del apesado [...] y procurar, en general, que se trate al apesado de manera consecuente con la presunción de inocencia” (Hitters, 2022, p. 213).

Por otra parte, existe otro principio fundamental orientado a evitar la arbitrariedad cuando el Estado busque limitar la libertad personal: la presunción de inocencia. La presunción de inocencia se halla prevista en el numeral 8.2 de la CADH, y en su parte conducente establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

Dicho principio puede entenderse como:

una presunción a favor del acusado de un delito, según el cual éste es considerado inocente mientras no se haya establecido su responsabilidad penal mediante una sentencia en firme[...] Esta exigencia impide que se trate como culpable a la persona sólo sospechosa de haber cometido una conducta delictiva sin importar el grado de verosimilitud de la sospecha, hasta que un tribunal competente no pronuncie una sentencia que afirme su culpabilidad e imponga una pena. (Espinoza-Guzmán, 2022, p. 355)

Ello tiene implicaciones relevantes, entre las que destaca el hecho de que la presunción de inocencia solamente puede ser derrotada hasta el momento en que en juicio se dicte sentencia condenatoria, y la misma haya causado ejecutoria, nunca antes.

Si esto es así, debe aceptarse que la prisión preventiva, de manera necesaria, entra en conflicto con dicho principio, ya que cuando aquélla se impone, la persona que la sufre se sigue presumiendo inocente, no obstante ello, ve restringida su libertad.

Así las cosas, el precepto en cita “impone rechazar la presunción de culpabilidad, pero también implica desestimar cualquier pretensión que implique una presunción de peligrosidad[...] (la cual) no puede presumirse (ya

que ello) sería una franca y directa violación al principio de presunción de inocencia” (Aníbal, 2021, p. 96).

La presunción de inocencia, si bien puede ser derrotada, no lo es por la sola circunstancia de que en juicio se decreta la prisión preventiva como medida cautelar. No es dable que se utilice a esta última como un medio sancionatorio previo al dictado de la sentencia, porque ello desde luego violaría dicha presunción.

Para que la imposición de la medida sea legítima, huelga decir, acorde al objeto y fin de la CADH, deben verificarse lo que disponen los numerales 7.1, 7.2, 7.3, 7.5 y 7.6 del citado convenio internacional, lo que a su vez implicaría concebir a la prisión preventiva en los términos siguientes (Moscoso, 2021, p. 477): 1. Constituye una medida excepcional; 2. Debe ser proporcional; 3. Su imposición debe ser necesaria para los fines del proceso; 4. No puede estar determinada por el tipo de delito o la peligrosidad del acusado; 5. No se funda en la gravedad ni en el resultado del delito; 6. No es una excepción imperativa y obligatoria de la presunción de inocencia, y 7. No puede aplicarse como una sanción anticipada.

## *2. Jurisprudencia de la Corte IDH en torno a prisión preventiva*

### *A. Naturaleza cautelar*

Para evitar la ilegalidad y arbitrariedad de la prisión preventiva, ésta debe ser considerada como una medida cautelar de carácter personal, que se aplica con el fin de garantizar la investigación de la comisión de un delito, así como de asegurar la inmediatez del imputado con el proceso, teniendo en cuenta en todo momento que la persona a quien se le impone goza de la presunción de inocencia (Espinoza-Guamán, 2022, p. 354).

De conformidad con esta postura, la prisión preventiva debe poseer un carácter meramente procesal, cuyo fin primario es la no obstaculización del proceso por parte del imputado, así como garantizar la vinculación de éste con dicho proceso (más adelante se expondrán los principios y condiciones que deben cumplirse al imponerse la medida de mérito).

Por ello, se afirma que la prisión preventiva es una medida cautelar, y en la medida en que adquiere una naturaleza diversa (a saber, el carácter de pena), deviene arbitraria, por lo cual, según Ordoñez (2021) “la prisión preventiva es una medida cautelar, no punitiva. Por lo cual, la prolongación

arbitraria de una prisión preventiva la convierte en un castigo cuando se inflige sin que se haya demostrado la responsabilidad penal” (p. 52).

No obstante, como se mostrará *infra*, para la válida imposición de esta medida no sólo es necesario que existan indicios de la presunta responsabilidad penal del acusado, ya que tal circunstancia, por sí misma, no es justificación suficiente para aplicarla. Para Hitters (2022),

la detención preventiva es la institución más severa que se puede aplicar a una persona acusada de delito, con lo cual su aplicación debe tener carácter de excepcional, limitado por el principio de legalidad, la presunción de inocencia, la necesidad y la proporcionalidad, de acuerdo con lo que es estrictamente necesario en una sociedad democrática, pues es una medida cautelar, no punitiva. (p. 216)

No obstante la lesividad de la prisión preventiva, es verdad que —según Moscoso— “viene siendo aplicada de forma desmedida por los operadores jurídicos, y es considerada en la praxis como la regla y no como la excepción en los procesos cautelares penales” (2021, p. 473). Reconociendo esta realidad, la Corte IDH ha insistido en que la medida de mérito debe conservar, en todo momento, el carácter de cautelar, no pudiendo imponerse como un equivalente a una pena, porque ello constituiría una franca violación a la presunción de inocencia ya referido y previsto en el artículo 8.2 de la CADH. Sobre el particular, la Corte IDH ha expresado que

[...] es relevante a efectos del caso señalar que siendo la prisión preventiva una medida cautelar, no punitiva, su aplicación se ve limitada por el principio de presunción de inocencia, contenido en el artículo 8.2 de la Convención, según el cual una persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. Por ello, la *procedencia o legitimidad de la privación preventiva de la libertad no puede presumirse, sino que debe fundarse en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal, y no puede tener como razones suficientes, las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa [...] las medidas privativas de la libertad durante el proceso penal son convencionales, siempre que tengan un propósito cautelar; es decir, que sean un medio para la neutralización de riesgos procesales*; en particular, la norma se refiere al de no comparecencia al juicio (cursivas propias). (Caso *González y otros*, 2021, pp. 100-102)

El estándar de protección que se origina en la CADH, y que ha desarrollado la Corte IDH, ha ido limitando las posibilidades de aplicación de la prisión preventiva, en el sentido de obligar a las autoridades de los Estados parte de la Convención a cumplir con una serie de presupuestos, sin los cuales la prisión preventiva debe considerarse arbitraria.

La Corte IDH ha entendido lo gravoso que puede llegar a ser para una persona el que se imponga como medida cautelar la prisión preventiva. Por ello, ha desarrollado a través de su jurisprudencia —en ejercicio de su competencia tanto contenciosa como consultiva—, un estándar riguroso orientado a hacer efectivas las garantías convencionales.

En síntesis, entre las muchas condiciones que deben verificarse para que la aplicación de la prisión preventiva sea convencional, se encuentran: *a)* su límite es la presunción de inocencia, *b)* no debe aplicarse como una pena, porque ello violaría su naturaleza cautelar, *c)* no debe presumirse su legitimidad, sino que debe fundarse en circunstancias objetivas y ciertas, y *d)* debe perseguir fines legítimos (que se explicarán *infra*).

En los párrafos siguientes, se mostrará la forma en que la Corte IDH ha querido entender tanto la libertad personal y sus garantías, y se buscará presentar “el diseño” del estándar interamericano de protección a dicho derecho que el citado tribunal ha construido; sin perjuicio de que puedan incluirse definiciones o aproximaciones propias de la doctrina jurídica latinoamericana.

## ***B. Derecho a la libertad personal, restricciones y detenciones ilegales***

En el *Caso Pavez Pavez vs. Chile*, la Corte IDH ha precisado que (*Caso Pavez Pavez*, 2022, p. 60):

[...] el artículo 7.1 de la Convención Americana [...] incluye un concepto de libertad en un sentido extenso, el cual es entendido como la capacidad de hacer y no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana.

En ese orden, la libertad personal supondría la posibilidad de toda persona a planear y concretizar el plan de vida que desee, de acuerdo con sus

propias convicciones, creencias y valores. Si se entiende la libertad como un derecho básico, ello presupone que debe existir, de manera paralela, un deber, concretamente, a cargo del Estado parte, de garantizarlo:

La Corte ha señalado que el contenido esencial del artículo 7 de la Convención Americana es la protección de la libertad del individuo contra toda interferencia arbitraria o ilegal del Estado. [...] El artículo 7 también contiene los mandatos normativos que prohíben la detención ilegal y la arbitraria y establece, entre otros, la garantía de que toda persona privada de la libertad pueda recurrir la legalidad de su detención ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de la privación de libertad y, en su caso, decreta su libertad. La Corte ha destacado que tal garantía no sólo debe existir formalmente en la legislación sino que debe ser efectiva, esto es, cumplir con el objetivo de obtener sin temor a una decisión sobre la legalidad del arresto o de la detención. (*Caso Ruano Torres y otros*, 2015, p. 140)

En síntesis, el derecho a la libertad personal implica que, ante toda detención, debe existir un control judicial, para determinar su legalidad, y para tal fin, las personas deben contar con un recurso efectivo.

En torno a detenciones ilegales en el *Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, la Corte IDH establece:

47. Esta disposición [artículo 7] contiene como garantías específicas, descritas en sus incisos 2 y 3, la prohibición de detenciones o arrestos ilegales o arbitrarios, respectivamente. Según el primero de tales supuestos normativos, nadie puede verse privado de la libertad personal sino por las causas, casos o circunstancias expresamente tipificadas en la ley (aspecto material), pero, además, con estricta sujeción a los procedimientos objetivamente definidos por la misma (aspecto formal). (1994, p. 47)

Así, para que una detención sea legal debe cubrir el aspecto material y formal: causas y casos tipificados por la ley, pero también sujetarse a los procedimientos establecidos por las normas (incluidas las constitucionales).

En ese orden, en el *Caso Chaparro Álvarez y Lapo Ñíñez vs. Ecuador* indica que

la reserva de ley debe forzosamente ir acompañada del principio de tipicidad, que obliga a los Estados a establecer, tan concretamente como sea posible y “de

antemano”, las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. De este modo, el artículo 7.2 de la Convención remite automáticamente a la normativa interna. Por ello, cualquier requisito establecido en la ley nacional que no sea cumplido al privar a una persona de su libertad, generará que tal privación sea ilegal y contraria a la Convención Americana. (*Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez*, 2007, p. 57)

En torno a detenciones ilegales, al resolver el *Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México*, la Corte IDH advirtió que

Este Tribunal ha señalado que al remitir a la Constitución y leyes establecidas “conforme a ellas”, el estudio de la observancia del artículo 7.2 de la Convención implica el examen del cumplimiento de los requisitos establecidos tan concretamente como sea posible y “de antemano” en dicho ordenamiento en cuanto a las “causas” y “condiciones” de la privación de la libertad física. Si la normativa interna, tanto en el aspecto material como en el formal, no es observada al privar a una persona de su libertad, tal privación será ilegal y contraria a la Convención Americana, a la luz del artículo 7.2. (2018, p. 230)

Y en torno al registro de la detención en el *Caso García y Familiares vs. Guatemala*, la Corte IDH indicó

que toda detención, independientemente del motivo o duración de la misma, tiene que ser debidamente registrada en el documento pertinente, señalando con claridad las causas de la detención, quién la realizó, la hora de detención y la hora de su puesta en libertad, así como la constancia de que se dio aviso al juez competente, como mínimo, a fin de proteger contra toda interferencia ilegal o arbitraria de la libertad física. Lo contrario constituye una violación de los derechos consagrados en los artículos 7.1 y 7.2 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1 de este instrumento. (*Caso García y Familiares Vs. Guatemala*, 2012, p. 100)

### ***C. Concepto de arbitrariedad en la aplicación de la prisión preventiva y canon para evitarla***

La jurisprudencia de la Corte IDH sobre lo que puede resultar arbitrario —en relación con la libertad personal y la presunción de inocencia—, es vastísima. La misma Corte IDH en su *Cuadernillo de Jurisprudencia número 8*



sobre *Libertad Personal*, indica que la arbitrariedad puede dividirse en dos: la arbitrariedad en la privación de libertad y otra relativa a la arbitrariedad en la prolongación de la prisión preventiva durante el juicio. E indica que “Si bien las causales que justifican la prisión preventiva son tratadas en el 7.5 convencional,<sup>6</sup> la Corte se ha referido a ellas en el marco del 7.3 convencional cuando el elemento central es el relacionado con la arbitrariedad de la medida que justifica la prisión preventiva” (Corte IDH, p. 16).

Así,

en cuanto a la arbitrariedad de la detención, el artículo 7.3 de la Convención establece que “[n]adie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios”. Sobre esta disposición, en otras oportunidades la Corte ha considerado que nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento por causas y métodos que —aún calificados de legales— puedan reputarse como incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales del individuo por ser, entre otras cosas, irrazonables, imprevisibles, o faltos de proporcionalidad. (*Caso Gangaram Panday vs. Surinam*, 1994, p. 47; *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas*, 2014, p. 364)

Por lo que “«[...]no se debe equiparar el concepto de arbitrariedad» con el de «contrario a ley», sino que debe interpretarse de manera más amplia a fin de incluir elementos de incorrección, injusticia e imprevisibilidad, así como también el cumplimiento de las «garantías procesales»” (*Caso Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez*, 2007, p. 92).

Si se impusiera prisión preventiva sobre la base de causas penales procesalmente irrelevantes, como lo son suposiciones sobre la peligrosidad del acusado, o la raza, preferencia sexual, religión, etcétera, de la persona sujeta a proceso penal, ello resultaría arbitrario, por más que tales causas penales estuvieren reconocidas en la ley (*Caso Guerrero, Molina y otros*, 2021, p. 104).<sup>7</sup> El empleo de la prisión preventiva no puede ser masivo, in-

---

<sup>6</sup> El artículo 7.5 de la CADH establece: “Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio”.

<sup>7</sup> “El uso de preconceptos sobre una persona o su comportamiento, o el empleo de razonamientos estereotipados por parte de las fuerzas de seguridad, por ejemplo, sobre la supuesta peligrosidad de ciertos grupos sociales y la pertenencia de una persona a los mismos, puede

discriminado ni impuesto a grupos de personas que caigan bajo “categorías” de delitos (García y Morales, 2020, p. 28).

También “son arbitrarias las decisiones que adopten los órganos internos que puedan afectar derechos humanos, tal como el derecho a la libertad personal, que no se encuentren debidamente fundamentadas” (*Caso Palamara Iribarne vs. Chile*, 2005, p. 216).

De igual forma, la arbitrariedad, en relación con la prisión preventiva, tiene que ver con la previsibilidad de su duración. Si a la persona sujeta a proceso penal le es impuesta dicha medida cautelar, sin que aquélla sepa o conozca el tiempo al que quedaría sujeta a la misma, las causas y condiciones de la misma, ese hecho, por sí mismo, hace que dicha medida adquiera el carácter de arbitraria (*Caso Wong Ho Wing*, 2015, p. 254).

Por otro lado, la Corte IDH ha señalado en diversos criterios que solamente son dos los casos en que válidamente puede restringirse la libertad personal (*Caso Herrera Espinoza y otros*, 2016, p. 143; *Caso Pollo Rivera y otros*, 2016, p. 121; *Caso Romero Feris*, 2019, p. 111): 1) la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones, y 2) evitar que el imputado eluda la acción de la justicia.

Es de la más elevada trascendencia enfatizar que, cuando las fiscalías arguyan, por ejemplo, peligro de fuga del acusado, deben acreditar tal circunstancia de manera objetiva, es decir, no debería imponerse una medida cautelar como la prisión preventiva sobre la base de meras elucubraciones, suposiciones u opiniones subjetivas de la fiscalía sobre el imputado. La Corte IDH ha indicado que

la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le imputa no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. (*Caso Norín Catrimán y otros*, 2014, p. 312)

---

dar lugar a actuaciones discriminatorias que serán, por consiguiente, manifiestamente irrazonables y arbitrarias”, dice la Corte IDH en la jurisprudencia en cita.

De esta forma, ni la alegada o supuesta peligrosidad del acusado, ni la gravedad del delito o de la pena, son elementos suficientes para justificar que en juicio se decrete prisión preventiva contra el imputado. Para que la imposición de prisión preventiva sea acorde con el objeto y fin de la CADH, debe basarse en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto. Para decirlo claramente —según Moscoso— “criterios vagos o meras conjeturas carentes de realidad y [posibilidad de corroboración] no pueden sustentar válida y legítimamente ninguna clase de peligro procesal” (2021, p. 485).

En suma “no es legítimo invocar las necesidades de la investigación de manera general y abstracta para justificar la prisión preventiva. Dicha justificación debe fundarse en un peligro efectivo de que el proceso de investigación será impedido por la liberación del acusado” (Aníbal, 2021, p. 99). Así, ha dicho la Corte IDH que “cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención” (*Caso Yvon Neptune vs. Haití*, 2008, p. 98).

Para una mayor protección de las personas, y en concordancia con los principios de interpretación conforme y *pro persona* previstos en el artículo 1o. de la Constitución mexicana, así como de conformidad con las reglas de interpretación del artículo 29 de la CADH, es dable entender que las dos causales que legitiman la restricción a la libertad de las personas, no son de carácter enunciativo sino taxativo, siguiendo para ello el parámetro de protección a la libertad personal que ha desarrollado la Corte IDH.

Aunado a lo anterior, la falta de previsibilidad de la duración de la prisión preventiva podría desnaturalizar dicha medida, ya que “mantener privada de libertad a una persona más allá del tiempo razonable para el cumplimiento de las finalidades válidas que puede perseguir la medida equivaldría, en los hechos, a una pena anticipada” (*Caso González y otros*, 2021, p. 102).

Asimismo, como se dijo, la prisión preventiva debe siempre estar sujeta a control judicial, para conculcar cualquier riesgo de arbitrariedad en su ejecución: “Resulta relevante considerar, asimismo, la garantía del control judicial prevista por el artículo 7.5 de la Convención que, para constituir una salvaguarda efectiva contra las detenciones ilegales o arbitrarias, debe darse «sin demora»” (*Caso González y otros*, 2021, p. 100).

Como se indicó con anterioridad, la figura de la prisión preventiva y el principio de presunción de inocencia son antagónicos, por ello, cuando aquella no cumple con cualesquiera de los parámetros que para su aplicación ha establecido la Corte IDH (al interpretar la CADH), se vulnera el citado principio. Así lo ha sostenido dicha Corte en el *Caso Rosadio Villavicencio vs. Perú*:

La Corte recuerda el principio de la libertad del procesado mientras se resuelve sobre su responsabilidad penal. Conforme a la jurisprudencia de este Tribunal, la prisión preventiva es la medida más severa que se puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional, en virtud de que se encuentra limitada por los principios de legalidad, presunción de inocencia, necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática. Además, la decisión judicial que restringe la libertad personal de una persona por medio de la prisión preventiva debe fundamentar y acreditar, en el caso concreto, la existencia de indicios suficientes que permitan suponer razonablemente la conducta delictiva de la persona y que la detención sea estrictamente necesaria, y por tanto no puede tener como base la mera sospecha o percepción personal sobre la pertenencia del acusado a un grupo ilícito determinado. (2019, p. 200)

La Corte IDH en el *Caso Norín Catrimán y otros (Dirigentes, miembros y activista del Pueblo Indígena Mapuche) vs. Chile* ha precisado también las características que debe tener una medida de detención o prisión preventiva para ajustarse a las disposiciones de la Convención Americana: *a)* es una medida cautelar y no punitiva;<sup>8</sup> *b)* debe fundarse en elementos probatorios suficientes,<sup>9</sup> y *c)* está sujeta a revisión periódica<sup>10</sup> (*Caso Norín Catrimán y otros*, 2014, p. 311).

---

<sup>8</sup> Así, “debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal en curso. No puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena”.

<sup>9</sup> Sobre este rubro la Corte Interamericana precisa: “Para disponer y mantener medidas como la prisión preventiva deben existir elementos probatorios suficientes que permitan suponer razonablemente que la persona sometida a proceso ha participado en el ilícito que se investiga. Verificar este presupuesto material constituye un primer paso necesario para restringir el derecho a la libertad personal por medio de una medida cautelar, pues si no existiesen mínimamente elementos que permitan vincular a la persona con el hecho punible investigado, tampoco habrá necesidad de asegurar los fines del proceso. Para la Corte, la sospecha tiene que estar fundada en hechos específicos, esto es, no en meras conjeturas o intuiciones abstractas. De allí se deduce que el Estado no debe detener para luego investigar, por el contrario, sólo está autorizado a privar de la libertad a una persona cuando alcance el conocimiento suficiente para poder llevarla a juicio”.

<sup>10</sup> A este respecto la Corte IDH indica “La Corte ha puesto de relieve que no debe prolongarse cuando no subsistan las razones que motivaron su adopción. También ha observado que son las autoridades nacionales las encargadas de valorar la pertinencia o no del mantenimiento de las medidas cautelares que emiten conforme a su propio ordenamiento. Al realizar esta tarea, las autoridades nacionales deben ofrecer los fundamentos suficientes que

En conclusión, para que la prisión preventiva no devenga arbitraria debe reunir las características siguientes: 1) que esté prevista en la ley, pero, al mismo tiempo que, desde el ámbito de su validez material, no transgre-da derechos y libertades reconocidos por la CADH; 2) que no se imponga sobre la base de razones penales procesalmente irrelevantes, como la percepción que la fiscalía tenga sobre la supuesta peligrosidad del imputado, la severidad de la pena o del delito; lo anterior supone que debe estar debidamente fundada y motivada; 3) que exista previsibilidad sobre su duración; 4) que sólo subsista por un plazo razonable; 5) que sea objeto de control judicial, sin excepción; 6) que no sea impuesta con fines de pena anticipada; 7) que mantenga el carácter de medida excepcional (que la libertad del acusado sea la regla, y no la excepción), y 8) que sea estrictamente necesaria.

#### *D. Idoneidad y absoluta necesidad de la prisión preventiva*

Como parte del estándar desarrollado por la Corte IDH para evitar la arbitrariedad en la aplicación de la prisión preventiva (en adición a las señaladas con anterioridad), se encuentra el hecho de que dicha medida cautelar debe satisfacer los requisitos de necesidad, idoneidad, excepcionalidad, proporcionalidad y debida motivación.

El que la prisión preventiva sea necesaria significa que “debe resultar absolutamente indispensable para conseguir el fin deseado, y que no exista una medida menos gravosa respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto” (Hitters, 2022, p. 228).

En el caso de nuestro país, el artículo 155 del Código Nacional de Procedimientos Penales establece las diversas medidas cautelares que pueden imponerse a la persona acusada de haber cometido un delito, entre las que

---

permitan conocer los motivos por los cuales se mantiene la restricción de la libertad, la cual, para que no se erija en una privación de libertad arbitraria, de acuerdo con el artículo 7.3 de la Convención Americana, debe estar fundada en la necesidad de asegurar que el detenido no impedirá el desarrollo eficiente de las investigaciones ni eludirá la acción de la justicia. La Corte resalta, además, que *el juez no tiene que esperar hasta el momento de dictar sentencia absolutoria para que una persona detenida recupere su libertad, sino que debe valorar periódicamente si se mantienen las causas de la medida y la necesidad y la proporcionalidad de ésta, así como si el plazo de la detención ha sobrepasado los límites que imponen la ley y la razón. En cualquier momento en que aparezca que la prisión preventiva no satisface estas condiciones, deberá decretarse la libertad, sin perjuicio de que el proceso respectivo continúe (énfasis propio)*”.

destacan la presentación periódica ante el juez de la causa, la prohibición para salir del país sin autorización, el ser sometido a vigilancia, entre otras, y resalta, por ser la más gravosa para el ejercicio de la libertad personal, la prisión preventiva.<sup>11</sup>

De conformidad con los estándares de protección que la Corte IDH ha elaborado, la imposición de la prisión preventiva a un imputado únicamente será legítima (entiéndase, acorde con la CADH) cuando ninguna de las restantes medidas cautelares resulte suficiente para 1) evitar que el acusado obstruya el desarrollo de las investigaciones de la causa penal, o bien, 2) para impedir que éste eluda la acción de la justicia.

En la resolución que decrete la aplicación de la prisión preventiva, el juez de la causa deberá motivar, es decir, expresar con toda claridad las razones por las cuales ninguna de las medidas alternativas a la prisión preventiva se estima como suficiente para cumplir con los fines indicados en el párrafo precedente.

La prisión preventiva debe ser considerada como *ultima ratio*, como la medida que se emplea a condición de que ninguna de las demás resulte suficiente para cumplir con los fines procesales en cuestión; esta circunstancia constituye un requisito *sine qua non* para que la prisión preventiva no devenga arbitraria (según el canon de protección del sistema interamericano de derechos humanos).

Por lo que hace a la idoneidad de la medida, por la misma debe entenderse su calidad de resultar adecuada para cumplir con los fines perseguidos; el que la prisión preventiva sea idónea no es suficiente para aplicarla válida-

---

<sup>11</sup> El precepto en cita, en su literalidad dispone: “Artículo 155. Tipos de medidas cautelares A solicitud del Ministerio Público o de la víctima u ofendido, el juez podrá imponer al imputado una o varias de las siguientes medidas cautelares: I. La presentación periódica ante el juez o ante autoridad distinta que aquél designe; II. La exhibición de una garantía económica; III. El embargo de bienes; IV. La inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero; V. La prohibición de salir sin autorización del país, de la localidad en la cual reside o del ámbito territorial que fije el juez; VI. El sometimiento al cuidado o vigilancia de una persona o institución determinada o internamiento a institución determinada; VII. La prohibición de concurrir a determinadas reuniones o acercarse a ciertos lugares; VIII. La prohibición de convivir, acercarse o comunicarse con determinadas personas, con las víctimas u ofendidos o testigos, siempre que no se afecte el derecho de defensa; IX. La separación inmediata del domicilio; X. La suspensión temporal en el ejercicio del cargo cuando se le atribuye un delito cometido por servidores públicos; XI. La suspensión temporal en el ejercicio de una determinada actividad profesional o laboral; XII. La colocación de localizadores electrónicos; XIII. El resguardo en su propio domicilio con las modalidades que el juez disponga, o XIV. La prisión preventiva”.

mente, ya que, como se indicó, se debe satisfacer adicionalmente el requisito de absoluta necesidad.

Cuando se habla de excepcionalidad de esta medida cautelar, tal característica se halla implícita en la absoluta necesidad que debe observar la prisión preventiva, ya que se traduce en que su procedencia quedará condicionada al hecho de que las medidas cautelares restantes previstas en la ley, fueren insuficientes para garantizar el cumplimiento de los objetivos del proceso penal (Espinoza-Guzmán, 2022, pp. 355 y 356).

O como lo ha advertido la propia Corte IDH: “El principio general en esta materia es que la libertad es siempre la regla y la limitación o restricción siempre la excepción” (*Caso Norín Catrimán y otros*, 2014, p. 309). Si la aplicación de la prisión preventiva se convierte en la regla, entonces la medida deberá estimarse arbitraria.

Respecto a la proporcionalidad de la medida, ésta supone que “la restricción del derecho a la libertad no sea exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción” (Hitters, 2022, p. 309), lo cual quiere decir que no sería posible argüir que la persona imputada deberá permanecer en prisión por su supuesta peligrosidad, porque se teme que pueda escapar, o por la gravedad de la pena, porque ninguna de estas (aparentes) razones se encuentra entre los fines legítimos que para imponer la prisión preventiva ha reconocido la Corte IDH. Y aun cuando su aplicación obedeciera a la consecución de fines considerados como válidos, su duración no puede exceder del plazo razonable a que también se ha referido la Corte IDH.

Todo lo anterior lo ha abordado la Corte IDH en diversos criterios jurisprudenciales, destacando el *Caso Norín Catrimán vs. Chile*, en el que señaló que (2014, p. 312):

De conformidad con lo indicado, *no es suficiente con que sea legal; además, es necesario que no sea arbitraria*, lo cual implica que la ley y su aplicación deben respetar los requisitos siguientes:

a) *Finalidad compatible con la Convención*: la finalidad de las medidas que priven o restrinjan la libertad debe ser compatible con la Convención. La Corte ha indicado que “la privación de libertad del imputado no puede residir en fines preventivo-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena, sino que sólo se puede fundamentar [...] en un fin legítimo, a saber: asegurar que el acusado no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia”. En este sentido, la Corte ha indicado reiteradamente que las características personales del supuesto autor y la gravedad del delito que se le im-

puta no son, por sí mismos, justificación suficiente de la prisión preventiva. Asimismo, ha destacado que el peligro procesal no se presume, sino que debe realizarse la verificación del mismo en cada caso, fundado en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto.

b) *Idoneidad*: las medidas adoptadas deben ser idóneas para cumplir con el fin perseguido.

c) *Necesidad*: deben ser necesarias, es decir, es preciso que sean absolutamente indispensables para conseguir el fin deseado y que no exista una medida menos gravosa con respecto al derecho intervenido entre todas aquellas que cuentan con la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto. De tal manera, aun cuando se haya determinado el extremo relativo a los elementos probatorios suficientes que permitan suponer la participación en el ilícito (supra párr. 311.b), la privación de la libertad debe ser estrictamente necesaria para asegurar que el acusado no impedirá dichos fines procesales.

d) *Proporcionalidad*: deben ser estrictamente proporcionales, de tal forma que el sacrificio inherente a la restricción del derecho a la libertad no resulte exagerado o desmedido frente a las ventajas que se obtienen mediante tal restricción y el cumplimiento de la finalidad perseguida.

e) Cualquier restricción a la libertad que no contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas será arbitraria y, por tanto, violará el artículo 7.3 de la Convención. De este modo, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas cautelares restrictivas de la libertad es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención.

La ausencia de cualesquiera de estos requisitos o condiciones de aplicabilidad de la prisión preventiva dará como resultado que la medida de mérito sea arbitraria, violentando así el derecho a la libertad personal y el objeto y fin de la CADH.

Mas aun cuando se satisficieran a cabalidad todas y cada una de estas condiciones, como ya se mencionó, ello no exime al juez de la causa que la hubiere impuesto, del deber de revisar periódicamente si los hechos que justificaron su aplicación subsisten, ya que, de no ser así, la persona acusada deberá de ser puesta en libertad de manera inmediata (*Caso Romero Feris*, 2019, p. 111). Para que la prisión preventiva no resulte arbitraria, deben cumplirse las condiciones anunciadas en los párrafos precedentes.



No obstante que en la jurisprudencia de la Corte IDH no se hace mención del lapso temporal que debe estimarse como “plazo razonable”, ese tribunal ha indicado que: “Se infringe la Convención cuando se priva de libertad, durante un período excesivamente prolongado, y por lo tanto desproporcionado, a personas cuya responsabilidad criminal no ha sido establecida. Esto equivale a anticipar la pena” (*Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco*, 2018, p. 254). Al respecto, como se dijo, la Constitución mexicana estatuye, en la fracción IX, inciso B) de su artículo 20, que la prisión preventiva, “en ningún caso”, podrá exceder de dos años; corresponderá a la Corte IDH determinar si tal plazo es razonable, de acuerdo con el estándar de protección interamericano o si efectivamente se cumple.

### *E. Presunción de inocencia*

La presunción de inocencia es un principio que se halla encumbrado en el artículo 8.2 de la CADH. En su parte conducente, el citado precepto establece: “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”.

*Mutatis mutandi*, pareciera ser posible afirmar que la presunción de inocencia permanece hasta que dentro del proceso penal se dicte sentencia que declare culpable a la persona del delito del que fue acusada. Así se ha afirmado que

la presunción de inocencia es el derecho de todas las personas a que se considere a priori como regla general que ellas actúan de acuerdo a [sic] la recta razón comportándose de acuerdo a los valores, principios y reglas del ordenamiento jurídico, mientras un juez competente no adquiera la convicción a través de los medios de prueba[...], de su participación y responsabilidad en el hecho punible determinado por una sentencia firme y fundada [...] todo lo cual exige aplicar las medidas cautelares previstas en el proceso penal, y especialmente la prisión preventiva, en forma restrictiva[...]. (Espinoza-Guamán, 2022, p. 353)

Por lo que “la presunción de inocencia acompaña al acusado durante toda la tramitación del proceso hasta que una sentencia condenatoria que determine su culpabilidad quede firme” (Anibal, 2021, pp. 34 y 35).

Por su parte, la Corte IDH ha interpretado este principio de manera tal que aun cuando se decrete en un proceso penal la aplicación de la prisión preventiva, la afectación al derecho a la libertad personal sea lo más restringida posible, y para tal fin, ha establecido que

La presunción de inocencia implica que la persona acusada no debe demostrar que no ha cometido el delito que se le atribuye, ya que el *onus probandi* corresponde a quien acusa y cualquier duda debe ser usada en beneficio de la persona acusada. Así, la demostración fehaciente de la culpabilidad constituye un requisito indispensable para la sanción penal, de modo que la carga de la prueba recae en la parte acusadora y no en la persona acusada. Por otro lado, el principio de presunción de inocencia implica que los juzgadores no inicien el proceso con una idea preconcebida de que la persona acusada ha cometido el delito que se le imputa. (*Caso Manuela y otros*, 2021, p. 132)

Lo anterior, como ya se dijo, significa que, si el juez de la causa decretase la aplicación de la prisión preventiva sobre la base de un prejuicio que éste tuviera en contra del acusado, por motivos derivados de su supuesta peligrosidad o culpabilidad, la prisión preventiva no podría estimarse como convencional.

Aunado a lo anterior, la citada Corte IDH ha estatuido que, en efecto, la prisión preventiva no destruye la presunción de inocencia que tiene a su favor el acusado:

Uno de los principios que limitan la prisión preventiva es el de presunción de inocencia, contenido en el artículo 8.2, según el cual una persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada. De esta garantía se desprende que los elementos que acreditan la existencia de los fines legítimos de la privación preventiva de la libertad tampoco se presumen, sino que el juez debe fundar su decisión en circunstancias objetivas y ciertas del caso concreto, que corresponde acreditar al titular de la persecución penal y no al acusado, quien además debe tener la posibilidad de ejercer el derecho de contradicción y estar debidamente asistido por un abogado. (*Caso Carranza Alarcón*, 2020, p. 65)

Finalmente, es posible que, en principio, la prisión preventiva decretada en juicio persiguiera fines convencionalmente válidos, pero ello no autoriza al juez de la causa a mantener la vigencia de dicha medida *ad infinitum*, porque, nuevamente, dicha circunstancia derivaría en la arbitrariedad e inconvencionalidad de esa medida, así como en una violación al principio de presunción de inocencia.

Como puede verse, el canon para la aplicación de la prisión preventiva es estricto y difícilmente se conoce y se cumple en muchos países. Ante

la ausencia de definiciones de la SCJN es fundamental que se emplee el marco normativo convencional para dotar de contenido al artículo 19 constitucional y establecer el canon a cumplir en materia de prisión preventiva oficiosa.

### *F. Criterios vertidos en el Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*

Con fecha 7 de noviembre de 2022, la Corte IDH dictó sentencia en la que determinó que tanto el arraigo, como la prisión preventiva (en la manera en que se viene aplicando por el Estado mexicano), son inconvencionales (García Ramírez y Morales Sánchez, 2023, pp. 445-447). Al respecto, la Corte IDH determinó:

El Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, y a no declarar contra sí mismo, contemplado en el artículo 8.2. g) del mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la figura del arraigo. (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, p. 253.2)

El Estado es responsable por la violación al derecho a la libertad personal contenido en los artículos 7.1, 7.3, y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 8.2, contemplado en el mismo instrumento, en relación con la obligación de respetar y de garantizar los derechos establecida en el artículo 1.1 de la Convención, así como la obligación de adoptar disposiciones de derecho interno contenida en el artículo 2 de dicho instrumento, por la aplicación de la prisión preventiva. (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, p. 253.3)

Como resultado de lo anterior, la Corte IDH ordenó al Estado mexicano dejar sin efecto en su ordenamiento interno las disposiciones relativas al arraigo de naturaleza pre-procesal (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, p. 253.7), y adecuar su ordenamiento jurídico interno sobre prisión preventiva (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, p. 253.8). Aunado a lo anterior, es de la más elevada trascendencia enfatizar que, de acuerdo con la *ratio decidendi* de la sentencia de mérito, tanto el arraigo como la prisión preven-

tiva (tal y como la viene aplicando el Estado mexicano), son esencialmente inconvenientes:

si bien es cierto que la normatividad mediante la cual se aplicó el arraigo y la prisión preventiva a los hechos del caso ha variado, para esta Corte no cabe duda que los aspectos que la hacen incompatible con la Convención Americana[...], persisten en su redacción actual. (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, p. 214)

### *G. Criterios derivados del Caso García Rodríguez y otro*

Aquí, de manera destacada, la Corte IDH determinó que el arraigo (previsto en el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000),<sup>12</sup> así como la prisión preventiva oficiosa (no la figura de prisión preventiva, en general, que fue objeto de estudio en el *Caso Tzompaxtle Tecpile*),<sup>13</sup> prevista en el artículo 154 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 2000, así como en el artículo 19 de la CPEUM, son contrarios a la Convención Americana (*Caso García Rodríguez y otro*, 2023, p. 298).

---

<sup>12</sup> En torno a la vigencia temporal de la normatividad aplicable al caso y su persistencia en la actualidad, la Corte IDH en torno a arraigo ha establecido que “verifica que tanto el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México ya no contiene disposiciones sobre el arraigo como figura pre-procesal restrictiva a la libertad. Sin perjuicio de lo anterior, a partir del año 2008, la figura del arraigo como medida cautelar de naturaleza pre-procesal ha sido incorporada a la Constitución Federal de México, la cual en su redacción actual establece en el artículo 16 que[...]

” y “en lo que se refiere a la prisión preventiva oficiosa, artículo 19 de la prisión preventiva oficiosa que había incorporado en el año 2008 la figura de la prisión preventiva oficiosa, fue modificada en el año 2019 para incorporar más delitos a la lista de los delitos para los cuales se deberá aplicar esa figura. Su redacción actual es la siguiente[...].” Por lo que la Corte IDH concluye que: “si bien la normatividad mediante la cual se aplicó el arraigo y la prisión preventiva oficiosa a los hechos del caso ha variado, para esta Corte no cabe duda de que los aspectos que la hacen incompatible con la Convención, según lo señalado *supra*, persisten en su redacción actual” (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, pp. 294-295 y 298).

<sup>13</sup> En la sentencia Tzompaxtle Tecpile se afirma “El alegato de los representantes se refiere a la figura de la prisión preventiva oficiosa que, según arguyen, sería contraria a varias disposiciones de la Convención Americana. La Corte advierte que esta figura no fue aplicada al caso concreto, por esta razón no corresponde entrar en su análisis” (*Caso Tzompaxtle Tecpile y otros*, 2022, p. 158).

Debe enfatizarse que, en este fallo, la Corte IDH ha considerado que la prisión preventiva oficiosa, constitucionalizada en el artículo 19 ya mencionado, es contraria a la Convención, es decir, la Corte IDH afirma que dicho precepto constitucional (por lo que hace a la prisión preventiva oficiosa), es inconvencional, y reitera la inconvencionalidad del arraigo (que ya había establecido en el *Caso Tzompaxtle Tecpile*).

En torno a la prisión preventiva oficiosa sostiene que

el trato diferenciado puede verificarse en el hecho de que quienes están imputados de cometer ciertos delitos no tendrán posibilidad de controlar ni de defenderse adecuadamente de la medida toda vez que hay un mandato constitucional que impone preceptivamente la medida cautelar privativa de la libertad. Sobre ese punto, es preciso recordar que el artículo 8.2 de la Convención estipula que, durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a distintas garantías mínimas del debido proceso. Para este Tribunal, *es claro que la aplicación automática de la prisión preventiva oficiosa sin considerar el caso concreto y las finalidades legítimas para restringir la libertad de una persona, así como su situación diferencial respecto de otros que, también al ser imputados por delitos, no están comprendidos en el elenco del artículo 19 de la Constitución mexicana, supone necesariamente una lesión al derecho a la igualdad ante la ley vulnerando el artículo 24 de la Convención Americana, y a gozar, en plena igualdad, ciertas garantías del debido proceso vulnerando el artículo 8.2 de dicho instrumento (cursivas propias)*. (*Caso García Rodríguez y otro*, 2023, p. 173)

En síntesis, la Corte IDH sostiene:

[...] con relación a la figura del arraigo como medida de naturaleza pre-procesal restrictiva de la libertad con fines investigativos, la Corte entiende que la misma resulta incompatible con la Convención Americana, puesto que los postulados que definen sus características inherentes no son compatibles con los derechos a la libertad personal, al derecho a ser oído y a la presunción de inocencia. Como consecuencia de lo anterior, el Tribunal considera que el Estado deberá dejar sin efecto, en su ordenamiento jurídico, toda la normatividad, incluyendo la constitucional, relacionada con el arraigo como medida de naturaleza pre-procesal restrictiva de la libertad para fines investigativos. (*Caso García Rodríguez y otro*, 2023, p. 300)

Por otra parte, en lo que se refiere a la figura de la prisión preventiva oficiosa, esta Corte ordena al Estado, como lo ha hecho en otros casos, adecuar su ordenamiento jurídico, incluyendo sus disposiciones constitucionales, para que sea compatible con la Convención Americana. (*Caso García Rodríguez y otro*, 2023, p. 301)

Así las cosas, el Estado mexicano deberá dejar sin efecto toda aquella normatividad que incluya la figura del arraigo (que involucra también al precepto constitucional que lo prevé); y, respecto de la prisión preventiva oficiosa, nuestro país deberá adecuar la totalidad de su orden jurídico (incluidas disposiciones constitucionales) de manera tal que la prisión preventiva sea acorde con los parámetros establecidos por la citada convención (es dable interpretar que ello significa derogar, de forma definitiva, de todo el orden jurídico nacional, la prisión preventiva en su vertiente oficiosa).

En tanto esas reformas constitucionales para suprimir el arraigo y la prisión preventiva oficiosa no se produzcan, la Corte IDH reiteró el deber del Estado mexicano de ejercer control de convencionalidad a fin de no aplicar dichas figuras por inconvencionales y a fin de garantizar que no se vea vulnerado el *effet utile* de la Convención Americana:

Conforme a lo expuesto, se recuerda que las autoridades internas, al aplicar las figuras del arraigo o de la prisión preventiva, deben ejercer un adecuado control de convencionalidad para que las mismas no afecten los derechos contenidos en la Convención Americana de las personas investigadas o procesadas por un delito, atendiendo el principio pro persona. En ese sentido, corresponde reiterar que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces y juezas, [...] [así como] las magistraturas y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana. (*Caso García Rodríguez y otro*, 2023, p. 303)

En el *Caso García Rodríguez y otro*, la Corte IDH recuerda que la prisión preventiva en sí misma no es contraria al derecho internacional de los derechos humanos y constituye una medida que los Estados pueden adoptar siempre y cuando se ajusten a los requisitos convencionales (*Caso García*

Rodríguez y otro, 2023, p. 154). Sin embargo, respecto a la prisión preventiva oficiosa y analizando el artículo 19 de la Constitución mexicana la Corte IDH establece que

pareciera que, una vez comprobados los supuestos materiales, basta con verificar que se le tomó la declaración a la persona procesada (o que conste que se rehusó a declarar) para que se aplique la prisión preventiva. De ese modo, el referido artículo establece preceptivamente la aplicación de la prisión preventiva para los delitos que revisten cierta gravedad una vez establecidos los presupuestos materiales, *sin que se lleve a cabo un análisis de la necesidad de la cautela frente a las circunstancias particulares del caso*. A fin de cuentas, *nos encontramos frente a un tipo de prisión preventiva automática o de oficio cuando se imputan ciertos delitos sin que las autoridades tengan la posibilidad de determinar la finalidad, la necesidad o la proporcionalidad de la medida cautelar en cada caso* (cursivas propias). (Caso García Rodríguez y otro, 2023, p. 173)

[...] además, limita el rol del juez afectando su independencia (porque carece de margen de decisión) y supone un acto que deviene exento de todo control real, al tener por motivación la mera aplicación de la norma constitucional, impidiendo al imputado controvertir los hechos o discutir el fundamento. (Caso García Rodríguez y otro, 2023, p. 170)

Este tipo de aplicaciones automáticas de medidas o sanciones ha sido analizado históricamente por la Corte IDH como en los casos de imposición de pena de muerte automática, como son los *Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* y *Caso Boyce y otros vs. Barbados*. En el primero se “ordena la aplicación de la pena de muerte de manera automática y genérica para el delito de homicidio intencional y desconoce que este puede presentar diversos órdenes de gravedad” (*Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago*, 2002, p. 103). Así, los acusados de este ilícito son tratados “no como seres humanos individuales y únicos, sino como miembros indiferenciados y sin rostro de una masa que será sometida a la aplicación ciega de la pena de muerte (o de la prisión preventiva en el caso que nos ocupa)” (Corte IDH, 2022, p. 105).

En el *Caso Boyce y otros vs. Barbados*, la legislación penal “se limita a imponer, de modo indiscriminado, la misma sanción para conductas que pueden ser muy diferentes entre sí” (*Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 2007, p. 54). La Corte IDH sostuvo que la regulación normativa debe considerar “diversas categorías que correspondan a la diversa gravedad de los

hechos, tomando en cuenta los distintos elementos que pueden concurrir en ellos” (*Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 2007, p. 53). Es decir, se trata de una pena que se aplica en automático, sin tomar en consideración circunstancias atenuantes, que ameritarían una pena distinta a la pena capital.

La previsión normativa de la pena de muerte como respuesta única y genérica ante la comisión del delito de homicidio representa una clara situación de peligro que amenaza el derecho a la vida bajo la modalidad de privación arbitraria. Por esta razón, la Corte IDH argumentó que “una pena de muerte obligatoriamente impuesta puede ser arbitraria cuando la ley no distingue entre los distintos grados de culpabilidad del acusado ni toma en consideración las circunstancias particulares de cada delito” (*Caso Boyce y otros vs. Barbados*, 2007, p. 57).

Es aquí donde se puede hallar un símil entre los casos de Trinidad y Tobago y Barbados, por un lado (referido a una pena), y, por otro lado, México (respecto a una medida cautelar, que adquiere el carácter de pena anticipada), pero en ambos casos de imposición automática u oficiosa y, por ende, son inconvencionales por los argumentos *supra* vertidos por la Corte IDH.

Finalmente, la Corte IDH fue enfática al determinar que tanto el arraigo como la prisión preventiva oficiosa son contrarios a la Convención Americana al violar los derechos fundamentales a no ser privado de la libertad arbitrariamente, al control judicial de la privación de la libertad, a ser oído y a la presunción de inocencia, situación por sí misma problemática, que se complica aún más —advierte la Corte IDH—, por la Contradicción de Tesis 293/2011 dictada por la SCJN, por medio de la cual ésta “aceptó que las restricciones expresas contenidas en la Constitución Nacional desplazaban a las normas internacionales, entre las cuales se encuentra las de la Convención Americana y las demás integrantes del Sistema Interamericano de Derechos Humanos” (*Caso García Rodríguez y otro*, 2023, pp. 175-176). Por lo que el concepto de “restricción expresa” reconocido en la Contradicción de Tesis 293/2011 es inconvencional.

## VI. REFORMAS CONSTITUCIONALES INCONSTITUCIONALES EN ARGENTINA Y COLOMBIA

Algunos autores han hablado de la posibilidad de que ocurran reformas a la Constitución que constituyan un cambio tan drástico, que conceptualmen-



te se estaría hablando de una nueva Constitución (Albert, 2020, pp. 30-31). En México cualquier modificación al texto constitucional se reputa como constitucional, atendiendo sólo el ámbito formal de la reforma (y sin ninguna valuación sustantiva), a diferencia de lo que ocurre en otros países como Argentina o Colombia, en donde se reconoce que la Constitución es poseedora de una validez dual (formal y material), y se busca evitar que una reforma pueda romper con la armonía axiológica del texto constitucional.

En Argentina, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoce que el procedimiento reformador de la Constitución puede ser objeto de control jurisdiccional, a condición de que 1) se demuestre de forma categórica que existe una grave y ostensible discordancia entre la reforma constitucional y la propia Constitución y/o 2) cuando la reforma constitucional afectase de modo sustantivo y grave, ya sea al sistema republicano de gobierno, o bien, a los derechos fundamentales (Altavilla, 2022, pp. 500-501).

En Colombia, por su parte, se ha desarrollado la doctrina denominada “de la sustitución de la Constitución”, dentro de la cual se reconoce que el ejercicio del poder reformador de la Constitución se enmarca dentro de lo dispuesto por la propia Constitución y, por tanto, dicho poder reformador no tiene facultad alguna para modificar el núcleo esencial de ésta (Altavilla, 2022, pp. 501-502).

La Constitución Colombiana en su artículo 241.1, determina que

a la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo. Con tal fin, cumplirá las siguientes funciones: 1. Decidir sobre las demandas de inconstitucionalidad que promuevan los ciudadanos contra los actos reformativos de la Constitución, cualquiera que sea su origen, sólo por vicios de procedimiento en su formación. (Constitución del Estado de Colombia [CEC])

Ahora bien, la Corte Constitucional colombiana ha tenido un desarrollo jurisprudencial interesante en torno a los límites competenciales del poder de reforma o “test de la sustitución”, y ha labrado una metodología. En la Sentencia C-1040 de 2005 se sostuvo que existen tres pasos que tienen como finalidad: “(i) verificar si la reforma constitucional introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución; (ii) analizar si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, finalmente, (iii) comparar el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resul-

ten incompatibles”.<sup>14</sup> Del mismo modo en dicha Sentencia C-1040 de 2005 se estableció que la sustitución de la Constitución se presentaba cuando, “[...] un elemento definitorio de la esencia de la Constitución de 1991, en lugar de ser modificado, es reemplazado por uno opuesto o integralmente diferente” (CEC).

Posteriormente, una resolución sumamente interesante es la sentencia C-249/12 en la que se reconoce que

a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y el paso de la democracia de mayorías a la democracia constitucional que resuelve la tensión entre el principio democrático y el de supremacía de la Constitución, la jurisprudencia de la Corte ha acogido que so pretexto de la reforma a la Constitución no se puede cambiar, derogar o sustituir una Constitución por otra. Igualmente, sobre la determinación de los principios estructurales de la Constitución se puede decir que aunque la Corte Constitucional no ha establecido de manera directa y detallada a través de su jurisprudencia cuáles son los principios y valores consustanciales a ésta que no pueden ser sustituidos por el poder de reforma, a partir del análisis puntual de las reformas a la Constitución que ha tenido bajo su estudio en casos particulares

ha ido identificando esos principios y valores.<sup>15</sup>

Así, en la referida sentencia se plantea el análisis de la inconstitucionalidad por sustitución de un valor o principio consustancial a la Constitución en el que hay tener en cuenta que no se debe ver a los contenidos constitucionales aislados y que “[...] no está específicamente plasmado en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”. También se estableció que en el estudio de constitucionalidad de una reforma a la Constitución se debe “verificar el resultado” que lleve a la conclusión de cómo “el elemento esencial definitorio ha sido reemplazado por otro opuesto o integralmente diferente, (y) no es posible armonizar la reforma constitucional con el resto de normas constitucionales que no fueron modificadas por ella y que

---

<sup>14</sup> Cfr: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2005/C-1040-05.htm>

<sup>15</sup> Que son: separación de poderes; carrera administrativa, meritocracia; igualdad; bicameralismo; principio democrático; alternancia del poder; y, control entre los poderes o *checks and balances*. Cfr <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>

reflejan aspectos claves de lo insustituible, para lo cual el bloque de constitucionalidad es especialmente relevante”.<sup>16</sup>

Finalmente, hay que recordar que en la Sentencia C-141 de 2010 se establecieron las diferencias entre el juicio de sustitución, juicio de intangibilidad y el juicio de violación de un contenido material de la Constitución.<sup>17</sup>

## VII. CONCLUSIONES

Es complejo en este tema hablar propiamente de conclusiones, por lo que se asentarán algunas ideas de cierre y se esbozarán algunas propuestas en el siguiente apartado.

Primera. Las facultades y/o atribuciones del poder reformador de la Constitución no son ilimitadas, encuentran su frontera en la propia Constitución, lo cual supone asumir que es jurídicamente posible que dicho poder reformador lleve a cabo reformas a la Constitución que resulten inconstitucionales.

Segunda. La prisión preventiva en su vertiente oficiosa, prevista en el artículo 19 de la CPEUM es inconvenional, por no cumplir con los principios de idoneidad y necesidad, por la falta de motivación en su aplicación, y por emplearse como una sanción anticipada, etcétera. Todo lo anterior transgrede los artículos 7.1, 7.2, 7.3, 7.5, 7.6 y 1.1 y 2.1 de la CADH; dicho de otra forma, la prisión preventiva oficiosa es contraria al *effet utile* de la referida Convención Americana.

---

<sup>16</sup> <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/c-249-12.htm>

<sup>17</sup> “Las diferencias fundamentales que distinguen al juicio de sustitución del juicio de intangibilidad y del juicio de violación de un contenido material de la Constitución, consisten en que la premisa mayor del juicio de sustitución no está específicamente plasmada en un artículo de la Constitución, sino que es toda la Constitución entendida a la luz de los elementos esenciales que definen su identidad”. En el mismo sentido se estableció en dicha sentencia que, “[...] el juicio de sustitución no tiene por objeto constatar una contradicción entre normas —como sucede típicamente en el control material ordinario—, ni se verifica si se presenta la violación de un principio o regla intocable —como sucede en el juicio de intangibilidad—, sino que mediante el juicio de sustitución (a) se aprecia si la reforma introduce un nuevo elemento esencial a la Constitución, (b) se analiza si éste reemplaza al originalmente adoptado por el constituyente y, luego, (c) se compara el nuevo principio con el anterior para verificar, no si son distintos, lo cual siempre ocurrirá, sino si son opuestos o integralmente diferentes, al punto que resulten incompatibles”. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/c-141-10.htm>

Tercera. En virtud de que todos los jueces que ejercen su jurisdicción al interior del Estado mexicano son jueces interamericanos obligados al ejercicio del control de convencionalidad, les corresponde inaplicar la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19 constitucional, dada la inconvencionalidad de que adolece el citado precepto. Asimismo, debe corresponder a la SCJN el declarar la invalidez de dicho precepto constitucional (por la razón previamente señalada) o, al menos, dotarlo de contenido convencional para su puntual y muy estricta aplicación, facultad que se desprende del artículo 1 de la propia CPEUM (principio *pro persona*, interpretación conforme, obligaciones del párrafo tercero) y de sus propias decisiones previas (ejercicio del control de convencionalidad, parámetro de control de regularidad constitucional y carácter vinculante de la jurisprudencia interamericana), así como del rol de ente protector de derechos humanos que todo Tribunal Constitucional debe asumir.

Cuarta. La SCJN, al resolver la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, en concreto, al no declarar la inconvencionalidad del artículo 19 constitucional que prevé la prisión preventiva oficiosa, decidió mantener dentro del orden jurídico nacional una figura transgresora de derechos humanos y expuso a México a seguir incurriendo en responsabilidad internacional.

Quinta. La Corte IDH, en el *Caso Tzompaxtle Tecpile*, ha determinado ya la inconvencionalidad tanto de la figura del arraigo, como de la prisión preventiva aplicada como pena anticipada (como acontece en México). Por ello, el Estado mexicano en su conjunto deberá reformar su orden jurídico de forma tal que: 1) el arraigo sea definitivamente expulsado del orden jurídico nacional (ello incluye, desde luego, modificaciones a la propia Constitución), y 2) la prisión preventiva cumpla con los estándares establecidos por la propia Corte IDH a efecto de que su aplicación no resulte arbitraria (como viene ocurriendo en México, según la consideración de la Corte IDH), para lo cual, el Estado deberá realizar las reformas legislativas conducentes (y/o de cualquier otro carácter). En ese orden, con apego a la condena dictada por la Corte IDH en el *Caso García Rodríguez y otro*, nuestro país deberá dejar sin efecto toda la normatividad que prevea el arraigo (incluido el precepto 16 constitucional que lo estatuye), y deberá derogar de su orden jurídico la figura de la prisión preventiva en su vertiente oficiosa, por ser dicha figura, siempre y en todos los casos, inconvencional (lo que supone, desde luego, dejar sin efecto el artículo 19 constitucional, en su parte conducente).

## VIII. PROPUESTAS

Primera. En aras de hacer más eficaz la protección de los derechos humanos de las personas, se propone que se legitime a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para que, con plena autonomía, promueva acciones de inconstitucionalidad en contra de reformas a la Constitución que violenten derechos humanos (de fuente constitucional y/o convencional); de igual forma, se plantea que esa legitimación sea extendida a las minorías legislativas federales, y que se reduzca el porcentaje de 33% que actualmente prevén los incisos a) y b) de la fracción II del artículo 105 constitucional para que la acción de inconstitucionalidad sea procedente, ya que el citado porcentaje resulta excesivamente elevado, sobre todo si se considera que el objeto de dicha acción es la protección efectiva de los derechos de las personas y además si se estima que sólo consiste en plantear a la SCJN una pregunta: si tal o cual reforma constitucional es inconstitucional.

Además, no debe pasarse por alto que un régimen genuinamente democrático protege los intereses y derechos de las minorías, los cuales no pueden ser avasallados (al menos no de manera legítima) por ninguna mayoría política (el citado porcentaje de 33% no es idóneo para lograr tal fin). En ese orden es preciso recordar el *Caso Gelman vs. Uruguay*: “la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo «susceptible de ser decidido» por parte de las mayorías en instancias democráticas” (*Caso Gelman Vs. Uruguay*, 2011, p. 239).

Segunda. Se propone que los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano, sean declarados como inderogables, como un “coto vedado” o “cláusula pétrea o de intangibilidad” para el poder reformador de la Constitución, en aras del principio de progresividad y no regresividad; ello permitiría y obligaría al máximo tribunal a realizar un control de constitucionalidad de reformas constitucionales, no sólo en una vertiente procedimental sino esencialmente material o sustantiva.

Tercera. Una reforma constitucional en nuestro país que incluyese la posibilidad de control jurisdiccional de la constitucionalidad respecto de reformas a la Constitución, cuando se rompa la armonía axiológica de esta última, o cuando dicha reforma resulte regresiva en materia de derechos humanos (como acontece en Argentina), contribuiría a consolidar la protección efectiva de los derechos humanos; para ello, es urgente derogar la fracción I del artículo 61 de la Ley de Amparo.

Cuarta. En México debería reconocerse al poder reformador una limitación en sus poderes o facultades (como acaece en Colombia), a fin de proteger a los derechos humanos de posibles reformas legislativas regresivas; correspondería al Poder Judicial garantizar que el actuar de ese poder reformador se ciñese a lo que dispone la Constitución. La experiencia colombiana puede dar luces en México y a la SCJN sobre cómo analizar reformas constitucionales que puedan ser inconstitucionales, superando dogmas y premisas decimonónicas que ya no son válidas al cierre del primer cuarto del siglo XXI.

Quinta. En caso de que las opciones anteriores no fueran consideradas por quienes toman decisiones en México, existe una opción más: diseñar un mecanismo de control constitucional *a priori* de reformas constitucionales, que haga que los proyectos de reforma constitucional se planteen a la SCJN antes de ser aprobados, turnados a las legislaturas locales o al Ejecutivo Federal (habrá que valorar el momento procesal más oportuno y conveniente) para que a título de “consulta vinculante” la SCJN se pronuncie sobre la constitucionalidad del proyecto de reforma constitucional. Todas las anteriores propuestas tienen como única meta la plena salvaguarda de la dignidad humana y de los derechos en México.

## IX. REFERENCIAS

- Albert, R. (2020). *Reforma y desmembramiento constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Altavilla, C. (2022). Control de constitucionalidad y límites al poder de reforma constitucional: un análisis comparativo de la evolución jurisprudencial de los Máximos Tribunales. Argentina y Colombia. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 26(2), 500-502.
- Anibal, A. (2021). Función cautelar de la prisión preventiva en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Análisis jurídico de la legislación pampeana. *Perspectivas de las Ciencias Económicas y Jurídicas*, 11(2), 89-106.
- Barak, A. (2020). *La aplicación judicial de los derechos fundamentales: escritos sobre derechos fundamentales y teoría constitucional*. Universidad Externado de Colombia.
- Caso Boyce y otros vs. Barbados* (2007a). Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 20 de noviembre. Serie C.

- Núm. 169. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_169\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_169_esp.pdf)
- Caso Carranza Alarcón* (2020). Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de febrero. Serie C. Núm. 399. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_399\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_399_esp.pdf)
- Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez* (2007). Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de noviembre. Serie C. Núm. 170. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_170\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_170_esp.pdf)
- Caso Cordero Bernal* (2021). Corte IDH. Excepción Preliminar y Fondo. Sentencia del 16 de febrero. Serie C. Núm. 421. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_421\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_421_esp.pdf)
- Caso Gangaram Panday Vs. Surinam* (1994). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de enero. Serie C. Núm. 16. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_16\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_16_esp.pdf)
- Caso García y Familiares Vs. Guatemala* (2012). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 noviembre. Serie C. Núm. 258. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_258\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_258_esp.pdf)
- Caso García Rodríguez y otro* (2023). Corte IDH. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 25 de enero. Serie C. Núm. 470. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_482\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_482_esp.pdf)
- Caso Gelman Vs. Uruguay* (2011). Corte IDH. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 24 de febrero. Serie C. Núm. 221. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_221\\_esp1.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf)
- Caso González y otros* (2021). Corte IDH. Fondo y Reparaciones. Sentencia del 20 de septiembre. Serie C. Núm. 436. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_436\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_436_esp.pdf)
- Caso Guerrero, Molina y otros* (2021). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 3 de junio. Serie C. Núm. 424. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_424\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_424_esp.pdf)
- Caso Herrera Espinoza y otros* (2016). Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 1 de septiembre. Serie C. Núm. 316. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_316\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_316_esp.pdf)
- Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros vs. Trinidad y Tobago* (2002). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de junio. Serie C. Núm. 94. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_94\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_94_esp.pdf)

- Caso Manuela y otros* (2021). Corte IDH. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 2 de noviembre. Serie C. Núm. 441. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf)
- Caso Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco* (2018). Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de noviembre. Serie C. Núm. 371. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf)
- Caso Norín Catrimán y otros* (2014). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de mayo. Serie C. Núm. 279. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_279\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_279_esp.pdf)
- Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas* (2014). Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 28 de agosto. Serie C. Núm. 282. [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_282\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_282_esp.pdf)
- Caso Palamara Iribarne Vs. Chile* (2005). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 22 de noviembre. Serie C. Núm. 135. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_135\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf)
- Caso Pavez Pavez* (2022). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 4 de febrero. Serie C. Núm. 449. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_449\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_449_esp.pdf)
- Caso Pollo Rivera y otros* (2016). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 21 de octubre. Serie C. Núm. 319. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_319\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_319_esp.pdf)
- Caso Romero Feris* (2019). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de octubre. Serie C. Núm. 391. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_391\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_391_esp.pdf)
- Caso Rosadio Villavicencio* (2019). Corte IDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de octubre. Serie C. Núm. 388. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_388\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_388_esp.pdf)
- Caso Ruano Torres y otros* (2015). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 5 de octubre. Serie C. Núm. 303. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_303\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_303_esp.pdf)
- Caso Tzompaxtle Tecpile y otros* (2022). Corte IDH. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 7 de noviembre. Serie C. Núm. 470. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_470\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf)



- Caso Yvon Neptune Vs. Haití* (2008). Corte IDH. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencial del 6 de mayo. Serie C. Núm. 180. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_180\\_espl.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_180_espl.pdf)
- Caso Wong Ho Wing* (2015). Corte IDH. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 30 de junio. Serie C. Núm. 297. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_297Esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_297Esp.pdf)
- Código Nacional de Procedimientos Penales.
- Constitución del Estado de Colombia. <http://www.secretariassenado.gov.co/constitucion-politica>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). [https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM\\_orig\\_05feb1917.pdf](https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/CPEUM_orig_05feb1917.pdf)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia número 8: libertad personal*. [http://www.dialogojurisprudencial.org/pdf/Cuadernillo\\_libertad\\_personal.pdf](http://www.dialogojurisprudencial.org/pdf/Cuadernillo_libertad_personal.pdf)
- Espinoza-Guamán, E.E. (2022). La prisión preventiva como medida cautelar y el respeto del principio de presunción de inocencia. *Revista Sociedad & Tecnología*, 5(2), 351-364.
- García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2020). Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24(1), 11-49. <https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/anuario-iberoamericano-de-justicia-constitucional/numero-241-enerojunio-2020/vocacion-transformadora-de-la-jurisprudencia-interamericana-0>
- García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. (2023). *Constitución y derechos humanos. La reforma constitucional sobre derechos humanos*. Porrúa.
- Hitters, J. C. (2022). La prisión preventiva en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Estándares. *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, 33(2), 205-230.
- Instituto Nacional de Geografía y Estadística. (2021). Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad (ENPOL). [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2016/doc/2016\\_enpol\\_presentacion\\_ejecutiva.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enpol/2016/doc/2016_enpol_presentacion_ejecutiva.pdf)
- Ley de Amparo.
- Moscoso Becerra, G. (2021). Prisión preventiva a la luz del control de convencionalidad. El binomio de la proporcionalidad y la debida motivación de las decisiones fiscales como regla en el proceso penal peruano. *Dikaion*, 29(2), 469-500.

- Ordoñez López, R. (2021). Prisión preventiva desde el control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Jurídica Mario Alario D'filippo*, 13(25), 50-67.
- Roznai, Y. (2020). *Reformas constitucionales inconstitucionales: los límites al poder de reforma*. Universidad Externado de Colombia.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022a, septiembre 5). Versión taquigráfica de la sesión del 5 de septiembre de 2022. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-20/5%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva3.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022b, septiembre 6). Versión taquigráfica de la sesión del 6 de septiembre de 2022. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-23/6%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022c, septiembre 8). Versión taquigráfica de la sesión del 8 de septiembre de 2022. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-08/8%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versión%20definitiva.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022d, noviembre 22). Versión taquigráfica de la sesión del 22 de noviembre de 2022. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-11-23/22%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versión%20definitiva%202.pdf>
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2022e, noviembre 24). Versión taquigráfica de la sesión del 24 de noviembre de 2022. <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-12-06/24%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versión%20definitiva.pdf>
- Tesis: [J] P./J. 20/2014 (10a.) (2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2006224>
- Tesis: [TA] I.1o.A.E.72 K (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015116>
- Tesis: [TA] I.1o.A.E.73 K (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2015107>

- Tesis: [J] 2a./J. 2/2022 (11a) (2022). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024180>
- Tesis: [TA] P. LXII/99 (9a) (1999). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/193249>
- Tesis: [J] P./ J. 39/2002 (9a) (2002). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/185941>
- Tesis: [J] P./ J. 66/2005 (9a) (2005). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/178092>
- Tesis: [TA] P. LXXV/2009 (9a) (2009). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/165713>
- Tesis: [J] P./J. 40/2002 (9a) (2022b). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/186044>



## Cómo citar

### ***Sistema III***

Morales Sánchez, Julieta y Preciado Ascención, Gerardo Antonio, “Prisión preventiva oficiosa en México: las contradicciones de las constitucionalidades inconventionales”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19192. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19192>

### ***APA***

Morales Sánchez, J. y Preciado Ascención, G. A. (2024). La detección de la corrupción en México y el Sistema Nacional Anticorrupción. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19192. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19192>

## La detección de la corrupción en México y el Sistema Nacional Anticorrupción

### *The detection of corruption in Mexico and the National Anticorruption System*

Miguel Ángel Gutiérrez Salazar

 <https://orcid.org/0000-0002-4650-7179>

Universidad Nacional Autónoma de México. México  
Correo electrónico: zelda600@hotmail.com

Recepción: 3 de mayo de 2022  
Aceptación: 6 de agosto de 2023  
Publicación: 27 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.14162>

**RESUMEN:** El objetivo del presente ensayo consiste en analizar las herramientas con que cuenta el Estado mexicano para identificar y combatir los actos de corrupción; en ese contexto, se estudia el diseño normativo, institucional y de políticas públicas que ha adoptado nuestro país para enfrentar dicho fenómeno. Asimismo, se exponen los antecedentes del combate a la corrupción, se señalan las principales adecuaciones normativas y los cambios estructurales que han tenido lugar para construir el régimen de responsabilidades vigente. Además, se explica la implementación y funcionamiento del Sistema Nacional Anticorrupción, para coordinar los esfuerzos de prevención, detección y sanción de estos actos. Finalmente, se destacan los retos y perspectivas, al tiempo que se sugieren estrategias de acción en la materia.

**Palabras clave:** fiscalización, combate a la corrupción, transparencia, responsabilidades, rendición de cuentas.

**ABSTRACT:** The objective of this essay is to analyze the tools that the Mexican State has to identify and combat acts of corruption; In this context, the regulatory, institutional and public policy design that our country has adopted to confront this phenomenon is studied. Likewise, the background to the fight against corruption is presented, the main regulatory adjustments and the structural changes that have taken place to build the current regime of responsibilities are pointed out. In addition, the implementation and operation of the National Anti-Corruption System is explained, to coordinate efforts to prevent, detect and punish these acts. Finally, the challenges and perspectives are highlighted, while action strategies on the matter are suggested.

**Keywords:** oversight, anti-corruption, transparency, public responsibility, accountability.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Principales instrumentos para la detección de actos de corrupción*. III. *El surgimiento del Sistema Nacional Anticorrupción y el fortalecimiento de los instrumentos para la detección de actos de corrupción en México*. IV. *Origen, diseño, finalidades y perspectivas del Sistema Nacional Anticorrupción (nuevas herramientas para detectar la corrupción)*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

Uno de los principales problemas que afrontan las naciones latinoamericanas en la actualidad son los altos índices de corrupción;<sup>1</sup> como los más recientes estudios empíricos en la materia lo demuestran, cada vez es mayor la percepción que la sociedad tiene de la grave afectación que este fenómeno genera en todos los ámbitos de la vida (Transparencia Internacional, 2018), ya que corroe a las reglas que sustentan y orientan la convivencia, genera desigualdades, vulnera derechos, mina a la institucionalidad democrática y fractura el tejido social (Salazar Ugarte, 2017, p. 13).

De manera particular, el caso mexicano es representativo de los importantes esfuerzos que se han hecho para combatir la corrupción desde los más diversos frentes y también de cómo este fenómeno ha evolucionado y se ha adaptado a dichos esfuerzos para —acompañado de un alto grado de impunidad— volver ineficaces (en muchos de los casos) las medidas preventivas, disuasorias y sancionadoras del Estado.

Por ello, consideramos que el régimen de fiscalización y responsabilidades en México ha sido modificado en los últimos tiempos en busca de su perfeccionamiento, con la finalidad de superar los magros resultados obtenidos en administraciones anteriores, en donde las capacidades de detección de los órganos internos de control (OIC) eran menores y, en caso de imponer sanciones, más del 80 % de las mismas eran establecidas con motivo de algún incumplimiento temporal en la presentación de las declaraciones patrimo-

---

<sup>1</sup> Un asunto paradigmático y que ejemplifica esta problemática es el caso *Odebrecht*, en donde un conjunto de empresas dedicadas a brindar servicios de infraestructura, petroquímicos y transporte, pagó más de setecientos millones de dólares en sobornos para ganar más de cien proyectos de construcción pública en once países de América Latina, así como en países del continente africano (*El País*, 2017, Los Sobornos de Odebrecht).

niales o alguna negligencia administrativa, mas no por la detección y castigo de actos corruptos (Kaiser , 2014).

Sin embargo, tras una serie de reformas constitucionales y legales de gran calado, acontecidas en 2015 y 2016, respectivamente, se diseñó y adoptó al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) como una instancia de coordinación institucional, que concentra sus principales esfuerzos en la elaboración de una política anticorrupción que pueda mermar los nocivos efectos de este grave problema nacional.

Bajo el orden de ideas antes expresado, el propósito del presente ensayo es doble:

- 1) Por una parte, hacer una revisión y valoración de los principales instrumentos para detectar actos de corrupción por parte del Estado mexicano.
- 2) Por otra parte, conocer y explicar la experiencia mexicana en el combate a la corrupción a partir de la creación del Sistema Nacional Anticorrupción; experiencia que, hechas las adecuaciones necesarias, pudiera constituir un modelo a seguir a nivel internacional. Para ello, haremos un somero repaso de los antecedentes y el contexto que dio nacimiento a dicho sistema; las modificaciones jurídicas y administrativas que significó; las nuevas atribuciones que surgieron de su puesta en marcha para la detección de la corrupción, así como los retos y perspectivas a futuro.

## II. PRINCIPALES INSTRUMENTOS PARA LA DETECCIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN

En 1982 el Estado mexicano cambió de manera importante su marco jurídico especializado en exigir la responsabilidad de los funcionarios públicos. Esto, en virtud de que la sociedad comenzaba a exigir un mayor compromiso por parte del gobierno y de sus colaboradores en el uso pulcro, ético y eficaz de los recursos públicos.

A partir de dichas demandas, el legislador de esa época reconoció que la corrupción era un problema y que las leyes vigentes ya no eran suficientes para prevenirla, disuadirla y sancionarla. Por esta razón, estimó necesario un cambio de fondo con el fin de lograr la *renovación moral* propuesta por el entonces presidente de la República Miguel de la Madrid Hurtado (Secretaría de la Contraloría General de la Federación, 1988). En este sentido, a consideración de Elvia Arcelia Quintana:

En el sexenio de Miguel de la Madrid, quien trató de impulsar la idea de limpiar o disminuir la ineficiencia en la administración pública para combatir la corrupción con el programa denominado “reordenación administrativa”, se pretendía que el aparato burocrático renovado actuara con eficiencia y agilidad para aprovechar lo que se había logrado y rectificar lo que no había podido funcionar. Asimismo, se consideró en éste la simplificación administrativa adecuada para evitar el crecimiento innecesario del aparato burocrático pretendiendo además así, la política de restricción del gasto público. (Salazar Ugarte, 2017, p. 181)

En este contexto, se modificó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Título IV) y se publicó la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, que definió de manera muy clara cuatro tipos de responsabilidades: penal, civil, política y administrativa.

El objeto de dicha ley consistió en reglamentar los sujetos de responsabilidad en el servicio público; definir las obligaciones de los empleados públicos (ahora denominados servidores públicos); establecer las autoridades competentes y los procedimientos para aplicar las sanciones correspondientes ante los delitos e infracciones, entre otros aspectos.

De esta manera, se inició un proceso de apertura para el combate a la corrupción y las malas prácticas en el servicio público mexicano. Este proceso, ha sido paulatino y gradual, se ha visto acompañado por la aparición de nuevas instituciones, leyes, políticas públicas y procedimientos que han tenido como uno de sus propósitos el correcto funcionamiento del gobierno mexicano en un ámbito de integridad.

Así, por mencionar algunos ejemplos de ello, han sido creadas las siguientes instancias de orden público que velan por aspectos vinculados con la rendición de cuentas, la transparencia, la fiscalización y la responsabilidad de los agentes de gobierno:

- 1) Auditoría Superior de la Federación:<sup>2</sup> es el órgano técnico especializado de la Cámara de Diputados, dotado de autonomía técnica y de gestión; se encarga de fiscalizar el uso de los recursos públicos federales en los tres Poderes de la Unión; los órganos constitucionales autónomos;

---

<sup>2</sup> La integración, organización y funcionamiento de la Auditoría Superior de la Federación encuentra sustento normativo en el artículo 79 de la Constitución federal, así como en la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 18 de julio de 2016.

los estados y municipios; y en general cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que haya captado, recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales. El resultado final de la labor de la Auditoría Superior de la Federación son los Informes Individuales de Auditoría y el Informe General Ejecutivo del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública (Auditoría Superior de la Federación [ASF], s.f.).

- 2) Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales:<sup>3</sup> es el organismo constitucional autónomo garante del cumplimiento de dos derechos fundamentales: el de acceso a la información pública y el de protección de datos personales. Para el primero, asegura que cualquier autoridad en el ámbito federal, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos, fondos públicos y sindicatos, o cualquier persona física o moral que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad entregue la información pública solicitada. Para el segundo, garantiza el uso adecuado de los datos personales, así como el ejercicio y tutela de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición que toda persona tiene con respecto a su información (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, s.f.).
- 3) Secretaría de la Función Pública: es la dependencia de la administración pública federal encargada del correcto funcionamiento de los sistemas de control interno y el óptimo desempeño de las contralorías adscritas a las dependencias públicas federales. Asimismo, vigila las actividades de los servidores públicos federales, determina la política de compras de la Federación y audita el gasto de recursos federales (ASF, s.f.).
- 4) Tribunal Federal de Justicia Administrativa: es un órgano jurisdiccional con autonomía para emitir sus fallos y con jurisdicción plena para juzgar los actos de corrupción y las faltas administrativas graves (Tribunal Federal de Justicia Administrativa, s.f.).
- 5) Fiscalía Anticorrupción: órgano encargado de la investigación, prevención y persecución de los delitos contenidos en el Título Décimo del Libro Segundo del Código Penal Federal (delitos por corrupción),

---

<sup>3</sup> La Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública prevé lo relativo a la composición, atribuciones y funcionamiento del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Dicha norma fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de mayo de 2016.



en representación de la Fiscalía General de la República (Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República, 2019).

Para México, la creación y perfeccionamiento de estas instancias especializadas, así como la generación de redes de trabajo coordinado, como por ejemplo el Sistema Nacional de Archivos (Sistema Nacional de Archivos, s.f.), el Sistema Nacional de Transparencia y el Sistema Nacional de Fiscalización, significó también la modificación de un amplio marco normativo que, al paso del tiempo, ha sustentado las acciones realizadas de manera individual o conjunta en estas materias.

Sin el afán de ser exhaustivos, sino únicamente enunciativos de los principales cambios jurídico-normativos que, a partir de 1982, se han generado y que son muestra de la importancia de la lucha anticorrupción en México, en la tabla siguiente se presenta una síntesis que compila temáticamente dichos cambios constitucionales y legales en torno a tres temas centrales: transparencia y acceso a la información; fiscalización y auditoría; responsabilidad de servidores públicos.

| Transparencia y acceso a la información                                       |      |
|-------------------------------------------------------------------------------|------|
| Creación o adecuación normativa                                               | Año  |
| Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental  | 2002 |
| Reforma constitucional en materia de transparencia                            | 2007 |
| Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica              | 2008 |
| Reforma constitucional en materia de transparencia                            | 2009 |
| Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares | 2010 |
| Ley Federal de Archivos                                                       | 2012 |
| Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública                | 2015 |
| Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública                | 2016 |
| Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligado | 2017 |
| Fiscalización y auditoría                                                     |      |
| Creación o adecuación normativa                                               | Año  |
| Reforma constitucional en materia de fiscalización                            | 1999 |
| Ley de Fiscalización Superior de la Federación                                | 2000 |

|                                                                                                                                                |                |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------|
| Ley General de Contabilidad                                                                                                                    | 2008           |
| Reforma constitucional en materia de fiscalización                                                                                             | 2008           |
| Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria                                                                                        | 2008           |
| Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación                                                                                   | 2009<br>y 2016 |
| Reforma constitucional (creación del Sistema Nacional Anticorrupción y modificación de atribuciones de la Auditoría Superior de la Federación) | 2015           |
| Responsabilidad de servidores públicos                                                                                                         |                |
| Creación o adecuación normativa                                                                                                                | Año            |
| Reforma constitucional (nuevo régimen de responsabilidades)                                                                                    | 1982           |
| Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos                                                                                    | 1982           |
| Reformas al Código Civil Federal (responsabilidad civil)                                                                                       | 1982<br>y 1994 |
| Reformas al Código Penal Federal                                                                                                               | 1983           |
| Ley Federal de Responsabilidades Administrativas                                                                                               | 2002           |
| Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado                                                                                          | 2005           |
| Ley General de Responsabilidades Administrativas                                                                                               | 2016           |
| Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa                                                                                   | 2016           |
| Reformas al Código Penal (delitos por corrupción)                                                                                              | 2016           |
| Ley de la Fiscalía General de la República (creación de la Fiscalía Anticorrupción)                                                            | 2016           |

FUENTE: elaboración propia con sustento en el marco normativo abrogado y vigente en México. Al respecto, puede consultarse la página de la Cámara de Diputados: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Como podrá apreciarse, es amplio el marco jurídico que a más 40 años de distancia —a partir de 1982— se ha adoptado para el combate a la corrupción en México, por no mencionar una infinidad de planes, programas, proyectos y acciones particulares que —de ese andamiaje normativo— ha emanado en el intento y la búsqueda por paliar dicha problemática.

Ahora bien, explicado lo anterior, podrá comprenderse mejor el contexto jurídico y de ingeniería institucional (dependencias, áreas de gobierno y estructuras destinadas al combate a la corrupción) en el que se han diseñado instrumentos para la detección de actos corruptos a lo largo del tiempo, mismos que, de manera constante, han sido objeto de revisiones, análisis y críticas, con el objeto de lograr su correcto funcionamiento.

Por ello, a continuación, explicaremos la importancia de dichos instrumentos, para posteriormente analizar cómo es que la adopción del Sistema Nacional Anticorrupción viene a redimensionar la trascendencia de los mismos y a generar nuevas herramientas que puedan contribuir al descubrimiento más eficaz de hechos de corrupción.

### ***1. Plataforma Nacional de Transparencia y procedimiento de acceso a la información pública***

Las leyes General y Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública constituyen dos normas jurídicas fundamentales de reciente expedición (aunque con antecedentes legislativos desde 2002) para promover la transparencia y el derecho de acceso a la información en México.

Estas normas jurídicas establecen una serie de obligaciones a fin de que las dependencias gubernamentales preserven sus documentos en archivos administrativos actualizados y publiquen la información completa sobre el ejercicio de los recursos públicos y los indicadores que permitan rendir cuenta del cumplimiento de sus objetivos y de los resultados obtenidos.

El Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) es el encargado de impulsar una política pública que favorezca el cumplimiento de las obligaciones de transparencia por parte del gobierno. Al respecto, la Ley General antes aludida constituye el sustento legal de la Plataforma Nacional de Transparencia (s.f.), una herramienta electrónica que actualmente se conforma 4 sistemas:

- I. Sistema de solicitudes de acceso a la información.
- II. Sistema de gestión de medios de impugnación.
- III. Sistema de portales de obligaciones de transparencia.
- IV. Sistema de comunicación entre organismos garantes y sujetos obligados.

En su conjunto, los sistemas mencionados permiten que las instituciones del Estado mexicano den cumplimiento a los deberes y responsabilidades previstos en el marco legal vigente en relación con la transparencia, documentación, justificación de sus actos y decisiones frente a la sociedad.

De manera complementaria a la obligación de transparentar la actuación del gobierno, existe el derecho correlativo por parte de la sociedad de demandar la entrega oportuna de toda aquella información que jurídicamente

tiene el carácter de público. Para ello, el propio Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales es el organismo garante de dar certeza de que sean respetados esos derechos.

Al respecto, en la referida Ley General se prevé un *procedimiento de acceso a la información pública* que debe seguirse conforme a determinados plazos, etapas y requerimientos normativos, que son susceptibles en todo momento de ser revisados, acompañados y, en su caso, impugnados ante el Instituto, para favorecer la participación ciudadana y la satisfacción del principio de máxima publicidad dispuesto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, 2015).

Ambas actividades que desarrolla el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (supervisión de la Plataforma Nacional de Transparencia para verificar que el Estado cumpla sus obligaciones de transparencia y la revisión de los procedimientos de acceso a la información pública por parte de la sociedad) se complementan, como veremos más adelante, con su participación en el Sistema Nacional Anticorrupción del cual forma parte.

Como es fácil advertir, los dos mecanismos aludidos, contribuyen en la prevención, detección y sanción de actos corruptos:

El acceso a la información y la transparencia son transversales a cada una de las fases que integran el ciclo de control de la corrupción. A nivel de la prevención: la información permite identificar puntos de contacto entre autoridades y población que son susceptibles de corrupción y a partir de ahí simplificarlos, depurarlos o mejorarlos, cerrando así los espacios para que el acto se cometa. En cuanto a la investigación: la información pública permite obtener indicios de posibles actos de corrupción y con ellos interponer las denuncias. Finalmente, en relación a la persecución y sanción: gracias a la información pública podemos evaluar y monitorear el desempeño de las instituciones responsables de perseguir y sancionar los delitos, detonando, con esto, procesos reales de rendición de cuentas. (Salas, 2018, p. 3)

Pese a su relevancia, la transparencia y el acceso a la información por sí mismas no garantizan una rendición de cuentas eficaz, esencialmente por dos razones:

- 1) La primera de ellas, consiste en que las leyes de la materia contienen excepciones al otorgamiento de información (confidencialidad y reserva), mismas que pueden ser empleadas subjetivamente para negar la entrega de la misma.
- 2) La segunda, en virtud de que incluso en aquellos casos en que sí es posible conocer determinada información, la misma requiere de elementos que la complementen para la *supervisión técnica adecuada* del desempeño de las instituciones y servidores públicos. Ese proceso especializado de revisión que se necesita debe permitir corroborar el empleo adecuado de los recursos públicos (humanos, tecnológicos, materiales, económicos) precisamente con la finalidad de identificar desviaciones o posibles actos de corrupción.

De esta manera, para que la transparencia y el acceso a la información sean mecanismos más útiles y puedan brindar mejores resultados, se necesita repensar las causales por las cuales se puede denegar el acceso a la información, así como los medios procesales por los cuales es posible impugnar dicha negativa.

Amén de lo anterior, como veremos en el rubro siguiente, la fiscalización de los recursos públicos complementa a la transparencia y al acceso a la información como piezas fundamentales de la rendición de cuentas en nuestra democracia.

## *2. Procedimiento de fiscalización*

En el ámbito del servicio público gubernamental se reconoce que para estar en condiciones plenas de mantener adecuados niveles de integridad y un desempeño acorde a los fines públicos (satisfacción de necesidades sociales) es necesario evaluar continuamente su funcionamiento.

En ese sentido, el procedimiento de fiscalización coadyuva a vigilar el buen uso del patrimonio público. La revisión de la aplicación de recursos y programas públicos tiene por objeto comprobar que los montos lleguen al destino programado y que las acciones de gobierno se cumplan conforme a lo legalmente establecido (ASF, s.f.). En ese sentido, no sólo se mide el correcto funcionamiento de las áreas de gobierno vinculado con el empleo de los recursos económicos, sino que también se aspira a proteger la actividad de las instituciones públicas de factores o agentes negativos que pudieran corromperlos.

Tradicionalmente la fiscalización se clasifica en *interna* y *externa*; la primera, se efectúa dentro del mismo ámbito de la institución sujeta a revisión y busca garantizar que los objetivos se cumplan de forma económica, eficaz y eficiente; la segunda, se realiza por un ente distinto a la autoridad que se supervisa y generalmente comprende la revisión de cuentas, el examen de la legalidad y la comprobación del cumplimiento de las metas fijadas.

En México, la autoridad encargada de la fiscalización interna es la Secretaría de la Función Pública a través de los diversos órganos internos de control (OIC) y la fiscalización externa corre a cargo de la Auditoría Superior de la Federación y sus similares en las entidades federativas; ambas instancias planifican y organizan los correspondientes procesos de auditoría a efecto de generar un mayor impacto positivo en la vigilancia al desempeño de las instituciones tanto en su funcionamiento como en el manejo de recursos.

Derivado del trabajo conjunto de las áreas de fiscalización, a partir del año 2010 existe el Sistema Nacional de Fiscalización (SNF) (s.f.), concebido como un conjunto de principios y actividades estructurados y relacionados entre sí, que buscan establecer un ambiente de coordinación efectiva entre todos los órganos gubernamentales de fiscalización en el país y que ha promovido la concientización a nivel nacional, sobre los requisitos mínimos de un trabajo de auditoría con calidad y prevalencia de los principios de independencia e integridad, así como la creación de un marco nacional de Normas Profesionales de Auditoría basado en los más altos estándares internacionales definidos por la Organización Internacional de Entidades Fiscalizadoras Superiores denominado INTOSAI por sus siglas en inglés (Portal Martínez, 2015a, p. 30).

Es así como los esfuerzos coordinados de las instituciones de fiscalización han redimensionado la importancia de estas tareas en la prevención, detección y combate a la corrupción:

Desde esta perspectiva, para que la auditoría gubernamental contribuya a frenar la corrupción, el primer paso es detectar los incentivos perversos y las reglas informales que originan dicho fenómeno. Esta tarea no es sencilla dada la complejidad del medio gubernamental. En su estructura actual, dichos incentivos e instituciones provienen y son reforzados por la construcción de amplias redes a nivel institucional. Para dismantelar estos arreglos, alejados del interés general, es necesario utilizar la misma estrategia: crear redes de colaboración, información, aprendizaje, etc.

El SNF ha dado lugar a la construcción de este tipo de vínculos. Los grupos de trabajo son el tejido que sostiene al SNF ya que generan dinámicas de comunicación e intercambio de conocimiento, base para el diseño de instrumentos de acción conjunta para prevenir y combatir la corrupción. En síntesis, el SNF sirve para apuntalar los esfuerzos de sus integrantes en una misma dirección. (Portal Martínez, 2015b, p. 154)

Producto de estos esfuerzos, a través de sus informes periódicos, la Auditoría Superior de la Federación da a conocer los resultados de la revisión al ejercicio de la cuenta pública e identifica posibles fallas o vulnerabilidades en los sistemas de control interno de las entidades públicas mexicanas. Incluso, las auditorías que practica y de las que pueden derivar observaciones y pliegos de responsabilidad por posibles faltas administrativas y actos de corrupción pueden consultarse durante su desarrollo en el Sistema Público de Consultas de Auditoría, herramienta tecnológica que permite verificar los datos correspondientes a dichas revisiones desde la fiscalización de la cuenta pública del año 2000 (ASF, s.f.).

Como podremos advertir más adelante, las tareas de fiscalización han dado a conocer importantes actos que constituyen irregularidades administrativas y también conductas delictivas y faltas graves por parte de servidores públicos (*verbigracia* el asunto conocido como *La Estafa Maestra*).

Es así que, dada la creciente importancia de la labor que realiza la Auditoría Superior de la Federación en la fiscalización de los recursos públicos y en la detección de actos de corrupción, se consideró necesario ampliar sus alcances y, a partir de la adopción del Sistema Nacional Anticorrupción, se fortalecieron sus facultades y herramientas de investigación para permitir una fiscalización *en tiempo real* de los recursos federales y una mayor cobertura a fin de auditar también las participaciones de las entidades federativas (estados).<sup>4</sup>

Sin duda que, los procedimientos de fiscalización no constituyen por sí solos una técnica definitiva para la detección de la corrupción, ya que está sujeta a determinadas limitantes, como, por ejemplo: las muestras auditadas; los procedimientos de fiscalización utilizados; el tiempo para su ejecución; los factores normativos, materiales y humanos con que se contó

---

<sup>4</sup> Con la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción en 2015 se reconoció la importancia de las labores de fiscalización, por ello, el preexistente Sistema Nacional de Fiscalización creado en 2010, pasó a formar un subsistema del mismo.

para su realización; el perfil o capacidad de los auditores; entre otros aspectos que inciden de forma determinante en la calidad de los procesos fiscalizadores.

Por ello, a futuro, será necesario reevaluar los resultados obtenidos por el Sistema Nacional de Fiscalización, así como aquellos que deriven del empleo de las nuevas facultades con que cuenta la Auditoría Superior de la Federación, a efecto de estar en posibilidad de mejorar la calidad de las revisiones e impulsar la eficacia conjunta del procedimiento de fiscalización y del resto de instrumentos dirigidos a la detección de la corrupción en México.

3. Denuncia pública

Una de las obligaciones previstas tanto en el Código Nacional de Procedimientos Penales como en la Ley General de Responsabilidades Administrativas es la denuncia de actos de corrupción (calificados como delitos o faltas administrativas graves, respectivamente).

La tabla siguiente nos muestra el fundamento penal y administrativo de la obligación de toda persona y servidor público para hacer del conocimiento de las autoridades competentes —mediante la denuncia correspondiente— los posibles actos de corrupción que advierta, así como la obligación de las autoridades para conocer de dichas denuncias y su posible responsabilidad en caso de omisión:

| Código Nacional de Procedimientos Penales                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------|
| Artículo                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Temática                                                            |
| Artículo 131. Para los efectos del presente Código, el Ministerio Público tendrá las siguientes obligaciones. <sup>5</sup><br>[...]<br>II. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral, por escrito, o a través de medios digitales, incluso mediante denuncias anónimas en términos de las disposiciones legales aplicables, sobre hechos que puedan constituir algún delito. | Obligación del Ministerio Público de recibir denuncias o querellas. |

<sup>5</sup> Artículo 225, Código Penal Federal.



|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |                                                                                        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|
| Artículo 222. Toda persona a quien le conste que se ha cometido un hecho probablemente constitutivo de un delito está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier agente de la Policía. Quien en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un hecho que la ley señale como delito, está obligado a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Público, proporcionándole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición a los imputados, si hubieren sido detenidos en flagrancia. Quien tenga el deber jurídico de denunciar y no lo haga, será acreedor a las sanciones correspondientes [...]. | Deber de los particulares de denunciar.                                                |
| <b>Ley General de Responsabilidades Administrativas</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |                                                                                        |
| <b>Artículo</b>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | <b>Temática</b>                                                                        |
| Artículo 91. La investigación por la presunta responsabilidad de faltas administrativas iniciará de oficio, por denuncia o derivado de las auditorías practicadas por parte de las autoridades competentes o, en su caso, de auditores externos. Las denuncias podrán ser anónimas. En su caso, las autoridades investigadoras mantendrán con carácter de confidencial la identidad de las personas que denuncien las presuntas infracciones.                                                                                                                                                                                                                                           | Inicio de las investigaciones mediante la presentación de la denuncia correspondiente. |
| Artículo 92. Las autoridades investigadoras establecerán áreas de fácil acceso, para que cualquier interesado pueda presentar denuncias por presuntas faltas administrativas, de conformidad con los criterios establecidos en la presente ley.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         | Mecanismos de acceso que facilitan la presentación de denuncias.                       |
| Artículo 93. La denuncia deberá contener los datos o indicios que permitan advertir la presunta responsabilidad administrativa por la comisión de faltas administrativas, y podrán ser presentadas de manera electrónica a través de los mecanismos que para tal efecto establezcan las autoridades investigadoras, lo anterior sin menoscabo de la plataforma digital que determine, para tal efecto, el Sistema Nacional Anticorrupción.                                                                                                                                                                                                                                              | Requisitos de las denuncias.                                                           |
| Artículo 49. Incurrirá en falta administrativa no grave el servidor público cuyos actos u omisiones incumplan o transgredan lo contenido en las obligaciones siguientes:<br>[...]<br>II. Denunciar los actos u omisiones que en ejercicio de sus funciones llegare a advertir, que puedan constituir faltas administrativas, en términos del artículo 93 de la presente ley;                                                                                                                                                                                                                                                                                                            | Obligación de denunciar faltas administrativas (o actos de corrupción).                |

|                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |                                                                                                                  |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>Artículo 64. Los servidores públicos responsables de la investigación, substanciación y resolución de las faltas administrativas incurrirán en obstrucción de la justicia cuando:</p> <p>I. Realicen cualquier acto que simule conductas no graves durante la investigación de actos u omisiones calificados como graves en la presente ley y demás disposiciones aplicables;</p> <p>II. No inicien el procedimiento correspondiente ante la autoridad competente, dentro del plazo de treinta días naturales, a partir de que tengan conocimiento de cualquier conducta que pudiera constituir una falta administrativa grave, faltas de particulares o un acto de corrupción, y</p> <p>III. Revelen la identidad de un denunciante anónimo protegido bajo los preceptos establecidos en esta ley.</p> | <p>Responsabilidad administrativa de quienes obstaculicen las investigaciones procedimientos disciplinarios.</p> |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

FUENTE: elaboración propia con sustento en la normativa penal y de responsabilidades administrativas vigente. Al respecto, puede consultarse la página de la Cámara de Diputados: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

En materia penal, es al Ministerio Público a quien corresponde la recepción y seguimiento de las denuncias por actos de corrupción, con independencia de que sean presentadas de manera oral, por escrito, o a través de medios digitales.

En materia administrativa, a efecto de facilitar la recepción de denuncias por hechos de corrupción, la Secretaría de la Función Pública cuenta —desde hace algunos años— con un sistema electrónico denominado “Sistema Integral de Quejas y Denuncias Ciudadanas” (SIDE), además de brindar la posibilidad de recibir denuncias por correspondencia, vía telefónica, de manera presencial o mediante un chat (comunicación en tiempo real mediante texto en tiempo real).

Además, a partir de julio de 2019, la Secretaría de la Función Pública instauró una nueva plataforma digital denominada “Ciudadanos Alertadores Internos y Externos de la Corrupción”, a efecto de que cualquier ciudadano o servidor público (inclusive de manera anónima) pueda alertar sobre actos graves de corrupción, violaciones a derechos humanos o bien conductas como el hostigamiento y acoso sexual en que hayan estado involucrados servidores públicos federales (Ciudadanos Alertadores Internos y Externos de la Corrupción, s.f.).

Pese a la importancia de la denuncia pública como una herramienta fundamental para que las autoridades tengan conocimiento de actos de corrupción, lo cierto es que actualmente existe una baja participación ciudadana

para la presentación de denuncias penales y administrativas, en virtud de que la percepción social considera que es poco útil denunciar ante las autoridades, ya que constituyen trámites o procesos complejos, que quitan tiempo y al final no dan resultados efectivos.

Aunado a ello, existe la percepción de que las denuncias tienen una finalidad de combate entre adversarios políticos y son empleadas más con fines de coacción en contra de quienes no comparten la misma opinión del gobernante en turno que como alternativas reales para hacer frente a la corrupción.

Ante dicho panorama, es imprescindible emprender acciones de concientización social respecto a la relevancia de las denuncias, pero también pugnar por diseñar formas más eficaces de comunicar a las autoridades los hechos delictivos o irregulares, agilizando dichos procesos y volviéndolos más accesibles a la ciudadanía.

Por añadidura, la autonomía real de las autoridades investigadoras es fundamental para que las denuncias sean abordadas con una mirada objetiva y desarrolladas atendiendo no sólo a los parámetros legales, sino a las exigencias técnicas indispensables para dilucidar procesalmente la verdad de los hechos y saber allegarse de elementos probatorios con un método que garantice la eficacia en las indagaciones efectuadas.

#### *4. Procedimiento de revisión patrimonial*

Una de las obligaciones constitucionales y legales de los servidores públicos consiste en presentar ante los órganos internos de control de las dependencias gubernamentales sus declaraciones patrimoniales a efecto de que se pueda conocer con oportunidad y precisión la evolución de sus ingresos y la aplicación de los mismos, como mecanismo que permita identificar cualquier acto de corrupción o enriquecimiento injustificado.

A partir de los datos proporcionados por los servidores públicos, los órganos internos de control desarrollan un proceso de revisión a fin de contrastar la veracidad de la información proporcionada y en caso de advertir incongruencias o discrepancias requieren aclaraciones y/o soporte de lo declarado.

En aquellos casos en que no se presenta la declaración patrimonial o bien ante la existencia de anomalías no aclaradas, el Órgano Interno de Control debe presentar la denuncia correspondiente a efecto de que se desarrolle el procedimiento de investigación y, en su caso, de responsabilidad administrativa.

La Secretaría de la Función Pública, en su carácter de autoridad que coordina el funcionamiento de los Órganos Internos de Control ha desarrollado una plataforma denominada “Declaranetplus” (Declaranetplus, s.f.), que permite la presentación electrónica de las declaraciones y contiene el marco normativo aplicable, los formatos de las diversas modalidades de declaración patrimonial (inicio, modificación y conclusión), guías de llenado y medios de comunicación (vía chat) con personal a cargo de orientar a los servidores públicos en el cumplimiento de esa obligación.

Desde nuestra perspectiva, existen retos importantes para mejorar los niveles de cumplimiento en cuanto a la presentación en tiempo y forma de las declaraciones (falta de capacitación y sensibilización de los sujetos obligados). Además, también pueden advertirse desafíos para las autoridades que fiscalizan las declaraciones patrimoniales, como, por ejemplo: ampliar de manera efectiva y no sólo enunciativa el universo auditado, fortalecer los perfiles de quienes auditan y contar con mayores recursos humanos, técnicos y materiales que favorezcan la revisión (Gutiérrez, 2018).

No obstante lo anterior, la fiscalización patrimonial ha cobrado una mayor relevancia con el paso del tiempo, al grado de que, como veremos más adelante, con la adopción del Sistema Nacional Anticorrupción, se potencializaron sus efectos, al incrementar el número de sujetos obligados, adicionar la revisión de posibles conflictos de interés (mediante la presentación de una nueva declaración) y proponer una nueva plataforma electrónica que permita una vigilancia más exhaustiva al régimen patrimonial de los servidores públicos.

## 5. *Periodismo de investigación*

Generalmente es reconocido que un aspecto problemático para identificar la corrupción es que funciona mediante redes de complicidad y a través de maniobras colectivas (de grupos) altamente técnicas o sofisticadas, encubiertas por procedimientos contables, jurídicos o administrativos que revisiten tales actos de un matiz de normalidad que les permite pasar desapercibido durante un lapso determinado de tiempo.

Por ello, ante la opacidad y complejidad que cada vez en mayor medida caracteriza a los actos de corrupción en México, el periodismo especializado e independiente ha jugado un rol fundamental para dar a conocer los procedimientos y mecanismos seguidos por los autores intelectuales y materiales de esos hechos.

En ese sentido, la actividad de investigación periodística, sumada al ejercicio del derecho de acceso a la información, ha permitido documentar casos de corrupción, crimen organizado, impunidad y violaciones a los derechos humanos, por lo que constituye ya un contrapeso natural del quehacer público, que obliga a transparentar y justificar las decisiones de gobierno (Ibarra, 2019).

Diversos casos de corrupción han impactado al país en los últimos años y el periodismo de investigación ha aportado elementos relevantes para darlos a conocer a la luz pública y ante las autoridades encargadas de exigir cuentas. La siguiente tabla lista algunos de los casos en mención:

| Casos de corrupción documentados por el periodismo de investigación                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|---------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Asunto                                                                                | Temática                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| La Casa Blanca del presidente (Cabrera, Lizárraga, Huerta, Barragán y Varquez, 2014). | <p>Consistió en una investigación periodística dada a conocer a finales del año 2014 por el equipo de trabajo de la periodista Carmen Aristegui y que derivó, a la postre, en una investigación oficial por posible conflicto de interés, en la que se vio involucrado el ex presidente Enrique Peña Nieto, su esposa y miembros de su gabinete.</p> <p>La investigación periodística dio a conocer la compra de una casa con valor aproximado de siete millones de dólares por parte de la esposa del ex presidente, a una compañía del grupo empresarial Higa, la cual tenía como antecedentes haber celebrado contratos de obra pública durante la etapa de Peña Nieto como gobernador del Estado de México entre 2005 y 2011.</p> <p>Si bien la investigación oficial no encontró elementos de conflicto de interés en contra de los involucrados, sí ocasionó que el gobierno revocara la licitación del tren México-Querétaro a una de las empresas de Grupo Higa.</p> |
| El Socavón del paso exprés en Cuernavaca (Brito, 2018).                               | <p>Investigación y denuncia periodística derivada de múltiples inconformidades de la sociedad civil con relación a las afectaciones que estaba generando en sus viviendas (inundaciones) la construcción del paso exprés en la autopista México-Cuernavaca y que, a la postre ocasionaría accidentes viales y, el 12 de julio de 2017, la pérdida de la vida de 2 personas cuyo vehículo cayó en un socavón generado en dicha obra por las lluvias, pero, principalmente, por la mala calidad de los trabajos realizados.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |

| Casos de corrupción documentados por el periodismo de investigación |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|---------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Asunto                                                              | Temática                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|                                                                     | <p>La obra se licitó a fines de 2014 y se adjudicó al consorcio Construcciones Aldesem por un monto de 1,045,857,000 pesos, pero se duplicó al término de la obra, hasta alcanzar una inversión de 2,350 millones de pesos. Igualmente su tiempo de realización excedió por mucho las previsiones realizadas inicialmente y la obra fue inaugurada hasta el 5 de abril de 2017 (es decir, el socavón ocurrió a poco más de tres meses de la apertura de la obra).</p> <p>Activistas señalaron que mucha información relevante del asunto les fue negada y que la obra, después de su reapertura conserva múltiples puntos de riesgo. Como resultado de las investigaciones y procedimientos oficiales, se impusieron múltiples sanciones a ocho servidores públicos desde suspensiones, destituciones, inhabilitaciones y la indemnización y reparación del daño por la muerte de las personas.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| La Gran Estafa                                                      | <p>Investigación periodística hecha por la agrupación de noticias “Animal Político”, en asociación con la organización civil “Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad (MCCI)”, dada a conocer en septiembre de 2017, la cual documentó cómo un sistema de más de 100 empresas fantasma en participación con diversas dependencias del Estado mexicano, universidades públicas y empresas privadas, mediante “triangulaciones” desviaron miles de millones de pesos.</p> <p>Luego de reportear en seis estados, revisar miles de documentos, y visitar decenas de supuestos domicilios, la investigación concluye y prueba que 3 mil 433 millones de pesos se entregaron a empresas fantasma y cuyos socios viven en barriadas. Mil millones de pesos más fueron la comisión para las universidades y el resto sirvió para, supuestamente, contratar servicios. En muchos casos, no hay evidencia documental de que estos hayan existido. (Montalvo, s.f.)</p> <p>La investigación periodística tuvo su origen en los informes de la Auditoría Superior de la Federación sobre las cuentas públicas del gobierno federal en 2013-2014. A la fecha se han presentado tanto denuncias penales como administrativas ante las autoridades competentes, sin que existan todavía servidores públicos, particulares o empresas sancionadas por dichos actos.</p> |

FUENTE: elaboración propia con apoyo en las páginas de Internet citadas en la tabla.

De los casos reseñados anteriormente, puede advertirse que la apertura inherente al medio periodístico les permite allegarse de denuncias públicas y de información relevante para el combate a la corrupción; lo que sumado a los mecanismos de acceso a la información y de rendición de cuentas a que están obligadas las instancias gubernamentales posibilita el contraste de datos y de información de interés ciudadano que, en determinados asuntos, puede significar la apertura de investigaciones oficiales —mediante los procedimientos penales y administrativos pertinentes— y también en algunos supuestos, la recuperación de activos y la imposición de sanciones.

Frente a sí, el periodismo de investigación afronta diversos retos, como asegurar la integridad personal e institucional de sus integrantes en estos tiempos de violencia hacia quienes ejercen la labor periodística, y, por supuesto, lograr procedimientos rigurosos de investigación, con precisión, objetividad y ajenos a cualquier sesgo político.

En suma, el periodismo de investigación tiene la gran oportunidad no sólo de informar a la sociedad, sino de constituirse en un referente fundamental para el combate a la corrupción, centrando la atención pública en asuntos de impacto y ejerciendo una presión decidida ante las instancias de gobierno para que este tipo de asuntos no queden impunes.

### **III. EL SURGIMIENTO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN Y EL FORTALECIMIENTO DE LOS INSTRUMENTOS PARA LA DETECCIÓN DE ACTOS DE CORRUPCIÓN EN MÉXICO**

En el apartado anterior tuvimos oportunidad de explicar los principales instrumentos que desde nuestra perspectiva se tienen en México para la detección de actos de corrupción.

Ahora corresponde analizar las razones que dieron origen al Sistema Nacional Anticorrupción, sus antecedentes, finalidades y perspectivas, en relación con los instrumentos para detectar la corrupción.

Partimos de considerar que dicho sistema se ha caracterizado por enfocar la atención en el combate a la corrupción y que, pese a los retos que actualmente afronta, cuenta con la posibilidad jurídica y administrativa real de potenciar el alcance de los instrumentos anticorrupción existentes y de generar nuevas formas para combatirla.

#### IV. ORIGEN, DISEÑO, FINALIDADES Y PERSPECTIVAS DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN (NUEVAS HERRAMIENTAS PARA DETECTAR LA CORRUPCIÓN)

El 27 de mayo de 2015 fue promulgada una de las reformas constitucionales de mayor relevancia para el combate a la corrupción y la exigencia de las responsabilidades de los servidores públicos en México.

Con ella se dio origen al Sistema Nacional Anticorrupción, definido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como: “La instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos” (Gutiérrez, 2017, p. 54).

En palabras del secretario general de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), el Sistema Nacional Anticorrupción y los subsistemas locales que de él emanan “tienen el potencial para cambiar las reglas de juego de la agenda anticorrupción del país, al atender la fragmentación de políticas, mejorar la coordinación para una implementación más eficaz y terminar con la impunidad. Se han sentado las bases para el éxito, siendo pocas las reformas que han gozado de tan rotundo apoyo de los ciudadanos y de la sociedad civil por igual” (Gurría, 2017).

La creación del Sistema Nacional Anticorrupción es resultado de la exigencia ciudadana y de la colaboración entre distintos actores políticos y sociales. Los principales antecedentes de dicho sistema pueden sintetizarse de esta manera (Transparencia Mexicana, s.f.):

- Las principales fuerzas políticas del país acordaron —en diciembre de 2012— la creación de una Comisión Anticorrupción como uno de los compromisos del “Pacto por México”.<sup>6</sup>
- En diciembre de 2013, la Cámara de Senadores aprobó la creación de dicha Comisión, sin embargo, la propuesta fue criticada por la sociedad civil, académicos y expertos en la materia, quienes apuntaban que un

---

<sup>6</sup> El Pacto por México (diciembre de 2012) constituyó un acuerdo entre el presidente de la República y las principales fuerzas políticas del país para establecer consensos en materia de crecimiento, derechos humanos, combate a la corrupción y desigualdad social, entre otros temas fundamentales para la sociedad.



único órgano responsable del control de la corrupción sería insuficiente, por lo que la reforma anticorrupción no fue aprobada.

- En septiembre de 2014, el Partido Acción Nacional presentó ante la Cámara de Diputados una nueva y distinta propuesta de reforma, que planteaba la creación de un Sistema Nacional Anticorrupción.
- Para finales de 2014 y como consecuencia de diversos escándalos (Casa Blanca), la sociedad civil —a través de distintas plataformas—, propuso la campaña #3de3 en las que conminaban a que los aspirantes a puestos de elección popular hicieran públicas tres declaraciones: patrimonial, de intereses y de impuestos.
- En febrero de 2015 la Cámara de Diputados aprobó la reforma constitucional en la que se planteaba la creación del Sistema Nacional Anticorrupción.
- El 27 de mayo 2015 se promulgó la reforma constitucional que creó al Sistema Nacional Anticorrupción. Se modificaron 14 artículos constitucionales y se anunció la creación de nuevas leyes, así como la reforma de diversos ordenamientos legales.
- El 18 de julio de 2016 se publicaron las leyes secundarias que sustentan al Sistema Nacional Anticorrupción: Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción (nueva), Ley General de Responsabilidades Administrativas (nueva), Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa (nueva), Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación (nueva), Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (reformada), Código Penal Federal (reformado), Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (reformada).

El diseño del Sistema Nacional Anticorrupción agrupa a las principales instancias que participan en la prevención, detección y sanción de actos corruptos. El artículo 113 constitucional dispone que dicho sistema contará con un Comité Coordinador que estará integrado por los titulares de la Auditoría Superior de la Federación; de la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; de la Secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno (Secretaría de la Función Pública); por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa; el presidente del organismo garante que establece el artículo 60. de la Constitución (Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales); así como por un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana.

De tal manera que el Comité Coordinador tiene funciones para definir y promover políticas de prevención, control y disuasión de faltas administrativas y hechos de corrupción. También es competente para establecer bases y principios para la coordinación de las autoridades de los órdenes de gobierno (municipal, estatal y federal) en materia de fiscalización y control de recursos públicos.

Aunado a lo anterior, el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción tiene competencia para *emitir recomendaciones no vinculantes a las autoridades*, con el objeto de que adopten medidas dirigidas al fortalecimiento institucional para la prevención de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como al mejoramiento de su desempeño y del control interno.

A estas competencias deben agregarse otras igualmente relevantes, generadas a partir de las reformas constitucionales y legales de 2015 y 2016, como son (CNNExpansión, 2015):

- Crear sistemas locales anticorrupción, como espejo del Sistema Nacional a efecto de expandir el combate a la corrupción en todo el territorio nacional.
- Eliminar el principio de anualidad y posterioridad con que fiscalizaba la cuenta pública la Auditoría Superior de la Federación.
- Aumentar el tiempo de prescripción de faltas graves que puedan constituir actos de corrupción (de 5 a 7 años).
- Separar con toda precisión las funciones de investigación, substanciación y sanción de los procedimientos disciplinarios.
- Sancionar a empresas o particulares por actos de corrupción.
- Crear al Tribunal Federal de Justicia Administrativa como entidad especializada en la sanción de las conductas graves y actos de corrupción en el ámbito administrativo.
- Incorporar la obligación de los servidores públicos de presentar (además de la declaración patrimonial) una declaración de intereses y el comprobante de sus declaraciones fiscales, como parte de una revisión específica a cargo de los órganos internos de control.
- La designación de los titulares de los Órganos Internos de Control de los Organismos Autónomos por parte de la Cámara de Diputados.
- La ratificación del nombramiento del Secretario de la Función Pública por parte del Senado de la República.

- El diseño y funcionamiento de la Plataforma Digital Nacional, que, como veremos un poco más adelante, consiste en una herramienta electrónica que compila múltiples sistemas que se vincularán en todo el país en materia patrimonial, disciplinaria, de auditoría, entre otras.
- Dar una mayor relevancia al factor ciudadano en el combate a la corrupción, pues quien preside al Comité Coordinador del sistema es un ciudadano integrante a su vez de un Comité de Participación Ciudadana.

Todos estos elementos, como es comprensible, han venido a centrar la atención de los diversos sectores de la sociedad en hacer frente a la corrupción y, pese a que ha confrontado diversos retos (bajo presupuesto, lentitud en los procesos de designación de integrantes de los sistemas anticorrupción, falta de adopción de la Política Nacional Anticorrupción), desde nuestro punto de vista, han impulsado la identificación de ese tipo de conductas mediante el empleo de las herramientas que hemos estudiado.

Sumado a lo anterior, nos parece que por sí mismo, los cambios que implicó el Sistema Nacional Anticorrupción en el texto constitucional y legal, así como la estructura y funcionamiento de las instituciones que conforman el Comité Coordinador, permiten la posibilidad de constituir nuevas herramientas para la detección de la corrupción en México.

La siguiente tabla muestra cinco medios novedosos que derivan del Sistema Nacional Anticorrupción para el descubrimiento de actos de corrupción:

| Herramientas para la detección de la corrupción derivadas del Sistema Nacional Anticorrupción |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Herramienta                                                                                   | Materia                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Nuevas competencias de fiscalización para la Auditoría Superior de la Federación.             | <p>Mediante la reforma constitucional 2015 que dio origen al Sistema Nacional Anticorrupción se maximizaron los trabajos de fiscalización a cargo de la Auditoría Superior de la Federación, brindando una mayor oportunidad de identificar desviaciones al correcto ejercicio de los recursos federales.</p> <p>De manera particular, las adecuaciones al artículo 79 constitucional ahora posibilitan que la Auditoría Superior fiscalice “directamente los recursos federales que administren o ejerzan los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales.</p> |

| Herramientas para la detección de la corrupción derivadas del Sistema Nacional Anticorrupción |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Herramienta                                                                                   | Materia                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|                                                                                               | <p>[...] Asimismo, fiscalizará los recursos federales que se destinen y se ejerzan por cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada, y los transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos, públicos y privados, o cualquier otra figura jurídica, de conformidad con los procedimientos establecidos en las leyes y sin perjuicio de la competencia de otras autoridades y de los derechos de los usuarios del sistema financiero”.</p> <p>Por añadidura, el mencionado órgano fiscalizador, ante alguna denuncia podrá revisar durante el ejercicio fiscal en curso a las entidades fiscalizadas, así como respecto de ejercicios anteriores, ante lo cual, los entes auditados deberán proporcionar la información que sea motivo de revisión, dado que en caso de incumplimiento, se harán acreedores a las sanciones previstas en la ley.</p> <p>Las facultades descritas dan mayor margen a la acción fiscalizadora, al permitirle a la Auditoría Superior de la Federación reaccionar ante alguna denuncia de irregularidades, no sólo de recursos públicos federales ejercidos por el gobierno central, sino por todos los niveles de gobierno del país.</p> |
| Plataforma Digital Nacional.                                                                  | <p>La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción prevé, en sus artículos 48 a 56, la creación de una Plataforma Digital Nacional que integrará y conectará diversos sistemas electrónicos para el combate a la corrupción. Estos sistemas, de manera particular, son los siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Sistema de evolución patrimonial, de declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal.</li> <li>2. Sistema de los servidores públicos que intervengan en procedimientos de contrataciones públicas.</li> <li>3. Sistema nacional de servidores públicos y particulares sancionados.</li> <li>4. Sistema de información y comunicación del Sistema Nacional y del Sistema Nacional de Fiscalización.</li> <li>5. Sistema de denuncias públicas de faltas administrativas y hechos de corrupción, y</li> <li>6. Sistema de Información Pública de Contrataciones.</li> </ol>                                                                                                                                                                                                                                       |

| Herramientas para la detección de la corrupción derivadas del Sistema Nacional Anticorrupción |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                        |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Herramienta                                                                                   | Materia                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|                                                                                               | <p>Como puede verse, los sistemas referidos guardan estrecha relación con la prevención, detección y sanción de actos de corrupción en todo el territorio nacional y, pese a que su entrada en funcionamiento requiere un diseño complejo y sofisticado, pretende ser un instrumento eficaz en la materia una vez que esté operable.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
| Declaración de intereses y constancia de presentación de declaración fiscal.                  | <p>Como señalamos con antelación, la reforma constitucional y legal que dio origen al Sistema Nacional Anticorrupción amplió la obligación de presentar declaraciones patrimoniales a cargo de los servidores públicos, incorporando el deber de presentar una declaración de intereses y la constancia de presentación de la declaración anual de impuestos.</p> <p>Dicha responsabilidad constituye un elemento más sujeto a revisión por parte de las autoridades, como medida que permitirá advertir —mediante el uso de la Plataforma Digital Nacional— cualquier posible conflicto de intereses sancionable conforme a la ley.</p> <p>Ante esta facultad de las autoridades para fiscalizar los posibles conflictos de interés de los servidores públicos, resultará necesario incrementar las capacidades del personal a cargo de dicha función y sensibilizar a los empleados públicos respecto a la importancia del tema.</p> |
| Protocolo de actuación en contrataciones.                                                     | <p>Una herramienta más para la detección de corrupción, prevista en la nueva normativa es el protocolo de actuación en contrataciones gubernamentales, el cual deberá ser cumplido por servidores públicos y particulares, a fin de que formulen un manifiesto de vínculos o relaciones de negocios, personales o familiares, así como de posibles conflictos de interés, bajo el principio de máxima publicidad.</p> <p>Conforme a los artículos 44 y 45 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, el sistema específico de contrataciones de la Plataforma Digital Nacional incluirá la relación de particulares, personas físicas y morales, que se encuentren inhabilitados para celebrar contratos con los entes públicos.</p>                                                                                                                                                                                      |

| Herramientas para la detección de la corrupción derivadas del Sistema Nacional Anticorrupción |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Herramienta                                                                                   | Materia                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                       |
|                                                                                               | <p>Como medida adicional, los órganos internos de control deberán supervisar la ejecución de los procedimientos de contratación pública por parte de los contratantes para garantizar que se lleva a cabo conforme a las normas legales, llevando a cabo las verificaciones correspondientes si descubren anomalías.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                      |
| Política de integridad para personas morales.                                                 | <p>La aludida Ley General de Responsabilidades Administrativas, en su artículo 25, establece una herramienta que coadyuva en la prevención y detección de actos de corrupción. Consiste en el deber de las personas morales que participan en los procesos de contratación pública de contar con una política de integridad, compuesta de los elementos siguientes:</p> <p>I. Un manual de organización y procedimientos que sea claro y completo, en el que se delimiten las funciones y responsabilidades de cada una de sus áreas, y que especifique claramente las distintas cadenas de mando y de liderazgo en toda la estructura;</p> <p>II. Un código de conducta debidamente publicado y socializado entre todos los miembros de la organización, que cuente con sistemas y mecanismos de aplicación real;</p> <p>III. Sistemas adecuados y eficaces de control, vigilancia y auditoría, que examinen de manera constante y periódica el cumplimiento de los estándares de integridad en toda la organización;</p> <p>IV. Sistemas adecuados de denuncia, tanto al interior de la organización como hacia las autoridades competentes, así como procesos disciplinarios y consecuencias concretas respecto de quienes actúan de forma contraria a las normas internas o a la legislación mexicana;</p> <p>V. Sistemas y procesos adecuados de entrenamiento y capacitación respecto de las medidas de integridad que contiene este artículo;</p> <p>VI. Políticas de recursos humanos tendientes a evitar la incorporación de personas que puedan generar un riesgo a la integridad de la corporación [...] y</p> <p>VII. Mecanismos que aseguren en todo momento la transparencia y publicidad de sus intereses.</p> |

| Herramientas para la detección de la corrupción derivadas del Sistema Nacional Anticorrupción |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Herramienta                                                                                   | Materia                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
|                                                                                               | <p>Estas medidas, posibilitan la generación de un entorno de integridad de las empresas que celebran contratos y convenios con el gobierno mexicano. Al mismo tiempo, le permiten a este último identificar riesgos de corrupción o conductas plenamente tipificadas como tal.</p> <p>Finalmente, la política de integridad les permite a las personas morales que cuenten con ella, que dicho aspecto sea tomado en consideración por las autoridades competentes como factor a su favor en caso de enfrentar un procedimiento de responsabilidad.</p> |

FUENTE: elaboración propia con apoyo en las normas jurídicas citadas en la tabla.

De lo expuesto se puede apreciar que el nuevo marco normativo vigente y los cambios estructurales y de política institucional impulsados por el Estado mexicano le han permitido construir novedosas herramientas para la detección de la corrupción e impulsar aquellas que existen desde 1982.

La implementación de dichas herramientas será un proceso importante, que se encuentra en una fase inicial y que, sin duda, en los años siguientes, requerirá ajustes y el perfeccionamiento continuo para rendir mejores resultados.

En ese contexto, en el siguiente apartado esbozaremos algunas reflexiones conclusivas respecto a los retos que se vislumbran en materia anticorrupción y las estrategias para la acción que —según nos parece— pueden tomarse por parte del Estado y la sociedad mexicana frente a este fenómeno global.

## V. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo tuvimos oportunidad de conocer y explicar las principales herramientas con que cuenta el Estado mexicano para hacer frente al grave problema de la corrupción.

Como pudimos advertir, una serie de transformaciones jurídicas y administrativas tuvieron que acontecer a lo largo de los años para poder contar con un entramado normativo e institucional sólido que pudiera hacer frente

a la corrupción. Como parte de dichos cambios e impulsado por la participación decidida de la sociedad civil organizada nació el Sistema Nacional Anticorrupción en 2015.

Con la creación de esa instancia de coordinación regulada a nivel constitucional, importantes retos han surgido para su plena implementación y consolidación, a saber:

- 1) Hoy en día se carece de las bases técnicas suficientes que permitan crear, a partir del Plan Nacional de Desarrollo vigente una estrategia planificada, coordinada y eficaz anticorrupción, en atención a lo cual puede perderse parte importante de los avances alcanzados en los últimos años.
- 2) Los obstáculos de carácter político han impedido la designación de los magistrados que deberían integrar el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y que están a cargo de imponer las sanciones por actos de corrupción, lo cual, sin duda, afecta el funcionamiento pleno y eficaz del sistema (Molina y Velázquez, 2019).
- 3) La falta de compromiso real en las entidades federativas para integrar los sistemas locales anticorrupción —también por factores políticos— no ha permitido completar las estructuras institucionales ni uniformar la lucha contra la corrupción en el país y, por ende, al no estar plenamente conformados, su funcionamiento se ve afectado al no poder adoptar metodologías y formas de trabajo homólogas para desarrollar un trabajo de calidad.
- 4) Las experiencias en México respecto al manejo de plataformas digitales de carácter nacional no han sido del todo exitosas, por lo que para el desarrollo de la Plataforma Digital Nacional del Sistema Nacional Anticorrupción tendrán que adoptarse las providencias necesarias que hagan funcional y accesible dicha tecnología, sobre todo considerando que será alimentada con información de entidades públicas de todo el país, por lo que su estabilidad, manejo y control es fundamental.
- 5) Los déficits en la implementación integral y coherente de la Política Nacional Anticorrupción, aminoran la eficacia de los trabajos y acciones que al respecto desarrolla el Comité Coordinador del sistema y las instancias que lo conforman.

Los puntos anteriores, aunado a las debilidades inherentes a cada uno de los cinco mecanismos de detección de la corrupción que hemos analizado, son algunos de los retos que pueden destacarse en la materia.



A simple vista, parecieran sumamente complejos de superar, pero el interés social cada vez mayor en este tema, sumado a la experiencia de más de 30 años haciendo frente a la corrupción nos indica que el trabajo es paulatino y gradual, en ocasiones con retrocesos, pero siempre con miras a erradicar dicha problemática y avanzar en los desafíos que le son inherentes.

Creemos que, pese a los retos que se tienen, la experiencia mexicana del Sistema Nacional Anticorrupción, cuyo trabajo de coordinación potencializa la detección de la corrupción, puede constituir, incluso, una buena práctica a nivel internacional, desde luego, tomando en consideración los diferentes contextos históricos, sociales, culturales, políticos y económicos.

El modelo adoptado por México y el creciente empuje de la academia, el periodismo y la sociedad civil organizada representan nuevos y sólidos esfuerzos en favor de la probidad, la transparencia y la rendición de cuentas.

Nos parece que es necesario dar continuidad al impulso decidido de esos actores sociales, a fin de brindar nuevas perspectivas y posibilidades en el combate a la corrupción en nuestro país.

## VI. REFERENCIAS

- Auditoría Superior de la Federación. (s.f.). Acerca de la ASF. [https://www.asf.gob.mx/Section/45\\_Acerca\\_de\\_la\\_ASF](https://www.asf.gob.mx/Section/45_Acerca_de_la_ASF)
- Auditoría Superior de la Federación. (s.f.). Sistema Nacional de Fiscalización. [https://www.asf.gob.mx/Section/117\\_Sistema\\_Nacional\\_de\\_Fiscalizacion](https://www.asf.gob.mx/Section/117_Sistema_Nacional_de_Fiscalizacion)
- Brito, J. (2018). Socavón paso exprés. *Proceso*. <https://www.proceso.com.mx/542686/a-un-ano-del-socavon-en-el-paso-expres-opacidad-sanciones-menores-y-riesgos-latentes>
- Cabrera, R., Lizárraga, D., Huerta, I., Barragán, S. y Varguez, G. (2014). La Casa Blanca de Enrique Peña Nieto. *Aristegui Noticias*. <http://www.periodismo.org.mx/assets/2014-reportaje.pdf>
- Cámara de Diputados. (2021). Leyes Federales de México. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>
- Ciudadanos Alertadores Internos y Externos de la Corrupción. (s.f.). Secretaría de la Función Pública. <https://alertadores.funcionpublica.gob.mx/>
- CNNExpansión. (2015). 14 Claves del Sistema Nacional Anticorrupción. *Expansión*. <https://expansion.mx/economia/2015/02/26/12-claves-del-sistema-nacional-anticorrupcion>

- Declaranetplus. (s.f.). <https://declaranet.gob.mx/>
- El País. (2017). Los Sobornos de Odebrecht. [https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510150819\\_244184.html](https://elpais.com/internacional/2017/11/08/actualidad/1510150819_244184.html)
- Gurriá, A. (2017). *Estudio de la OCDE sobre integridad en México. Aspectos claves. Adoptando una política firme contra la corrupción*. OCDE.
- Gutiérrez Salazar, M. (2017). La Auditoría Superior de la Federación y la conformación del Sistema Nacional Anticorrupción. *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (37).
- Gutiérrez Salazar, M.A. (2018). Cinco propuestas para diseñar un eficaz sistema de fiscalización patrimonial en México. *Red por la Rendición de Cuentas*. <http://rendiciondecuentas.org.mx/cinco-propuestas-para-diseñar-un-eficaz-sistema-de-fiscalización-patrimonial-en-méxico/>
- Ibarra, B. L., (2019). Periodismo de investigación. *La silla Rota*. <https://lasillarota.com/opinion/columnas/periodismo-de-investigacion/336461>
- Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. (s.f.). ¿Qué es el INAI? <http://inicio.ifai.org.mx/SitePages/que-es-el-inai.aspx>
- Kaiser, M. (2014). *El Combate a la corrupción. La gran tarea pendiente en México*. Porrúa.
- Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (2015). [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP\\_130820.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGTAIP_130820.pdf)
- Ley Orgánica de la Fiscalía General de la Republica. (2019).
- Molina, H. y Velázquez, M. (2019, 01 de agosto). Dan revés a nombramientos de magistrados. *El Economista*. <https://www.economista.com.mx/politica/Dan-reves-a-nombramientos-de-magistrados-20190801-0026.html>
- Montalvo, T. (Coord.). (s.f.). La Estafa Maestra, graduados en desaparecer dinero público. *Animal Político*. <https://www.animalpolitico.com/estafa-maestra/>
- Plataforma Nacional de Transparencia (s.f.). <https://www.plataformadetransparencia.org.mx>
- Portal, J. (2015a). *Perspectivas de la Fiscalización Superior en el Marco del Sistema Nacional Anticorrupción*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Portal, J. (2015b). *Repensando las bases del Sistema Nacional de Fiscalización*. Instituto Mexicano para la Competitividad.

Salas Suárez, J. (2018). Prólogo. *Agencia de los Estados Unidos para el Desarrollo Internacional (USAID), El Sistema Nacional Anticorrupción y sus vínculos con el Sistema Nacional de Transparencia*. USAID.

Salazar Ugarte, P. et al. (Coords.). (2017). *¿Cómo combatir la corrupción?* Universidad Nacional Autónoma de México.

Secretaría de la Contraloría General de la Federación. (1988). *La renovación moral de la sociedad 1982-1988*. SECODAM-FCE.

Secretaría de la Función Pública. (s.f.). *¿Qué hacemos?* <https://www.gob.mx/sfp/que-hacemos>

Sistema Nacional de Archivos. <http://www.agn.gob.mx/menuprincipal/quienesomos/areas/sna.html>

Sistema Nacional de Transparencia (s.f.). *¿Qué es?* <http://www.snt.org.mx/>

Sistema Público de Consultas de Auditoría. (s.f.). <http://www.asfdatos.gob.mx/>

Transparencia Internacional. (2018). *Índice de percepción de la corrupción 2018, TI*. <https://www.transparency.org/cpi2018>

Transparencia Mexicana. (s.f.). Historia de una reforma: SNA, #3de3 y #Le-y3de3. <https://www.tm.org.mx/reformasna/>

Tribunal Federal de Justicia Administrativa. (s.f.). <http://www.tjfa.gob.mx/>



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Gutiérrez Salazar, Miguel Ángel, “La detección de la corrupción en México y el Sistema Nacional Anticorrupción”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e14162. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.14162>

### ***APA***

Gutiérrez Salazar, M. Á. (2024). La detección de la corrupción en México y el Sistema Nacional Anticorrupción. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e14162. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.14162>

## Medios de comunicación, poder político y reelección presidencial en el segundo gobierno de Alberto Fujimori

### *Media, political power and presidential reelection in the second government of Alberto Fujimori*

Carlos Loayza Ormachea<sup>1</sup>

 <https://orcid.org/0000-0002-5328-3169>

Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú  
Correo electrónico: cloayzao@pucp.edu.pe

Recepción: 26 de julio de 2023  
Aceptación: 21 de octubre de 2023  
Publicación: 14 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19227>

**RESUMEN:** En el presente artículo, el autor desarrolla las diversas estrategias de control de los medios de comunicación utilizadas durante el segundo gobierno del expresidente del Perú Alberto Fujimori. Dichas estrategias estuvieron enfocadas en manipular a la opinión pública y, con ello, asegurarse el ejercicio del poder mediante una segunda reelección presidencial. Para ello, se desarrollará el derecho a la libertad de información y su importancia en el mantenimiento del sistema democrático. Posteriormente, se caracterizará al segundo gobierno fujimorista y se situará la importancia de los medios de comunicación en dicho sistema. Finalmente, se presentarán una serie de sucesos acontecidos en las cuales se demuestra el manejo constante que hizo el régimen fujimorista de los medios de comunicación.

**Palabras clave:** libertad de información, Alberto Fujimori, medios de comunicación, democracia, autoritarismo competitivo, control difuso consentido.

**ABSTRACT:** In this article, the author develops the various strategies used to control the media during the second administration of former Peruvian president Alberto Fujimori. These strategies were focused on manipulating public opinion and, thus, ensuring the exercise of power through a second presidential reelection. To this end, the right to freedom of information and its importance in the maintenance of the democratic system will be developed. Subsequently, the second Fujimori government will be characterized and the importance of the media in this

---

<sup>1</sup> El autor desea agradecer al doctor Jorge León Vázquez y al doctor Gorki Gonzáles Mantilla por sus comentarios y sugerencias en el proceso de planificación y redacción de la presente investigación.

system will be discussed. Finally, a series of events will be presented in which the constant handling of the media by the Fujimori regime will be demonstrated.

**Keywords:** freedom of information, Alberto Fujimori, media, democracy, competitive authoritarianism, consented diffuse control.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El derecho a la libertad de información dentro del sistema democrático.* III. *El segundo gobierno de Alberto Fujimori: poder político, democracia y medios de prensa.* IV. *La libertad de prensa en jaque.* V. *A modo de conclusión: una breve reflexión moral sobre la prensa.* VI. *Referencias.*

Las palabras pueden ser como los rayos x:  
si se usan adecuadamente, lo penetran todo  
Aldous Huxley, *Un mundo feliz*

“No arriemos la bandera de la independencia, sigamos luchando. Este es un gobierno sórdido, que quiere una prensa monolítica. [...] Esto no es gratis. [...] Esto es un mensaje, lo que se viene es duro. Es duro y es bravo”  
César Hildebrandt en su renuncia a Red Global Televisión, diciembre de 1998

## I. INTRODUCCIÓN

Corren las seis de la tarde de un día de primavera en Lima, la capital del Perú. El gobierno del presidente Alberto Fujimori viene tambaleando seriamente desde hace meses atrás a pesar de sus intentos de mantenerse en el poder. La oposición, después de un golpe de suerte y de una estrategia armada con secretismo y temor, da a conocer un video explosivo que muestra un serio caso de corrupción que involucra directamente a un congresista de la República y al asesor de facto del presidente, el señor Vladimiro Montesinos. Era el inicio del fin del fujimorato.

El video, a la par que era presentado a la prensa en el salón del Hotel Bolívar, era emitido en vivo por televisión nacional a través de Canal N, pequeño canal de noticias de televisión por cable. El hecho de que fuera Canal N y no otro noticiero de señal abierta con mayor alcance el designado para emitir dicho video es un indicativo que demuestra la situación en la que se encontraba la libertad de expresión e información durante los últimos años del gobierno fujimorista: cooptada, limitada y manipulada por el régimen.

En la presente investigación se analizará la relación entre las diversas estrategias de control de medios planteadas durante el segundo gobierno de Alberto Fujimori, las cuales estuvieron enfocadas en manipular a la opinión pública y, con ello, asegurarse el ejercicio del poder mediante una segunda reelección presidencial. Así, el gobierno utilizó una serie de estrategias como la aplicación de medidas coercitivas contra periodistas, el control de los medios de comunicación masivos y la creación de los llamados diarios “chicha” para influir en la opinión pública.

Nuestra investigación resulta relevante pues pretende resaltar la importancia de los medios de prensa en el mantenimiento de la democracia y presentar, mediante diversas situaciones acotadas en un periodo histórico concreto, la relación entre medios de prensa, democracia y poder político. Dicha relación no es solo remarcable al caso peruano, sino que también pueden ubicarse en el contexto de otras experiencias internacionales en las que el mandatario de turno ha buscado controlar los medios de prensa (en especial, aquellos de llegada masiva) y manipularlos con el objetivo de perpetuarse en el poder. Asimismo, tampoco se restringe únicamente al contexto histórico de los años noventa, sino también se puede extrapolar hacia la relación entre la democracia y las nuevas tecnologías, en especial las redes sociales y las herramientas de Inteligencia Artificial.

Para desarrollar los objetivos aquí presentados, desarrollaremos, en primer lugar, la relación entre la libertad de información, la libertad de prensa y el mantenimiento de la democracia, además de la importancia de una prensa libre y responsable en el crecimiento democrático de las naciones. En segundo lugar, se desarrollará la caracterización del gobierno de Alberto Fujimori como un autoritarismo competitivo según la definición de Lewitsky y Way; y, con ello, se analizará cómo la manipulación de la prensa fue parte de su estrategia para perpetuarse en el poder. En tercer lugar, se presentará una serie de situaciones que demuestran el afán del gobierno por manipular y controlar a la prensa con el objetivo de mantenerse en el poder. Finalmente, se hará una reflexión tanto moral como histórica acerca del rol e importancia de la prensa dentro del ideal de República, ello también en relación con las redes sociales y las nuevas tecnologías de la información.

## II. EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN DENTRO DEL SISTEMA DEMOCRÁTICO

Cuando pensamos en la democracia como un sistema político es imposible imaginárnosla sin la pluralidad de opiniones y puntos de vista que la caracterizan. Como bien indica Konrad Hesse (1983), la democracia solo lo es cuando el ciudadano es capaz de formarse un juicio propio acerca de sus gobernantes y sus actuaciones. Sin embargo, en democracia no basta con hecho de tener una opinión, sino que es igual de importante el tener la capacidad de expresarla, recibirla, procesarla y discutirla. Ese es el fundamento de la libertad de expresión: se trata de un derecho fundamental clave para la vida democrática pues garantiza la existencia de una opinión pública, condición objetivamente valiosa para el correcto funcionamiento de la democracia (Diez-Picaso, 2013, p. 313).

Sin embargo, la sola existencia de la libertad de expresión no resulta suficiente para la total protección de la pluralidad dentro del sistema democrático. Es por ello que las clásicas libertades de expresión fueron progresando hacia un derecho a emitir, comunicar o difundir ideas e informaciones mediante medios escritos, sonoros, audiovisuales o incluso digitales (Eguiguren, 2000, pp. 51-52). Este derecho sería denominado posteriormente como el derecho a la libertad de información. A continuación, desarrollaremos más a fondo este derecho, sus alcances, sus límites y su importancia dentro del desarrollo del sistema democrático.

### 1. *Libertad de información*

El derecho a la libertad de información ha sido reconocido en el artículo 2o., inciso 4, de la Constitución Política de 1993. Este indica:

Artículo 2.

Toda persona tiene derecho:

[...]

4.- A las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento mediante la palabra oral o escrita o la imagen, por cualquier medio de comunicación social, sin previa autorización ni censura ni impedimento algunos, bajo las responsabilidades de ley [...].

Del texto constitucional se desprende la estrecha unión entre las libertades de información, opinión, expresión y difusión; las cuales, a pesar de ser derechos con ámbitos de protección diferentes, mantienen el fundamento de consolidación de la democracia como hilo común. A pesar de esta distinción, la libertad de información se distingue de los demás esencialmente por la diferencia entre la noticia (como una afirmación de hecho) y la opinión (como un juicio de valor) (Diez-Picaso, 2013, p. 315). La particularidad de la noticia es que esta debe ser tratada como un dato o una serie de datos con carácter objetivo que busca mostrar una realidad desde una perspectiva neutral. Ello la diferencia de la opinión en el sentido de que esta última busca expresar un mero punto de vista que no requiere demostrar nada, y que por el solo hecho de ser exteriorizada ya merece protección constitucional.<sup>2</sup>

Antes de entrar al fondo del asunto, cabe regresar unos pasos previos y entender qué es información. Para Giovanni Sartori, “la información debe informar sobre algo; debe tener un contenido, y este debe estar sujeto a un monitoreo, a un tamiz que se puede calificar en términos de su veracidad, falsedad, credibilidad, precisión, etcétera, pero debe evaluarse” (2003, p. 45). No basta, entonces, proteger a cualquier dato a través de este derecho, sino que solo merece protección aquella información que cumpla, justamente, con informar sobre hechos y que siga los criterios de clasificación que Sartori resalta.

La titularidad del derecho a la libertad de información recae, principalmente, en los periodistas (en su rol de sujetos encargados de compartir la información o de recabarla) y en los medios de prensa (en su rol de personas naturales o jurídicas que brindan las plataformas escritas, audiovisuales, digitales y demás en muchos casos necesarias para la transmisión de la información). Asimismo, también la ciudadanía es titular del derecho a la libertad de información, en tanto tiene el derecho a recibir la información que tanto los periodistas como los medios de prensa comparten. De poco o nada serviría garantizar la labor de los periodistas y los medios de prensa si es que la finalidad de permitir la existencia de una genuina opinión pública se frustra (Diez-Picaso, 2013, p. 317).

---

<sup>2</sup> La diferencia indicada, como bien desarrolla Diez-Picaso, no debe ser entendida en sentido estricto, sino más bien en sentido relativo. Para dicho autor, lo decisivo en la valoración de los elementos a aplicar en cada caso dependerá del contexto y finalidad del mensaje (2013, p. 315).



El único requisito para poder asegurar la protección de este derecho está en su veracidad. La veracidad garantiza que la información transmitida no sea juzgada a través de un estándar de verdad o falsedad, sino de buena fe y de diligencia en la recopilación de fuentes por parte del informador. Es decir, lo que se juzgará es si es que el encargado de brindar la noticia se guió por la verosimilitud de la información recopilada, se amparó en las fuentes pertinentes y la transmitió sin distorsión alguna a los posteriores receptores de la misma.

Asimismo, según Eguiguren (2000, p. 52), el derecho a la libertad de información contiene como parte de su contenido protegido tres aspectos:

- a) El derecho a expresar y difundir libremente las opiniones, ideas o pensamientos de cualquier índole. Este aspecto incluye dentro de sí la proscripción de la censura previa y de la censura indirecta como límite al ejercicio de este derecho fundamental. Primero, entendemos censura previa como toda medida “preventiva” que tenga como objetivo impedir la difusión de información bajo la excusa de posibles daños que la difusión de dicha información podría generar.<sup>3</sup> En ese sentido, toda responsabilidad por la información compartida será asumida *a posteriori*, nunca *a priori*. Segundo, entendemos censura indirecta como aquellas medidas “sutiles” asumidas por el poder político mediante medidas regulatorias, financieras, entre otras, que tienen como principal objetivo interferir en el contenido de lo informado (Scioscioli, 2013, p. 244).<sup>4</sup>
- b) El derecho de recibir libremente la información producida o existente, sin interferencias que impidan su circulación, difusión o acceso. Este aspecto reconoce, como mencionamos previamente, que el derecho a la libertad de información tiene, al menos, a dos sujetos involucrados: uno que es quien transmite la información, y otro quien la recibe. Esta

---

<sup>3</sup> Un ejemplo de censura previa lo podemos encontrar en el caso de la película chilena “La última tentación de Cristo”, cuya presentación y exhibición fueron prohibidas por el Estado chileno bajo la excusa de que con su proyección se estarían vulnerando los derechos de un sector de la población. El caso fue llevado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual resolvió que se había impuesto una censura previa contra la emisión de dicha película, acto que resulta una vulneración a la libertad de pensamiento y expresión. Para más detalle véase Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001).

<sup>4</sup> Para un análisis exhaustivo acerca de la censura indirecta véase Barbosa (2009, pp. 50-64).

es una garantía para el sujeto receptor pues de nada serviría garantizar la labor del periodista si el sujeto receptor no podrá hacerlo libremente.

- c) El derecho a procurar, buscar, investigar y obtener informaciones, así como a difundirlas. Para lograrlo, el periodista deberá llevar a cabo todas las diligencias posibles para encontrar hechos siempre y cuando estos sean veraces y no sean tergiversados (García Toma, 2013, p. 250). Asimismo, se deberá asegurar al sujeto emisor (sea este el periodista por su cuenta o a través de un medio de comunicación) la posibilidad de difundirla por los medios que este considere pertinentes.

Los medios de comunicación también tienen diversos roles asignados constitucionalmente. El artículo 14 de la carta magna, por ejemplo, da a los medios de comunicación social el deber de colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural. El rol asignado por el constituyente a los medios de comunicación viene a ser el de contribución; es decir, es un apoyo solidario del Estado en el proceso de formación moral, cívica y cultural de la nación. Si bien es cierto ello no significa que los medios únicamente se restrinjan a cumplir con este principio de contribución, sí significa que dentro de los principios que rijan su labor deberá encontrarse el de ser un apoyo en la labor cívica, cultural y moralizadora del Estado.

Cabe detenernos en los aspectos tanto de la recepción libre de información como de su difusión debido a su importancia dentro de nuestra investigación. Ambos se entrelazan en el principio constitucional de pluralismo informativo como un deber de garantía y de abstención por parte del Estado, según el cual el Estado deberá buscar —como parte de sus deberes constitucionales— “la apertura y la democratización de los medios de comunicación a través de límites razonables y proporcionales tendientes a una compensación y equilibrio de intereses” (León y Romero, 2022, p. 272).<sup>5</sup> Es así que el objetivo del Estado deberá ser el garantizar que los medios de comunicación representen la mayor cantidad de opiniones y posiciones posibles sin restricción o vulneración alguna, y que estos sean accesibles en la realidad al grueso de la población civil.

El principio de pluralismo informativo también contiene dentro de sí la prohibición de la concentración de medios de comunicación, la cual apli-

---

<sup>5</sup> Respecto a la categorización del pluralismo informativo como objetivo de valor constitucional desde la perspectiva del Derecho Constitucional Español, véase Rallo (2000, pp. 67-73).

ca tanto para la concentración por parte de los privados (mediante la compra de medios o la fusión de estos en torno a un mismo grupo empresarial) o por parte del Estado (mediante la censura indirecta o a través de otros métodos de coerción). El deber del Estado de garantizar la existencia de variados puntos de vista en torno a un mismo tema, y de garantizar un control estricto al poder a través de la fiscalización ciudadana ejercida mediante la prensa solo podrá darse si existe una labor positiva y activa del propio Estado en su promoción.

La concentración de medios lleva también a la —necesaria— discusión acerca de la relación entre los medios de comunicación y el modelo de economía social de mercado. Como resalta Häberle, el concepto de mercado compatible con el régimen constitucional de la economía social de mercado es aquel en el que el Estado mantiene el rol de garante que le permite proteger los derechos fundamentales y asegurar el bienestar común (León y Romero, 2022, p. 274). Los medios de comunicación, más allá de ser actores que garantizan el ejercicio de un derecho fundamental, son parte del mercado debido a su carácter empresarial. Es de la pugna entre la libertad de información de los ciudadanos y de los derechos fundamentales económicos de los grupos empresariales de donde surge el concepto del “mercado de la comunicación”.

Este mercado, como bien indican León y Romero (2022), “tiene particularidades que lo distinguen de cualquier otro: primero, porque incide en derechos fundamentales esenciales para la democracia y, segundo, porque sus funciones constitucionales la distinguen de cualquier otra empresa” (p. 275). Así, el tratamiento que recibe cualquier grupo empresarial no puede ser el mismo que recibe un medio de comunicación debido al rol de este último como garante del sistema democrático constitucional. A su vez, las libertades empresariales tampoco pueden ir en detrimento del principio constitucional de pluralismo informativo, el cual debe primar por sobre todo intento de concentración empresarial que en la práctica atente contra las libertades informativas y contra la libre competencia.

A su vez, como todo derecho, la libertad de información tiene límites. Estos, más allá de los ya mencionados, están principalmente relacionados con la protección de otros derechos y bienes constitucionalmente protegidos, como por ejemplo la intimidad personal y familiar, la moral, la salud y la seguridad pública. Dichas limitaciones son viables siempre y cuando cumplan con el principio de proporcionalidad (Landa, 2017, p. 63).

Otro límite que es importante señalar es el mantenimiento del sistema democrático en tanto fundamento principal de este derecho y su razón de ser. En ese sentido, el ejercicio de la libertad de información no deberá tener como objetivo la vulneración de los pilares de la democracia ni tampoco su vulneración, sea esta directa o indirectamente. Como se desarrollará a continuación, existe una relación intrínseca entre democracia y libertad de información que es de tal magnitud que los medios, como garantes del sistema democrático, tienen un deber de diligencia importante en su actividad, el cual no debe ser lesivo a nuestro sistema político democrático.

## *2. Importancia de la libertad de información y de los medios de comunicación en el mantenimiento del sistema democrático*

Como mencionamos previamente, el fundamento principal del nacimiento del derecho a la libertad de información se encuentra en el mantenimiento de la pluralidad dentro del sistema democrático. Si seguimos lo mencionado por Habermas, para quien la política deliberativa es la génesis y la pieza nuclear del sistema democrático, entonces es importante garantizar el debate y la deliberación para mantener la democracia en su plenitud (Miró, 2016, pp. 259-260). Dicho mantenimiento requerirá entre sus actores formales de los medios de prensa. Así, toda esta preocupación parte por el reconocimiento histórico de una premisa básica en la legitimidad de los medios de prensa: ni siquiera el partidario más “absolutista” de la libertad de expresión puede negar la capacidad que tiene la palabra para hacer daño (Reven-ga, 2008, p. 164). La palabra, innegablemente, influye en la gente. Cuando el poder de la palabra es utilizado adecuadamente es capaz de lograr cambios sociales y procurar controles democráticos adecuados. Sin embargo, cuando este es utilizado inadecuadamente, puede resultar una plaga bastante peligrosa para las bases del sistema democrático.

Los medios de comunicación, entonces, juegan un papel crucial como parte del proceso de “formación de la opinión de la gente, de los actores sociales y la opinión pública” (Sandler, 1999, p. 14). El arma que tienen entre manos los actores que intervienen en torno de los medios de comunicación es un arma que requiere de un alto nivel de responsabilidad.

Sin embargo, a pesar de que esta es un arma que puede ser potencialmente peligrosa, también es un arma que sirve como garantía contra los autoritarismos o los totalitarismos. Los medios de prensa, desde la visión que buscan imprimir de su propio grupo o realidad social, procuran siempre

reflejar los intereses e inquietudes de este, además de intervenir en el proceso de formación de la opinión pública de dicho grupo social y, con ello, en el contenido de nuevas opiniones (Badeni, 2002, p. 94). Esta libertad de elegir a través de qué medio quiero informarme y de tener una amplia esfera de puntos de vista y opiniones acerca de una misma cuestión son con-  
substanciales con el origen y significado del sistema democrático. Los medios de comunicación, entonces, buscan garantizar el pluralismo social en la información; es decir, “el reflejo informativo de las múltiples expresiones que la diversidad del pensamiento humano ofrece” (Rallo, 2000, p. 51). Si no existe esta pluralidad de opiniones y de puntos de vista, y se genera una alineación total al poder de turno dentro de los medios de comunicación, entonces muy posiblemente nos encontremos dentro de —o en camino a estar dentro de— un régimen autoritario.

Otra de las labores que ejercen los medios de comunicación —y que hace que sean esenciales en un sistema democrático— es la de fiscalizar constantemente y con independencia a los actores que ejercen el poder. Una prensa con la libertad y capacidad de estar detrás de los actores políticos, de fiscalizar todas sus actuaciones y de darlas a conocer a la ciudadanía será capaz de formar un espíritu crítico entre la población y, con ello, garantizar que los procesos políticos de toma de decisiones sean transparentes y libres de actos de corrupción.

Esta última labor no resulta solo un deber tanto positivo como negativo por parte del Estado, sino también de los periodistas y de los propios medios de comunicación. Así, el periodista tiene el deber ético de: i) ser independiente en el cumplimiento de su labor, evitando totalmente injerencias gubernamentales; ii) de abstenerse de difundir ideas u opiniones propagandísticas; iii) de reflejar la pluralidad de puntos de vista de los grupos de opinión pública siempre y cuando se trate de materias opinables; entre otros deberes éticos más (Badeni, 2002, pp. 210-213). A su vez, los medios de comunicación tienen, entre otros, el deber de evitar que su principal fuente de financiamiento sea la publicidad oficial del gobierno, ello con el objetivo de evitar injerencias externas o distorsiones en la información que será entregada a la ciudadanía (Badeni, 2002, p. 212).

Por ello, para evitar la fiscalización ciudadana a través de los medios de comunicación, la tendencia de algunos gobiernos (especialmente, los autoritarios o los que se encuentran en camino de serlo) fue la de asumir medidas para ejercer control sobre los medios, ya sea directamente o a través de mecanismos invisibles o que rozan la legalidad. Para Badeni (2002),

usualmente se ha justificado dicho control con el concepto de seguridad estatal; en tanto, para ellos, los medios son “instrumentos vitales para la conformación cultural de la comunidad nacional, a través de la información que se suministra a los grupos de opinión” (p. 93).<sup>6</sup>

Según Rospigliosi (2000), algunos de ellos son: *i*) la presión económica sobre las empresas periodísticas o sobre otras compañías de un mismo grupo económico; *ii*) la elección arbitraria en la distribución de la publicidad estatal; *iii*) la entrega arbitraria de información privilegiada a los medios de comunicación complacientes con el régimen; *iv*) el otorgamiento —muchas veces, arbitrario— de las licencias de uso del espectro radioeléctrico, y *v*) las amenazas directas a los periodistas y propietarios de medios de prensa (pp. 211-212).

En ese sentido, podemos aseverar que la libertad de información juega un papel esencial dentro del mantenimiento del sistema democrático, en tanto los medios de comunicación sirven tanto como herramientas de garantía del principio constitucional de la pluralidad informativa, como garantizadoras de la labor de fiscalización de los ciudadanos hacia sus gobernantes y como promotoras de la pluralidad de opiniones en la sociedad. Es por ello que los gobernantes, en especial dentro de gobiernos autoritarios o cuasi autoritarios, así como el fujimorista, tal como se desarrollará a continuación, han intentado constantemente limitarla y controlarla mediante diversas estrategias tanto directas como indirectas.

### III. EL SEGUNDO GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI: PODER POLÍTICO, DEMOCRACIA Y MEDIOS DE PRENSA

Dentro de un ambiente de inestabilidad política, económica y social generado por el liderazgo empobrecido y ya nada creíble de Alan García, una inflación económica que no hacía más que subir y el terrorismo cruel de Sendero

---

<sup>6</sup> A pesar de esta aseveración, autores como Badeni (2002, pp. 94-95) y Rospigliosi (2000, pp. 196-199) han reconocido que no es responsable hablar de los medios de comunicación como forjadores definitivos de culturas o, incluso, como el “primer poder” del Estado. Si bien es cierto es importante reconocer la importancia que tiene la prensa tanto en la vida política como cultural de la nación, es exagerado decir hoy en día que los medios tienen un factor esencial y determinante dentro del forjamiento de la cultura o, incluso, de la opinión. Más aún en tiempos en los cuales las redes sociales (para bien o para mal) tienen una importancia incluso mayor que los propios medios de prensa.

Luminoso, aparecía en la esfera política un chino en un tractor. Aquel personaje que prometía “honradez, tecnología y trabajo” de llegar al gobierno ganaría de manera inesperada las elecciones presidenciales y se asentaría por más de diez años en el poder, la gran mayoría de ellos por fuera de los cauces democráticos.

No es nada fácil mantener un aparato de control político funcionando durante tanto tiempo. Para ello, el gobierno necesitaba de diversas estrategias para capturar a la opinión pública y, con ello, perpetuarse en el poder. Entre ellas destacó —entre otras— la del control ejercido sobre los medios de comunicación. Si bien, como indica Degregori (2001), esta no tuvo el objetivo de reproducir una ideología dominante proveniente del gobierno,<sup>7</sup> sí buscó anular y limitar los mensajes de los opositores para con ello asegurar su supervivencia política (p. 98).

En este capítulo analizaremos la caracterización del gobierno de Alberto Fujimori como régimen político desde la perspectiva de las ciencias políticas. Asimismo, se analizará el rol de las estrategias de control de los medios de comunicación en el plan del gobierno de perpetuarse en el poder.

### *1. El fujimorato como autoritarismo competitivo*

Incluso antes de que el gobierno termine, muchos politólogos entraron en la duda sobre cómo caracterizar al régimen de Alberto Fujimori dentro del espectro político. Si bien es cierto quedaba claro que no se trataba ni de una democracia ni de un autoritarismo absoluto, aún no existía consenso acerca de la definición exacta del régimen. Unos lo caracterizaban como una especie de democracia “parcial” o “en transición”, mientras que otros lo colocaban como una vertiente del autoritarismo, aunque leve.<sup>8</sup>

Años después, los politólogos Lewitsky y Way (2004) plantearon una especie particular de régimen híbrido que reúne a aquellos casos en los que los criterios mínimos de la democracia moderna son incumplidos sistemática

---

<sup>7</sup> Es importante resaltar que el gobierno fujimorista no podía utilizar la estrategia de reproducir una ideología dominante porque, simplemente, no tenía ideología. La supervivencia del gobierno dependía de la reproducción del carisma de Alberto Fujimori o del ataque y silenciamiento constante a los miembros de la oposición. Solo a través de Vamos Vecino, fundado en 1998 con miras a la segunda reelección, es que existe desde el fujimorismo un amago —infructuoso— de construir un exoesqueleto político (Degregori, 2001, p. 84).

<sup>8</sup> Para un resumen de las diversas caracterizaciones del régimen fujimorista tanto desde las ciencias sociales como políticas, véase Pease (2003, p. 131-170).

y seriamente para crear condiciones desiguales entre el gobierno y la oposición (pp. 161-162). A este tipo de regímenes los autores los bautizaron como autoritarismos competitivos.

El autoritarismo competitivo es, como se mencionó, un régimen híbrido que se encuentra en medio camino entre la democracia y el autoritarismo absoluto. Este régimen surgió después de la Guerra Fría, en un contexto en el que las elecciones democráticas se extendieron en países con condiciones domésticas poco aptas para mantener regímenes completamente democráticos (Lewitsky y Way, 2020, p. 52). Es en ese contexto que surgen regímenes cuyo norte no era ni el democrático ni el autoritario, sino un Frankenstein entre las dos opciones.

Un régimen de autoritarismo competitivo no llega a ser considerado una democracia pues incumple con los criterios mínimos de una democracia moderna: 1) poderes Ejecutivo y Legislativo elegidos a través de elecciones abiertas y libres; 2) derecho a voto garantizado; 3) amplia protección de los derechos civiles, y 4) no sumisión a fuerzas como militares o médicas (Lewitsky y Way, 2004, p. 162).<sup>9</sup> El incumplimiento de estos criterios no es total, sino que resulta ser tan frecuente que se crea un campo de juego desigual entre gobierno y oposición. Asimismo, tampoco llega a ser un autoritarismo absoluto pues las instituciones democráticas no han podido ser eliminadas en su totalidad y aún existen opositores, aunque controlados y limitados. Es más, las instituciones suelen ser utilizadas como vías primarias para obtener poder (Lewitsky y Way, 2010, p. 5).

La caracterización de un régimen como autoritarismo competitivo dependerá de la violación sistemática y continuada por parte del Estado de al menos uno de los tres primeros atributos de una democracia presentados en el párrafo anterior. En ese sentido, y con ello en mente, en adelante desarrollaremos la caracterización del régimen fujimorista como un autoritarismo competitivo utilizando la definición presentada.

---

<sup>9</sup> Otros autores como Cameron (2018), no están de acuerdo con esta división. Para él, encasillar la democracia en una lista “arbitraria” de atributos no es adecuado. Antes que ello, resulta más importante revisar la capacidad de revisar caso por caso la participación pública y la alternancia constante en el poder (p. 5). Sin embargo, para poder caracterizar adecuadamente al régimen fujimorista desde la relación entre el uso de los medios de prensa y el mantenimiento de la democracia es que utilizaremos la definición planteada por Lewitsky y Way y respaldada por autores como Schumpeter y Huntington.



- a) Elecciones abiertas y libres. Dentro de un régimen considerado como autoritarismo competitivo, las elecciones prevén la participación de la oposición, aunque esta podría verse limitada o amedrentada y, en algunos casos, hasta podría darse situaciones de fraude electoral (Lewitsky y Way, 2010, p. 8). Al respecto, de los 241 procesos electorales llevados a cabo dentro de regímenes considerados como autoritarismo competitivo entre 1980 y 2014, tan solo el 11% resultaron en victorias de la oposición (Lucardi, 216, pp. 7-8).

Incluso, es posible considerar que la transferencia de poder no será ordenada ni pacífica, sino que llevará a conflictos debido a la resistencia del gobernante de turno de salir del poder y a las (más que probables) malas relaciones entre el nuevo gobernante y el que dejará el poder (Zeng, 2019, pp. 3-4). Entonces, si bien es cierto existen elecciones abiertas en las que la oposición puede participar, esta no puede hacerlo en igualdad de condiciones con el partido en el poder o el candidato a quien el partido en el poder apoya, ni tampoco podrá asegurarse de que la transición en el poder será ordenada en caso de que resulte victoriosa.

En el caso del régimen fujimorista se utilizó una serie de medidas para controlar y “voltar” a su favor las elecciones. La más importante de ellas fue la captura del Jurado Nacional de Elecciones (JNE), el cual empezó a ser cooptado con el objetivo de disminuir la cantidad de regulaciones potencialmente dañinas para intereses fujimoristas, así como para colocar dentro de su conformación a personajes controlados directamente por el régimen o afines a él (Schmidt, 2000, p. 110; Fowks, 2015, pp. 43-45). A su vez, el gobierno —a través del Servicio de Inteligencia Nacional (SIN)— financió directamente varias de las actividades proselitistas de Fujimori cuando era candidato, además de que movilizó a las fuerzas armadas para hacerle campaña política (Lewitsky y Way, 2010, p. 165). Ambas medidas, entre otras llevadas adelante por el régimen, si bien no eliminaron por completo a la oposición, sí limitaron su campo de acción considerablemente e inclinaron la balanza en favor de Alberto Fujimori, en especial en la segunda reelección presidencial.

- b) Protección amplia de los derechos civiles y políticos. En un régimen considerado como autoritarismo competitivo, el respeto a libertades civiles como la libertad de expresión, de información y de asociación se encuentra garantizado, pero no es respetado en su totalidad (Lewitsky y Way, 2010, p. 8). Así, si bien el gobierno suele dar un marco normativo protector a las libertades civiles y políticas, este no es cumplido en la

práctica debido a que los campos en los que se hacen efectivos los derechos, desde el ámbito de los tres poderes del Estado, están atados al gobierno de turno.

Una herramienta que es utilizada continuamente para limitar los derechos civiles y políticos es la manipulación de la prensa. Como indican Pleines y Somfalvy (2023), quienes mantienen el control de la prensa en contextos de autoritarismo competitivo son quienes, finalmente, serán capaces de influir en las decisiones de los votantes, sobre quienes finalmente descansa la legitimidad de cualquier régimen de autoritarismo competitivo (p. 102). La prensa, entonces, tiene un rol bastante importante en la perpetuación y continuidad del autoritarismo competitivo. Sobre el rol de la prensa en el Perú fujimorista hablaremos *in extenso* más adelante, pero sí podemos mencionar que el gobierno manipuló a la prensa para que esta trabaje a su favor tanto en el contexto electoral como durante el cumplimiento de las actividades cotidianas del régimen.

- c) Unas condiciones de juego desiguales. La siguiente situación que caracteriza a un autoritarismo competitivo puede ilustrarse de mejor manera con una situación hipotética prestada del fútbol.<sup>10</sup>

Normalmente, el fútbol es un deporte que se juega entre 11 jugadores por cada equipo y en el que existe un árbitro —además de otras instituciones— que buscan preservar la justicia en el desarrollo del juego. Ahora, coloquemos esta situación dentro del juego político. El escenario normal en el que el fútbol se juega 11 contra 11 es el escenario democrático. Puede que exista algún error paulatino del árbitro o que se deje de cobrar alguna falta o fuera de juego en contra de alguno de los equipos, pero ninguno de ellos es lo suficientemente grave y constante como para levantar sospechas. Sin embargo, en un autoritarismo competitivo, no estamos en un juego de 11 contra 11, sino en un partido de 11 jugadores del régimen contra 7 u 8 jugadores de la oposición, sin contar que el árbitro podría tener una tendencia a favorecer en sus decisiones al otro equipo y, además, que las instituciones del juego también podrían estar corrompidas. Puede ser que la oposición meta algún gol o genere alguna jugada de peligro, pero tiene cuesta arriba ganar el partido por todas las condiciones adversas que de origen le han sido impuestas.

---

<sup>10</sup> El ejemplo en mención toma como base lo mencionado por Castañeda (1995, p. 131).

Algunas de las condiciones que según Lewitsky y Way generan estas condiciones desiguales son: 1) el acceso a recursos; 2) el acceso a los medios de prensa, y 3) el acceso a la protección jurídica. Desarrollaremos la primera y la tercera condición durante el régimen fujimorista, en tanto reservaremos el análisis del acceso a los medios de prensa para desarrollarla a fondo más adelante.

En cuanto al acceso a recursos, como se mencionó previamente, el gobierno tuvo acceso a transferencias ilícitas vía el SIN para solventar los gastos de su campaña electoral, beneficio que ningún otro de los partidos políticos opositores tuvo. Estos fondos también servían para financiar campañas de publicidad en los medios de comunicación, los cuales fueron de tal magnitud y manipulados de tal manera que se empezó a ejercer un control indirecto sobre la prensa. Esta estrategia viene siendo utilizada incluso hoy en día por diversos regímenes a nivel mundial debido a su alta efectividad para estimular el apoyo al régimen o, caso contrario, castigar la crítica al mismo (Yanatma, 2021, p. 799). Queda claro que esta situación genera una desigualdad en las posibilidades de gasto en campaña y en la publicidad en los medios masivos, y, con ello, de llegar a mayores sectores de la población.<sup>11</sup>

En cuanto al acceso a la protección jurídica, el gobierno fujimorista se aseguró la construcción de un sistema complejo de dependencia judicial al poder político. En ese sentido, el gobierno utilizó estrategias como la destitución por vía congresal de miembros del Tribunal Constitucional que no iban de la mano con su plan político, la captura de la Fiscalía de la Nación mediante la designación de Blanca Nélida Colán como Fiscal de la Nación, y la captura de juzgados específicos con el objetivo de influir en decisiones judiciales clave.<sup>12</sup> Con todo ello, el fujimorismo inclinó la cancha a su favor antes y durante el escenario electoral del 2000.

En ese sentido, podemos concluir de este apartado que el gobierno fujimorista efectivamente fue un autoritarismo competitivo entre el 5 de abril de 1992 y el año 2000, cuando Alberto Fujimori renunció a la Presidencia

---

<sup>11</sup> A pesar de los grandes recursos que el gobierno fujimorista tuvo a su favor para el segundo proceso de reelección, este no pudo materializar los recursos invertidos en legitimidad y apoyo mayoritario de la ciudadanía. Por ello, tuvo que utilizar otras vías como el fraude electoral masivo y la construcción casi improvisada de un exoesqueleto político para poder mantenerse en el poder tanto presidencial como dentro del Congreso. Al respecto, véase Degregori (2001, pp. 70-86).

<sup>12</sup> Para mayor desarrollo en lo relativo a las vulneraciones a la independencia judicial durante el régimen fujimorista, véase Gonzáles (1998, pp. 76-83).

de la República y el Perú regresó a los causes democráticos principalmente gracias a un proceso doméstico de implosión del régimen causado por la revelación del primer “Vladivideo”,<sup>13</sup> entre otros factores.

## *2. Medios de comunicación, democracia y manipulación para la perpetuación en el poder: el caso Fujimori*

Como se mencionó en el capítulo anterior, parte del ejercicio del poder político del régimen fujimorista en el marco de su caracterización como un autoritarismo competitivo residió en el control de los medios de comunicación. Así, como se desarrollará en el presente capítulo, el gobierno, consciente de la creciente importancia de los medios de comunicación como medio de conexión social, promovió su uso para reprimir las actividades de contestación social que podían resultar lesivas a su objetivo de perpetuarse en el poder.

Para demostrar nuestro argumento, es necesario situarnos en el espacio temporal del régimen fujimorista y en el contexto social que acompañó su crecimiento:

### *A. Antecedentes: dentro del cuerpo invertebrado*

Para poder entender correctamente la importancia que tuvieron los medios de comunicación dentro del régimen fujimorista es necesario revisar su pasado inmediato. El Perú, desde el inicio de su vida republicana, ha sido un país con grandes fracturas sociales, las cuales se han demostrado de diversas maneras a lo largo de los años. Una de estas fracturas históricas ha sido la fractura entre las demandas sociales y el Estado; la cual, según Lynch (2002), entró en crisis durante la década de los ochenta (p. 266).<sup>14</sup> Dicha crisis trajo,

---

<sup>13</sup> Sobre los Vladivideos hablaremos más adelante, pero es importante resaltar en este punto que estos fueron una serie de videos en los cuales se mostraba al entonces asesor presidencial y mano derecha de Alberto Fujimori, Vladimiro Montesinos, entregando grandes cantidades de dinero en efectivo a congresistas, dueños de canales de televisión, presentadores de televisión, entre otros, para “comprar” su adhesión al régimen. La aparición del primer Vladivideo desencadenó la huida de Montesinos y, posteriormente, la renuncia de Fujimori desde Japón.

<sup>14</sup> Cabe resaltar que esta no fue la única vez en la que se produjo esta crisis de demandas sociales. Al respecto, Cotler (2005) señala que la movilización social y política de los sectores populares de los años treinta también trajo consigo un deseo por promover la democratización social y política de la sociedad y del Estado. Este deseo fue satisfecho a un inicio a través del

a corto plazo, una serie de consecuencias. Según Lynch (2002, pp. 266-267) entre ellas se encuentran:

- a) La fragmentación de la sociedad civil. Este proceso, que se agudizó durante la década de los ochenta, se debió principalmente a la hiperinflación de fines de los ochenta y al aumento de la ola de violencia generada por las acciones del grupo terrorista Sendero Luminoso. Todo ello, según Slater (1991), puso en manifiesto el individualismo posesivo de un sector de la sociedad, la falta de estrategias que hicieran frente a los efectos negativos de la transformación social y la existencia de un sector pobre que iba debilitándose cada vez más (p. 41). La mezcla de estos factores dejó una sociedad bastante desigual y fracturada, con altos índices de desconfianza tanto hacia los conciudadanos como hacia las autoridades.
- b) La crisis de los partidos políticos. A pesar de que este fue un proceso menos relevante socialmente para su época, posteriormente tuvo un rol importante en la estrategia política planteada por Alberto Fujimori y su equipo. Previamente, en la década de los ochenta, los partidos políticos eran actores clave dentro de la organización social y de la conducción política del país (Pease, 2003, p. 52). Según Degregori, el final del primer gobierno aprista coincidió con una crisis de representatividad política que ocasionó el desgaste de los partidos políticos por su incapacidad de entrar en sintonía con las necesidades de la ciudadanía y de encontrar formas de articular soluciones con otros actores sociales (2001, p. 30). Todo ello fue caldo de cultivo para el nacimiento del *outsider* y, con ello, la caída de los grandes partidos peruanos del siglo XX.<sup>15</sup>

---

surgimiento de partidos populares como el APRA y el Partido Comunista. Sin embargo, este “tibio” intento de democratización institucional y de satisfacción de demandas populares fue infructuoso, lo que llevó de nuevo a las Fuerzas Armadas (a través del Odría) al poder (pp. 338-339).

<sup>15</sup> Sin embargo, otros autores como Cotler y Pease mencionan que la crisis de los partidos políticos vino incluso mucho antes de los años ochenta por la falta de consolidación “de nacimiento” que estos tuvieron. Para el primero, el problema de la política es también el problema de una sociedad que no ha sido capaz de tener un corte histórico desde el siglo XVI que significase un momento nuevo y diferente en su formación social y, por lo tanto, política (Cotler, 2005, p. 47). Para este último, nuestra clase política sigue teniendo como actores centrales a los caudillos y a los poderes fácticos, a pesar del regreso de los partidos políticos en los años ochenta que, a pesar de haber sido positivo, nunca llegó a institucionalizarse políticamente (Pease, 2003, p. 54).

- c) La crisis del Estado de derecho. Este factor viene bastante de la mano con la caída del sistema de partidos políticos, el cual es la base principal sobre la que se debe construir un Estado democrático de derecho. Los actores políticos simplemente abdicaron de su rol de autoridad y no supieron dirigir el país ni tampoco contrarrestar la crisis económica y subversiva que este venía atravesando (Lynch, 2002, p. 267). Este punto es aún más sensible considerando la aun corta y poco madura vida democrática que tenía el Perú posterior a la Constitución de 1979 y al restablecimiento de la democracia con las elecciones de 1980. Los peruanos no sentían que el sistema democrático de partidos por el cual apostaron para reemplazar al autoritarismo militarista estuviera dando los frutos prometidos.

La suma de todos estos factores fue aprovechada desde un inicio por el gobierno fujimorista, el cual entendió que la mejor forma de usar a su favor los problemas que pasaba el Perú era a través de los medios de comunicación.

### *B. Sobre la manipulación de los medios como herramienta para perpetuarse en el poder*

Después de ganar las elecciones en 1990, Alberto Fujimori se empeñó en construir su liderazgo político no con base en una ideología, a un partido político o, incluso, a su retórica, como sus antecesores habían intentado. Lo que quiso Fujimori, al contrario, fue desarrollar una especie de “liderazgo mediático” (Protzel, 1994, p. 216) a través de actividades, gestos, rituales e incluso eventos que serían mostrados a través de la televisión, lo cual marcó una gran diferencia con los gestos emprendidos por la clase política hasta entonces. Según Degregori, esa diferencia está en que ese gesto, ese ritual o esa pequeña actividad será vista y reproducida ese mismo día —y, quizá, a esa misma hora— a lo largo y ancho del país a través de los noticieros de televisión (2001, p. 96).

Fujimori descubrió que los medios de comunicación visual (en especial, la televisión) simbolizaban una ventaja sin precedentes en la historia de la política en el Perú. Ya no servía de mucho hacer un mitin multitudinario en el balcón de Palacio de Gobierno o ir caminando pueblo a pueblo montado encima de una yegua si querías ganarte a la población. Más efectivo resultaba convocar a los medios de prensa para mostrar en vivo y en directo la inauguración de un colegio con discurso del presidente en medio o grabar

cómo el propio Fujimori se metía en el medio del lodo como un campesino más. Son estos gestos los que se quedan grabados en la retina del ciudadano, y los que tienen un alcance mucho más amplio considerando que para aquel entonces ya el 70% de peruanos tenía por lo menos un televisor en su hogar (Defensoría del Pueblo, 2000, p. 39).

Ello llevó, a su vez, a que Fujimori se diera cuenta de que no era necesario formar un aparato político complejo que lo respaldara para legitimarse en el poder. Bastaba con tener un cuerpo invertebrado, pero que centrara todos sus esfuerzos en demostrar a la ciudadanía que era uno de ellos mediante lo que Adrianzén denominó una “representación espejo” (Degregori, 2001, p. 96). En ese sentido, cuando el gobierno se dio cuenta del potencial de los medios de prensa para la legitimación de su poder buscó explotarlo, primero para legitimar sus acciones dentro del poder y, segundo, para intentar perpetuarse en él.

Esta explotación de los medios de prensa para la legitimación en el poder es definida por Dammert (2001) como la “imagocracia”, que significa “[...] la dictadura que construye y domina las imágenes de la vida en sociedad, para perpetuar el poder oculto de una mafia corrupta que mantiene esterilizadas a las vaciadas instituciones de la democracia representativa” (pp. 15-16).<sup>16</sup> Según el autor, el gobierno fujimorista empezó a utilizar la imagen como un medio de dominación social a partir del 5 de abril de 1992 y hasta el final del régimen. En dicho periodo, se utilizó a los medios de comunicación tanto audiovisuales como impresos para crear una “personalidad social” como un universo simbólico orientado a controlar la televisión para la perpetuación en el poder (Dammert, 2001, p. 355).

La construcción de esta “imagocracia” no supuso un control total y directo de los medios al estilo de las dictaduras, sino más bien una especie de “control difuso” cuyo principal objetivo era anular los mensajes de los opositores y resaltar los propios (Degregori, 2001, p. 98). El gobierno era consciente de que ejercer un control directo sobre todos los medios de prensa iba a resultar imposible tanto por las presiones internacionales

---

<sup>16</sup> Por momentos las conclusiones a las que llega Dammert son bastante tajantes y desmesuradas en referirse al régimen fujimorista como una dictadura que buscaba el control social total mediante la construcción de un régimen “imagocrático” en el que todos los medios trabajasen en función de una especie de “totalitarismo despótico”. No estamos de acuerdo con realizar una caracterización tan desproporcionada del régimen fujimorista en tanto, a pesar de los mecanismos antes explicados, este no buscó un control total de los medios, sino más bien un control “difuso” de los mismos, dejando espacios de “libertad” para intentar demostrar un cariz democrático frente a las instituciones extranjeras y a las organizaciones internacionales.

como por la necesidad de una segunda reelección que demandaba tener cuidado con cada acción que podría resultar “sospechosa” de un intento de perpetuación ilegítima en el poder. Por ello, se utilizó a los medios de prensa mediante un sistema de “garrote y zanahoria” que implicó estrategias como la colocación selectiva de publicidad estatal, el acceso preferente a las conferencias de prensa, la filtración de primicias a través del SIN e, incluso, viajes todo pagado en el avión o helicóptero presidencial para los periodistas afines (Degregori, 2001, p. 99).

Asimismo, este control tuvo como objetivo específico controlar a la opinión pública de los sectores D y E, especialmente a través de tres frentes: 1) la inoculación del miedo al regreso al terrorismo o la pérdida de la asistencia social; 2) el control de los medios de comunicación (en especial, aquellos de alcance nacional y de usual consumo para dichos sectores sociales), y 3) la creación de un nacionalismo oportunista (Degregori, 2001, p. 87). Como desarrollaremos en el siguiente capítulo, el régimen fujimorista no controló ni quiso controlar todos los medios, sino que lo hizo eligiendo a aquellos que sí resultaban útiles a sus fines.

Sin embargo, consideramos que las definiciones previamente indicadas no resaltan adecuadamente el punto de que, en la gran mayoría de casos, el control ejercido por el gobierno hacia los medios de comunicación no tuvo de por medio el elemento de la coacción o, incluso, de una amenaza real. En ese sentido, no resulta totalmente adecuado hablar de un “control” a secas por parte del gobierno, sino más bien de una especie de “control difuso consentido” a los medios de comunicación.

Nos explicamos. Un “control” a secas implicaría que los medios, a pesar de que desearon cumplir con su obligación ética de informar imparcialmente y sin injerencias externas acerca de la situación política, no pudieron hacerlo debido a que el gobierno ejerció contra ellos medidas de control o, incluso, de coerción y coacción. Sin embargo, ese no fue el caso peruano, al menos en la mayoría de los medios de comunicación. La gran parte de ellos (incluyendo, en muchos casos, a los propios periodistas) se vendió al poder de turno sin oponer resistencia alguna y dejó de lado su labor de fiscalización y de promoción de la opinión pública. Estos, finalmente, dieron su consentimiento para ser controlados, lo cual también los hace en muchos casos cómplices y hasta responsables en conjunto del daño al sistema democrático que ello generó.



#### IV. LA LIBERTAD DE PRENSA EN JAQUE

Como bien se desarrolló previamente, la estrategia de control difuso consentido hacia los principales y más importantes medios de comunicación tuvo como principal objetivo el lograr la reelección presidencial de Alberto Fujimori el año 2000, y, con ello, garantizar su perpetuación en el poder y poder mantener las estrategias de dominación como fin ulterior de dicha reelección.

Es cierto que las estrategias de control de medios no nacieron en 1996,<sup>17</sup> pero estas se intensificaron y se alinearon hacia un fin común a partir de entonces. El aparato gubernamental centró sus esfuerzos en convencer a los dueños de los medios de prensa, en comprar a los periodistas tanto para su silencio como para su renuncia al rol fiscalizador, y en atacar a aquellos hombres de prensa que no estaban aunados al gobierno y sus fines.

A continuación, presentaremos una serie de sucesos acontecidos a partir de 1996 en las cuales se demuestra el manejo constante que hizo el régimen fujimorista de los medios de comunicación. Para ello se desarrollará, en primer lugar, la compra, soborno y manipulación de los principales medios de comunicación, sus periodistas y sus dueños; en segundo lugar, la amenaza a periodistas y dueños de prensa ajenos al objetivo presidencial, y en tercer lugar, la importancia del crecimiento de los diarios y los medios “Chicha”.

##### *1. Soborno, control consentido y una “isla” entre los principales medios de comunicación*

Dentro de la estrategia de la segunda reelección presidencial de Fujimori, la cual incluía cooptar el Jurado Nacional de Elecciones y la Oficina Nacional de Procesos Electorales —además de manipular los programas asistenciales como el Foncodes— también se dio una visible estrategia de control

---

<sup>17</sup> Se puede mencionar una serie de episodios que demuestran la relación de Fujimori con la prensa previo a la primera reelección presidencial. Por ejemplo, el episodio de la “Virgen que llora” del Callao en 1991, en el cual —en plena epidemia del cólera— una estatua de la virgen María fue descubierta supuestamente “llorando lágrimas verdaderas”, lo cual desvió gran parte de la atención en torno al mal manejo del gobierno en torno a la epidemia (Bowen, 2000, p. 340). Otro episodio que demostró dicha relación fue el caso de la matanza de La Cantuta, en el cual no solo se hizo explícita la tendencia mitomaniaca del gobierno, sino también su asidua relación con las Fuerzas Armadas más allá del autogolpe del 5 de abril de 1992 (Bowen, 2000, pp. 344-345).

de la televisión abierta. Aparentemente, como bien dice Degregori (2001), el gobierno se dio cuenta de que “un líder mediático y un régimen sin pulmones partidarios no podían sobrevivir sin ese balón de oxígeno [los medios de prensa]” (p. 100).

Durante los años noventa, la televisión llegó a ser el medio de prensa más importante del país, incluso más que la prensa escrita. Según Bowen (2000), a mediados 1999 casi 1.45 millones de hogares en Lima tenían por lo menos un televisor en casa, lo que generaba un alcance total de más de 4.5 millones de personas. Asimismo, el 98% de peruanos tenían de alguna manera acceso a la televisión, ya sea directa o indirectamente (p. 350). El gobierno, ni tonto ni perezoso, entendió que la estrategia ya no pasaba por controlar los medios escritos, sino que estaba en formular vías por las cuales los medios televisivos reproduzcan su mensaje.

La principal acción del gobierno fue acercarse a los dueños de los principales medios de comunicación e intentar “comprar” su línea editorial. Esta fue una constante en casi todos los medios de prensa televisivos del país. Así, tenemos los siguientes casos:

- Panamericana Televisión (Canal 5): en este caso, el flamante nuevo dueño del canal Ernesto Schutz (quien recientemente había comprado el 71% de acciones del canal a los hermanos Delgado Parker) negoció con Vladimiro Montesinos el pago de mensualidades a cambio del uso de la credibilidad del canal para demostrar una supuesta neutralidad del gobierno (Dammert, 2001, p. 379). En total, se dio a Panamericana vía Schutz US\$ 10.6 millones, divididos en pagos mensuales que fueron subiendo mientras más cerca se estaba a las elecciones de 2000.
- América Televisión (Canal 4): en este caso, el presidente del directorio del canal José Enrique Crousillat recibió por parte de Montesinos un aproximado de 1,800,000 soles a cambio de “brindar apoyo mediático” en la campaña de la segunda reelección presidencial (Congreso de la República del Perú, 2004, pp. 345-363). Asimismo, el “pago” del gobierno a Crousillat también incluyó el interceder con los dueños del Banco Wiese para lograr el refinanciamiento de algunas deudas que el canal mantenía con dicho banco (Congreso de la República del Perú, 2004, pp. 365-376).
- Global Televisión (Canal 13): en este caso, si bien es cierto no se forja un pacto “expreso” de control a cambio de dinero, sí se pueden mencionar episodios concretos en los cuales el gobierno, a través de Vladimiro

Montesinos, pidió el ingreso de Rubén Trujillo en el canal como un operador político. Además, pidió expresamente —vía Víctor Joy Way— a Delgado Parker el retiro de César Hildebrandt (periodista de oposición sobre quien hablaremos más adelante) del canal, lo cual fue aceptado por Delgado Parker mediante un “pacto de caballeros” (Congreso de la República del Perú, 2004, p. 377).<sup>18</sup>

Solo para aclarar al lector, no desarrollamos el caso de Frecuencia Latina (Canal 13) pues este será tratado a fondo en el siguiente acápite debido a sus particularidades.

Sin embargo, si bien se llevaron a cabo compras “directas” a los medios, según Lynch (2002) este no fue el factor decisivo para el ejercicio del control de los medios. Para este autor, el factor determinante en este control habría sido la publicidad estatal (p. 283). El Estado se convirtió en el principal anunciante de gran parte de los medios de comunicación, en quienes invirtió un aproximado de 52 millones de dólares durante 1999, más del 75% del presupuesto asignado para la publicidad estatal (Defensoría del Pueblo, 2000, p. 42). Dicha inversión, a su vez, aumentó exponencialmente en los periodos en los que la reelección presidencial de Fujimori estaba en juego, periodos en los cuales la publicidad ascendió hasta más de 12 millones de dólares mensuales (Defensoría del Pueblo, 2000, p. 43).

Como mencionamos previamente, la elección arbitraria y desmesurada de la publicidad estatal suele ser una estrategia para ejercer control sobre los medios de comunicación. La labor de los medios en estos casos es la de evitar que la mayor parte de sus ingresos provengan de la publicidad estatal y buscar diversificar en el más alto grado posible la diversificación de sus fuentes de ingreso económico. Depender de los ingresos de la publicidad estatal implicará dependencia en la discrecionalidad del gobierno, sea esta ejercida de manera directa o indirecta. Es parte de la labor constitucional de los medios de comunicación la de diversificar sus fuentes de ingreso evitando que estas provengan únicamente del Estado. A su vez, es parte de la labor constitucional del Estado el distribuir los ingresos por publicidad estatal adecuadamente y sin afanes de control directo o indirecto sobre los medios, además de establecer regulación adecuada para la distribución de la publicidad en medios de prensa, para lo que se deberá tomar en cuenta tanto

---

<sup>18</sup> Respecto de las reuniones de Genaro Delgado Parker en el SIN, véase Godoy (2021, pp. 374-375).

su necesidad como las particularidades del medio en el cual la publicidad será colocada.

Otra de las estrategias que fue llevada adelante por el fujimorismo dentro de todo este esquema de control “difuso” fue el que llamó Degregori (2001) como el uso del “espectáculo como política” (p. 104). Cabe reconocer, como indica el mencionado autor, que con la desaparición de la división entre la cultura popular y la llamada “cultura de masas” los ídolos mediáticos ganaron un rol de formadores de opinión que terminó siendo lesiva por el desarrollo de las campañas y los procesos políticos como si fueran programas de entretenimiento (Degregori, 2001, p. 107). Los roles, como indica Degregori, se terminan distorsionando hasta el punto en el que la población llega a confiar más sus opiniones políticas en el presentador del “*talk-show*” que en un analista político afín a su posición política personal. Esta cultura fue hábilmente aprovechada por el régimen. Como bien dice Vargas Llosa,

la prensa sensacionalista no corrompe a nadie; nace corrompida, vástago de una cultura que, en vez de rechazar las groseras intromisiones en la vida privada de la gente, las reclama; porque [...] hace más llevadera la jornada del puntual empleado, del aburrido profesional y la cansada ama de casa [...] [es] la frivolidad, reina y señora de la civilización posmoderna. (Degregori, 2001, p. 108)

Hemos tenido en el pasado cercano un caso bastante similar con el uso político que se dio al programa “Un sábado con Andrés” del presentador Andrés Hurtado “Chibolín” como una especie de trampolín para ciertos políticos y, a su vez, como una forma de propaganda política para el propio Hurtado.

Si bien podríamos poner un inicio provisional del fenómeno en la elección de la vedette Susy Diaz como congresista de la República el año 1995, el caso más resonante es el de Laura Bozzo. Todo ello sucede a través de un show en el que todos los problemas de una persona (casi siempre, mujer) se resuelven como en una “inyección de heroína a la vena” al son de gritos tranquilizadores en los que sólo se esconden estrategias de perpetuación de un poder hegemónico ofrecido a los más desfavorecidos en forma de “catarsis” o de “ayuda psicológica” (Degregori, 2001, pp. 109-111).

La única isla televisiva importante de la que el gobierno decidió no preocuparse fue de Canal N, canal parte del grupo El Comercio creado por iniciativa de Bernardo Roca Rey, aparecido el año 1999 en la frecuencia 8 de

Cable Mágico.<sup>19</sup> Aparentemente, el hecho de que no fuera un canal al que los sectores D y E normalmente no tuvieran acceso —pues se trataba de un medio de señal por cable— fue determinante en la decisión del gobierno de simplemente ignorarlo y dejarlo mantener su línea disidente. Sin embargo, en un año se convirtió en un espacio de crítica plural y objetiva en el cual se terminaría emitiendo el video que significó el inicio de la caída del régimen. Como bien indica Reátegui (2012), Canal N “[apareció] en el momento preciso y con la gente lo suficientemente comprometida como para afianzarse en la oferta televisiva y legitimar su discurso en un momento en el que los medios estaban en una crisis de credibilidad” (p. 38).

La estrategia de Canal N para convertirse en un referente para el periodismo en un entorno autoritario estuvo, principalmente, en el cumplimiento estricto de los principios éticos tanto en sus periodistas, en sus opinólogos del propio medio de comunicación. Como bien indica Reátegui (2012), el trabajo de la imagen del Canal tuvo éxito pues siguió al pie de la letra los estándares de búsqueda de la verdad, pluralidad, independencia, la democracia y el Estado de derecho (pp. 39-42). Así, entre sus editorialistas, Canal N tenía a figuras como Fernando Tuesta, Carlos Ferrero, Lourdes Flores Nano, Mirko Lauer, Fernando Rospigliosi e inclusive Luz Salgado como representante fujimorista (Godoy, 2021, p. 339). Como bien se mencionó previamente, el objetivo de un medio de comunicación para un verdadero compromiso con la libertad de información y, por ende, con la democracia, debe ser el abarcar la mayor cantidad de posiciones posibles, fomentando el debate en todo cuanto sea debatible y mostrando los hechos siempre que sea necesario.

Sin embargo, Canal N no sólo mostró meras opiniones, sino que también dio un peso bastante importante a las transmisiones en vivo como parte de su oferta televisiva. El objetivo era grande: llevar adelante un canal que funcione minuto a minuto las 24 horas del día con la información actualizada al instante (Reátegui, 2012, p. 46). Esta búsqueda también resalta con otro de los objetivos planteados desde la libertad de información: el brindar los hechos

---

<sup>19</sup> Cabe mencionar en este punto un caso aislado, una especie de “isla” dentro del aparato dañado de los medios de señal abierta: el programa “Beto a Saber”, del periodista Beto Ortiz, emitido vía Austral Televisión (Canal 11 de señal abierta), propiedad de la familia Palermo. Si bien es cierto Ortiz no era del agrado de Montesinos, quien demostró especialmente a Domingo Palermo su posición acerca del periodista, su salida del programa nunca se llegó a concretizar. A pesar de iniciar como un “talk-show”, el programa terminó por convertirse en “la única hora realmente libre en la señal abierta” (Godoy, 2021, p. 398).

noticiosos de manera imparcial, mostrando —de ser posible— las imágenes en crudo, tal cual suceden, evitando todo tipo de sesgos o suspicacias en el ciudadano a quien le llega la información.

## *2. Amenaza a periodistas y dueños de medios de prensa no afines al gobierno*

La estrategia del gobierno con los medios de comunicación era clara: o te unes o te pierdes. Primero siempre existía la opción de unirse y de tomar los beneficios que el “plan premium” del fujimorismo tenía para ofrecer: acceso preferencial a la información proveniente del gobierno, la posibilidad de tener ingresos estatales camuflados como “publicidad estatal” y, el más importante, la garantía de “no molestar” asegurada por el jefe de facto del SIN. Sin embargo, aceptar este “plan premium” traía consigo un costo más allá de la mera adhesión o aceptación: la vulneración de deberes tanto éticos como constitucionales.

Quienes no aceptaron la amenaza fujimorista para cumplir con sus deberes éticos y constitucionales tuvieron que soportar una serie de peligros. Uno de los que sufrió más con esta situación fue el dueño de Frecuencia Latina (Canal 2), Baruch Ivcher.

El año 1996, en torno a razones aún poco claras hoy en día,<sup>20</sup> Ivcher empezó a hacer una revisión total a la línea editorial de su canal, hasta entonces uno de los más sintonizados de la televisión nacional; pero, a la vez, uno de los que menos lo criticaba. Dicha revisión trajo consigo un cambio casi total en la conducción periodística del canal y en el sentido de sus notas, el cual ahora tenía una tendencia independiente y crítica con el gobierno (Caretas 1468, 1997, pp. 18-19).

El resultado inicial de esta apertura fue la emisión de una serie de informes periodísticos, entre ellos: 1) el descubrimiento de supuestos pagos del narcotraficante “Vaticano” a Vladimiro Montesinos para que se le deje operar con libertad; 2) la tortura de la exagente del SIN Leonor La Rosa y el descuartizamiento de la exagente Mariella Barreto perpetrados en el

---

<sup>20</sup> Los rumores indican que este cambio repentino de línea editorial se debería a la defenestración repentina de Jaime Yoshiyama y de Efraín Goldemberg del Gobierno, con quienes se asegura Ivcher tenía una estrecha amistad (Caretas 1468, 1997, p. 19). Otra versión indica que este cambio de actitud se debería a una negociación fallida entre Ivcher y el gobierno dentro de una compra de armas en el contexto de la guerra Perú-Ecuador (Lynch, 2002, p. 278). Sin embargo, ninguna de estas aseveraciones pudo ser probada por completo.

Cuartel General del Ejército; 3) el descubrimiento de los ingresos económicos de Vladimiro Montesinos como “asesor” del SIN, y 4) el desvelamiento de los planes “Bermuda”, “Naval” y “El Pino” para perseguir, amedrentar e incluso asesinar periodistas (Lynch, 2002, p. 278).

Todo esto fue posible hasta que Fujimori y Montesinos dijeron basta. Apenas el gobierno se hartó, inició una campaña total para expropiar a Ivcher del control del canal y que, posteriormente, este pase al control de quienes ellos podrían controlar: los hermanos Samuel y Mendel Winter, siguientes en la línea de control del canal. Así, se retiró el resguardo militar al canal después las primeras denuncias contra el Ejército,<sup>21</sup> se realizaron visitas “inopinadas” de inspección por parte de la SUNAT y, como cereza del pastel, se retiró la nacionalidad peruana a Ivcher, el cual por Ley era un requisito indispensable para ser dueño de un canal de televisión dentro del territorio nacional. Entonces, mediante una jugada judicial de aumento de capital, se cedió el control total de Frecuencia Latina a los hermanos Winter, quienes deshicieron la línea editorial forjada por Ivcher.

Años después, y ya en democracia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001) se pronunció acerca del caso de Baruch Ivcher. En su sentencia, se indica que el Estado peruano, mediante el retiro de la nacionalidad de Ivcher, restringió indirectamente su derecho a la libertad de expresión e información, así como la de los periodistas de Frecuencia Latina. La Corte considera ello en tanto esta supuso una estrategia de control cuyo objetivo era limitar la libertad de ejercer opciones políticas y de desarrollarse en una sociedad democrática (pp. 162-163).

Otro de los personajes que sufrió en carne propia los envistes del gobierno fue el periodista César Hildebrandt, quien se convirtió en una especie de “pulga en la oreja” del régimen (Degregori, 2001, p. 100). Hildebrandt fue durante largo tiempo quien marcó la pauta política de la oposición y, en algún momento, llegó a ser el periodista más visto entre los sectores más acomodados del país (Godoy, 2021, p. 321). Como era de esperarse, el Gobierno no vio con buenos ojos el hecho de que el periodista más visto del sector A y B fuese el acérrimo opositor del mismo. Así, los intentos de sacarlo del aire —incluso, de asesinarlo— no fueron pocos, aunque todos fueron infructuosos.<sup>22</sup> El público opositor, cautivo y ávido de información

---

<sup>21</sup> El resguardo militar a la sede de Frecuencia Latina provenía desde el atentado que dicho canal sufrió el año 1992 a manos de la organización terrorista Sendero Luminoso.

<sup>22</sup> Sobre la renuncia de César Hildebrandt a Enlace Global, véase Godoy (2021, pp. 321-323).

imparcial, veía en Hildebrandt a un personaje de imparcialidad, de esperanza y, quizás, de luchador contra el régimen. En parte, quizás un sector del público estaba en busca de un periodista que les permita sentirse informados y no manipulados. Que están ejerciendo de verdad su libertad de información.

Incluso, en plena dictadura, Hildebrandt creó desde cero un periódico llamado *Liberación*, el cual tuvo una línea de pensamiento crítica del gobierno y afín a la oposición. Al inicio, el gobierno pareció no tomarle mucha importancia, pero a partir de la publicación de las cuentas bancarias de Vladimiro Montesinos fue que el periódico empezó a ser hostilizado mediante estrategias como el embargo de la maquinaria de la imprenta en la que *Liberación* era impresa, o la “compra fantasma” de todos los ejemplares disponibles del periódico (Godoy, 2021, pp. 346-347). Nuevamente, esto demuestra las estrategias utilizadas por el gobierno con el objetivo de limitar a la prensa que estaba en su contra o que emitía mensajes potencialmente perjudiciales a sus fines. Esto, claramente, representa una vulneración a la libertad de información.

### 3. *Diarios Chicha: la prensa a la medida de las grandes masas*

Quizás una de las herramientas más claras y groseras dentro del intento de control social por parte del gobierno fujimorista fue la de los llamados “diarios *Chicha*”. Según Gargurevich (2000), se puede definir preliminarmente al periódico *Chicha* como “un diario tabloide, de precio considerablemente menor al de los diarios serios, informativamente sensacionalista, de primera página [usualmente] muy colorida” (p. 251). Estas características son las que hacen especiales a los diarios *Chicha*: usualmente no son leídos y ni siquiera comprados, sino que sólo sirven para ser expuestos en los stands de periódicos como una especie de posters en los cuales la primera página suele ser la que brinda el mensaje principal. Asimismo, su principal objetivo era acudir a los lectores de sectores socioeconómicos bajos (en especial, los sectores D y E) (Gargurevich, 2000, p. 257).

El mensaje, usualmente, era acorde a los intereses del régimen. El principal objetivo era atacar a los personajes de la oposición y brindar información deportiva y de la farándula, todo a través de un lenguaje corto e imágenes grandes (Degregori, 2001, p. 116). Así, si bien es cierto el diario *chicha* “informa”, no lo hace desde una perspectiva seria e imparcial, sino que privilegia el sensacionalismo y el ataque a quienes no resultan de su agrado.



La aparición de los medios sensacionalistas fue aprovechada por el gobierno fujimorista, el cual vio en ellos una oportunidad para llegar y manipular con facilidad a los sectores socioeconómicos menos favorecidos, quienes eran usuales consumidores de esta clase de diarios. La estrategia de estos diarios es relatada por Dammert (2001):

El esquema es simple. Un equipo del SIN, supervisado por Daniel Borobbio — publicista argentino— y articulado con el argentino Héctor Faisal [...] elaboraba las notas y, al tiempo que las difundía por internet, las enviaba a la prensa [chicha] [...] Los diarios de la prensa basura no tenían cálculos de costo. Cobraban por titular en primera plana. El resto del diario era basura pura. No importaba. Lo requerido era el titular. Y sobre él se cobraba, a precio del SIN. (p. 388)

Cabe aclarar, a su vez, que no todos los diarios que caben dentro de la definición de “Chicha” fueron controlados directamente por el gobierno; o, al menos, no existen pruebas de dicho control. Los diarios de menos de un sol controlados por el gobierno fueron *El Mañanero*, *El Chino*, *La Chuchi*, *El Tío*, *Referéndum*, *El diario Más*, *El Men* y *La Yuca* (Degregori, 2001, p. 116). En estos, se seguía el esquema de control planteado por Dammert. El gobierno, a través de sus emisarios y de su equipo de publicidad, controlaba directamente las portadas de estos diarios, la cual era la parte más importante del mismo. Según Grompone (1999), mediante estos se introduce una idea extendida de “violencia social” en el modo de entablar las relaciones interpersonales (p. 155). Esta idea de violencia es bastante dañina para el ideal democrático y de pluralismo que los medios están obligados constitucionalmente a garantizar.

Para Degregori (2001), son dos principalmente los rasgos que dieron importancia a la prensa chicha: la mentira y la crueldad (p. 124). Los medios *Chicha* no sólo mienten y agrandan realidades inexplicables, sino que también son bastante crueles y crudos con sus descripciones, tanto físicas como psicológicas. Los principales atacados por estos diarios son los personajes de la oposición, quienes representan el pasado, la incapacidad, la corrupción, la pituquería e incluso la feminidad (Degregori, 2001, pp. 130-140).<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Un tema recurrente en torno a las caracterizaciones realizadas por el régimen fujimorista es la feminización de la oposición o la ridiculización de su carácter, de tal manera que quien era visto como una “nenita” o como una “jerma” no podría jamás ejercer el poder autoritario. Para unas reflexiones acerca del género y la política fujimorista, véase Degregori (2001, pp. 155-163).

Todos estos ataques son claramente lesivos al ideal democrático de pluralidad no sólo informativa, sino también de opiniones y de posiciones políticas. El gobierno, al pagar directamente estos tabloides, buscaba manipular y ganar a un sector de la población a través de los propios medios de comunicación, principalmente a los sectores D y E. Esto supuso también un ataque a la libertad de información pues la información a la que accedían estos sectores estaba manipulada o no era imparcial, además de que no cumplía con los estándares constitucionales mínimamente requeridos para estos fines.

Valorar si esta estrategia funcionó o no es totalmente ajeno a esta investigación. Lo importante para nosotros es que el gobierno fujimorista, al utilizar los medios *Chicha*, intervino directamente en la libertad de información y en el principio constitucional del pluralismo informativo.

## V. A MODO DE CONCLUSIÓN: UNA BREVE REFLEXIÓN MORAL SOBRE LA PRENSA

Tal y como fue resaltado a lo largo de la presente investigación, los medios de comunicación tienen un rol esencial dentro del mantenimiento del sistema democrático en tanto creadores de opinión e informantes sobre la realidad de un país. Como dice el filósofo Giovanni Sartori (2003), “una democracia sin medios, con un público totalmente a oscuras, en un vacío de noticias parece casi inconcebible” (p. 38). En ese sentido, los medios pueden funcionar como armas de protección democrática y, al mismo tiempo, como armas de destrucción del debate público, elemento esencial de la democracia.

El crecimiento de los medios de comunicación, en especial dentro del contexto de la globalización y de la aparición de nuevas tecnologías, ha traído también el surgimiento de nuevas cuestiones morales en torno a su rol en la sociedad democrática. Los medios de comunicación ya no son únicamente el diario, la radio y la televisión. Las redes sociales, por ejemplo, han puesto de manifiesto desafíos importantes al sistema democrático. Ello pues, si bien es cierto no son intrínsecamente dañinas —es más, traen muchos beneficios a la sociedad en su conjunto—, el mal uso del foro público universal que estas brindan podría fragmentar nuestro sistema comunicativo y, con ello, el sistema democrático (Sunstein, 2017, p. 213). Asimismo, la inteligencia artificial lleva a debates previamente inexplorados sobre su re-

gulación, las *fake news* que de ella pueden surgir, la elección de la noticia, su confección y la separación entre noticia y opinión.<sup>24</sup>

El rol de los medios se acrecienta más aún en épocas de elecciones, en las cuales la incidencia de la prensa como formadora de la opinión pública es aún más relevante. El crecimiento de la video-política, entendida como la incidencia del poder del video (y, en especial, de la televisión) en el surgimiento de la opinión dentro de los procesos políticos, ha llevado a que lo más importante no sea la estructura política o la propuesta, sino el “rostro” del candidato (Sartori, 2015, p. 116).<sup>25</sup>

El crecimiento de la video-política lleva, finalmente, al decrecimiento e incluso a la destrucción de los partidos políticos. ¿Para qué necesita el candidato de un aparato organizado, capaz de mover masas y con una ideología común, si es que tan solo le basta con mostrarse ante la pantalla? Como bien resalta Sartori (2015), la video-política es capaz de quitar peso y esencialidad a los partidos políticos, lo que les obliga a transformarse de “partidos de peso” a “partidos ligeros” para poder sobrevivir (p. 118).

Este crecimiento se traduce, incluso, al rol de las redes sociales en contextos electorales, lo cual se vio demostrado en casos como el de Cambridge Analytica o el de la Primavera Árabe. Las redes sociales y el crecimiento de las nuevas tecnologías han traído nuevos retos para la libertad de información en contextos electorales, lo que demandará mayor control sobre las *fake news* y sobre los casos en los que el foro público digital, en vez de ser usado como un ambiente para compartir ideas y ser debatidas, sea usado como un espacio que haga crecer el grado de fragmentación social y que dé altavoces y poder de veto a quienes no merecen tenerlo.

El paralelo con las situaciones expuestas durante el segundo gobierno fujimorista es innegable. Como fue descrito a lo largo de la presente investi-

---

<sup>24</sup> El escritor y filósofo Umberto Eco (2004) opinaba que no puede existir la noticia verdaderamente objetiva pues la propia elección de la noticia y su confección son elementos de juicio implícitos (p. 30). Ello, finalmente, lleva a que no es viable separar totalmente a una noticia de una opinión pues dentro de sí la noticia ya lleva implícita una opinión. El crecimiento de la inteligencia artificial lleva a que este debate vuelva a ser relevante, pues una inteligencia artificial generativa no tiene una opinión propiamente dicha, sino que toma la información disponible en la web y es capaz de generar una noticia supuestamente objetiva y sin opinión de por medio. El tema es interesante y da para hacer un desarrollo más extenso que excede a los fines de la presente investigación.

<sup>25</sup> Por “rostro” del candidato no nos referimos únicamente a su cara, sino a toda la personalización que se hace de este mismo, a su exhibición y a la performance que hace el candidato, tanto en video como en redes sociales (Sartori, 2015, p. 116).

gación, el gobierno fujimorista buscó realzar la imagen y los actos de Alberto Fujimori a través de los principales medios de comunicación con el principal objetivo de lograr una segunda reelección presidencial el año 2000. Estas estrategias, contrarias todas a la libertad de información, incluyeron un control difuso consentido sobre los medios de comunicación, la amenaza constante sobre los medios opositores que representarían un peligro real en contra de las aspiraciones del gobierno, y el uso de los llamados Diarios *Chicha* para influir en la formación de opinión de los sectores sociales D y E.

La protección de la sociedad democrática implica, entonces, garantizar la libertad de información como derecho fundamental y la independencia total de los medios de comunicación, en especial en contextos electorales. El combate contra la manipulación electoral y los autoritarismos competitivos (o no competitivos) debe tener como base a los medios de comunicación, quienes deberán mantener su deber constitucional de actuar respetando la libertad de información y, a su vez, a los organismos electorales y a la ciudadanía, quienes deberán fiscalizar que la prensa esté cumpliendo adecuadamente con su labor. Sin medios de comunicación serios y comprometidos con los valores democráticos, nuevos aventureros podrían aparecer en busca de repetir la peripecia fujimorista.

## VI. REFERENCIAS

- Badeni, G. (2002). *Tratado de libertad de prensa*. Abeledo Perrot.
- Barbosa, F. (2009). La censura indirecta dentro de los sistemas de protección de derechos humanos: La cara oculta de la libertad de expresión. *Revista CEJIL*, 4(5), 50-64. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r24253.pdf>
- Bowen, S. (2000). *El expediente Fujimori: Perú y su presidente*. Perú Monitor Editores.
- Cameron, M. (2018). Making sense of Competitive Authoritarianism. *Latin American Politics and Society*, 60(2), 1-22. <https://doi.org/10.1017/lap.2018.3>
- Caretas (1997, 5 de junio). Fujimori vs. La prensa. *Caretas*, (1468).
- Castañeda, J. (1995). The Mexican shock: Its Meaning for the United States. *The New Press*.
- Congreso de la República del Perú (2004). *En la sala de la corrupción: videos y audios de Vladimiro Montesinos (1998-2000)*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001, 5 de febrero). Sentencia del caso Olmedo Bustos y otros vs. Chile. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_73\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_73_esp.pdf)
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2001, 6 de febrero). Sentencia del caso Ivcher Bronstein vs. Perú. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_74\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_74_esp.pdf)
- Cotler, J. (2005). *Clases, Estado y Nación en el Perú* (3a edición). Instituto de Estudios Peruanos.
- Dammert, M. (2001). *Fujimori - Montesinos: El Estado Mafioso. El poder imagocrático en las sociedades globalizadas*. Ediciones El Virrey.
- Defensoría del Pueblo (2000). *Situación de la libertad de expresión en el Perú, setiembre 1996 a setiembre 2000*. Informe Defensorial N° 48.
- Degregori, C. (2001). *La década de la antipolítica: auge y huida de Alberto Fujimori y Vladimiro Montesinos* (2da edición). Instituto de Estudios Peruanos.
- Díez-Picazo, L. (2013). *Sistema de Derechos Fundamentales* (4ta edición). Aranzadi.
- Eco, U. (2004). *Cinco Escritos Morales*. DeBolsillo.
- Eguiguren, F. (2000). La libertad de información y su relación con los derechos a la intimidad y al honor en el caso peruano. *Ius et veritas*, (20), 51-75. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15924>
- Fowks, J. (2015). *Chichapolitik: la prensa con Fujimori en las elecciones generales 2000 en el Perú*. Fundación Friedrich Ebert.
- García Toma, V. (2013). *Los Derechos Fundamentales* (4ta edición). Editorial Adrus.
- Gargurevich, J. (2000). *La prensa sensacionalista en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Godoy, J. (2021). *El último dictador: vida y gobierno de Alberto Fujimori*. Debate.
- González, G. (1998). *Poder judicial, interés público y derechos fundamentales en el Perú*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Grompone, R. (1999). *Las nuevas reglas de juego: transformaciones sociales, culturales y políticas en Lima*. Instituto de Estudios Peruanos.
- Hesse, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales*. Fondo Editorial de la PUCP.

- León, J. y Romero, J. (2022). Libertad de expresión y concentración de medios de comunicación en el Perú. En A. Nuñez y F. Morales (Eds.), *Libertad de expresión. Debates pendientes*, (pp. 267-309). Palestra Editores.
- Lewitsky, S. y Way, L. (2004). Elecciones sin democracia. El surgimiento del autoritarismo competitivo. *Estudios Políticos*, (24), 159-176.
- Lewitsky, S. y Way, L. (2010). *Competitive authoritarianism: Hybrid Regimes After the Cold War*. Cambridge University Press.
- Lewitsky, S. y Way, L. (2020). The New Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, 31 (1), 51-65. <https://doi.org/10.1353/jod.2020.0004>
- Lucardi, A. (2016). *The Dynamics of Competitive Authoritarianism Elections*. [tesis de doctorado, Washington University]. Open Scholarship Institutional Repository of the Washington University in St. Louis. [https://openscholarship.wustl.edu/art\\_sci\\_etds/865/](https://openscholarship.wustl.edu/art_sci_etds/865/)
- Lynch, N. (2002). Los usos de los medios en el Perú de Fujimori. En E. Peruzzotti y C. Smulovitz (Eds.). *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas*, (pp. 263-289). Temas Grupo Editorial.
- Miró Quesada, F. (2016). *Del ágora ateniense al ágora electrónica. El futuro de la democracia*. Grijley Editores.
- Pease, H. (2003). *La autocracia fujimorista: Del Estado intervencionista al Estado mafioso*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pleines, H. y Somfalvy, E. (2023). Protests by journalists in competitive authoritarian regimes: repertoire and impact in the case of Ukraine (2010-14). *Democratization*, 30(1), 101-118. <https://doi.org/10.1080/13510347.2022.2115032>
- Protzel, J. (1994). El paradigma del príncipe: el líder, la razón de Estado y los medios electrónicos. *Contratexto*, (7), 203-223. <https://doi.org/10.26439/contratexto1994.n007.1951>
- Rallo, A. (2000). *Pluralismo informativo y Constitución*. Tirant lo Blanch.
- Reátegui, R. (2012). *Imágenes de legitimidad: Canal N y lucha por la hegemonía mediática de finales de los años 90* [tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Digital de la PUCP. <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/4421>
- Revenge, M. (2008). *La libertad de expresión y sus límites*. Grijley Editores.
- Rospigliosi, F. (2000). El papel de los medios de comunicación social en el fortalecimiento de una sociedad democrática. En *Estudios Básicos de De-*

- rechos Humanos*, (pp. 193-217). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- Sagasti, F. (2022). Ejercicio de la autoridad y el poder político: ¿Cómo gobernar para generar confianza y esperanza en tiempos de crisis?, *Ius et veritas*, 65, 18-23. <https://doi.org/10.18800/iusetveritas.202202.001>
- Sandler, H. (1999). Algunas delicadas cuestiones en torno a la libertad de prensa. En H. Sandler (Coord.), *El cuarto poder. Expresión, información y comunicación social* (pp. 11-30). Ediar Sociedad Anónima Editora.
- Sartori, G. (2003). *Videopolítica. Medios, información y democracia de sondeo*. Fondo de Cultura Económica.
- Sartori, G. (2015). *Homo videns. La sociedad teledirigida*. DeBolsillo.
- Schmidt, G. (2000). Delegative Democracy in Peru? Fujimori's 1995 Landslide and the Prospects for 2000. *Journal of Interamerican Studies and World Affairs*, 42(1), 99-132. <https://doi.org/10.2307/166467>
- Scioscioli, S. (2013). Artículo 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión. En E. Alonso (Dir.), *La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho argentino* (pp. 237-250). Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Slater, D. (1991). Regionalización en una época de crisis social: Perú, 1985-1990. *Revista EURE*, 17(51), 33-41. <https://www.eure.cl/index.php/eure/article/view/1065/169>
- Sunstein, C. (2017). *#Republic: divided democracy in the age of social media*. Princeton University Press.
- Yanatma, S. (2021). Advertising and media capture in Turkey: How Does the State Emerge as the Largest Advertiser with the Rise of Competitive Authoritarianism? *The International Journal of Press/Politics*, 26(4), 797-821. <https://doi.org/10.1177/19401612211018610>
- Zeng, Q. (2019). Leadership succession and the resilience of Electoral Authoritarian Regimes. *Political Studies*, 68(3), 1-29. <https://doi.org/10.1177/0032321719862175>



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Loayza Ormachea, Carlos, “Medios de comunicación, poder político y reelección presidencial en el segundo gobierno de Alberto Fujimori”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19227. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19227>

### ***APA***

Loayza Ormachea, C. (2024). Medios de comunicación, poder político y reelección presidencial en el segundo gobierno de Alberto Fujimori. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19227. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19227>



## Autoridades públicas autónomas y órganos constitucionales autónomos: un nuevo paradigma de la división de poderes

### *Autonomous public authorities and constitutional autonomous organs*

Athos Gallagher Gutiérrez García

 <https://orcid.org/0000-0003-4334-384X>

Universidad Autónoma Metropolitana. México

Correo electrónico: sohta1133@outlook.com

Recepción: 12 de febrero de 2023

Aceptación: 25 de julio de 2023

Publicación: 21 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17770>

**RESUMEN:** El presente artículo muestra una breve semblanza sobre las autoridades públicas autónomas en general, sus funciones y lugar en diversas tradiciones jurídicas y políticas a fin de establecer una clara distinción entre estas y los órganos constitucionales autónomos, centrandó la atención en los últimos como diseños institucionales que transforman el paradigma clásico de la división tripartita del poder público.

La meta es proporcionar orden al caos terminológico imperante en las teorías políticas y constitucionales que deriva de la confusión a entre los conceptos órgano y *organismo* que conlleva a los especialistas a confundir ambos tipos de instituciones.

**Palabras clave:** autoridades públicas autónomas, órganos constitucionales autónomos, división de funciones del poder, organismos casi no gubernamentales.

**ABSTRACT:** The present paper shows a glimpse on Autonomous Public Authorities in general, their tasks and place in various constitutional and political traditions in order to establish a clear distinction between them and Constitutional Autonomous Organs, focusing on the latter as institutional frameworks that transform the classical paradigm of a tripartite public power division.

The goal to achieve, is to give order to the impending terminological chaos in political and constitutional theories that comes from confusion between two concepts: *organ* and *organism*. This leads specialists to a misunderstanding of both kinds of political institutions.

**Keywords:** autonomous public authorities, constitutional autonomous organs, power tasks division, quasi non governmental organisms.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Autonomía, división de poderes y constitucionalismo: revisión contextual*. III. *Ordo ab chao: una tipología de autoridades públicas autónomas*. IV. *Conclusiones*. V. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

En el presente artículo el lector encontrará una disertación teórica sobre la relación existente entre la reforma de Estado que conlleva a un nuevo planteamiento respecto a las divisiones del poder público y el papel que juegan las autoridades públicas autónomas (APA). Finalmente, se proporcionará una tipología para distinguir las diferentes formas existentes de estas para identificar la particularidad de los órganos constitucionales autónomos (OCA) frente a otras modalidades de instituciones autónomas.

## II. AUTONOMÍA, DIVISIÓN DE PODERES Y CONSTITUCIONALISMO: REVISIÓN CONTEXTUAL

El Estado democrático de derecho se fundamenta en la existencia de una estructura política y jurídica en la cual existen dos elementos fundamentales: una Constitución, como eje rector del ordenamiento jurídico y un diseño institucional destinado a mantener una división y equilibrio entre los poderes públicos. Se afirma, tradicionalmente, que el Estado se divide para el ejercicio del poder público en tres ramas Ejecutiva, Legislativa y Judicial, concepción heredada de los pensadores de la Ilustración, principalmente del Barón de Montesquieu, Jean Jacques Rousseau y John Locke. Esta división de funciones del poder es un principio vertebral del constitucionalismo.

La evolución de la doctrina del constitucionalismo de los derechos se basa en que la Constitución está dotada de un conjunto de principios básicos para la limitación del poder político en general y de control sobre los actos de los ciudadanos en particular (Barrios, 2012, p. 31).

En nuestra época se entiende como la distribución de ciertas funciones a diferentes órganos con la finalidad de que el poder detenga al poder y evite su abuso (Fix y Valencia, 1987, p. 119). El principio de división de poderes aparece como la racionalización, estabilización y delimitación del poder estatal, convirtiéndose en un principio organizativo fundamental de la Constitución (Cienfuegos et al., 2005, p. 474).

Sin embargo, el paradigma tradicional tripartito de la división de funciones del poder se enfrenta a una realidad donde en diversos sistemas jurídicos y políticos aparecen instituciones con distintos grados de autonomía de las tres ramas clásicas del poder público, cuyas misiones exigen una determinada independencia con relación con el poder central, justificada, por el sector de intervención.

Se trata de autoridades aisladas, de acción autónoma, disponiendo de una aparente capacidad y especializadas en materias difíciles que ponen en presencia importantes intereses económicos o sociales. Su importancia es que se constituyen como árbitros imparciales que brindan seguridad jurídica a los consumidores del servicio que prestan (Sánchez Hernández, 2015, p. 18).

Tenemos así que la separación de funciones del Estado se vuelve más eficaz para el aseguramiento del Estado de derecho y las garantías que promueve, que la mera división de poderes, en tanto que es: *a)* más extensa porque atiende a nuevas políticas, *b)* más dinámica porque consolida el control entre y sobre los órganos del poder sin entorpecer su desempeño. Así, los órganos del poder se complementan y supervisan (Valadés, 1992, p. 485).

Alfonso Noriega (1975) al referirse al sistema europeo menciona que está inclinado

a favor de la existencia de un poder neutro, neutral o moderador, a la manera de un verdadero árbitro, para resolver los conflictos que se plantean entre los diversos poderes[...] Para cuidar de la fuerza de la constitución anulando las leyes contrarias a ella. En estos sistemas nos encontramos con un *poder neutro* que no se encuentra situado por encima, sino exactamente al mismo nivel que los restantes poderes constitucionales, aunque esté revestido de atribuciones especiales y provisto, de ciertas posibilidades de intervención. (p. 42)

En la década de los sesenta del siglo pasado, García Trevijanos señalaba que la separación de poderes debe entenderse más como equilibrio, y que no es impensable pensar en poderes adicionales citando el caso de la Constitución de China donde se reconoce la existencia de cinco poderes siendo los restantes el poder de control y el poder de examen. Estos poderes se suelen subsumir en los poderes tradicionales (García, 1969, p. 38).

Dentro de los sistemas actuales, el legislador intenta limitar el poder del Ejecutivo a través de las autoridades independientes, diseñándolos en su concepción y arquitectura adquieren dimensiones particulares dentro de cada sistema comparado, los cuales son acorde con su experiencia constitucional

y la forma de organización política propias de cada sistema (Zárate, 2011, p. 307).

A nivel jurídico, esto se refleja en la creación de una nueva carta magna o en reformas de largo alcance a los textos constitucionales vigentes. Lo anterior origina nuevos actores estatales especializados en tareas concretas del Estado, los cuales gozan de distintos grados de autonomía, algunos de rango constitucional.

Debido a la relativa novedad de su aparición y a la falta de precisión de su categorización, existe discordancia sobre la nomenclatura específica para estas instituciones la cual depende de la tradición constitucional y política del caso en cuestión. Así, podemos encontrar nombres tales como: autoridades independientes, agencias de competencia, organismos casi no gubernamentales —*Quangos*—, agencias reguladoras, organismos públicos autónomos, órganos autónomos, órganos constitucionales, órganos de relevancia constitucional, órganos constitucionales autónomos. Suele utilizarse indiscriminadamente estos términos, empero, cada uno de ellos remite a un tipo específico de institución autónoma.

Para poder otorgar una tipología de cada una de estas entidades, es necesario clarificar, en primera instancia, el común denominador entre ellas que es la autonomía. Existe un caos terminológico en lo que autonomía, independencia y organismos públicos autónomos se refiere. Esta deriva del uso de conceptos que parecen estar bien establecidos, sin embargo, son usados en diferentes sentidos y contextos, los cuales no siempre son clarificados por los autores (Somer, 2017, p. 7).

Comúnmente se entiende en la literatura especializada a la autonomía como un equivalente de independencia, neutralidad e imparcialidad (Zárate, 2011, p. 307); Verhoest et al. (2012, p. 414) definen a la autonomía como: el nivel de competencia de toma de decisiones —discrecionalidad— de una organización. En ausencia de una definición específica de esta cuestión en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), agregó una distinción entre los vocablos de autonomía e independencia basándome en el postulado de Scholten (2011) quien sostiene que es más preciso utilizar autonomía sobre independencia para clasificar a este tipo de autoridades ya que el primer término puede medirse en distintos grados —lo cual es útil para la tipología que se presenta en este trabajo—, mientras que la independencia hace referencia a una ausencia absoluta de lazos de dependencia de cualquier otro actor, lo cual no es cuantificable.

Es posible, sin embargo, identificar una justificación teórica común a estos instrumentos dentro de la idea de pesos y contrapesos. Si esta idea es la justificación de la independencia, ella deberá conllevar una serie de límites, como formas de control a estos órganos independientes. En la ausencia de tales límites, el axioma “separación de poderes igual a control de poderes”, fundamento de la independencia de las autoridades independientes, pierde su eficacia (Zárata, 2011, p. 307).

Dicho lo anterior, la tarea de colocar en el debate académico a estas instituciones dentro de la teoría constitucional de la división de poderes resulta más sencilla, ya que con base en su grado de autonomía puede identificarse si estas autoridades pertenecen a alguno de los tres poderes tradicionales o están fuera del control de estos. En su estudio de 2002, *Gobernanza pública distribuida*, la OCDE expresó su creencia de que una razón importante en el desenlace escueto de la investigación internacional comparada en esta área reside en el uso de terminología ambigua y la ausencia de una clasificación coherente de la variedad de formas organizacionales.

En primera instancia, retomo la concepción de Stephanie De Somer quien en su estudio *Autonomous Public Bodies and the Law* (2017) proporciona la nomenclatura de cuerpos autónomos públicos<sup>1</sup> a toda institución que goce de algún tipo específico de autonomía, partiendo desde aquellas que solo son descentralizadas del Ejecutivo pero pertenecen a la administración pública gubernamental —federal o central—, hasta aquellos que tienen autonomía constitucional y, formalmente, no tienen vínculos de dependencia con ninguno de los tres poderes tradicionales aunque formen parte del Estado.

Tal nomenclatura, es la utilizada en el mundo angloparlante como Estados Unidos, Australia, Canadá y el Reino Unido; sin embargo, para una traducción más precisa, acorde a la lingüística castellana, utilizo el término *autoridades públicas autónomas* como especie, mas no género, de estas entidades públicas. Considero esta denominación más precisa que la que aparece en la CPEUM, la cual nombra como *organismos públicos autónomos* a toda autoridad con algún grado de autonomía, ya sea que forme parte de la estructura de alguno de los poderes del Estado o no, lo cual abunda en la proliferación del caos terminológico.

Mucha de la confusión deriva de la importación de nomenclaturas a los sistemas jurídico y político, la cual comúnmente se trastoca gracias a traducciones equivocadas, así como del abuso de anglicismos. Asimismo, rechazo

---

<sup>1</sup> Autonomous Public Bodies

la denominación *Autoridades Independientes* propia de la doctrina constitucional española, coincidiendo con Scholten (2011) respecto a la posibilidad de medir la autonomía y la imposibilidad de medir la independencia ya que el mismo término remite al absoluto: es o no es.

Marybel Martínez Robledos (2015) proporciona un marco referencial para clasificar las APA distinguiendo entre órganos y organismos, lo cual depende de su nivel de autonomía y su lugar en el organigrama del Estado. Los órganos tienen las siguientes características:

- a) Tienen confiada una actividad directa e inmediata del Estado.
- b) Están coordinados (mas no subordinados) con los tres poderes del Estado. Lo mismo sucede respecto a otros órganos.
- c) Se encuentran en el vértice de la organización estatal y gozan de completa independencia.

Esta autora señala que en la legislación mexicana se utilizan indistintamente ambos términos, lo cual causa irregularidades en cuanto a su diseño (2015, p. 124). Estas entidades también se encargan de funciones de política pública que el Estado se ha comprometido a asumir a través de distintos acuerdos internacionales (Sánchez Mérito, 2016).

En muchos sistemas legales se utiliza el término agencia o sus traducciones derivadas, para hacer referencia a tipos específicos de APA, la noción es comúnmente usada para referirse a instituciones que aún son parte de la jerarquía de algún ministerio o en el caso mexicano, de las Secretarías. Las problemáticas respecto a los términos derivan de las particularidades de los sistemas legales nacionales (Somer, 2017).

Un ejemplo son los *Quango* del Reino Unido, los cuales fueron incluidos a la literatura por Barker (1982). Inclusive este autor lidió al intentar precisar este concepto a la realidad doméstica de aquella nación, describiéndolos como: “las muchas y variadas organizaciones que se sitúan entre los Departamentos Gubernamentales, los cuales los Ministerios controlan y que son formalmente responsables en cada detalle ante el Parlamento y la *sociedad privada* como quiera que esta sea definida” (p. 17).

Las funciones que se considera que deben ejercerse con neutralidad política característica de estas entidades son básicamente de dos tipos: o bien funciones que tienen como fin garantizar el ejercicio efectivo algún derecho fundamental, o bien funciones de carácter económico o técnico relacionadas con la regulación y supervisión de ciertos sectores de actividad privada (Sal-

vador, 2015, p. 86). Por tanto, se afirma que las APA surgieron para atender dos dimensiones principales de la sociedad: la política y la económica.

Así, podemos entonces distinguir, categorizar y clasificar a las APA con base en su dimensión operativa, grado de autonomía y su relación con los poderes tradicionales del Estado, lo cual nos lleva a un replanteamiento del constitucionalismo y la división de poderes. Como ya se mencionó con anterioridad, en la forma tradicional del constitucionalismo derivado del Estado democrático de derecho, la noción de *pesos y contrapesos* es uno de los principios básicos de la organización política y administrativa. El Estado a nivel mundial sufrió reformas a finales del siglo XX las cuales transformaron la relación entre este, los actores privados, la sociedad civil y, por ende, la forma de la distribución del poder.

Esta reforma vino acompañada de cambios políticos y económicos promovidos principalmente por organismos internacionales como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial, la Organización de Naciones Unidas y en algunos casos específicos, de tratados internacionales entre Estados soberanos, los cuales, en algunas regiones como Latinoamérica, no solo coincidieron sino fueron actores presentes en los procesos de transición a la democracia (Gutiérrez, 2020).

Un modelo de administración organizativa que casi todos los Estados desarrollados han adaptado en el siglo XXI es aquella de la administración ejercida a través de entidades que son parte de la estructura organizacional gubernamental, pero funcionan bajo cierto grado de autonomía junto con el gobierno electo (Somer, 2017, p. 1). Este nuevo modelo organizativo se traduce en una especie de particular descentralización funcional que brinda a este tipo de organismos un estatus de distanciamiento de los poderes tradicionales, sin que por ello se pueda hablar de ruptura con estos, ya que persiste una dependencia atenuada en algunos aspectos.

La creación de estas figuras responde al argumento de que ciertas funciones del Estado deben ejercerse al margen de los partidos políticos, de ahí que su neutralidad política, despolitización e imparcialidad política son las expresiones y palabras utilizadas para describirlos (Salvador, 2015, pp. 85-86). En opinión de Chevallier esto se perfila como una nueva manera de entender el Estado a través del denominado policentrismo administrativo (Chevallier, 2017, p. 146).

Bajo tal lógica, se reestructuró la organización administrativa, con una tendencia que la literatura ha denominado Nueva Administración Pública<sup>2</sup>

---

<sup>2</sup> New Public Management

(NAP) la cual incorporó elementos propios de la administración privada a la administración pública tales como técnicas gerenciales orientadas al cliente, procesos de privatización, así como mayor aplicación de las tecnologías de la información, distintos mecanismos del mercado como la competencia y contratos públicos privados (Vilchis, 2005, pp. 14-15).

En palabras de Osmond y Löffler (Vilchis, 2005):

Parece describir una tendencia global hacia un cierto tipo de reforma administrativa, pero rápidamente se pone en evidencia que asume distintos significados en diferentes contextos administrativos[...] asimismo, las reformas en la gerencia pública se estaban adelantando en una amplia variedad de formas en diferentes contextos que involucran preocupaciones y necesidades nacionales sumamente diferentes. (p. 78)

Esto fue concomitante con el proceso de expansión del neoliberalismo en los años ochenta del siglo XX —su momento conocido como Thatcherismo o Reaganismo, en Gran Bretaña y Estados Unidos respectivamente— cuando el *Zeitgeist* era antipolítico las teorías de la nueva administración pública resultaron en un incremento de las APA, en especial aquellos de regulación. La NAP promovió la idea de que la administración eficiente requería siempre de los mismos principios y estándares, así fuese en la esfera pública como en la privada (Somer, 2017, p. 3).

Si bien lo anterior es competencia de la esfera económica, en la cual se desenvuelven las APA de regulación —en el siguiente apartado se profundizará en los tipos—, en la dimensión política también se observa la existencia de esta clase de instituciones. Se trata de dos funciones distintas; en el primer caso, el de las APA creadas para desempeñar funciones de carácter económico o técnico, no puede entenderse que haya una exigencia constitucional de independencia.

Se trata más bien de la recepción en Europa y Latinoamérica de la forma típicamente estadounidense de concebir la relación del Estado y el mercado que coincide con las liberalizaciones de mercados y los procesos de globalización económica y política. En los Estados Unidos se sostiene ya desde finales del siglo XIX que la regulación y el control de determinadas actividades debe atribuirse a APA alejadas del ámbito de influencia de los partidos políticos, porque los mecanismos propios de la toma de decisiones políticas no se consideran adecuados para la toma de decisiones económicas (Salvador, 2015, p. 88).



En el segundo caso, la neutralidad e independencia puede considerarse una exigencia constitucional ya que se reclama para el ejercicio de ciertas funciones cuya finalidad es la garantía de los derechos fundamentales, una garantía que, por definición, debe ser siempre frente al Estado. Juan Silva y Fernando Silva (2009) apuntan en su obra *Derechos fundamentales*, que éstos se suelen clasificar mediante un criterio funcional con respecto a la persona humana en: 1) derechos civiles, 2) derechos políticos, 3) derechos sociales, 4) derechos colectivos.

De esto se puede desprender la necesidad de independencia frente al Estado de la administración electoral, las Agencias de Protección de Datos, y las Radiotelevisiones Públicas y Consejos Audiovisuales, porque de ellas depende el ejercicio real y efectivo de los derechos de participación política, de protección de los datos personales, y las libertades de expresión e información (Salvador, 2015, p. 87-88).

La autonomía o independencia respecto a los políticos es ya reconocida como un sello de calidad para las instituciones públicas. Numerosas organizaciones públicas que disfrutaban de varios grados de autonomía política han sido establecidos y confiados con poderes de largo alcance con el fin de ejecutar asuntos públicos. Aunque con frecuencia, suelen ser responsables de grandes cantidades de gasto público (Somer, 2017, pp. 2-3).

La despolitización de la administración en favor de las APA ha ido en evolución en los Estados Occidentales —Europa y América— desde la segunda posguerra. Comúnmente, la creación de tales organismos ha sido inspirada en la meta de traer más conocimiento experto a la administración (en un sentido tecnocrático). Esto ha dado lugar al ascenso de una tensión entre dos valores que son de importancia central para el funcionamiento de los gobiernos de hoy en día. De un lado, está este conocimiento experto, como un proceso de toma de decisiones informado. Del otro, está la primicia de los líderes electos democráticamente, quienes toman la responsabilidad de las acciones gubernamentales (Somer, 2017).

Existe una discusión entre las distintas corrientes de pensamiento respecto a la relación de las APA con los poderes tradicionales en las distintas doctrinas constitucionales de Europa y Norteamérica. Estos organismos han logrado un importante papel dentro de los ordenamientos jurídicos contemporáneos, por lo que han llegado a ser considerados como un cuarto poder debido a su gran independencia (Sánchez Hernández, 2015, p. 19), aspecto que ha sido rebatido por la doctrina española al considerar que: la ley ordinaria nunca ha creado un cuarto poder, expresión de esta última clara-

mente exagerada o excesiva, pero expresiva por ilustrativa del alcance que se reconoce al fenómeno (Parejo, 1994, p. 636).

La realidad es que no existe un consenso ni un modelo específico para discernir que organismos merecen la autonomía ni en qué sector; la elección de tales sectores se encuentra vinculada estrechamente a las realidades institucionales, políticas, económicas, culturales e históricas de cada país. “Normalmente se trata de actividades que se desarrollan en un ambiente de libertad, transparencia, reconocimiento de nuevos derechos o nuevas tecnologías [...] desempeñando en algunos casos funciones reguladoras y en otras de prestadoras de servicios” (Sánchez Hernández, 2015, p. 19).

La constante que podemos identificar es en el contexto político en el que aparecen. En los países que han surgido el argumento se ha formulado en situaciones de corrupción política o actuación partidista y en otros casos se crean para prevenir estas situaciones. A continuación, se hará un breve recorrido para ejemplificar la diversidad de estas autoridades en las distintas regiones.

En Estados Unidos surgieron en vista de la corrupción que habían alcanzado a finales del siglo XIX los organismos públicos. Arquer (1984, p. 410) —pionero en este estudio— observó que la raíz común es la necesidad de colocar fuera de la contienda partidista determinadas funciones administrativas singulares.

Algo similar ocurrió bastante más tarde en Francia cuando a partir de 1968 comenzó a hacerse patente una desconfianza general hacia la administración pública debido a los escándalos en los que se había visto envuelta, y se llegó a la conclusión de que una burocracia politizada no estaba en condiciones de intervenir en determinados sectores que por sus características concretas exigían una actuación imparcial. Para ello se crearon *autorités indépendantes*<sup>3</sup> alejadas de la lucha política (Salvador, 2015, p. 86). En el Reino Unido, esta fue la lógica para crear a los ya mencionados *Quangos* los cuales funcionan como organizaciones público-privadas con relativa independencia del gobierno. En España, las autoridades independientes tienen el mismo cariz.

En el caso alemán, existe una larga tradición de agencias y autoridades públicas fuera de los departamentos ministeriales en ambos niveles, federal y regional. La primera, la *Reichseisenbahnamt*<sup>4</sup> fue establecida poco después

---

<sup>3</sup> Autoridades independientes.

<sup>4</sup> Autoridad imperial de ferrocarril.

de la fundación del Imperio Alemán en los años de 1870 y tuvo la tarea de regular —más que operar— las vías férreas. Werner Jann y Marian Döhler (2002) sostienen que la designación del primer presidente de este órgano causó escándalo político, ya que se pensó que sería muy cercano a algunos intereses bancarios e industriales.

Los mismos pensadores añaden que el establecimiento del Estado de bienestar autoritario bajo Bismarck tomó la forma de agencias especiales bajo derecho público —*Reichsversicherungsamt*<sup>5</sup> de 1884—. Después de 1949 la República Federal continuó esta tradición sin mucha reflexión sistemática ni teórica. La Ley Básica de 1949 permitió el establecimiento de *Bundesoberbehörden*<sup>6</sup> pero solo con el consentimiento del *Bundesländer* (art. 87, sección 3GG) donde se han descentralizado las tareas administrativas (Jann y Döhler, 2002).

Una de las razones principales para la creación de estas agencias ha sido el aprovechamiento de científicos y expertos, la cual ha sido una tradición larga en la administración alemana. Los expertos no solo son integrados a la estructura administrativa como empleados del servicio público, sino como anclaje a comités consultivos de las agencias. El razonamiento legal alemán es que los expertos, aun cuando sean apoyados por intereses de grupos o grandes compañías, se vuelven consultores neutrales una vez que son parte de los procesos de toma de decisiones. La regla general de que las agencias están subordinadas al poder supervisor de un ministerio federal deriva del artículo 65 de la Constitución alemana (Jann y Döhler, 2002).

Al hacer una revisión general de estas entidades públicas en Europa, Salvador (2015) considera que se han utilizado los mismos argumentos que en Estados Unidos para crearlos; la exposición de motivos que crea la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia de España:

La existencia de organismos independientes se justifica por la complejidad que en determinados sectores caracterizados principalmente por la potencial existencia de fallos de mercado, tienen las tareas de regulación y supervisión, así como por la necesidad de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación. (Salvador, 2015, p. 89)

---

<sup>5</sup> Oficina imperial de seguros.

<sup>6</sup> Agencias federales.

Los sistemas jurídicos latinoamericanos también se han inspirado ampliamente de esta experiencia. En Colombia, se desarrollaron superintendencias desde 1923 a instancias del modelo estadounidense, el sistema administrativo colombiano de influencia netamente francesa acogió desde comienzos de siglo pasado técnicas administrativas de orígenes diversos, tales como las superintendencias que se asemejan a las denominadas “executive agencies” (Sánchez, 2015, p. 89), y posteriormente a la Constitución Política de 1991 se creó la noción de órgano autónomo e independiente lo que a su vez permitió el desarrollo institucional vía legal, a través del concepto de comisión de regulación según la Ley 142 de 1994 (Sánchez Hernández, 2015, p. 20).

Las dos oleadas de creación de APA —la segunda posguerra y las reformas de Estado de finales del siglo XX— tuvieron en común que fueron creadas por preferencias políticas y estrategia. En palabras de De Somer (2017):

el introducir o no APA's es una decisión políticas nacionales tomadas por los Parlamentos y Gobiernos. Las racionalidades políticas detrás de la creación de APA's han sido diversas, van desde “desencadenar” las administraciones centrales para asegurar la especialización o el conocimiento experto, permitiendo a la sociedad civil participar en la plantilla de las APA's o simplemente aislar decisiones de la interferencia política. (p. 5)

Hasta aquí y derivado de esta observación panorámica de las entidades autónomas en Occidente —Europa, Norte y Latinoamérica— podemos observar dos cuestiones notables: la primera que éstas surgen de procesos de democratización, derivados del descrédito de los regímenes políticos y sus burocracias; la segunda, que el primer paso es a través de la descentralización administrativa la cual, dependiendo de las necesidades y del régimen político de cada país, adquirirá un grado determinado de autonomía.

En sistemas parlamentarios o semi-presidenciales, al nivel político más alto, los procesos de designación para dirigir las APA son controlados por el parlamento (Somer, 2017, p. 12). En regímenes presidencialistas, es el Ejecutivo, en algunos casos en conjunto con el parlamento, quien tiene la primicia de designar o proponer a los miembros de los APA como es el caso mexicano.

Considerando lo anterior, ofrezco una definición integral de lo que es una autoridad pública autónoma: aquella entidad colegiada sujeto de derecho público que goza de algún grado de autonomía respecto a las tres ramas del poder público, así como del poder privado, a la cual se le encomienda

una actividad particular del Estado en la dimensión política o económica, cuya especialización técnica o relevancia particular requiere esta condición jurídica.

Con esta definición general, es posible establecer una tipología de APA existentes en las diversas doctrinas constitucionales y políticas teniendo presente la dimensión en la que operan —política o económica— y su grado de autonomía. En este trabajo, me centro en un tipo particular de estas entidades, las cuales, en la estructura jurídica del Estado, gozan del mayor grado de independencia que son los órganos constitucionales autónomos.

### III. *ORDO AB CHAO*: UNA TIPOLOGÍA DE AUTORIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS

Para una mejor comprensión de lo que son los OCA, es menester separarlos de lo que no son. Ciertamente los OCA son un tipo de APA, sin embargo, no son lo mismo que los organismos descentralizados, ni lo mismo que los órganos de relevancia constitucional, *quangos*, etcétera. Para delimitar entonces el objeto de estudio y aportar nuevo conocimiento teórico, se elabora una tipología concisa respecto a esta especie de entidades públicas, la cual no existe en la literatura o existe de forma parcial. Siendo la noción de un *spectrum* central para esta investigación, inicio con los que poseen menor autonomía de los poderes públicos y finalizo con aquellos que poseen más.

#### 1. *Agencias independientes y agencias ejecutivas*

Las agencias independientes de los Estados Unidos son agencias que existen fuera de los departamentos federales ejecutivos —aquellos encabezados por algún miembro del gabinete— y de la Oficina Ejecutiva del Presidente. En un sentido más preciso, el término se refiere a aquellas agencias que, si bien forman parte de la administración pública, tienen una autonomía regulatoria y que son aisladas del control presidencial, usualmente a través de limitar su poder para remover a la cabeza o algún miembro de ésta (Bregger y Edles, 2015, p. 6).

Jacob Gersen (2010), al referirse a este tipo de instituciones en el caso estadounidense, contribuye a la confusión entre autonomía e independencia: “En la literatura de economía y ciencia política, la idea de independencia tiene un significado funcional, refiriéndose al grado de control efectivo exento

a estas agencias por parte de otras instituciones políticas o la localización de una agencia dentro fuera de una jerarquía del Gabinete” (p. 6).

Estas instituciones tienen su origen en la etapa del *New Deal*, teniendo como particularidad la protección jurídica que tenían sus directivos frente a la revocación del cargo. El caso paradigmático en aquella nación data de 1935 con el caso “Humphrey’s Executor vs. United States” el cual tuvo como origen el despido del miembro de la *Federal Trade Commission*<sup>7</sup> por parte del presidente Franklin D. Roosevelt. La Corte dio su fallo a favor de Humphrey argumentando que la FTC era una Comisión creada para realizar funciones “cuasi legislativas” y “cuasi judiciales” (Leal, 2016, p. 131).

La cualidad que más distingue a estas de las agencias ejecutivas es, justamente, el adjetivo. En el sistema político y constitucional estadounidense, este se basa en tres argumentos principales: el requisito de elección bipartidista; el requisito de periodo fijo; y el requerimiento de remoción limitada a causas específicas (Verkuil, 1988, p. 259). El primero se cumple mediante la obligatoriedad de que los candidatos provengan de ambos partidos; el segundo requisito es el establecimiento de un periodo determinado en el cargo, el cual varía de agencia a agencia; el tercero, es aquel que evita que el presidente pueda remover a uno de los comisionados por razones políticas —como en el caso *Humphrey*—.

Las agencias independientes se sitúan en principio fuera del alcance de las consignas presidenciales, gozan de autonomía e independencia para ejercer la función reguladora de manera imparcial, y libres de captación política y de cualquier represalia administrativa sobre los comisionados (Marcou y Moderne, 2009, p. 109).

Ejemplos de estas son la Agencia Central de Inteligencia, la Comisión de Asistencia Electoral, la Agencia de Protección Ambiental, la Comisión Federal Electoral, el Sistema de la Reserva Federal, entre otros. Por tanto, podemos afirmar que una agencia independiente es una APA propia de la doctrina constitucional estadounidense cuya característica particular respecto a los demás tipos, es que tiene como fundamento expreso el ser independiente respecto de cualquiera de las ramas del Ejecutivo, sin embargo, no se especifica como independiente respecto a las otras ramas principales del poder público: el Legislativo y Judicial.

Si bien por sus características y funciones pudieran llegar a ser confundidos con OCA, su posición respecto a la jerarquía normativa estadouni-

---

<sup>7</sup> Comisión Federal de Comercio.

dense no los considera como tal, ya que derivan de *Congress Acts*<sup>8</sup> y no de *Ammendments*,<sup>9</sup> por lo cual derivan y se regulan bajo leyes reglamentarias y no de leyes constitucionales.

Las agencias ejecutivas, por su parte, son organismos descentralizados dependientes de alguna de las ramas del poder Ejecutivo o Gabinete y que no comparten los requerimientos citados anteriormente; sus titulares pueden ser removidos por el presidente o algún miembro del Gabinete del que dependa su Departamento, de suerte que algunos Secretarios de estos son miembros del Gabinete (Lewis y Selin, 2012, p. 39). Algunos ejemplos son el Departamento del Interior, la Agencia Federal para Emergencias Externas (FEMA), Centro de Control de Enfermedades, etcétera.

## 2. *Quangos*

El término fue acuñado en la década de 1970, empero, este no es oficial. De acuerdo con la Cámara de los Comunes del Parlamento británico, el nombre oficial es *Non Departmental Public Bodies*<sup>10</sup> (NDPB) y al que define como: “un cuerpo que posee un rol en los procesos del Gobierno nacional, pero no es un Departamento gubernamental ni forma parte de alguno, y en cuyo caso opera a una distancia mayor o menor del alcance de los Ministros” (Gay, 2010, p. 56).

Los tipos de NDPB se clasifican en cuatro subcategorías principales (Gay, 2010, p. 56):

- NDBP Ejecutivos. Típicamente establecidos por un estatuto y encargados de funciones ejecutivas, administrativas, regulatorias o comerciales. Un ejemplo es la *Environmental Agency*.<sup>11</sup>
- NDBP de Consulta. Proveen consejo experto o técnico a los Ministros en una amplia gama de tópicos. Ejemplo: *Low Pay Comission*<sup>12</sup>
- NDPB Tribunales: tienen jurisdicción en un campo especializado. Ejemplo: *Valuation Tribunals*.<sup>13</sup>

---

<sup>8</sup> Actas del Congreso.

<sup>9</sup> Enmiendas/reformas constitucionales.

<sup>10</sup> Cuerpos públicos no departamentales.

<sup>11</sup> Agencia ambiental.

<sup>12</sup> Comisión de Salarios Mínimos.

<sup>13</sup> Tribunales de Valuación.

- Juntas de Monitoreo Independiente. Monitorean prisiones y centros de inmigración.

Esta es una figura propia de la tradición constitucional británica, cuyos orígenes no son nuevos, afirman que pueden datarse incluso de hace doscientos años en Gran Bretaña, juntas semi-independientes, por ejemplo la *Board of Trade*.<sup>14</sup> Empero, estas proliferaron con el thatcherismo y la llegada de la nueva administración pública, la cual hizo énfasis en la delegación, desagregación y la contratación de servicios privados conllevaron a la transferencia de funciones tradicionalmente gubernamentales a organismos cuasi autónomos especializados (Greve, Flinders y Van Thiel, 1999, p. 130).

Como podemos observar, el término *Quango* es en realidad la forma en la que en el Reino Unido denominan a las APA que realizan distintas funciones tanto ejecutivas, administrativas y jurisdiccionales, cuya autonomía se especifica respecto al Ejecutivo (Ministros) mas no del Legislativo (Parlamento) y deriva de leyes estatutarias, pero no directamente de la Constitución del Reino Unido.<sup>15</sup> En este punto, conviene hacer una breve semblanza de la jerarquía normativa británica para poder dimensionar adecuadamente este tipo de organismos respecto a otros que aparecen en esta tipología de APA.

En orden descendente, encontramos a las denominadas *Parent Act*<sup>16</sup> las cuales tratan de temas clave para el Estado o derechos fundamentales, mientras que la legislación delegativa recibe el nombre de *Statutory Instruments*,<sup>17</sup> y sus subsecuentes los nombres de *orders*,<sup>18</sup> *regulations*,<sup>19</sup> *warrants*,<sup>20</sup> *schemes*<sup>21</sup> y *directions*.<sup>22</sup> Como afirma Bombillar (2011, p. 148), el Parlamento de Westminster es legislador y constituyente a la vez, por lo que técnicamente, es capaz de realizar una nueva “reforma constitucional”

---

<sup>14</sup> Junta de Comercio.

<sup>15</sup> Si bien no está codificada al no ser una ley escrita, juristas como Miguel Bombillar (2011) y Hilaire Barnett (2005), hablan de la existencia de una constitución que se basa fundamentalmente en la Soberanía Parlamentaria y el Imperio de la Ley.

<sup>16</sup> Leyes creadas y aprobadas por el Parlamento de Westminster y que de ellas derivan legislaciones secundarias.

<sup>17</sup> Instrumentos estatutarios.

<sup>18</sup> Órdenes.

<sup>19</sup> Regulaciones.

<sup>20</sup> Garantías.

<sup>21</sup> Esquemas.

<sup>22</sup> Direcciones.



cada vez que aprueba una ley. Sin embargo, lo que diferencia a una ley constitucional de una ordinaria es la materia.

Considerando lo anterior, los *Quango* —o en su acepción formal *NDPB*— derivan de Instrumentos Estatutarios y no de Actas Parlamentarias directamente por lo cual, en sentido jurídico y organizativo, no califican como organismos constitucionales autónomos ya que su conformación, grado de autonomía y relación frente a los poderes públicos son resultado de una ley secundaria.

Si bien el modelo británico fue inspirado por el estadounidense, se pueden observar tres diferencias entre estos (Sánchez Hernández, 2015, p. 61):

- La primera consiste en la organización interna de la institución, mientras que en el modelo estadounidense las decisiones se producen en el seno de un cuerpo colegiado, en Gran Bretaña toda la responsabilidad es puesta en el director general.
- La segunda diferencia radica en que el sistema estadounidense ha sido catalogado como excesivamente procesal y burocrático, puesto que existe un procedimiento reglado para la toma de decisiones, en cambio en el sistema británico se le otorgaron amplias facultades discrecionales a los *Quangos*, como consecuencia de que no hay normas que regulen el procedimiento de toma de decisiones.
- Por último, el control judicial en los Estados Unidos que era pleno, fue sustituido y limitado en Gran Bretaña, en el cual el juez ejerce una función de conocimiento meramente formal.

### 3. *Agencias regulatorias*

Estas agencias se centran específicamente en actividades económicas en las cuales se ha replanteado la relación del Estado con el sector privado y la forma de intervención del primero. Este tipo específico de agencias son las formas que tomaron las APA originalmente en el modelo estadounidense, siendo la primera la *Interstate Commerce Comission*<sup>23</sup> que data su creación a 1887 y que en 1889 se independizó del Ejecutivo. De esta manera, las *Regulatory Agencies*<sup>24</sup> —y las APA en general— se volvieron una figura establecida en el sistema político y administrativo de aquel país.

---

<sup>23</sup> Comisión Interestatal de Comercio.

<sup>24</sup> Agencias regulatorias.

La regulación es una función estatal que busca reconciliar las exigencias de la autoridad oficial y las dificultades específicas del mercado, especialmente sus ámbitos de competencia, la protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, así como la verificación técnica de los procesos por medios de acción preventivos y restrictivos, así como el establecimiento de normas trazadas por las autoridades elegidas para aplicar las políticas del Estado (Sánchez Hernández, 2015, pp. 20-21).

Medina Restrepo establece que la regulación como técnica de intervención propia del derecho administrativo y de la NAP se encuentra asociada a su vez a la privatización y a la liberalización económica, aunado también a la creación de autoridades independientes (Medina, 2014, pp. 181-207). Es un hecho irrefutable que estos dos fenómenos económicos y jurídicos tuvieron un papel preponderante tanto en el surgimiento de la intervención regulatoria de los mercados y el nacimiento del Estado regulador, como en la creación —y proliferación— de las APA.

Ahora bien, las agencias regulatorias o de competencia son una categoría específica de APA que se desempeñan en la dimensión económica. A nivel organizativo, dependiendo del sistema político de cada país, este tipo de autoridades pueden tener distintos grados de autonomía, desde la técnica hasta la constitucional, por lo que se pueden encontrar en diversos sistemas este tipo de APA algunas elevadas al rango de OCA y otras que no. No existe una regla o diseño general, aunque sí un precepto teórico en el cual estas tienen funciones administrativas de inspección, control y vigilancia. Zárate (2011) menciona que la atribución principal de estas agencias es la persecución de la realización de un equilibrio efectivo entre el interés privado y el interés colectivo (p. 31).

La propiedad que presentan las AR y que las diferencian de otras instituciones técnicas y otras APA, es que estas se centran en regular la competencia económica. Como ejemplos tenemos las ya citadas agencias regulatorias alemanas, las Agencias Nacionales de Regulación de España, las agencias regulatorias estadounidenses o ciertos tipos de *Quango*; en Latinoamérica encontramos desde la Patagonia hasta el Río Bravo diversas agencias y comisiones reguladoras.

#### *4. Órganos constitucionales autónomos*

Esta categoría es la que causa mayor controversia en materia constitucional y política respecto a la división de funciones del poder, ya que su autonomía

y relación con las ramas clásicas es difícil precisar de forma general. Comienzo por establecer que, para referirse apropiadamente a estas APA, el término correcto es órganos constitucionales autónomos, y no el de *organismos constitucionales autónomos*, basándome en la diferenciación ya mencionada entre órganos y organismos.

Referirse a estas instituciones como *organismos* es un galimatías terminológico, ya que no puede hablarse de que se encuentren en una de relación de coordinación y no de subordinación con alguno de los poderes del Estado si se refiere a ellos con este término, lo cual supone una contradicción lógica, semántica y hermenéutica.

La definición de los OCA contempla dos elementos fundamentales: uno negativo, es decir, no estar adscrito a ningún poder constitucional; y uno positivo, o sea, autonomía constitucional (Cansino y Patiño, 2020, p. 24). El constitucionalismo moderno considera que la idea tradicional de la división de poderes tiende a ser superada debido a dos elementos fundamentales: el hecho de que las Constituciones actuales contemplan una gran cantidad de excepciones y atemperamientos a la división del poder —los diversos tipos de APA— y, en segundo término, a la creación de OCA (Ortiz, 2006, p. 148).

Considerando esto, recupero las siguientes definiciones doctrinales: Para García Roca (Guerra, 2014) son:

aquellos órganos inmediatos y fundamentalmente establecidos en la Constitución y que no se adscriben claramente a ninguno de los tres poderes del Estado, son generalmente órganos técnicos que nos e guían por intereses partidistas o coyunturales y para su funcionamiento ideal no solo deben ser independientes de los poderes tradicionales, sino de los factores reales del poder.

Santi Romano (Pelayo, 1981, p. 28): “Órganos constitucionales son aquellos a los cuales les es confiada una actividad directa del Estado y que gozan, en los límites del derecho objetivo que los coordina entre sí, pero que no subordina al otro, de una completa independencia recíproca”

Escudero (2006) afirma que son “órganos creados inmediata y fundamentalmente en la Constitución y que no se adscriben a los poderes tradicionales del Estado. Son órganos de equilibrio constitucional y político cuyos criterios de actuación son preservar la organización y el equilibrio constitucional”. De igual forma, añade estos elementos:

- Autonomía. Generalmente tienen autonomía orgánica y funcional. En algunas ocasiones, poseen también autonomía presupuestaria.
- Apoliticidad. Son órganos técnicos y no políticos.
- Inmunidad. Los titulares de estos órganos pueden ser removidos por el señalamiento de responsabilidades.
- Transparencia. Los actos y decisiones de los órganos autónomos salvo los casos comprensibles como el Ministerio Público, podrán ser conocidos por los ciudadanos y los órganos del Estado.
- Intangibilidad. Deberán ser órganos permanentes o por lo menos para su derogación se debe exigir un procedimiento de reforma constitucional mucho más reforzado que el proceso de reforma legal ordinario.
- Funcionamiento interno apegado al Estado de derecho. Es imprescindible que en las responsabilidades administrativas de funcionarios de los respectivos órganos estos cuenten con todas las garantías constitucionales y procesales.

Jaime Cárdenas Gracia (2000, p. 22) los define como aquellos que se establecen en la Constitución que no se adscriben claramente dentro de alguno de los tres poderes del Estado. De esta definición podemos observar que los OCA son de creación inmediata que surgen por mandato de la norma suprema, representando una evolución en la teoría clásica de la división de poderes, sin restarle importancia a la misma, ni mucho menos asegurar su desaparición. Son creados y su normatividad se rige directamente por la Constitución.

María Antonia Trujillo (Escobar, 2008) los considera como:

Aquellos órganos a los cuales está confiada la actividad directa e inmediata del Estado, y que, en los límites del derecho objetivo, que los coordina entre sí, pero no los subordina unos a otros, gozan de una completa independencia y paridad recíproca; se encuentran en el vértice de la organización estatal, no tienen superiores y son sustancialmente iguales entre sí, no siéndoles aplicables ni el concepto de autarquía ni el de jerarquía. (p. 619)

Finalmente, el pensamiento constitucional mexicano se expresa en la materia mediante la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación a la controversia constitucional 32/2005. En ella se afirma:

Aun cuando no existe precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, como se ha señalado, las características esenciales que se desprende tienen dichos órganos son: deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución; deben mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera; deben atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad.

Asimismo, en 2007 el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una definición de los OCA con cualidades ideales que difieren de la propuesta constitucional vigente en México:

- 1) Surgen bajo una idea de equilibrio constitucional basada en los controles de poder, evolucionando así la teoría de la división de poderes[...] debe considerarse como una distribución de funciones o competencias, haciendo más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado.
- 2) Se establecieron en los textos constitucionales, dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcancen los fines para los que fueron creados.
- 3) La creación de este tipo de órganos no altera o destruye la teoría tradicional de la división de poderes. Atento a lo anterior, las características esenciales de los OCA son: a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución Federal b) Deben mantener, con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera d) Deben atender funciones primarias u originarias del Estado que requieren ser efectivamente atendidas en beneficio de la sociedad. (SCJN, 2007, p. 1647)

De acuerdo con el jurista García Pelayo, poseen estas características (Carbonell, 2006, pp. 56-58):

- Inmediatez. Norma de aplicación directa por la Constitución, ya que su ordenamiento se encuentra en la Constitución, es quien le da vida, quien le da origen jurídico, es la misma Constitución quien directamente asigna su composición, los métodos de integración y designación de sus integrantes su estatus institucional y competencias.
- La esencialidad remite a que se consideran necesarios para la vida del Estado de tal manera que se ha llegado a considerar que si desaparecieran de varia afectado el sistema constitucional en su conjunto. Participan directamente en la dirección del Estado e influyen y afectan directamente tanto en la toma de decisiones de conflictos internos y externos del Estado.

- La paridad, que significa que no se encuentran comparados con los demás poderes del Estado dentro de la clasificación tradicional, y sobre todo que no se encuentran subordinados a estos, sino que presentan una cierta autonomía.

Si bien García Pelayo se basó en el caso español para enumerar las características descritas —más adelante se profundizará en el mexicano—, es posible distinguir elementos constantes en los OCA salvando las particularidades de cada sistema:

- Gozan de relación de coordinación, mas no de subordinación, respecto a los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial; por tanto, no se encuentran dentro de su estructura, pero siguen siendo parte del Estado.
- En algunas doctrinas constitucionales se les tiene por un cuarto o quinto poder.<sup>25</sup>
- Se crean de forma expedita y directa de la Constitución, por lo que su diseño, modificaciones o derogación requieren de reforma a la norma suprema.
- En la jerarquía normativa, se encuentran en la cúspide con relación a otras APA.
- Su autonomía es plena en las áreas administrativa, organizativa, presupuestaria, técnica y en teoría en la designación de sus titulares intervienen las fuerzas políticas de forma regulada o equilibrada.
- El principal tipo de autonomía que poseen estos frente a las demás APA, es la autonomía política que deriva sólo de la Constitución, ya que esto marca su relación con los demás poderes (Matute, 2015, p. 28).
- Se delega en ellos tareas esenciales para el Estado, ya sea en materia política —protección y tutela efectiva de derechos fundamentales o garantías constitucionales— o en materia económica —regulación económica o tecnológica—, cuya relevancia para el interés nacional requiere de esta condición constitucional.
- Posee facultades administrativas, cuasi legislativas y cuasi judiciales.

---

<sup>25</sup> En casos como el de Ecuador, la Constitución contempla la Función —poder— de *Transparencia y Control* (artículos 204-210) y la *Función Electoral* (artículos 217-221); en Venezuela, contempla al *Poder Electoral* (artículo 292); asimismo, la Constitución china de 1947 considera al *Yuan de control* (artículo 90) y al *Yuan de Examen* (artículo 83).

Es, con base en lo anteriormente expuesto, que proporciono una definición integral respecto a los órganos constitucionales autónomos: entiéndase por aquellas autoridades públicas autónomas con funciones administrativas, cuasi legislativas y cuasi judiciales esenciales para el Estado en materia política —protección o tutela efectiva de derechos fundamentales— o económica —competencia y regulación— cuya autonomía deriva directamente de la Constitución o norma suprema equivalente, y no de alguna legislación delegativa, lo cual los sitúa fuera y a la par de la estructura de las tres ramas clásicas del poder público, en una relación de cooperación y coordinación; su creación, modificación o desaparición afectan las decisiones del Estado a nivel interno y externo.

Históricamente, y como ya se mencionó en el capítulo anterior, el antecedente en Occidente de estas entidades constitucionales es el *ombudsman* sueco surgido de la Ley constitucional de 1809, concebido como un supervisor de los agentes gubernamentales para prevenir que violentaran los derechos de particulares.

La figura se difundió globalmente gracias a la ONU y la difusión del discurso de protección a los derechos humanos, quedando como un antecedente propio del derecho anglosajón y el *Commonwealth*; los órganos *omniabarcantes* modernos son propios de los Estados nacionales (Cansino y Patiño, 2020, p. 23). Así, durante el siglo XX estas se propagaron en distintos países: Dinamarca en 1953, Nueva Zelanda en 1962, Gran Bretaña en 1967, Australia en 1972, etcétera. En la tradición constitucional mexicana, estas aparecen en 1990 con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) como órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación (Gil, 2015, p. 84).

Los OCA son, entonces, un fenómeno particular del siglo XX con amplias repercusiones jurídicas, políticas, administrativas y económicas (Cansino y Patiño, 2020, p. 24). Autores como Linz (2006) y Bobbio (1976) consideran que estos son propios de un contexto que, teóricamente, es democrático, con economía de mercado abierto y con un nivel de competencia real entre partidos (Sartori, 1999), y surgen en fases de crisis o de oportunidad política o económica. Como ejemplos de ello tenemos el Tribunal Constitucional Alemán; el Tribunal de Cuentas y la Corona en España; el Consejo de Estado Francés; la Reserva Federal de los Estados Unidos son considerados como ejemplos de OCA en el mundo (Ortiz, 2006, p. 148).

Las nuevas concepciones políticas y jurídicas del poder aceptan y en ocasiones promueven la existencia de este tipo de órganos pues se concibe

como generadores de un nuevo y más sano equilibrio constitucional; equilibrio que constituye el propósito originario y también fundamental del principio de división de poderes (Ortiz, 2006, p. 148).

Como afirma Verdejo (2010, p. 11), los OCA surgen como una necesidad de vigilar los excesos de las funciones de los tres poderes clásicos; puede constatare que, en cuanto a la supervisión de funciones del poder público, estos órganos son la materialización del control constitucional —propiedad que no poseen los otros tipos de APA—.

**FIGURA 1. TIPOLOGÍA DE AUTORIDADES PÚBLICAS AUTÓNOMAS**

| APA                                | Jerarquía normativa    | Tipo de autonomía <sup>26</sup>                       | Relación con ramas del poder público | Dimensión                              |
|------------------------------------|------------------------|-------------------------------------------------------|--------------------------------------|----------------------------------------|
| Agencias independientes            | Legislación delegativa | Administrativa, financiera, técnica                   | Subordinación                        | Económica y política                   |
| Agencias ejecutivas                | Legislación delegativa | Financiera, técnica                                   | Subordinación                        | Económica y política                   |
| <i>Quangos</i>                     | Legislación delegativa | Administrativa, financiera, técnica                   | Subordinación                        | Económica, política y social           |
| Agencias regulatorias              | Legislación delegativa | Administrativa, financiera, técnica                   | Subordinación                        | Económica                              |
| Órganos constitucionales autónomos | Constitucional         | Jurídico-política administrativa, financiera, técnica | Coordinación horizontal              | Política, económica, judicial y social |

FUENTE: elaboración propia.

<sup>26</sup> Puede contener una de estas o las tres, a excepción de los OCA que sí poseen todas.



## IV. CONCLUSIONES

El surgimiento de autoridades independientes en el mundo no es un fenómeno nuevo, la primera oleada de su creación en Occidente la encontramos en el siglo XIX; la segunda ola se observó durante la segunda posguerra en Europa en el ámbito constitucional, sin embargo, tuvieron mayor proliferación en el contexto mundial caracterizado por la globalización, las transiciones democráticas, la Nueva Gerencia Pública y una deslegitimación e incluso animadversión hacia lo político y los poderes públicos. Lo anterior constituye la tercera ola de las APA.

Derivado de esto, las teorías clásicas de la división del poder y las teorías constitucionales clásicas sufren un cambio de paradigma, en el cual el poder público debe ser redistribuido diseñando instituciones con cierto grado de autonomía respecto a las ramas tradicionales. En algunos casos se opta por crear organismos desconcentrados los cuales, de menor a mayor, representan el primer paso para alejarse de la esfera de influencia de alguno de los poderes dotándolas de autonomía técnica; en otros casos se decide crear organismos descentralizados, otorgándoles autonomía técnica, financiera y administrativa; finalmente, en algunos casos, se decide crear órganos constitucionales autónomos cuya autonomía se consagra directamente en la Constitución y es jurídica/política, presupuestaria, administrativa y técnica.

## V. REFERENCIAS

- Arquer, J. (1984). El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes. *Revista española de derecho administrativo*, (42), 401-422.
- Asamblea Nacional Constituyente de la República Popular de China. *Constitución de la República Popular de China*. <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/comparadordeconstituciones/constitucion/twn>
- Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela. *Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. [https://www.oas.org/dil/esp/constitucion\\_venezuela.pdf](https://www.oas.org/dil/esp/constitucion_venezuela.pdf)
- Barker, A. (1982). *Quangos in Britain. Government and the networks of Public Policy Making*. Palgrave MacMillan.
- Barnett, H. (2005). *Constitutional and Administrative Law*. Cavendish.

- Barrios, B. (2012). *Constitucionalismo contemporáneo*. Universidad Interamericana de Panamá.
- Bobbio, N. (1976). *Diccionario de política*. Siglo XXI.
- Bombillar, M. (2011). El Sistema Constitucional del Reino Unido. *Revista de derecho constitucional europeo*, (15), 139-184.
- Breger, M. J. y Edles, G. J. (2015). *Independent Agencies in the United States: Law, structure, and Politics*. Oxford University Press.
- Cansino, C. y Patiño, L. (2020). ¿Cuál autonomía de los Órganos Constitucionales Autónomos? El caso del Instituto Nacional Electoral en perspectiva comparada. *Ius Comitalis*, (5), 21-49.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (2006). *División de Poderes y Régimen Presidencial en México*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cárdenas, J. (2000). *Estudios Jurídicos en Torno al Instituto Federal Electoral*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cienfuegos, D. (2005). Los Órganos Autónomos en el Constitucionalismo Guerrerense. Revisión y Propuesta. En M. Gámiz y J. Rivera (Coords.) *Las aportaciones de las entidades federativas a la reforma del Estado*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Chevallier, J. (2017). *L'État post-moderne*. LGDJ, coll.
- Congreso de la República de Ecuador. *Constitución de la República de Ecuador*. [https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4\\_ecu\\_const.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/mesicic4_ecu_const.pdf)
- Escobar, J. (2008). Globalización del derecho, producción legislativa y transformación del Estado en Colombia: 1992-2005. *Papel Político*, 12(2), 615- 652.
- Escobedo, F. (2002). Movilización de opinión pública en México: el caso del GO y de la Ley Fedreal de Acceso a la Información Pública. *Ponencia para el I Congreso Latinoamericano de Ciencia Política*.
- Escudero, H. (2006). *Los OCA y la seguridad pública*. México. *Derechos Humanos*. Órgano informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, 78.
- Fix-Zamudio, J. y Valencia G. (1987). *Derecho constitucional comparado y mexicano*. Tecnos.
- García, J. (1969). *Tratado de derecho administrativo*. Revista de Derecho Privado.
- Gay, O. (2010). Quangos. En House of Commons, *Key Issues for the New Parliament 2010*. House of Commons Library Research.

- Gersen, J. (2010). Designing Agencies. En D. Farber y A. O'Connell (Eds.), *Research Handbook on Public Choice and Public Law* (p. 210).
- Gomes, J. (1983). *Diretio constitucional*. Coimbra Almedina.
- Greve, C., Flinders, M. y Van Thiel, S. (1999). Quangos-What's in a name? Defining Quangos from a Comparative Perspective. *Governance: An International Journal of Public Policy*, 12(2), 129-146.
- Guerra, L. (2014). Órganos Constitucionales Autónomos. Naturaleza jurídica y notas distintivas. *Contribuciones a las ciencias sociales*. <https://www.eumed.net/rev/cccss/29/estado-constitucional.html>
- Gutiérrez, A. (2020). *Globalización y democratización: La actividad internacional de los organismos electorales mexicanos (1990-2019)*. Universidad Autónoma Metropolitana-Iztapalapa.
- Jann, W. y Döhler, J. (2002). Germany: Agencies and autonomous bodies at the federal. Distributed public governance. En *Third expert meeting: monitoring agencies, authorities and other government bodies: how to best balance autonomy and control?*
- Leal, J. (2016). *Transición democrática y reformulación de la división de poderes el papel de los Organismos Constitucionales Autónomos en México*. [Tesis: Doctorado]. Universidad de Guadalajara.
- Lewis, D. y Selin, J. (2012). *Sourcebook of United States Executive Agencies*. Vanderbilt University.
- Linz, J. (2006). *La quiebra de las democracias*. Alianza.
- Marcou, G. y Moderne, F. (2009). *Derecho de la Regulación, los Servicios Públicos y la Integración Regional*. Universidad del Rosario.
- Martínez, M. (2015). Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado? *El Cotidiano*, (190), 123-143.
- Matute, C. (2015). Los organismos constitucionales autónomos. La evolución de la división de poderes y la integración al orden jurídico internacional. *Revista de Administración Pública*, L(3), 138.
- Medina, M. (2014). El tránsito del intervencionismo a la regulación en el Estado colombiano. En A. Salame, *Sociedad, Estado y Derecho: un homenaje a Álvaro Tafur Galvis* (pp. 182-207). Universidad del Rosario.
- Noriega, A. (1975). *Lecciones de Amparo*. Porrúa.
- Ortiz, G. (2006). La creación de órganos constitucionales autónomos en los Estados de la Republica. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal Escuela Judicial*, (22).
- Parejo, L. (1994). *Manual de Derecho Administrativo*. Ariel.

- Pelayo, M. (1981). El “status” del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1), 11-34.
- Salvador, M. (2015). Partidos políticos y autoridades independientes. *Revista española de derecho constitucional*, (14), 83-99.
- Sánchez Hernández, H. A. (2015). *La noción de la autoridad administrativa independiente en España y Colombia*. [Tesis: Doctorado]. Universidad Carlos III de Madrid.
- Sánchez Mérito, A. (2016). La agenda internacional en el siglo XXI: retos y oportunidades para la conformación de políticas públicas. *Relaciones Internacionales*, (126), 165-171.
- Sartori, G. (1999). *Partidos y sistemas de partido*. Alianza.
- Scholten, M. (2011). Independent, Hence Unaccountable?. The need for a Broader Debate on Accountability of the Executive. *Review of European Administrative Law*, 22(5), 13-46.
- Silva, F. y Silva, J. (2009). *Derechos fundamentales*. Porrúa.
- Somer, S de. (2017). *Autonomous Public Bodies and the Law: A European Perspective*. Elgar.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación (2007). Tesis jurisprudencial P/J 007. México. Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena Época, tomo XXV.
- Tesis: (9a.) (2007). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época, t. XXV.
- Tesis: p/j 007. (9a.) (2007). *Gaceta Seminario Judicial de la Federación*. Novena Época, t. XXV.
- Valadés, D. (1992). *Estudios Jurídicos en Torno a la Constitución de 1917, en su Septuagésimo Quinto Aniversario*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Van Thiel, S., Verhoest, K., Bouckaert G. y Aegrid, P. (2012). *Government Agencies. Practices and Lessons from 30 Countries*. Palgrave Mcmillan.
- Verdejo, L. (2010). Los organismos constitucionales autónomos en la clásica división de poderes: crisis o evolución. *Revista Electrónica del Posgrado en Derecho*. <https://repositorio.iberopuebla.mx/bitstream/handle/20.500.11777/1151/LOSORGANISMOSCONSTITUCIONALESAUTONOMOSENLACLASICADIVISIONDE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Verkuil, P. (1988). The Purposes and Limits of Independent Agencies. *Faculty Publications*. <https://scholarship.law.wm.edu/facpubs/1029>

Vilchis, J. (2005). Nueva gerencia pública. Análisis comparativo de la administración estatal en México. *Convergencia: Revista de Ciencias Sociales*, 12(39), 13-49.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Gómez Peralta, Héctor, “El debate constitucional sobre el derecho al aborto en Estados Unidos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17770. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17770>

### ***APA***

Gómez Peralta, H. (2024). El debate constitucional sobre el derecho al aborto en Estados Unidos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17770. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17770>

## El debate constitucional sobre el derecho al aborto en Estados Unidos

*The constitutional debate on the right to abortion in the United States*

Héctor Gómez Peralta

 <https://orcid.org/0000-0002-5344-3185>

Universidad Autónoma del Estado de Morelos, México  
Correo electrónico: hector.gomez@uaem.mx

Recepción: 22 de enero de 2023

Aceptación: 27 de abril de 2023

Publicación: 21 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17548>

**RESUMEN:** El artículo muestra el debate constitucional sobre el derecho al aborto entre las diferentes escuelas jurídicas dominantes en la Suprema Corte de los Estados Unidos de América. Se sostiene que el debate en el seno de la Suprema Corte de ese país, además de ser una lucha entre liberales y conservadores, es también entre dos filosofías jurídicas sobre cuál debe de ser el papel político del Poder Judicial dentro de una sociedad que se considera a sí misma democrática: el activismo judicial vs. la restricción judicial —esta última integrada por el originalismo y el textualismo—.

**Palabras clave:** aborto, Suprema Corte de Estados Unidos, activismo judicial, restricción judicial.

**ABSTRACT:** The article shows the constitutional debate on the right to abortion between the different dominant legal schools of thought in the Supreme Court of the United States. It is argued that the debate within the Supreme Court, in addition to being a fight between liberals and conservatives, is also between two philosophies about what the political role of the Judicial Power should be within a society that considers itself a democracy: judicial activism vs. judicial restraint —the latter integrated by originalism and textualism—.

**Keywords:** abortion, Supreme Court of United States, judicial activism, judicial restraint.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La revisión judicial y las facultades legislativas del Poder Judicial en Estados Unidos.* III. *Precisiones conceptuales sobre el activismo y la restricción judicial.* IV. *Roe v. Wade: el aborto como derecho constitucional.* V. *Planned Parenthood v. Casey: regulaciones al derecho al*

## I. INTRODUCCIÓN

El 24 de junio de 2022, la Suprema Corte de Estados Unidos declaró que la Constitución de ese país no otorga el derecho al aborto. El presente trabajo tiene como objetivo mostrar el debate constitucional sobre el aborto en Estados Unidos, el cual no se reduce a una disputa entre liberales y conservadores. La lucha entre ideologías políticas es importante, y también se toma en cuenta en la investigación, pero se pretende ir más allá y mostrar que el problema es más complejo. ¿Cuáles son los argumentos, a favor y en contra, sobre considerar al aborto como un derecho constitucional? ¿Qué corrientes jurídicas apoyan una u otra postura? ¿Cuáles son las ideologías y filosofías que orientan las decisiones de los jueces de la Suprema Corte en el tema del aborto? ¿En qué consisten esas tradiciones de pensamiento? ¿Por qué en determinados momentos históricos el aborto se reconoció como derecho constitucional y en otros no?

Este trabajo sostiene que el debate en el seno de la Suprema Corte, además de ser una lucha entre liberales y conservadores, es también entre dos filosofías sobre cuál debe de ser el papel del Poder Judicial dentro de una sociedad que se considera a sí misma democrática: el activismo judicial *vs.* la restricción judicial (*judicial activism vs. judicial restraint*). No se tiene como objetivo el debate ideológico entre las posturas provida (*prolife*) y proelección (*prochoice*), entre quienes consideran que el aborto es un derecho y quienes buscan restringirlo o incluso prohibirlo. Mucho menos pretende posicionarse entre alguna de esas posturas ideológicas y argumentar sobre quién tiene la razón. El objetivo central es explicar, en torno al tema del aborto, la lucha entre las filosofías del activismo y la restricción judicial, en el contexto del papel político que tiene la Suprema Corte al ejercer su facultad de hacer revisión judicial (*judicial review*).

Como hipótesis de trabajo, se sostiene que los derechos no son algo objetivo, sino construcciones sociohistóricas. Los derechos no son otorgados ni por “la naturaleza” ni por “Dios”, sino que son beneficios políticamente reconocidos a ciertos grupos según la correlación de fuerzas en una sociedad, según los valores que logren imponerse o hacerse dominantes en un periodo histórico concreto, y en un territorio determinado. Por lo que el reconoci-

miento o la negación de un derecho (como el aborto), dependerá del sistema de creencias hegemónico dentro de las instituciones que toman decisiones en la materia, como, por ejemplo, los tribunales de justicia o las legislaturas.

Los documentos por excelencia donde suelen plasmarse los derechos que son reconocidos por una sociedad, son las Constituciones. La Constitución de Estados Unidos es un documento que, a diferencia de sus contrapartes latinoamericanas, ha experimentado muy pocas modificaciones en su letra. Han sido solamente 27 cambios desde su creación. Ese documento data de 1789, y sus primeras 10 enmiendas se realizaron y ratificaron de forma simultánea en 1791. Desde entonces solamente ha habido 17 enmiendas adicionales (Blackmore, 2008, p. 137). En contraste, en México, en ese mismo periodo de tiempo, ha tenido 5 diferentes Constituciones vigentes,<sup>1</sup> teniendo, solamente la última de ellas, más de 700 reformas (Senado de la República, 2018).

Esa estabilidad en el texto constitucional puede dar la idea engañosa de que la Constitución estadounidense casi no cambia. Es verdad que han sido pocas las modificaciones a la letra constitucional, pero han sido múltiples las ocasiones en que ha cambiado la interpretación que se tiene sobre su contenido. De tal forma que, como se muestra a lo largo de todo este artículo, la constitucionalidad del derecho al aborto ha cambiado en Estados Unidos, sin que lo haya hecho el texto constitucional, sino por variaciones en las interpretaciones que la Suprema Corte ha hecho sobre esa materia.

Se ha utilizado la metodología del neoinstitucionalismo histórico (Rowlinson y Hassard, 2013; Peters, 1999) para explicar las sentencias judiciales, al identificar las ideas dominantes dentro de la Suprema Corte en los diferentes momentos en que se elaboraron sus tres sentencias sobre el aborto: *Roe v. Wade* (1973), *Planned Parenthood v. Casey* (1992), y *Dobbs v. Jackson Women's Health Organization* (2022). Siguiendo el enfoque metodológico neoinstitucional, más allá del estudio de las reglas formales, es imperativo tomar en cuenta también las reglas informales. Por lo que, para comprender el porqué de las sentencias de la Suprema Corte en los tres casos citados, se analiza la trayectoria histórica de la correlación de fuerzas en el seno de ese tribunal, según las ideologías y filosofías jurídicas de los jueces. Ese requerimiento metodológico, para el estudio concreto del debate sobre

---

<sup>1</sup> Son las Constituciones de Cádiz de 1812, la federalista de 1824, la centralista de 1836, la liberal de 1857, y la posrevolucionaria que data de 1917.



el aborto, demanda explicar cómo fue que la Suprema Corte está integrada por una mayoría de jueces partidarios de la restricción judicial.

Para explicar por qué la Suprema Corte de Estados Unidos ha emitido una sentencia que no reconoce al aborto como derecho constitucional, desde la perspectiva del neoinstitucionalismo histórico, no basta con analizar la última resolución emitida por esa institución. Es necesario hacer un recorrido, tan largo como sea posible, de la secuencia histórica que desencadenó los eventos que culminaron en ese fallo judicial. En otras palabras, desde el neoinstitucionalismo histórico no es posible comprender la postura presente de la Corte, sin conocer cómo fue que se gestó históricamente el considerar que el aborto era un derecho constitucional y, posteriormente, entender la evolución que tuvo ese tema en el seno de ese tribunal constitucional. Como consecuencia, se analiza, desde la primera hasta la última sentencia de la Suprema Corte, sobre el derecho al aborto en Estados Unidos.

## II. LA REVISIÓN JUDICIAL Y LAS FACULTADES LEGISLATIVAS DEL PODER JUDICIAL EN ESTADOS UNIDOS

La facultad del Poder Judicial de Estados Unidos de anular o invalidar actos (leyes, estatutos, normas, tratados o regulaciones administrativas) de los otros dos poderes, no proviene directamente de la Constitución, sino que la Suprema Corte se lo dio a sí misma en *Marbury v. Madison*, de 1803. Lo litigado en ese caso no es lo relevante para los objetivos del presente trabajo, sino que, en aquella ocasión, el presidente de la Corte, el juez John Marshall, estipuló que ese tribunal tenía el poder de revisar, confirmar o derogar las acciones ejecutivas y legislativas, al declararlas constitucionales o inconstitucionales (McWhinney, 2019).

Ese hecho marcó un precedente, vigente hasta el día de hoy, que es la principal herramienta del Poder Judicial frente a los otros dos poderes, por lo que se considera crucial para el adecuado funcionamiento de un sistema de equilibrios y contrapesos entre los poderes (*check and balances*). En síntesis, la revisión judicial es el poder de la Corte para anular o modificar actos legislativos o ejecutivos.

Como el sistema legal de Estados Unidos está basado en el principio de *stare decisis* (que las decisiones se mantengan), las disposiciones judiciales son una forma de hacer trabajo legislativo, al convertirse en una especie de derecho consuetudinario en el sentido de ser vinculantes para las decisio-

nes futuras de las cortes, restringiendo sus opciones, no teniendo que basarse en un estatuto (ley escrita), sino invocando el fallo de un tribunal del pasado. *Stare decisis* no significa que las decisiones de los tribunales sobre un tema no puedan cambiarse, sino que se tiene la postura y el compromiso por parte del Poder Judicial de hacerlo lo menos posible (Molony, 2020, p. 733).

En el derecho anglosajón, al basarse en *stare decisis*, los jueces interpretan las leyes, pero no pueden hacerlo de forma discrecional o arbitraria. Los jueces tienen que tomar en cuenta la interpretación de la ley que con anterioridad hizo un tribunal superior, lo cual redefine la ley sin tener que reescribir o modificar de forma alguna la letra del estatuto. Mediante ese poder de revisión judicial, los jueces cambian la ley fuera del proceso legislativo.

Un ejemplo paradigmático para ilustrar lo anterior, fue el caso *Miranda v. Arizona*, de 1966. En esa ocasión, la Suprema Corte desechó el arresto de Ernesto Miranda, quien había sido detenido por la policía de Phoenix sin decirle que tenía derecho a guardar silencio. En esa ocasión, sin saber que no tenía la obligación de declarar, Miranda expresó su culpabilidad, lo que fue la base para su posterior condena. La Suprema Corte invalidó ese arresto porque la policía no le leyó sus derechos al detenido. Los jueces no reescribieron la ley de Arizona, pero con su fallo en ese caso enviaron la señal a las agencias encargadas de aplicar la ley en todo Estados Unidos, de que, en el futuro, las cortes anularían los arrestos que se llevaran a cabo sin que los detenidos fueran informados sobre sus derechos como acusados. La consecuencia fue que las normativas policiales cambiaron en ese sentido en todos los estados del país, no sólo en Arizona (Van Meter, 2006).

Existe en Estados Unidos gran preocupación sobre un abuso por parte de las Cortes de su facultad para hacer revisión judicial. Algunos creen que al otorgarle a las cortes el poder de anular leyes, también se revocan las decisiones de los representantes electos por voto popular que hicieron dichas leyes, trastocando no sólo el proceso democrático, sino también el principio de separación de poderes (Landau y Dixon, 2020). Ese debate se manifiesta en la disputa entre dos filosofías jurídicas que se exponen a continuación.

### III. PRECISIONES CONCEPTUALES SOBRE EL ACTIVISMO Y LA RESTRICCIÓN JUDICIAL

En el último libro del constitucionalista Michael Trachtman, donde se analizan las sentencias de la Suprema Corte que mayor impacto han tenido para

la conformación de Estados Unidos tal y como ahora lo conocemos (Trachtman, 2016), resalta el hecho de que casi el 90 % de ellas ocurrieron después de 1950. ¿Qué cambió en la posguerra que generó que la Suprema Corte se volviera un actor protagónico dentro del sistema político estadounidense?

En ese periodo se dio el ascenso de una filosofía jurídica conocida como el activismo judicial, asociada con el pensamiento liberal. Esa filosofía sostiene que el rol de los jueces no debe reducirse a simplemente ser “protectores de la ley”, sino que también deben comprometerse con una aplicación “justa” de las leyes, contemplando las implicaciones sociopolíticas de sus decisiones (Pandey, 2020, pp. 5-20).

Esta interpretación de la ley podría resumirse en lo siguiente: La Constitución estadounidense promete proteger a los derechos humanos fundamentales de la tiranía del gobierno, pero su lenguaje es en muchas ocasiones vago. Por lo que un buen juez tiene que interpretar a la Constitución y sus leyes como un “documento viviente”, cuyas protecciones y definiciones pueden ser “expandidas” o “ampliadas”, más allá de lo redactado por el legislador, para fortalecer la libertad, la igualdad, y la democracia (Watson, 2020).

Durante las décadas de los cincuenta, sesenta y setenta del siglo XX, bajo las cortes Warren y Burger, la Suprema Corte se caracterizó por un fuerte activismo judicial para encarrilar a la sociedad estadounidense en una dirección más progresista. Esto incluyó sentencias de diversa índole, como las que impedían a los profesores de escuelas públicas el rezar o enseñar creacionismo; la protección de material con contenido sexual; declarar los llamados a derrocar al gobierno como parte de la libertad de expresión; la expansión de los derechos de los acusados; o la prohibición a gobiernos, e incluso negocios privados, para negar servicios utilizando criterios raciales (Vitiello, 2020; Strauss, 2018).

Muchos de esos temas son controversiales incluso hoy en día en la sociedad estadounidense. Pero lo fueron todavía más en el tiempo en que la Suprema Corte emitió esas sentencias. Es por ello que provocaron, tal vez sin intención, una gran reacción política y jurídica contra esos intentos de ingeniería social por parte de funcionarios no electos democráticamente.

La filosofía que se contrapone al activismo judicial es la restricción judicial, que podría resumirse en lo siguiente: la Constitución estadounidense promete proteger a los derechos humanos fundamentales de la tiranía del gobierno, pero su lenguaje es en muchas ocasiones vago. Por lo que un buen juez debe limitarse a seguir las interpretaciones más tradicionales, literales e históricas de esas protecciones y derechos, con el objetivo de preservar

las intenciones originales de quienes confeccionaron los artículos constitucionales y fueron electos democráticamente con ese fin (Balkin, 2019).

Para la filosofía de la restricción judicial, si una ley o la Constitución no son vistas lo suficientemente “buenas” o “justas” en algún asunto específico, sobre todo si son políticamente polarizadoras para la sociedad estadounidense, es trabajo de los funcionarios democráticamente electos, no de los jueces, el alterar, derogar o actualizar la legislación (King, 2008).

La restricción judicial tiene sus raíces en dos tradiciones muy arraigadas en el derecho anglosajón: el originalismo y el textualismo. La primera implica hacer investigación histórica para intentar entender el significado de las palabras contenidas en las leyes y la Constitución, tan fiel al sentido original como sea posible, en el contexto del momento en que fueron redactadas. La segunda hace énfasis en una interpretación literal de la letra de las leyes y la Constitución, tal y cómo los legisladores las escribieron (Buchanan y Dorf, 2020, p. 616).

En 1982, varios estudiantes de leyes en las universidades de Chicago, Yale y Harvard, bajo el liderazgo de dos prominentes profesores, Robert Bork y Antonin Scalia (este último fue juez de la Suprema Corte de 1986 a 2016), fundaron un *think tank* llamado Sociedad Federalista (*Federal Society*). Ese centro de investigación ha tenido el explícito objetivo de hacer del originalismo y el textualismo, ideas hegemónicas en la política de Estados Unidos (Hollis-Brusky, 2015).

La Sociedad Federalista se ha convertido en un centro de pensamiento tan influyente y poderoso, que seis de los nueve jueces de la Suprema Corte actual, han sido miembros de ella. Como Amanda Hollis-Brusky ha señalado: “Cuando la Sociedad Federalista se fundó [...] la idea era entrenar, credencializar y socializar a una generación de élites alternativas al pensamiento liberal y progresista” (Hollis-Brusky, 2015, pp. 9-10).

Conforme los partidos políticos en Estados Unidos en los años sesenta y setenta fueron dividiéndose en liberales y conservadores,<sup>2</sup> las nominaciones de la Suprema Corte se volvieron procesos cada vez más politizados,

---

<sup>2</sup> Hasta la década de 1960, los partidos políticos de Estados Unidos eran coaliciones de múltiples intereses, no organizaciones políticas identificadas con una ideología específica, mucho menos como agrupaciones de determinados grupos raciales, étnicos o religiosos. Había “Demócratas conservadores” (teniendo como uno de sus grandes bastiones electorales a los estados sureños que practicaban la segregación racial) y “Republicanos liberales” (su máximo exponente fue Nelson Rockefeller). En contraste, actualmente hablar de “Demócratas conservadores” y “Republicanos liberales” sería un oxímoron (Gómez, 2019, pp. 134-139).

partidistas, y altamente mediatizados (Pacelle, 2002; Gómez, 2023). En gran parte se debe a que desde entonces los republicanos han buscado colocar a magistrados simpatizantes de la restricción judicial, mientras que los demócratas hacen lo propio con jueces que comparten las creencias del activismo judicial.<sup>3</sup>

Entre más polarizado se ha vuelto el Congreso de Estados Unidos, más difícil es sacar legislación sobre temas controvertidos y que dividen a esa sociedad. De tal forma que los partidos políticos, en lugar de tratar de cambiar la letra de las leyes y la Constitución, han preferido influir en la forma en que los textos legislativos y constitucionales son interpretados. Si no pueden cambiar un artículo de la Constitución, sí pueden cambiar el significado que se le da a ese mismo artículo por medio de los tribunales. Fue así como ahora se tiene a una Suprema Corte que decide cada vez más sobre temas políticos e ideológicos de primer orden. Tal es el caso del derecho al aborto como se muestra a continuación.

#### IV. ROE V. WADE: EL ABORTO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

Entre 1959 y 1969 tuvo lugar lo que se conoce como la Corte Warren,<sup>4</sup> que se caracterizó por una auténtica revolución constitucional. Sus sentencias terminaron con la segregación racial en las escuelas (*Brown v. Board of Education*), promovieron los derechos de los acusados (*Mapp v. Ohio*), los derechos reproductivos (*Griswold v. Connecticut*), y la libertad de expresión (*Brandenburg v. Ohio*), sólo por citar algunas de sus decisiones más relevantes.

Cuando en 1969, el juez-presidente de la Suprema Corte Earl Warren, renunció por su avanzada edad, el presidente Richard Nixon intentó colocar a magistrados que detuvieran la ola de reformas liberales de ese tribunal.

---

<sup>3</sup> Sin embargo, la historia reciente de las nominaciones de la Suprema Corte muestra cómo los presidentes no tienen control sobre los jueces una vez que son nombrados, como consecuencia de que los cargos de los magistrados son vitalicios y sus sueldos no pueden ser reducidos durante su estancia en el cargo. Se tienen casos, como los de John Paul Stevens o David Souter, nominados por presidentes republicanos (Gerald Ford y George Bush, respectivamente), que supuestamente tenían credenciales conservadoras, pero una vez instalados en sus puestos, esos jueces resultaron ser liberales. Otro ejemplo es el caso paradigmático que se analiza en la siguiente sección de este artículo, *Roe v. Wade*, donde tres de los cuatro jueces nominados por el conservador Richard Nixon, votaron a favor de declarar al aborto como un derecho constitucional.

<sup>4</sup> Su nombre proviene por haber sido presidida por el juez Earl Warren.

De ahí inició la conocida como Corte Burger, que siguió siendo progresista, pero era más moderada (Strauss, 2018).

En ese contexto político, en 1969, una mujer de 21 años y soltera de Dallas, Texas, llamada Norma McCorvey, tenía un embarazo que deseaba interrumpir. Pero en esa época en Texas los abortos eran ilegales, excepto en casos donde estuviera en peligro la vida de la madre. McCorvey intentó acudir a una clínica ilegal, pero la policía cerró dicho establecimiento. En su desesperación, McCorvey descubrió una firma legal donde dos abogadas buscaban mujeres que deseaban abortar para, por medio de demandas, forzar una revisión judicial que anulara la legislación texana antiaborto (Higgins, 2013).

Las abogadas Sarah Weddington y Linda Coffee, que no eran de mucha mayor edad que Norma McCorvey, decidieron tomar su caso. El 3 de marzo de 1970, Coffee presentó oficialmente la demanda en el juzgado del distrito federal de Dallas, utilizando para su cliente el pseudónimo de Jane Roe, con el objetivo de proteger su identidad. La demanda denunciaba la inconstitucionalidad de la ley antiaborto. En representación del estado de Texas, se presentó el fiscal del distrito de Dallas, Henry Wade. Por eso el caso se llamó *Roe v. Wade*. Para ese momento, McCorvey ya tenía 6 meses de embarazo (Higgins, 2013, pp. 66-72).

El 17 de junio de 1970, los tres jueces del tribunal federal del norte de Texas declararon que la ley de aborto de ese estado era inconstitucional, porque quebrantaba el derecho a la privacidad. Sin embargo, la Corte no hizo algo para detener la aplicación de la ley antiaborto, por lo que la defensa apeló el fallo ante la Suprema Corte de Estados Unidos (Higgins, 2013, p. 75). Para ese momento, Norma McCorvey ya había dado a luz a una bebé que dio en adopción.

Fue hasta el 13 de diciembre de 1971 que la Suprema Corte escuchó los argumentos de las partes. Dos magistrados, Hugo Black y John Marshall Harlan II, acababan de renunciar a sus cargos. Ambos jueces eran conocidos por defender tesis originalistas y textualistas de la Constitución. Fueron sustituidos por Lewis Powell y William Rehnquist. El primero era considerado un juez liberal-moderado y el segundo un conservador.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> El juez Rehnquist era famoso por haber sido el consejero legal de Barry Goldwater, un conservador radical. En esos años, la década de 1960, Rehnquist llegó a defender la segregación racial en las empresas privadas, sobre la base jurídica de la “libertad de asociación” (Jenkins, 2012).

El 22 de enero de 1973, con una mayoría de 7 contra 2, la Suprema Corte falló a favor de Roe, argumentando que el aborto se enmarcaba en la cláusula del debido proceso de la 14a. Enmienda, en específico, sobre el derecho a la privacidad (Higgins, 2013, pp. 96-101). Los dos jueces que votaron en contra fueron Byron White y William Rehnquist. Ambos ofrecieron argumentos claramente pertenecientes a la restricción judicial. En la opinión disidente, ellos suscribieron que, con el fallo al caso *Roe v. Wade*, la Suprema Corte no estaba protegiendo un derecho constitucional, sino que estaba “creando un derecho nuevo”, para lo cual ese tribunal no está facultado por la Constitución.

Rehnquist sostuvo que los otros jueces se estaban extralimitando en sus funciones al ampliar los derechos contenidos en la 14a. Enmienda, debido a que los autores originales de ella jamás tuvieron la intención de proteger el derecho al aborto: “Para llegar a su resultado, la Corte necesariamente ha tenido que encontrar dentro del alcance de la 14a. Enmienda un derecho completamente desconocido para los redactores de la Enmienda” (Rehnquist, 2020, p. 1).

En efecto, la letra de la 14a. Enmienda no dice absolutamente nada sobre el aborto, ni siquiera sobre el “derecho a la privacidad”, sino que versa sobre garantías procesales ante detenciones o confiscaciones arbitrarias, y estipula que todos los ciudadanos deben de ser tratados de igual forma ante la ley. Esa Enmienda dice a la letra que “[...] ningún estado puede privar a persona alguna de su vida, libertad o propiedad, sin el debido proceso legal para ello; tampoco puede negar a cualquier persona dentro de su jurisdicción la protección igual ante la ley” (Library of Congress, s.f., párr. 1). ¿Cómo fue que el derecho al debido proceso ante detenciones arbitrarias (y de ahí el derecho a la privacidad) se convirtió en el derecho a practicarse un aborto?

El derecho a la privacidad, que fue el sustento de *Roe v. Wade*, no está explicitado en ninguna parte de la Constitución de Estados Unidos. Fue hasta 1965, en *Griswold v. Connecticut*, que la Suprema Corte estableció la doctrina que garantiza el derecho a la privacidad contra las intrusiones gubernamentales (McCarthy, 2018). En ese caso, la Corte dijo que las parejas casadas tenían derecho a usar anticonceptivos con una prescripción médica, algo que prohibía la ley de Connecticut de esa época.

La Suprema Corte sostuvo que la ley estatal de Connecticut era una intromisión del gobierno en un asunto de la más alta privacidad de los esposos. Se consideró un derecho de los individuos y, como tal, que los estados no deberían de poder interferir en él. Aunque el concepto de “privacidad”

no aparece en el texto constitucional, el argumento de la Suprema Corte fue que el derecho a la privacidad “emanaba de las penumbras” (*penumbras formed by emanations*) de varias garantías constitucionales (McCarthy, 2018, pp. 359-360). Se sostuvo la teoría de que varias Enmiendas hablan, no textualmente, pero sí implícitamente o “entrelíneas”, de “zonas de privacidad” (McCarthy, 2018, pp. 359-367). Una vez que la Corte dijo que lo que sucede en el dormitorio de un matrimonio es un derecho a la privacidad, que es un lugar íntimo y sagrado fuera de la interferencia del Estado, en *Eisenstadt v. Baird* de 1972, se estableció que lo que aplicaba para parejas casadas, aplicaba también para las no casadas, ya que la 14a. Enmienda establece una igual protección de la ley para todos (LaTasha, 2020, p. 108).

En resumen, se pasó del derecho al debido proceso al derecho a abortar de la siguiente forma: primero se consideró que “de forma implícita” existen múltiples Enmiendas de la Constitución que establecen que el gobierno no debe de intervenir en asuntos privados. Con eso la Corte “creó” el derecho a la privacidad. Después se estableció que la intimidad entre las parejas es un asunto privado, y como tal, está constitucionalmente protegido. Por último, la Suprema Corte declaró que el aborto era un asunto privado, y como tal, la 14a. Enmienda le prohibía al gobierno o a las legislaturas entrometerse en ese asunto (en la siguiente sección se explican los matices que la propia Corte hizo en esta materia).

Como acaba de mostrarse, el derecho al aborto, como parte del derecho a la privacidad, se gestó por varias decisiones de la Suprema Corte previas a *Roe v. Wade*. Aun así, ese caso significó en su momento algo novedoso, porque hasta entonces no había precedentes de la Suprema Corte sobre el aborto. Por tal motivo, *Roe v. Wade* fue la fundación de la jurisprudencia moderna sobre el tema del aborto en Estados Unidos por el próximo medio siglo.

A raíz de esa decisión de la Suprema Corte, se gestó un virulento y agresivo movimiento antiaborto en Estados Unidos que no existía hasta ese momento. De hecho, en la opinión de una de las voces más influyentes en el liberalismo y feminismo estadounidense, Ruth Ginsburg,<sup>6</sup> *Roe v. Wade* había

---

<sup>6</sup> Ruth Ginsburg llegó a ser jueza de la Suprema Corte de 1993 al 2020. Fue fundadora de la sección de derechos de la mujer en la prestigiosa Unión Americana de Libertades Civiles (ACLU). Ruth dedicó gran parte de su carrera legal a luchar por la igualdad entre hombres y mujeres, al ganar 5 de 6 casos en la Suprema Corte sobre discriminación de género. Esas sentencias se volvieron la base legal de cientos (tal vez miles) de reformas legales que buscaron eliminar las diferencias de trato ante la ley, entre hombres y mujeres. Ginsburg consiguió que, por primera vez en la historia de Estados Unidos, en *Reed v. Reed* de 1971, se declararan



expandido el derecho al aborto “demasiado lejos y demasiado rápido”. Ella por supuesto que estaba a favor del derecho de las mujeres a interrumpir su embarazo y decidir sobre su propio cuerpo. Pero consideró que la decisión de la Corte en *Roe v. Wade* acabó con la tendencia que tenían las legislaturas estatales de esa época de gradualmente ir relajando o eliminando las restricciones sobre el aborto.

En la opinión de la jueza Ginsburg, si se hubiera reconocido el derecho al aborto de forma más gradual, y como resultado del proceso democrático encarnado en los congresos locales (algo que sí estaba sucediendo), ese derecho estaría sobre bases legales más duraderas en el tiempo. Pero, sobre todo, a Ginsburg le preocupó que, al haberse implementado ese derecho de forma abrupta, sin los consensos políticos necesarios, se generó por todo el país un fuerte movimiento político antiaborto bastante combativo (Frommer, 2022; Gupta, 2020).

Tal vez el mejor ejemplo de la polarización y reacción que se generó como consecuencia del caso *Roe v. Wade*, es lo que sucedió con la propia demandante, Jane Roe. En 1984 ella decidió aparecer en los medios a nivel nacional, revelando su verdadera identidad como Norma McCorvey. Dijo que era activista “pro-elección” y voluntaria en una clínica donde se practicaban abortos. En un inicio ella declaró a la prensa que había solicitado un aborto porque había sufrido una violación, pero después, en una entrevista televisada dijo que la violación nunca tuvo lugar, lo cual sólo dio armas a los provida para desacreditarla, ya que de todos modos ese dato fue irrelevante para el caso, puesto que la discusión en la Suprema Corte no se centró en los motivos de las mujeres para tomar esa decisión, sino en si los estados tenían o no el derecho de impedirlo. En 1995 ella publicó su autobiografía donde sostenía una postura a favor de “la libertad de elegir” (McCorvey, 1995).

Sin embargo, al poco tiempo de la publicación de su libro, McCorvey se convirtió al protestantismo evangélico, declaró haber “nacido de nuevo en Cristo”, y se bautizó por inmersión en una piscina el 8 de agosto de 1995, en una ceremonia televisada a nivel nacional (DeLuca, 2015). Ella renunció a su empleo en la clínica de abortos, y se convirtió en una destacada activista de la organización antiabortista “Operación Rescate”. Con McCorvey como su nueva militante, ese colectivo evangélico abrió sus instalaciones literal-

---

inconstitucionales las leyes que trataban de forma diferenciada a los individuos basándose en su sexo (Felix, 2019).

mente en la puerta contigua a la clínica de abortos donde antes ella trabajaba. Para 1998, McCorvey se convirtió al catolicismo, y desde entonces hasta el día de su muerte en el 2017, hizo activismo buscando hacer ilegal al aborto en Estados Unidos (Anton, 2018).

### V. *PLANNED PARENTHOOD V. CASEY*: REGULACIONES AL DERECHO AL ABORTO

El derecho al aborto, como cualquier otro derecho constitucional, no es absoluto. Desde *Roe v. Wade*, la Suprema Corte estableció que el aborto era un derecho constitucional, pero que tenía que ser balanceado junto con el interés del gobierno en proteger la salud de la madre y la vida prenatal. Por ese motivo, en *Roe v. Wade* se estipuló un esquema de trimestres para efectuar el aborto. De acuerdo con eso, en el primer semestre, cuando el aborto es relativamente seguro, los estados no deberían de tener poder regulatorio alguno. En el segundo semestre, cuando el aborto se vuelve más peligroso, podría haber regulaciones dirigidas directamente a proteger la vida y salud de la madre. En el último trimestre, el aborto estaba prácticamente prohibido excepto por razones de peligro de vida de la madre (Bringer, 2010, pp. 27-30).

La Suprema Corte definió a “la salud” de una forma amplia, incluyen factores de todo tipo que impacten en el bienestar de la paciente: físicos, psicológicos, familiares o la edad de la mujer (Bringer, 2010, p. 35). De esa forma, podía prestarse para que el aborto pudiera practicarse en cualquier mes del embarazo. Ese asunto se zanjó en *Planned Parenthood v. Casey*, de 1992.

Para ese momento, Estados Unidos contaba con una Suprema Corte integrada por 8 de sus 9 jueces nominados por presidentes republicanos: William Rehnquist, John Stevens, Anthony Kennedy, Harry Blackmun, David Souter, Clarence Thomas, Antonin Scalia y Sandra O'Connor. Sólo Byron White fue nominado por un presidente demócrata. Sin embargo, este último fue un juez conservador, afín al originalismo, que incluso votó contra la decisión de *Roe v. Wade*. Anthony Kennedy y Harry Blackmun, por el contrario, eran partidarios del activismo judicial. Incluso Blackmun fue el redactor principal de la opinión mayoritaria de *Roe v. Wade*. Esto muestra lo erróneo y simplista que puede ser clasificar a un juez como liberal o conservador, solamente por el partido del presidente que lo nominó.

Por su parte, los magistrados John Stevens y David Souter, que durante años tuvieron fama de conservadores, al llegar a la Suprema Corte se volvieron defensores de causas progresistas, como el aborto o los derechos de la comunidad LGBT. Al grado de que las expresiones “*to souter*” o “*soutering*”, en la jerga política de Estados Unidos, se usan hoy en día para referirse a cambiar de postura o ideología política. De esa forma, para 1992 la Suprema Corte tenía cuatro miembros liberales y cuatro conservadores. La jueza O’Connor fungía como voto de centro que podía apoyar a cualquier bando (*swing justice*).

En ese contexto de una Suprema Corte fuertemente dividida, ésta aceptó atraer un caso originado en Pennsylvania, donde la legislatura estatal había emitido una ley que limitaba de forma notoria el derecho al aborto. La Ley de Control del Aborto (*Abortion Control Act*) establecía la obligatoriedad de que los médicos le entregaran a toda mujer que buscara practicarse un aborto, información sobre las consecuencias negativas de dicho procedimiento, lo que muchos interpretaban como “propaganda antiaborto”. Además, una vez recibida dicha información, las mujeres tenían que esperar 24 horas adicionales para poder practicarse el aborto, con el objetivo de que reflexionaran y dar oportunidad para que pudieran cambiar de opinión (Pennsylvania General Assembly, s.f.).

Esa ley también estipulaba que, si la mujer tenía menos de 18 años, tenía que contar con el consentimiento de al menos uno de sus padres. Pero lo más controvertido fue que también se solicitaba que, si la mujer estaba casada, ella tenía que notificar a su esposo de su intención de abortar. Por lo que Planned Parenthood, la mayor organización proveedora de abortos en Estados Unidos, demandó al gobernador de Pennsylvania, Bob Casey (demócrata), que había firmado esa ley.

Una Corte de Distrito en Pennsylvania determinó que todas esas restricciones al aborto eran inconstitucionales. El gobernador Casey reclamó al tribunal de apelaciones del tercer circuito, el cual ahora le dio la razón al gobierno, con la notable excepción de señalar que la sección de la ley que demandaba notificación al esposo era un exceso, por su potencial de exponer a las mujeres al abuso conyugal, sea por violencia física o inseguridad económica como resultado de la reacción de sus maridos.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Es importante señalar que uno de los jueces de ese tribunal de apelaciones era Samuel Alito, futuro magistrado de la Suprema Corte, y uno de los protagonistas del caso que en

En esa nueva ocasión fue Planned Parenthood quien apeló el fallo, para que la situación fuera resuelta por la Suprema Corte de Estados Unidos. Para el 22 de abril de 1992, ese tribunal oyó los argumentos orales de ambas partes. Al tener la Suprema Corte una mayoría de jueces nominados por republicanos, el movimiento antiaborto, que para ese entonces era algo masivo y políticamente muy activo en ese país, tenía grandes esperanzas de que con este caso se revirtiera lo decidido en *Roe v. Wade* (Devins, 2009, pp. 1320-1321). Al menos por esa ocasión, no sucedió como esperaban.

El 29 de junio de 1992, la Suprema Corte anunció, en una votación muy dividida (5 contra 4), que apoyaba la constitucionalidad de la ley de Pennsylvania salvo la cláusula del consentimiento del esposo, lo que sostenía las tesis fundamentales de *Roe v. Wade*, especialmente en lo referente al derecho a la privacidad (Devins, 2009, P. 1350).

La opinión mayoritaria contó con los votos de los dos jueces que ya se sabía eran liberales (Kennedy y Blackmun), dos jueces que hasta ese momento se creía que eran conservadores (Stevens y Souter), y el voto de la única jueza de ese entonces, Sandra O'Connor (nominada por Ronald Reagan). Ese último voto, que terminó por inclinar la balanza, era contrario a lo que la propia jueza había sostenido sobre el aborto con anterioridad.<sup>8</sup>

En *Akron v. Akron Center of Reproductive Health* (1983), la Corte reafirmó los criterios de *Roe v. Wade*. En ese caso la jueza O'Connor votó en contra. En la opinión disidente ella escribió: “creo que el interés del Estado está en proteger la vida humana potencial que existe a través del embarazo” (Greenhouse, 2021, párr. 7). Incluso cuando O'Connor se presentó a la audiencia para su confirmación como jueza de la Suprema Corte ante el Senado en 1981, ella dio una declaración contraria al derecho al aborto, en contra de los “jueces activistas” al declararse como una “conservadora judicial”, y afirmar que el rol apropiado de los tribunales es el de interpre-

---

el 2022 terminó por anular *Roe v. Wade*, el cual votó en contra de la resolución de *Planned Parenthood v. Casey*, al considerar que el requisito de notificación al esposo era razonable.

<sup>8</sup> Cuando Reagan nominó a O'Connor para unirse a la Suprema Corte, destacados líderes conservadores, como el reverendo Jerry Falwell y Howard Phillips, criticaron esa decisión duramente, al considerar que era contradictorio con la “plataforma social” (es decir, provida) del Partido Republicano. El influyente Comité de Acción Política Pro-Vida (National Pro-Life Political Committee) intentó retrasar su nominación, al sospechar (correctamente), que ella no estaría dispuesta a anular *Roe v. Wade*. Tal vez por eso, en su audiencia ante el Senado para ser nombrada jueza de la Suprema Corte, O'Connor hizo énfasis en sus posturas conservadoras. Al final, ella logró que el Senado confirmara su nominación en una votación con 99 votos a favor y ninguno en contra.

tar las leyes, no el de hacerlas. O'Connor señaló que “[...] mi propia visión sobre el aborto es que estoy en contra de él como método de control de la natalidad. El tema del aborto es, en mi punto de vista, válido para acción legislativa, sujeto a cualquier restricción o limitación constitucional” (PBS NewsHour, 2010, pp. 2-16).

Pero una década después, la jueza O'Connor votó a favor de mantener la constitucionalidad del aborto argumentando defender el principio de *stare decisis*, respeto a los precedentes. Ella fue la autora principal de la opinión plural de la Corte, donde enfatizó que los criterios establecidos por *Roe v. Wade* debían de aplicarse a *Planned Parenthood v. Casey*, porque durante el tiempo transcurrido entre ambos casos, sus efectos “no habían probado ser intolerables”, por lo que no había nueva evidencia a la presentada ante la Corte en el caso *Roe*, como para que se justificara su anulación. Ella argumentó que el sistema legal de Estados Unidos necesitaba de “predictibilidad” y “consistencia judicial”, por lo que el deber de la Corte era honrar los mandatos previos que esa misma institución emitió (Supreme Court of the United States, 1991, pp. 869-871).

En *Planned Parenthood v. Casey*, por primera vez en la historia de Estados Unidos, la Suprema Corte creó un estándar legal para juzgar cuándo las regulaciones sobre el aborto pueden ser consideradas un exceso o “carga indebida” (*undue burden*). Son aquellas restricciones “que tengan el propósito o el efecto de poner un obstáculo sustancial en el camino de una mujer para realizarse un aborto antes de que el feto alcance la viabilidad” (Supreme Court of the United States, 1991, p. 837).

La Corte estableció que los estados pueden solicitar para la práctica de un aborto consentimiento parental para menores, así como un periodo de espera y reconsideración entre la solicitud y la realización del aborto. También validó que la mujer que se va a realizar dicho procedimiento tenga acceso a información detallada al respecto. Pero el gobierno no podía pedirle a una mujer un formato firmado donde constaba que ella le había informado a su esposo sobre su deseo de practicarse el aborto (Supreme Court of the United States, 1991, p. 837).

De esa forma, se mantenía vigente *Roe v. Wade*, pero al mismo tiempo se anuló el marco de trimestres establecido en ese mismo caso, a favor de un análisis sobre la “viabilidad” (*viability*). El que un feto sea viable significa, en la opinión de la Corte, que el bebé fuera capaz sobrevivir de forma independiente fuera del útero de la madre. Sólo después del punto de viabilidad del feto los estados podrían restringir y/o prohibir el aborto.

En la opinión disidente de *Planned Parenthood v. Casey*, el juez Scalia sostuvo que el aborto no era un derecho constitucional (Supreme Court of the United States, 1991, p. 841). Los jueces Thomas, Rehnquist y White se sumaron a la opinión disidente. Tanto Scalia como Rehnquist argumentaron que la Constitución no solamente no decía absolutamente nada sobre el aborto, sino que la misma base de *Roe v. Wade*, el derecho a la privacidad no tenía fundamentos racionales. ¿Por qué pensaban que no era constitucional el derecho a la privacidad?

Mediante una interpretación típicamente textualista, en este y en muchos otros casos, el juez Scalia llegó a sostener que se oponía a *Roe v. Wade* porque se sustenta en el derecho a la privacidad, que a su vez se sostiene sobre una teoría que él calificaba errónea y sin sustento: el debido proceso fundamental (*substantive due process*) (Cassidy, 2016, pp. 741-746). El juez Scalia sostuvo que la teoría del debido proceso fundamental “se inventa” que hay unos derechos que son tan importantes, que el Estado no puede quitárselos a un ciudadano. Scalia argumentó que la 14ª Enmienda, cuando dice que “nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin el debido proceso judicial”, no significa una garantía de vida, ni de libertad ni tampoco de propiedad. La 14ª Enmienda dice que alguien puede ser privado de todo eso por parte del gobierno “pero no sin el debido proceso para ello” (Greene, 2016, p. 258). En otras palabras, esos no son derechos inalienables, sino sujetos a restricciones y regulaciones, siempre y cuando se respeten los procedimientos que la propia Constitución establece. La Constitución estipula textualmente que esos derechos pueden perderse mediante un proceso judicial adecuado para ello. Si la base de *Roe v. Wade* es el derecho a la privacidad, y éste a su vez emana de la teoría del debido proceso fundamental, en la opinión del juez Scalia, es un caso sostenido por una teoría equivocada.

Bajo una postura clásica de restricción judicial, el razonamiento de Scalia sostenía que, al margen de lo que un juez puede considerar que debe o no ser legal, como el aborto, la Constitución de Estados Unidos no dice nada sobre eso. La palabra aborto no aparece en ninguna parte de la Constitución. Scalia defendía la postura de que los derechos que deben defender los jueces son los que están en la Constitución, no los que ellos deseen que estén ahí (Scalia y Manning, 2012, p. 1614).

Si la Constitución no prohíbe ni otorga ese derecho, Scalia (2002) creía que deberían de ser los estados, especialmente las legislaturas, mediante el proceso democrático, quienes decidan al respecto. Algunos estados lo prohibirían y otros lo permitirían. Pero esa deliberación democrática quedó anu-

lada por *Roe v. Wade*, al impedirle a los estados el prohibir el aborto sin que la Constitución diga que no pueden hacerlo.

Con en el caso *Planned Parenthood v. Casey* la Suprema Corte sostuvo el derecho constitucional al aborto, se hizo más difícil anular *Roe v. Wade*. O al menos eso se creyó hasta que la Suprema Corte se integró, durante la presidencia de Donald Trump, por una mayoría de jueces simpatizantes con la filosofía de la restricción judicial. Ese es el caso que se analiza a continuación.

## VI. DOBBS V. JACKSON WOMEN'S HEALTH ORGANIZATION: EL FIN DEL ABORTO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL

En 2022, por primera vez desde la Corte Vinson (1946-1953), la Suprema Corte cuenta con una mayoría de jueces conservadores. Los cuatro magistrados claramente conservadores son Samuel Alito, Clarence Thomas, Amy Coney Barret y Neil Gorsuch (los dos últimos nominados por Trump).<sup>9</sup> Es importante señalar que Alito, Thomas y Gorsuch se consideran a sí mismos partidarios de la filosofía originalista, mientras que la jueza Amy Barret se ha declarado a sí misma como una “textualista constitucional”, y por años ha sido muy activa dentro de la Sociedad Federalista que se mencionó en la segunda sección de este artículo.<sup>10</sup>

Los jueces John Roberts y Brett Kavanaugh son considerados “conservadores moderados” o incluso de centro (*swing vote*). El bloque liberal de la Corte actual está compuesto por tres mujeres: Elena Kagan, Sonia Sotomayor (latina) y Ketanji Jackson (afroamericana).<sup>11</sup> Sin embargo, esta última

---

<sup>9</sup> La conservadora jueza Barret sustituyó a la progresista Ruth Ginsburg, porque esta última se negó a retirarse de su puesto cuando Obama era presidente y los demócratas tenían una mayoría en el Senado, con lo que podía asegurarse la llegada de alguien liberal a la Suprema Corte. En su lugar, Ginsburg estuvo en su cargo hasta su muerte, cuando Donald Trump ya era presidente y los republicanos tenían mayoría en el senado.

<sup>10</sup> La jueza Barret tenía como su mentor al juez Antonin Scalia, el máximo defensor y exponente de la restricción judicial. Ella ha declarado que la filosofía jurídica de Scalia es también la suya (Newburger, 2020).

<sup>11</sup> La jueza Jackson, nominada por Joe Biden, en su audiencia ante el Senado para su confirmación, fue duramente atacada por senadores republicanos con preguntas que buscaban que ella se posicionara sobre temas controvertidos, como fue el pedirle que “definiera el concepto de mujer”. Ante eso, Jackson evitó responder directamente y declaró que no tenía una filosofía jurídica en particular. No puede saberse todavía si eso fue una estrategia de la jueza Jackson

jueza se unió a la Corte hasta el 30 de junio de 2022, y el caso que anuló el derecho constitucional al aborto, *Dobbs v. Jackson*, se decidió una semana antes de esa fecha. No hay elementos como para creer que ella hubiera podido cambiar el resultado de la votación, porque esa jueza entró en sustitución de otro juez liberal, Stephen Breyer, quien votó en contra de anular *Roe v. Wade*.

Bajo ese contexto, el estado de Mississippi promulgó en 2018 una ley que prohibía los abortos después de las primeras quince semanas de gestación, con la excepción de emergencias médicas o severas anomalías fetales, pero no en caso de violación o incesto (Mississippi Gestational Age Act, 2018). La demanda entre Thomas Dobbs (secretario de salud de Mississippi) y la Organización para la Salud de la Mujer de Jackson, que era la única clínica de abortos en todo ese estado, sobre la constitucionalidad de la citada legislación, llegó hasta la Suprema Corte en el 2021.

Cuando el caso se discutió en la Suprema Corte, muchos expertos legales temían que ese tribunal revirtiera lo estipulado en *Planned Parenthood v. Casey*, remplazándolo por declarar que el derecho al aborto terminaba a las quince semanas (Gersen, 2021). Sin embargo, lo que ocurrió fue que la mayoría de los jueces votaron por rechazar de raíz a *Roe v. Wade*. Eso no significa que se prohibiera el aborto en Estados Unidos, sino que se deja a cada estado decidir sobre el derecho al aborto.

La opinión mayoritaria fue redactada por Samuel Alito, y se le unieron los jueces Thomas, Gorsuch, Kavanaugh y Barret. El presidente de la Corte, John Roberts, no se adhirió a la opinión de anular *Roe v. Wade*, sino que elaboró una opinión concurrente que en última instancia estaba de acuerdo con la opinión mayoritaria. De esa forma, el resultado de la votación quedó 6 contra 3.

La opinión mayoritaria de la Corte inicia sosteniendo que el aborto es un asunto profundamente moral, en el cual los estadounidenses tienen puntos de vista fuertemente contrapuestos. Se menciona también que la Constitución no refiere en parte alguna al tema del aborto, pero el juez Alito acepta que no todos los derechos reconocidos por la Corte tienen que ser mencionados en el texto constitucional. Se argumenta que la cláusula del debido proceso protege el derecho al matrimonio interracial, el derecho a usar anticonceptivos, y a casarse con personas del mismo sexo, pero no el derecho

---

para esconder su agenda liberal, y no complicar su confirmación ante el Senado, pero en esa ocasión ella dijo “considerar valioso el originalismo” (Anzarouth, 2022).



al aborto (Supreme Court of the United States, 2022). ¿Cuáles son los argumentos para afirmar que el derecho a la privacidad protege a “una serie de derechos” que no están de forma explícita en la Constitución, pero no al aborto?

Para la mayoría de la Corte, el criterio para reconocer a un derecho como protegido por la cláusula del debido proceso, desprendido del derecho a la privacidad, es si este se encuentra “profundamente enraizado” (*deeply rooted*) en la historia de la nación y su tradición jurídica (Supreme Court of the United States, 2022, p. 2). Es un argumento fuertemente originalista. Según el juez Alito, el aborto no califica bajo ese estándar, y apoya su argumento al citar *Washington v. Glucksberg*, de 1997. En ese caso la Suprema Corte estipuló que no existía el derecho constitucional para que un médico proporcionara un suicidio asistido. El juez Alito sostiene que el derecho al aborto es como el derecho al suicidio asistido, porque ambos son “derechos que no pueden ser rastreados en la historia de Estados Unidos” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 21).

El argumento del juez Alito incluso hace una revisión de la historia del aborto en Estados Unidos, y sostiene que dicho derecho era completamente desconocido para las leyes estadounidenses hasta la segunda parte del siglo XX. De hecho, continúa su razonamiento, cuando se adoptó la 14a. Enmienda (la base legal de *Roe v. Wade*), la mayoría de los estados tenían legislaciones que prohibían el aborto en cualquiera de las fases de gestación (Supreme Court of the United States, 2022, p. 23). Para los jueces que votaron la opinión mayoritaria de la Corte, el medio siglo en que fue vigente el derecho al aborto, desde *Roe v. Wade* en 1973, hasta junio de 2022, no es suficiente como para sostener que ese derecho está “profundamente enraizado” en la historia de ese país.

La opinión mayoritaria concluye que los argumentos de *Roe v. Wade* eran incorrectos y la Corte en ese entonces se había equivocado. En esta parte conviene recordar que incluso la fallecida jueza Ruth Ginsburg, en varias ocasiones dijo que, aunque ella estaba a favor del derecho al aborto, consideraba que el argumento del caso *Roe* no la convencía. Ella argumentaba que la Corte debió de fundamentar su fallo basándose en la cláusula de la igual protección ante la ley (como se hizo en otros casos asociados con derechos de la mujer), no en la cláusula del debido proceso. En la opinión de la jueza Ginsburg, eso le hubiera dado al derecho al aborto una protección más sólida (Heagney, 2013).

El juez Alito rechazó juzgar los casos de *Roe* y *Casey* bajo el criterio de que ya se había creado jurisprudencia al respecto, sosteniendo que “*stare decisis* no es una orden inexorable” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 7), no es una camisa de fuerza en los casos en que una decisión es gravemente errónea e injusta. La opinión mayoritaria argumentó incluso que, si los precedentes fueran obligatorios, la segregación racial seguiría siendo legal, pero fue una decisión de la Corte (*Brown v. Board of Education*),<sup>12</sup> la que terminó con esa injusticia, aunque tuvo que romper con décadas de precedentes al respecto (Supreme Court of the United States, 2022, p. 7).

Alito sostuvo que *stare decisis* no aplica para este caso, porque la decisión original en *Roe*, y en su modificación *Casey*, era “atrozmente errónea desde el día que fue decidida” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 52). La Suprema Corte actual sostuvo que en esos casos el razonamiento no solamente era “excepcionalmente débil”, sino que habían generado “consecuencias dañinas”. ¿Cuáles? Lejos de producir un arreglo nacional sobre el tema del aborto, *Roe* y *Casey* “incendiaron el debate y generaron una profunda división en la sociedad estadounidense” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 6). Para apoyar su fallo contrario al *stare decisis*, los jueces de la mayoría citaron a más de treinta casos donde la Corte anuló varios precedentes.

Otro argumento para anular *Roe v. Wade* fue que esa decisión era injusta porque “le había quitado la oportunidad al bando perdedor (aquellos que veían por los intereses de la vida prenatal) de persuadir a sus representantes democráticamente electos para adoptar políticas consistentes con sus puntos de vista” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 44).

Cuatro jueces criticaron la opinión mayoritaria, por anular dos precedentes torales para el sistema legal estadounidense. El juez-presidente, John Roberts, en su opinión concurrente, apoyó el sostener *Roe v. Wade* por el principio de *stare decisis*.

---

<sup>12</sup> *Brown v. Board of Education* fue una sentencia de la Suprema Corte de 1954 que declaró inconstitucional la segregación de los estudiantes en escuelas públicas. Ese caso anuló *Plessy v. Ferguson* de 1896, que sostuvo, mediante la doctrina “separados pero iguales”, que la segregación racial no violaba la Constitución. Según esa doctrina, en tanto se proveyeran servicios para cada raza, por parte de los estados y gobiernos locales (transporte, vivienda, sanidad, educación, trabajo, servicios, etcétera), no se quebrantaba la 14a. Enmienda que garantiza igualdad ante la ley.

Las tres juezas que escribieron la opinión disidente argumentaron que no puede revertirse el derecho al aborto, sin socavar otros derechos fundamentales, como consecuencia de que muchas otras sentencias de la Corte, como el matrimonio homosexual, se han resuelto sobre los precedentes de los casos *Roe* y *Casey* (Supreme Court of the United States, 2022, p. 172).

El juez Alito trató de responder a esos cuestionamientos, estipulando en la opinión mayoritaria que el matrimonio entre personas del mismo sexo, los derechos reproductivos y el matrimonio interracial, son “cuantitativamente diferentes al derecho al aborto”. ¿En qué son diferentes? En que, según Alito, ninguno de los otros derechos “destruye la vida potencial, mientras el aborto sí tiene ese efecto” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 46). Para que esta decisión de la Corte no pudiera ser usada en casos futuros para anular los derechos mencionados en la opinión disidente, el juez Alito dejó establecido en la opinión mayoritaria que “nada en esta opinión debe de ser entendido para poner en duda precedentes no relacionados con el aborto” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 7).

En la opinión concurrente del juez-presidente John Roberts, se señaló el hecho de que el estado de Mississippi originalmente no solicitó eliminar el derecho al aborto, sino simplemente clarificar cuándo puede prohibirse. Al mismo tiempo se aceptaba que los criterios de trimestres y viabilidad “nunca tuvieron sentido”, porque no hubo asidero legal para fijarlos. El magistrado Roberts dijo que él preferiría eliminar el criterio de viabilidad, pero mantener el derecho al aborto (Supreme Court of the United States, 2022, p. 147).

En las otras opiniones concurrentes, de los jueces Kavanaugh y Thomas, el primero dijo que “la Constitución es neutral en el tema del aborto”, no es ni provida ni proelección. Así que la Suprema Corte también debería de ser “escrupulosamente neutral” en ese tema (Supreme Court of the United States, 2022, p. 126). Se criticó que en *Roe v. Wade* lo que hizo la Corte fue precisamente no ser neutral, sino decantarse por alguno de los bandos en disputa. El juez Kavanaugh señaló enfáticamente que: “[...] los nueve miembros no electos de esta Corte no poseen autoridad constitucional para anular el proceso democrático, y decretar políticas provida o proelección para todos los 330 millones de personas en los Estados Unidos” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 126).

Es por ello por lo que el juez Kavanaugh hizo hincapié en que la decisión de la Suprema Corte no hacía ilegal el aborto, no imponía algo a las mujeres, sino que “le regresaba al pueblo” y a los representantes democráticamente electos de los estados, el derecho a tomar decisiones al respecto.

El resto de la opinión concurrente del juez Kavanaugh busca aclarar controversias futuras como resultado de la anulación de *Roe v. Wade*. Reitera que los casos sobre otros derechos, como los de la comunidad LGBT, no deberían de verse afectados por esta decisión. En los casos donde los estados puedan prohibir a sus residentes el viajar para abortar, o si los estados pueden castigar de forma retroactiva a alguien por haber tenido un aborto, Kavanaugh cree que no son cuestiones difíciles de resolver, ya que la respuesta obvia es un “rotundo no” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 133). Pero hay que recordar que esa es la opinión concurrente, no la mayoritaria.

La otra opinión concurrente, la del juez Clarence Thomas, fue bastante diferente a la de Kavanaugh. Thomas sí quiso dejar abierta la puerta para que pudieran posteriormente modificarse otros derechos que se han desprendido de la teoría del debido proceso fundamental. De hecho, Thomas dijo que esa teoría es un “oxímoron carente de toda base constitucional” (Supreme Court of the United States, 2022, p.118). Eso se deja ver en su afirmación sobre que “en casos futuros, debemos reconsiderar todos los precedentes de la Corte sobre el debido proceso fundamental, incluidos Griswold, Lawrance, y Obergefell” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 119). Esa es una declaración muy importante, porque los casos que citó el juez Thomas para que puedan impugnarse en el futuro, son relativos al uso de anticonceptivos y los derechos LGBT.

Resalta el hecho de que entre los casos citados por el juez Thomas, no se hiciera mención alguna al caso *Loving v. Virginia*, a pesar de que también se basó en la teoría del debido proceso fundamental que él tanto ha desacreditado. Ese caso legalizó a los matrimonios interraciales, y protege el matrimonio del propio Clarence Thomas, que es afroamericano y su esposa es caucásica. En un principio, parece difícil sostener que la Corte mantuviera intacto a *Loving v. Virginia*, si al mismo tiempo van a ir contra lo estipulado en otros casos sobre derechos que emanan de la misma teoría jurídica. Salvo que en el caso de *Loving* la resolución de la Corte se fundamentó, no en el derecho a la privacidad, sino en la protección igual ante la ley (lo que se ha reiterado en este artículo que la jueza feminista Ruth Ginsburg quiso que se hiciera para el caso *Roe v. Wade*, precisamente para blindar el derecho al aborto con más solidez).

En lo que respecta a las opiniones disidentes, es decir, las de los jueces que perdieron la votación, las magistradas Sotomayor y Kagan, más Stephen Breyer, criticaron fuertemente los argumentos de sus pares, sobre todo en lo que respecta a regresar el asunto a las legislaturas de los estados y “dejar

al proceso democrático” la decisión sobre el derecho al aborto. La opinión disidente sostiene que “los derechos constitucionales deben de estar fuera de los límites de las decisiones de las mayorías”, precisamente porque las garantías individuales son protecciones contra la oposición pública (Supreme Court of the United States, 2022, p. 154). En otras palabras, la opinión disidente advierte de los graves peligros que se desprenden sobre dejar que las mayorías decidan qué derechos pueden o no tener las minorías.

Los jueces disidentes rechazan categóricamente que en los casos *Roe* y *Casey* la Corte haya “creado” un derecho, sino que se reconoció “la igualdad y libertad de las mujeres involucradas en ese tema (algo que no hace la actual mayoría [de jueces de la Corte])” (Supreme Court of the United States, 2022, pp. 158-159).

Sobre el argumento del juez Alito respecto a que el aborto no es un derecho enraizado en la historia de Estados Unidos, la opinión disidente responde que

La mayoría hace este cambio basándose en una sola pregunta: ¿Existía el derecho reproductivo reconocido en *Roe* y *Casey* en 1868, el año en que fue ratificada la 14ª Enmienda? [...] La mayoría dice (y en esto estamos de acuerdo) que la respuesta a esa pregunta es no: En 1868 no existía en toda la nación el derecho a terminar un embarazo, y ningún pensamiento sobre la 14ª Enmienda lo proporciona. (Supreme Court of the United States, 2022, pp. 159 y 160)

La opinión disidente arguye que no tiene sentido alguno preguntarse qué tenían en mente las personas que ratificaron la 14ª Enmienda a mediados del siglo XIX porque “[...] el pueblo no la ratificó, los hombres lo hicieron. Por lo que quizá no sorprenda que ellos no estaban en perfecta sintonía con la importancia de los derechos reproductivos para la libertad de las mujeres” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 161).

La opinión disidente concluye acusando a sus pares de borrar los derechos de las mujeres:

La mayoría [de los miembros de la Corte] permitiría que los estados prohíban el aborto, porque no piensan en absoluto lo que implica para los derechos de la mujer, el forzarla a dar a luz. La Corte de hoy no piensa que sea de importancia constitucional el control de una mujer sobre su propio cuerpo y el camino de su vida [...] En el régimen constitucional en el que hemos vivido en los últimos 50 años se reconocieron intereses que competían entre sí, y se buscó un equili-

brio entre ellos. En el régimen constitucional al que entramos hoy, se eliminan los intereses de las mujeres y sólo se reconocen los de los estados (o los del gobierno federal). (Supreme Court of the United States, 2022, p. 159)

Como puede observarse, los argumentos de los jueces que defienden el derecho al aborto, en una típica postura de activismo judicial. Apelan a la “justicia” y a los efectos negativos que tendrá en las mujeres la opinión mayoritaria de la Corte. Argumentan que se debe de reconocer al aborto como derecho “porque es lo correcto”, pero no replican por qué sí es constitucional. No presentaron elementos que sostuvieran la teoría del debido proceso fundamental contra los ataques de los jueces que apoyan las tesis de restricción judicial; tampoco presentaron alegatos a favor de que la 14a. Enmienda otorga el derecho a las mujeres a practicarse abortos (incluso reconocieron que esa Enmienda no lo hace).

En su lugar, la opinión disidente selló su argumentación acusando que los magistrados que votaron a favor de anular *Roe* y *Casey*, no lo hicieron por cuestiones legales o inconsistencias constitucionales, sino por tener “aversiones personales contra el aborto”; se señaló que, al margen de teorías y filosofías jurídicas, el bloque conservador desechó el derecho al aborto simplemente porque tenían una mayoría de votos para eliminar algo que siempre les desagradó. Cerraron denunciando que los jueces de mayoría “han sustituido el imperio de la ley por el imperio de los jueces” (Supreme Court of the United States, 2022, p. 180).

## VII. CONCLUSIONES

Los jueces de la Suprema Corte, como el resto de las personas, no son ni pueden ser objetivos al emitir sus opiniones sobre temas políticos, sino que tienen valores, principios y prejuicios que motivan sus posiciones sobre lo que la Constitución dice o significa. Existen en Estados Unidos dos principales filosofías sobre cómo entender e interpretar la ley. Entre los conservadores, las posturas de la restricción judicial se han vuelto populares, tal es el caso del originalismo, que sostiene que la Constitución debe de ser interpretada sobre la base de cómo ésta fue entendida al momento en que se confeccionó. Cercana a la posición del originalismo se encuentra el textualismo, que pugna por un estricto apego literal a lo que dice la letra de la legislación.

Por el lado contrario, el activismo judicial es la filosofía que suelen preferir los jueces liberales y progresistas, los cuales creen en la idea de que Estados Unidos cuenta con una “Constitución viviente”. Esto significa que creen que las leyes y los artículos constitucionales no son estáticos, sino que van cambiando y adaptándose según la sociedad va evolucionando (Strauss, 2010).

Ambos bandos se acusan mutuamente de “capturar la ley” y hacer que una minoría no electa de funcionarios tome decisiones que afectan a millones de personas. Al margen de ello, creer que solamente debe de ser válido lo que está literalmente escrito en la Constitución, va contra los cimientos del mismo sistema político y judicial de Estados Unidos, puesto que el propio funcionamiento de la Suprema Corte en lo referente a la revisión judicial, como se explicó en la primera sección de este trabajo, no aparece en parte alguna del texto constitucional.

En los casos *Roe v. Wade* y *Planned Parenthood v. Casey*, la Corte dijo que existe el derecho a la privacidad, inherente a la estructura constitucional de Estados Unidos, aunque no está explícita en el texto, según la teoría del debido proceso fundamental. Pero en *Dobbs v. Jackson* del 2022, una Suprema Corte con mayoría de jueces simpatizantes de la restricción judicial, anularon los dos casos anteriormente citados. No significa que el aborto esté prohibido en Estados Unidos, sino que ahora depende de lo que la legislación de cada estado decida al respecto.

Al momento de terminar la presente investigación, existen en Estados Unidos 21 estados donde el aborto es legal, ya sea por una ley emitida por la legislatura local, por referéndum popular, por decisión de la Suprema Corte estatal, o incluso porque así se establece en la Constitución del estado en cuestión.<sup>13</sup> En algunos casos, ese derecho reconocido a nivel estatal es más antiguo que el caso *Roe v. Wade*, como en California o Hawái.<sup>14</sup>

Pero hay otros 12 estados que ahora cuentan con legislaciones que prohíben el aborto.<sup>15</sup> Estados como Luisiana o Idaho, incluso tienen leyes que lo

---

<sup>13</sup> Son los estados de California, Oregon, Washington, Alaska, Hawái, Nevada, Montana, Colorado, Kansas, Minnesota, Illinois, Florida, Maryland, Delaware, Nueva Jersey, Nueva York, Connecticut, Vermont, Massachusetts, Maine y Wisconsin (Center for Reproductive Rights, s.f.).

<sup>14</sup> En los casos de Vermont y California, aunque ya existían leyes que reconocían el derecho al aborto, el 8 de noviembre de 2022 se aprobó, por referéndum popular, agregar en la Constitución de dichos estados de forma explícita el derecho al aborto y la contracepción.

<sup>15</sup> Son los estados de Texas, Oklahoma, Louisiana, Idaho, Dakota del Sur, Arkansas,

criminalizan. Otros 14 estados no han prohibido el aborto, pero desde la anulación del caso *Roe* han emitido legislaciones con severas restricciones para que las mujeres puedan acceder a él.<sup>16</sup> En el resto de los estados (Nuevo México, Virginia y Nuevo Hampshire) el aborto se mantiene accesible tal y como era antes del caso *Dobbs*, pero tampoco se cuenta con una protección legislativa al respecto.

*Roe v. Wade* no solamente estableció que el aborto era constitucional, sino que creó una gran reacción conservadora que se materializó en un movimiento político que tenía como parte central de su agenda el revertir ese fallo. La judicialización del derecho al aborto ha sido una consecuencia de la polarización política que existe en Estados Unidos. Ante la incapacidad de liberales y conservadores para construir los consensos necesarios para poder realizar cambios a la letra constitucional o emitir leyes federales al respecto, la estrategia adoptada por ambos bandos ha sido la de luchar por contar con jueces afines a sus respectivas agendas.

Al anularse *Roe v. Wade*, existe la gran interrogante de si, además del aborto, otros derechos que han sido reconocido por la Corte sobre la base de la teoría del debido proceso fundamental y el derecho a la privacidad puedan ser revertidos. La respuesta parece ser que, con la conformación actual de la Corte Roberts, es muy posible que esos derechos que se dieron por sentados en los últimos 50 años sean impugnados o limitados, especialmente en lo referente a los derechos de la comunidad LGBT. Esto debido a que el matrimonio entre personas del mismo sexo no se legalizó por un acto del Congreso, sino por revisión judicial de la Suprema Corte (caso *Obergefell v. Hodges*, de 2015), bajo la interpretación de la 14a. Enmienda según la misma doctrina jurídica que sostuvo a *Roe v. Wade*.<sup>17</sup>

Un ejemplo de lo anterior son las declaraciones del abogado general de Texas, Ken Paxton, sobre su intención de aplicar leyes estatales “contra

---

Mississippi, Alabama, Tennessee, Missouri, Kentucky y Virginia del Oeste. En el caso de Kentucky, el aborto cuenta con una prohibición por parte del gobierno estatal. Sin embargo, el 8 de noviembre del 2022, en referéndum popular se rechazó la propuesta de explicitar en la Constitución estatal la prohibición al aborto (Center for Reproductive Rights, s.f.).

<sup>16</sup> Son los estados de Arizona, Utah, Wyoming, Dakota del Norte, Nebraska, Iowa, Wisconsin, Michigan, Indiana, Ohio, Pennsylvania, Carolina del Norte, Carolina del Sur y Georgia (Center for Reproductive Rights, s.f.).

<sup>17</sup> En aquella ocasión, de 2015, la votación de la Suprema Corte para declarar inconstitucionales las leyes de los estados que prohibían los matrimonios entre personas del mismo sexo, fue 5 contra 4.



la sodomía”, las cuales son inconstitucionales bajo la actual jurisprudencia de la Suprema Corte (Bella, 2022).

En el caso *Dobbs*, el juez Kavanaugh dijo que la resolución de ese asunto no tendría efectos sobre otros derechos. Incluso la opinión mayoritaria dijo que el caso del aborto era diferente a otros asuntos asociados con los derechos implícitos en la cláusula del debido proceso, porque implica “dañar vida potencial”. Pero al fundamentar el argumento de ese fallo en “la historia de Estados Unidos”, es difícil saber con certeza cómo esos derechos pueden sobrevivir si se utilizan los mismos criterios de análisis que la Corte usó en *Dobbs v. Jackson*.

Esa falta de certeza jurídica es lo más peligroso. El sistema judicial de Estados Unidos tiene como piedra angular el principio de *stare decisis*, que representa la idea de que los casos deben decidirse de acuerdo con las decisiones de casos similares en el pasado. En palabras de Roger Pilon, un influyente intelectual originalista de Estados Unidos, vicepresidente del Asuntos Legales del poderoso instituto Cato, *stare decisis* significa que los precedentes regirán el futuro (Pilon, 2020). Ese principio ha sido importante para el Estado de derecho de ese país, porque da estabilidad y previsibilidad a la ley. Pero los jueces actuales de la Suprema Corte que supuestamente son partidarios de la restricción judicial están atentando contra ese principio que tanto clamaban defender, al soslayar la jurisprudencia del último medio siglo sobre el aborto.

## VIII. REFERENCIAS

- Anton, J. (2018). The Life and Legacy of Norma McCorvey. *History in the Making*.
- Anzarouth, M. (2022). The Misguided Criticism of Judge Ketanji Brown Jackson’s Judicial Philosophy. *Harvard Political Review*. <https://harvardpolitics.com/the-misguided-criticism-of-judge-ketanji-brown-jacksons-judicial-philosophy/>
- Balkin, J. (2019). Why Liberals and Conservatives Flipped on Judicial Restraint: Judicial Review in the Cycles of Constitutional Times. *Texas Law Review*, 98, 215-265.
- Bella, T. (2022). Texas AG says he’d defend sodomy law if Supreme Court revisits ruling. *Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/politics/2022/06/29/texas-sodomy-supreme-court-lawrence-paxton-lgbtq/>

- Blackmore, H. (2008). Principios constitucionales. En R. Fernández y H. Blackmore (Coords.), *¿Qué es Estados Unidos?* (pp. 126-164). Fondo de Cultura Económica.
- Bringer, L. (2010). *The 'Trimester' Language of Roe v. Wade: State Legislators' Conceptualization of Their Relationship with the Supreme Court*. University of California.
- Buchanan, N. y Dorf, M. (2020). A Tale of Two Formalisms: How Law and Economics Mirrors Originalism and Textualism. *Cornell Law Review*, 106, 591-676.
- Cassidy, R. (2016). Scalia on Abortion: Originalism... But, Why? *Touro Law Review*, 32(4), 741-746.
- Center for Reproductive Rights. (s.f.). After Roe Fell: Abortion Laws by State. *Center for Reproductive Rights*. <https://reproductiverights.org/maps/abortion-laws-by-state/>
- DeLuca, L. (2015). Jane Roe Baptized by Former Adversary. *The Dallas Morning News*. <https://www.dallasnews.com/photos/2015/08/10/career-in-a-year-photos-1995-jane-roe-roe-v-wade-baptized-by-former-adversary/>
- Devins, N. (2009). How Planned Parenthood v. Casey (Pretty Much) Settled the Abortion Wars. *Yale Law Journal*, 1320-1321.
- Felix, A. (2019). *A Short Biography of Ruth Bader Ginsburg*. Benna Books.
- Frommer, F. (2022). Justice Ginsburg Thought Roe Was The Wrong Case to Settle Abortion Issue. *Washington Post*. <https://www.washingtonpost.com/history/2022/05/06/ruth-bader-ginsburg-roe-wade/>
- Gersen, J. (2021). The Mississippi Abortion Case and the Fragile Legitimacy of the Supreme Court. *The New Yorker*. <https://www.newyorker.com/magazine/2021/12/13/the-mississippi-abortion-case-and-the-fragile-legitimacy-of-the-supreme-court>
- Gómez, H. (2019). *El ABC del sistema político de los Estados Unidos de América*. Universidad Autónoma del Estado de Morelos.
- Gómez, H. (2023). El discurso de odio y los límites de la libertad de expresión en Estados Unidos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, 63(249), 281-306.
- Greene, J. (2016). The Meming of Substantive Due Process. *University of Minnesota Law Review*, 31, 253-294.
- Greenhouse, L. (2021). Sandra Dar O'Connor and the Reconsideration of Roe v. Wade. *American Experience*. <https://www.pbs.org/wgbh/ame->

[icanexperience/features/sandra-day-oconnor-and-reconsideration-roe-v-wade/](https://www.icanexperience/features/sandra-day-oconnor-and-reconsideration-roe-v-wade/)

- Gupta, A. (2020). Why Ruth Bader Ginsburg Wasn't All That Fond of Roe v. Wade. *New York Times*. <https://www.nytimes.com/2020/09/21/us/ruth-bader-ginsburg-roe-v-wade.html>
- Heagney, M. (2013). Justice Ruth Bader Ginsburg Offers Critique of Roe v. Wade During Law School Visit. *The Law School of University of Chicago*. <https://www.law.uchicago.edu/news/justice-ruth-bader-ginsburg-offers-critique-roe-v-wade-during-law-school-visit>
- Higgins, M. (2013). *Roe v. Wade: Abortion and a Woman's Right to Privacy*. ABDO Publishing.
- Hollis-Brusky, A. (2015). *Ideas with Consequences: The Federalist Society and the Conservative Counterrevolution*. Oxford University Press.
- Jenkins, J. (2012). *The Partisan: The Life of William Rehnquist*. Public Affairs.
- King, J. (2008). Institutional Approaches to Judicial Restraint. *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(3), 409-441.
- Landau, D. y Dixon, R. (2020). Abusive Judicial Review: Courts Against Democracy. *University of California Davis Law Review*, 53, 1313-1387.
- LaTasha, R. (2020). It's me Choice, Right? Abortion Law Reform in the United States. *FAU Undergraduated Law Journal*, 106-113.
- Library of Congress. (s.f.). Fourteenth Amendment Citizenship, Equal Protection, and Other Rights of Citizens. *Library of Congress*. <https://constitution.congress.gov/browse/amendment-14/>
- McCarthy, E. (2018). In Defense of Griswold v. Connecticut: Privacy, Originalism, and the Iceberg Theory of Omission. *Willamette Law Review*, 54, 335-369.
- McCorvey, N. (1995). *I Am Roe: My Life, Roe v. Wade, y Freedom of Choice*. Harper Collins.
- McWhinney, E. (2019). *Judicial Review in the English-speaking*. University of Toronto Press.
- Mississippi Gestational Age Act. (2018). EE.EE: Justia US Law. <https://law.justia.com/codes/mississippi/2018/title-41/chapter-41/gestational-age-act/section-41-41-191/>
- Molony, T. (2020). Taking Another Look at the Call on the Field: Roe, Chief Justice Roberts, and Stare Decisis. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, 43(3), 733-814.

- Newburger, E. (2020). Amy Coney Barrett pays homage to conservative mentor Antonin Scalia. CNBC. <https://www.cnn.com/2020/09/26/amy-coney-barrett-pays-homage-to-mentor-antonin-scalia.html>
- Pacelle, R. (2002). *The Role of the Supreme Court in American Politics: The Least Dangerous Branch?* Routledge.
- Pandey, S. (2020). Understanding Judicial Activism and Its Impact. *GLS Law Journal*, 4(2), 15-20.
- PBS NewsHour. (28 de junio de 2010). *Supreme Court Moments in History: Sandra Day O'Connor on Abortion*. [Video]. Youtube. <https://www.youtube.com/watch?v=fo8dzlGocP0>
- Pennsylvania General Assembly. (s.f.). Chapter 32. Abortion. <https://www.legis.state.pa.us/cfdocs/legis/LI/consCheck.cfm?txtType=HTM&ttl=18&div=0&chpt=32>
- Peters, G. (1999). *Institutional Theory in Political Science: The New Institutionalism*. Pinter Publisher.
- Pilon, R. (2020). Why I Am an Originalist—Properly Understood. *Liberty.org*. de <https://lawliberty.org/why-i-am-an-originalist-properly-understood/>
- Rehnquist, W. (2020). Dissenting Opinion on Roe v. Wade. *LandmarkCases.org*. [https://www.landmarkcases.org/assets/site\\_18/files/roe\\_v\\_wade/teacher/answers/decision\\_dissent\\_excerpts\\_roe\\_answer.pdf](https://www.landmarkcases.org/assets/site_18/files/roe_v_wade/teacher/answers/decision_dissent_excerpts_roe_answer.pdf)
- Rowlinson, M. y Hassard, J. (2013). Historical Neo-institutionalism or Neo-Institutionalist History? Historical Research in Management and Organization Studies. *Management & Organizational History*, 8(2), 111-126.
- Scalia, A. y Manning, J. (2012). A Dialogue on Statutory and Constitutional Interpretation. *George Washington Law Review*, 80(6), 1610-1619.
- Scalia, A. (2002). God's Justice and Ours. *First Things*, 17-21.
- Senado de la República. (2018). La Constitución Política de México es una de las más reformadas en el mundo, señala el IBD. *Senado de la República LXIV Legislatura*. <http://comunicacion.senado.gob.mx/index.php/informacion/boletines/42439-la-constitucion-politica-de-mexico-es-una-de-las-mas-reformadas-en-el-mundo-senala-elibd.html>
- Strauss, D. (2010). *The Living Constitution*. Oxford University Press.
- Strauss, D. (2018). Why The Burger Court Mattered. *Michigan Law Review*, 116(6), 1067-1080.
- Supreme Court of the United States. (1991). Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania ET AL. v. Casey, Governor of Pennsylvania, ET AL. *US Supreme Court* <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/505/833/case.pdf>

- Supreme Court of the United States. (2022). Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, ET AL. v. Jackson Women's Health Organization ET AL. *US Supreme Court*. [https://www.supreme-court.gov/opinions/21pdf/19-1392\\_6j37.pdf](https://www.supreme-court.gov/opinions/21pdf/19-1392_6j37.pdf)
- Trachtman, M. (2016). *The Supremes Greatest hits: the 45 Supreme Court Cases that Most Directly Affect Your Life*. Sterling.
- Van Meter, L. (2006). *Miranda v. Arizona: The Rights of the Accused*. Chelsea House.
- Vitiello, M. (2020). Introducing the Warren Court's Criminal Procedure Revolution: A 50-Year Retrospective. *University of the Pacific Law Review*, 51(4), 621-632.
- Watson, B. (2020). *Living Constitution, Dying Faith: Progressivism and the New Science of Jurisprudence*. Open Road Media.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Gómez Peralta, Héctor, “El debate constitucional sobre el derecho al aborto en Estados Unidos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17548. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.17548>

### ***APA***

Gómez Peralta, H. (2024). El debate constitucional sobre el derecho al aborto en Estados Unidos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17548. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.17548>

## La reducción del financiamiento público de los partidos políticos en México: de demanda ciudadana a iniciativa populista<sup>1</sup>

### *The reduction of public funding for political parties in México: from a citizen demand to a populist initiative*

Jorge Gerardo Flores Díaz

 <https://orcid.org/0000-0002-7391-3906>

Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México  
Correo electrónico: jorgegfloresd@outlook.com

Recepción: 18 de abril de 2023

Aceptación: 6 de noviembre de 2023

Publicación: 16 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/iiij.24484881e.2024.51.17918>

**RESUMEN:** En esta investigación se estudia la propuesta de modificar el artículo 41 constitucional con el objetivo de reducir el financiamiento público de los partidos políticos en México. Se sostiene que inicialmente fue una demanda ciudadana: en 2012 fue impulsada por las organizaciones sociales que presentaron esta propuesta a los candidatos y partidos contendientes en las elecciones federales, y en 2017 fue una demanda ciudadana que surgió ante la emergencia derivada de los sismos de ese año. Sin embargo, desde que el partido MORENA accede al poder (2018) esta iniciativa forma parte de una estrategia populista encabezada por el presidente de la República que busca debilitar a las instituciones del Estado autónomas y a todo tipo de oposición política.

**Palabras clave:** financiamiento de partidos políticos, reintegración de los recursos públicos de los partidos políticos, iniciativas presentadas por MORENA, populismo en México, reforma del financiamiento público de los partidos políticos.

---

<sup>1</sup> Para realizar esta investigación se contó con recursos financieros del programa de becas posdoctorales de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Una versión previa fue presentada el 17 de marzo de 2022 en el “Coloquio Posdoctoral”, organizado por la línea de investigación institucional de Estudios Empíricos del Derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Agradezco los comentarios de los participantes, y de los dictaminadores anónimos de la revista Cuestiones Constitucionales.

**ABSTRACT:** This paper studies the proposal of reforming the article 41 of the Constitution aimed to reduce public funding for political parties in Mexico. It states that the proposal originated as a citizen demand: in 2012 it was endorsed by the social organizations which presented this proposal to the candidates and parties contending in the federal elections, and in 2017 it was a citizen demand that emerged before the emergency derived from the earthquakes of that year. However, since the MORENA party gained power (2018) this initiative is part of a populist strategy led by the President of the Republic which seeks to weaken the independent institutions of the state and all kinds of political opposition.

**Keywords:** funding for political parties, reintegration of public funding for political parties, legislative initiatives presented by MORENA, populism in Mexico, reform to the public funding of political parties.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *La reducción del financiamiento público de los partidos políticos como demanda ciudadana y la reforma política de 2014.* III. *La reducción del financiamiento público de los partidos políticos como demanda ciudadana en el contexto de emergencia nacional provocada por los sismos de 2017.* IV. *La reducción del financiamiento público de los partidos políticos como iniciativa impulsada por el partido morena.* V. *¿Por qué se ha impulsado la reducción del financiamiento público de los partidos políticos en México?* VI. *Conclusión.* VII. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

La mayor parte de los estudiosos de la democracia en México coinciden en señalar que en 1977 inició el proceso de cambio político que, después de dos décadas de sucesivas reformas institucionales, culminó en la creación de un sistema de partidos competitivo (Woldenberg, 2012; Merino, 2003). Este año, el régimen autoritario de partido hegemónico aprobó una reforma constitucional y legal para integrar a la oposición al sistema institucional. Se flexibilizaron los requisitos para la formación de nuevos partidos políticos y se estableció el primer sistema de financiamiento público directo.

Ciertamente, el sistema de financiamiento público de los partidos, en sus primeros años, careció de reglas específicas para determinar los montos y criterios de distribución. No obstante, durante las décadas de los ochenta y noventa se aprobaron cambios a la Constitución y a la ley electoral que establecieron con precisión sus condiciones. A este respecto destaca la reforma de 1996, a partir de la cual el artículo 41 constitucional dicta que en el gasto partidista los recursos de origen público deben prevalecer sobre los de origen privado, los primeros crecieron exponencialmente —cinco veces la suma de lo reportado por todos los partidos en la elección presidencial anterior—

y se señaló que su repartición se realizaría en un 30 % de forma igualitaria entre todos los partidos políticos y en 70 % según los resultados de cada uno en la última elección para la Cámara de Diputados.

La reforma de 1996 definió los principios esenciales del modelo de financiamiento público de los partidos políticos preservados en sucesivas reformas (prevalencia de los recursos públicos sobre los privados, y distribución de los primeros siguiendo el criterio igualitario en un 30 % y el proporcional para el resto). Así, en 2007 se estableció una nueva fórmula para calcular el monto de financiamiento público directo, considerando desde entonces el tamaño del padrón y el salario mínimo (desde 2016 la Unidad de Medida y Actualización, UMA) y aumentó considerablemente el financiamiento indirecto al prohibir la contratación de spots en radio y televisión y otorgando espacio gratuito en estos medios. En 2014 se homogeneizó la fórmula para los estados a partir de la utilizada a nivel federal. Y finalmente, en 2022 se aprobó una reforma que permite a los partidos reintegrar de forma inmediata a la Tesorería de la Federación los recursos de origen público que ya hayan recibido, en caso de alguna emergencia nacional.

El modelo de financiamiento público de los partidos políticos ha coadyuvado a la fortaleza y capacidad competitiva de los partidos políticos en México. En parte gracias al considerable aumento de recursos a su disposición, los partidos de oposición pudieron competir con el partido oficial, arrebatándole la mayoría absoluta en la Cámara de Diputados en las elecciones de 1997 y la Presidencia de la República en el año 2000. Y, desde entonces, en cada proceso electoral es común observar alternancias políticas en todos los niveles de gobierno a lo largo y ancho del territorio nacional. Sin embargo, a pesar de los resultados positivos de este modelo, en términos de la competitividad electoral, desde hace poco más de una década se ha impulsado en diversas coyunturas la reducción del financiamiento público de los partidos políticos.

En 2012 esta propuesta fue parte de una agenda amplia de reformas impulsadas por las organizaciones reunidas en la “Primera Cumbre Ciudadana”; en 2017 fue promovida en las redes sociales con el objetivo de destinar esos recursos a la reconstrucción y a la atención de las víctimas de los sismos de ese año, y a partir de 2018 es una propuesta impulsada por el partido en el poder. En esta investigación se analiza esta iniciativa en los diversos contextos en los que ha tenido relevancia a nivel nacional para explicar su origen y características.



## II. LA REDUCCIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO DEMANDA CIUDADANA Y LA REFORMA POLÍTICA DE 2014

La reducción del financiamiento público de los partidos políticos, como demanda ciudadana impulsada en el plano federal, surgió por primera vez en 2012. Este año, los más de 350 representantes de organizaciones sociales aglutinados en la “Primera Cumbre Ciudadana” impulsaron una agenda sobre diversos temas (como seguridad, educación, empleo y desarrollo económico), entre los que destaca el relativo a la reducción de los recursos públicos de los partidos políticos.

Aprovechando las elecciones federales, con las que se renovarían los poderes federales y diversos cargos a nivel local, las propuestas de la cumbre fueron presentadas a los partidos y candidatos presidenciales. Y, después de la elección, el ganador de la contienda, Enrique Peña Nieto, acordó con las organizaciones la celebración de reuniones con el equipo de transición para conocer detalladamente su agenda de reformas (Azuela, 2013).

Una vez en el poder, el presidente Peña Nieto incluyó la propuesta de reducir el financiamiento público de los partidos políticos en el Pacto por México, el acuerdo para impulsar diversos cambios legislativos firmado el 2 de diciembre de 2012 por el presidente de la República y los presidentes de los principales partidos políticos (Partido Revolucionario Institucional, PRI; Partido Acción Nacional, PAN; Partido de la Revolución Democrática, PRD). Con relación a la materia electoral, el resultado de este pacto fue la reforma de 2014, con la que se crearon la Ley General de Partidos Políticos (LGPP) y la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales (LGPIE).

La creación de las leyes generales en materia electoral terminó con el arreglo vigente desde 1946 bajo el cual la ley electoral federal dicta las reglas a seguir para los partidos políticos en el plano federal y cada estado crea su propia legislación en el plano local. Desde entonces el mismo ordenamiento, la LGPP, dicta las normas relativas a los partidos políticos en el plano federal y estatal. En materia de financiamiento, la fórmula para calcular los montos de financiamiento público fue homogeneizada. El artículo 51 de esta norma establece desde entonces que para actividades ordinarias (financiamiento permanente) las autoridades administrativas electorales, de nivel federal o estatal según corresponda, multiplicarán el padrón electoral federal o local por el 65 % del salario mínimo (a partir de 2016 se utiliza la UMA),

monto que es distribuido en un 30 % de forma igualitaria y en un 70 % según la votación de cada partido en la elección inmediata anterior de diputados federales o locales. Y para gastos de campaña los partidos recibirán un monto equivalente al 50 % del financiamiento ordinario cuando se renueven los poderes Ejecutivo y Legislativo de nivel federal o estatal, y cuando solo se renueve el legislativo recibirán un monto equivalente al 30 % del financiamiento ordinario.

Antes de 2014 existía una gran variedad en las fórmulas utilizadas en los estados. Algunos eran muy generosos (es el caso por ejemplo de Nayarit, en donde se multiplicaba el número total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral por el 88 % de salario mínimo), mientras que otros lo eran mucho menos (como Veracruz, en donde se multiplicaba el padrón del estado por el 20 % del salario mínimo). Empero, la mayoría asignaba un monto menor, por lo que la homogeneización de las fórmulas trajo como consecuencia un aumento considerable de los recursos entregados a los partidos (Astudillo, 2014, pp. 31-34). Así pues, si sumamos los recursos que reciben los partidos a nivel federal y estatal se observa un aumento del 28 % entre los recursos recibidos en 2009 y 2015 (años con elecciones federales intermedias) y un aumento del 15 % entre 2012 y 2018 (años de elección presidencial) (Casar y Ugalde, 2018, p. 46). La propuesta ciudadana de 2012 que demandó la reducción de los recursos partidistas, por tanto, no sólo no logró los resultados esperados, sino que fue en contrasentido.

### **III. LA REDUCCIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO DEMANDA CIUDADANA EN EL CONTEXTO DE EMERGENCIA NACIONAL PROVOCADA POR LOS SISMOS DE 2017**

La reducción del financiamiento público de los partidos políticos volvió a plantearse en el contexto de emergencia derivada de los sismos del 7 y 19 de septiembre de 2017. Estos desastres naturales provocaron graves daños en varias entidades de la República. El primero de ellos fue especialmente desastroso en los estados de Chiapas y Oaxaca; y el segundo en Morelos, Puebla, Guerrero, Tlaxcala, Veracruz, Estado de México y Ciudad de México. En total se registraron 464 fallecimientos y un daño a la infraestructura por 48,000 millones de pesos (Instituto Belisario Domínguez, 2017, p. 17). Asimismo, tuvieron lugar justo en el mes en que inició formalmente el proceso electoral 2018, en donde se disputaron más de 3400 puestos públicos

de elección popular a nivel federal y local (incluyendo la presidencia de la República y ambas cámaras del Congreso de la Unión) y en el cual los partidos políticos recibirían alrededor de 12,000 millones de pesos: más de 6,000 millones de pesos de financiamiento público federal (incluyendo 42 millones para candidatos independientes) y cerca de 6,000 millones a nivel local) (Instituto Nacional Electoral, 2017).

Después del primer sismo, el presidente del partido MORENA, Andrés Manuel López Obrador, anunció mediante su cuenta de *Twitter* que propondría al Consejo Nacional de su partido “destinar el 20% del gasto de campaña de 2018 para los damnificados del Istmo y del Sureste del país” (Redacción, 2017a). Sin embargo, después del segundo sismo fue la ciudadanía la que exigió a los partidos donar los recursos públicos que recibirían para que sean utilizados en las labores de reconstrucción y apoyo a los damnificados.

Al ser consultados sobre este asunto, algunos actores partidistas desestimaron la idea, señalando que, por una parte, se requeriría de una reforma legal, ya que el dinero público entregado a los partidos políticos está formalizado en la ley para un fin específico y utilizarlo para otro sería un delito; y por otra, el proceso electoral 2018 ya había comenzado y no sería posible modificar la ley en la materia (Redacción, 2017a; Notimex, 2017). A pesar de ello, empero, la presión social los obligó a ceder.

En la plataforma change.org se registró una petición para:

Que el INE Instituto Nacional Electoral sea el mediador para que los partidos políticos de México donen los casi 7,000 millones de pesos de recursos públicos destinados a las campañas políticas del 2018 en México a los damnificados de la tragedia del sismo del 7 y 19 de septiembre de 2017 en Ciudad de México, Tlaxcala, Estado de México, Puebla, Morelos, Guerrero y también a Oaxaca y Chiapas. (Alfredo Aguirre, 2017)

Demanda que en pocas horas logró más de un millón de firmas de apoyo, creando junto con otras propuestas relacionadas con el sismo “el pico más alto de tráfico en la historia de esta herramienta” (Redacción, 2017b).

Cuando esta propuesta alcanzó un millón y medio de firmas los partidos políticos reaccionaron. El PRI anunció que renunciaría al 25 % de su financiamiento público anual, López Obrador señaló que pediría “en el Consejo de MORENA que se destine 50% del gasto de campaña para 2018, en apoyo a damnificados”, y Ricardo Anaya (presidente del PAN) se manifestó a favor de la idea sin especificar el monto o porcentaje a renunciar. Poco des-

pués, los partidos se pronunciaron por renunciar a la totalidad de sus recursos de origen público. En un comunicado conjunto Ricardo Anaya, Alejandra Barrales (presidenta del PRD) y Dante Delgado (coordinador de Movimiento Ciudadano) propusieron que el 100 % del dinero de los partidos se destine a ayudar a las víctimas de los sismos. Propuesta que fue aceptada por López Obrador y Enrique Ochoa (presidente del PRI) (Redacción, 2017b; Redacción Animal Político, 2017; Cervantes, 2017).

Al final, sin embargo, ningún partido político renunció a la totalidad de su financiamiento público. Los partidos Acción Nacional, Revolucionario Institucional, Verde Ecologista de México, Movimiento Ciudadano y Encuentro Social (PES) solicitaron al INE la retención de una parte de sus recursos para ser reintegrados a la Tesorería de la Federación y canalizados a las labores de reconstrucción y ayuda para los damnificados de los sismos, el PRD, el PT (Partido del Trabajo) y el Panal (Partido Nueva Alianza) decidieron no donar recurso alguno, y MORENA creó un fideicomiso “para apoyar a los damnificados”. El PAN renunció a 200 millones de pesos; el PRI a 258,617,000 pesos; el PVEM a 10,563,000 pesos, el PMC a 50,998,000 pesos; y el PES a 10,203,000 pesos (Instituto Nacional Electoral, 2021).

El fideicomiso “Por los demás”, creado por MORENA el 25 de septiembre de 2017, le permitió a este partido recibir, entre el 26 de septiembre de 2017 y el 1 de mayo de 2018: 78,818,566.37 pesos. De los cuales ejerció 64,481,760 pesos. Ahora bien, a raíz de una denuncia presentada por el PRI y de la consecuente investigación de la autoridad electoral, el Consejo General del INE determinó que con este fideicomiso el partido MORENA “generó un esquema de financiamiento paralelo con el fin de no sujetarse a las normas en materia de fiscalización, vulnerando el sistema que rige en México” e incurriendo, por tanto, en una “falta sustancial por omitir registrar contablemente la totalidad de los gastos”. De acuerdo con el INE, el partido MORENA contravino “sustancialmente la certeza y transparencia en la rendición de cuentas de los recursos”, por lo que le impuso una multa de 197,046,415.92 pesos (el 250 % de la cantidad recaudada) (Instituto Nacional Electoral, 2018, p. 160).

No obstante, MORENA impugnó esta resolución ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y logró la revocación “lisa y llana” de la misma. Por unanimidad de votos, la Sala Superior del TEPJF determinó que la resolución del INE careció de “exhaustividad en la sustanciación del procedimiento que derivó en la resolución reclamada, en virtud de que no se agotó la línea de investigación, lo que resultó en su indebida

fundamentación y motivación, así como en la violación a los derechos de defensa (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2018, p. 43).<sup>2</sup>

Al final, por tanto, más allá de la renuncia a parte de sus recursos llevada a cabo de forma coyuntural por algunos partidos, la demanda ciudadana por reducir el financiamiento público de los partidos políticos no desembocó en reforma legal alguna.

#### IV. LA REDUCCIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS COMO INICIATIVA IMPULSADA POR EL PARTIDO MORENA

Hasta 2018, la propuesta de reducir el financiamiento público de los partidos políticos adquirió notoriedad a nivel nacional, en coyunturas específicas, como demanda ciudadana. Sin embargo, el partido MORENA, a partir de su arribo a la Presidencia de la República, hace suya esta propuesta y comienza a impulsarla de forma decidida.

Entre septiembre de 2018 y diciembre de 2019 se presentaron en el Congreso de la Unión 21 iniciativas (13 en la Cámara de Diputados y 8 en el Senado) para disminuir e incluso para eliminar el financiamiento público de los partidos políticos (Patiño et al., 2020, p. 36). De éstas, 11 sirvieron de base para el dictamen aprobado por la Comisión de Puntos Constitucionales de la Cámara de Diputados. Sin embargo, el pleno de esta cámara, en la votación del 12 de diciembre de 2019, rechazó la propuesta (Cámara de Diputados, 2019).

A pesar de las declaraciones públicas realizadas por las diversas fuerzas políticas en el sentido de estar a favor de la disminución de los recursos públicos entregados a los partidos políticos, en los hechos ésta es una propuesta que en el ámbito federal sólo ha sido impulsada de forma decidida por MORENA. Los otros partidos cuyas iniciativas también sirvieron de base para el dictamen presentado en el pleno coinciden, en términos generales, en realizar una reducción cercana al 50% —cambiando de 65 a 32.5 el porcentaje de la UMA—, sin embargo, mantienen serias diferencias con MORENA en relación con la fórmula de distribución, por lo que al final votaron en contra.

Mientras que en la mayoría de las iniciativas presentadas por MORENA no se observa cambio alguno respecto a la fórmula actual (30 % distribuido

---

<sup>2</sup> Para un análisis del caso véase: Navarro (2020); Martín y López (2021).

de forma igualitaria y 70 % según la votación de cada partido político en la elección inmediata anterior para la Cámara de Diputados), el PT propuso que el 100 % se distribuya de forma igualitaria, el PES y el PRD propusieron revertir la fórmula actual para que sea el 70 % distribuido de forma igualitaria y el 30 % según los votos obtenidos por cada partido en la última elección, y sólo en una iniciativa de MORENA se propuso elevar al 40 % el porcentaje distribuido de forma igualitaria (Cámara de Diputados, 2019, pp. 116-118).

La propuesta finalmente presentada ante el pleno de la Cámara de Diputados buscaba reducir a la mitad el porcentaje de la UMA (del 65 % al 32.5 %) sin cambiar su forma de distribución. Y en la votación, tanto en la Comisión de Puntos Constitucionales como en el pleno, solo MORENA y PES votaron a favor (con excepción de un voto disidente del PT en el pleno).<sup>3</sup> No obstante, a pesar de este fracaso legislativo, al año siguiente esta iniciativa se volvió a retomar en medio de la crisis desatada por el virus SARS-CoV2 (COVID-19).

Debido al creciente número de contagios, hospitalizaciones y fallecimientos registrados a nivel mundial, el 11 de marzo de 2020 la epidemia desatada por el “coronavirus” fue declarada pandemia por la Organización Mundial de la Salud. En México, las consecuencias de este virus han sido desastrosas para la salud y la economía. Se han registrado cientos de miles de fallecimientos y la economía entró en una fase de recesión técnica al cierre de 2020.

Bajo este panorama, en abril de 2020 el presidente de MORENA, Alfonso Ramírez Cuéllar, informó al INE la decisión del Comité Ejecutivo Nacional de este partido de renunciar a la mitad de su financiamiento público por actividades ordinarias permanentes para los meses de mayo a diciembre de 2020 (monto que equivale a 826,972,397 pesos) para que sean utilizados en la atención de la emergencia sanitaria.

Esta solicitud fue aprobada por el Consejo General del INE, el cual determinó que el monto mensual a retener se calcularía después de aplicar las multas, sanciones y/o remanentes de financiamiento público respectivos, y después del posible registro de nuevos partidos políticos nacionales.

---

<sup>3</sup> En la Comisión de Puntos Constitucionales votaron a favor: MORENA (15) y PES (2), y en contra: PAN (5), PRI (3), PT (2), PMC (2), PRD (1), y PVEM (1). En el pleno votaron a favor: MORENA (249), PES (24) y PT (1), y en contra: MORENA (1), PAN (76), PRI (45), PT (30), PMC (28), PRD (11), PVEM (13) y sin partido (3) (entre paréntesis el número de diputados que votaron por cada partido) (Cámara de Diputados, 2019).

Asimismo, se señaló que la renuncia al 50 % del financiamiento no exime al partido del cumplimiento de sus obligaciones, como lo es el destinar anualmente por lo menos el 2 % para el desarrollo de actividades específicas y el 3 % para la capacitación, promoción y desarrollo del liderazgo político de las mujeres, además de garantizar que el financiamiento público prevalezca sobre el privado (Instituto Nacional Electoral, 2020).

La renuncia a parte de sus recursos, realizada por el partido MORENA, fue destacada por el presidente de la República, Andrés Manuel López Obrador, quien pidió al resto de los partidos seguir este ejemplo. Su propuesta, sin embargo, sólo fue aceptada por el PT y el PES.<sup>4</sup>

Los partidos Acción Nacional, de la Revolución Democrática y Movimiento Ciudadano se negaron, señalando que se trataba de “un acto de politiquería” y que si se necesitan recursos para la pandemia se debería cancelar el Aeropuerto de Santa Lucía, la Refinería de Dos Bocas y el Tren Maya (Méndez, 2020). El PRI aceptó, pero con la condición de que se forme un fideicomiso que sea dirigido por integrantes de la sociedad civil organizada y el INE (Arista, 2020). Al final, sólo MORENA y el PT donaron parte de sus recursos. El PT renunció a 14,421,710 pesos y MORENA a 826,972,392 pesos (Instituto Nacional Electoral, 2021).

En septiembre de 2020 el presidente de la República volvió a insistir sobre el tema. Solicitó a los partidos que donen la mitad del financiamiento que recibirían con motivo de las campañas electorales de 2021, a fin de que estos recursos se destinen a la compra de vacunas anti-COVID-19 (Caso, 2020). Asimismo, MORENA emitió un spot transmitido en televisión abierta en el que señalaba que “[...] en MORENA donaremos el 50 % de nuestro presupuesto para la compra de vacunas contra el COVID” (Aguirre, 2021). En 2021 este partido solicitó la renuncia a una parte de su financiamiento público —correspondiente a los meses de abril, agosto y septiembre—, solicitud que fue aprobada por el INE en consideración de que este partido siguió el procedimiento establecido para la renuncia de recursos, según el cual tal solicitud debía presentarse antes de que los partidos los reciban, siendo improcedente una vez otorgados. Meses después (el 4 de noviembre del mismo año), el partido MORENA solicitó la devolución de 200 millones “para su reintegro a la Tesorería de la Federación para la compra de va-

---

<sup>4</sup> Este último había perdido su registro legal por lo que no contaba con financiamiento. Como alternativa propuso donar tres meses del sueldo de sus legisladores (Cámara de Diputados, 2020).

cunas contra el COVID-19”. Sin embargo, en esta ocasión el INE rechazó tal solicitud con el argumento de que el partido no siguió el procedimiento señalado y esos recursos ya se encontraban en su poder, haciendo imposible su renuncia.

Por lo anterior, el 26 de noviembre de 2021 MORENA presentó al TE-PJF un recurso de apelación cuyo resultado fue la revocación de la decisión del INE. El Tribunal Electoral determinó que “el INE asevera que Morena pretende ejercer su presupuesto de forma distinta a lo que las normas electorales exigen a los partidos, cuando lo que Morena solicitó realmente fue reintegrar recursos presupuestales, lo cual implica no ejercerlos”. Además, “no existe prohibición alguna para que los entes públicos puedan devolver cierto monto del presupuesto recibido”. De tal suerte que el Tribunal Electoral revocó la decisión “para efectos de que el INE emita otro en donde autorice a MORENA a devolver financiamiento público que ya le fue ministrado” (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2021).

El INE, sin embargo, de nueva cuenta determinó “la imposibilidad para devolver las prerrogativas a las que tienen derecho una vez que ya les han sido entregadas”. Y manifestó que “por sentencia del propio Tribunal (Tesis XX/2018) los partidos políticos deben reintegrar sus remanentes a la Tesorería de la Federación una vez que concluya la fiscalización anual de los recursos ordinarios” (Instituto Nacional Electoral, 2022).

Este conflicto llevó a los legisladores de MORENA a impulsar una reforma para “aclarar el derecho de los partidos políticos de devolver su financiamiento y dirigirlo a causas prioritarias” (Cámara de Diputados, 2022a, p. 7). Así, en febrero de 2022 se aprobó una reforma a la LGPP (arts. 23 y 25) y a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria (LF-PRH) (art. 19 ter) para establecer que los partidos políticos pueden renunciar y reintegrar en cualquier momento su financiamiento ordinario, siempre que cumplan con sus obligaciones y el financiamiento público continúe prevaleciendo sobre el privado. La renuncia tendrá lugar en el caso de catástrofes contempladas en la Ley General de Protección Civil o cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro. Asimismo, se precisó que los recursos que los partidos políticos pretendan reintegrar serán devueltos a la Tesorería de la Federación por acuerdo del Consejo General del INE cuando no hayan sido entregados a los partidos políticos, y directamente por el Comité Ejecutivo Nacional o instancia equivalente (que represente legalmente al partido) a la Tesorería de la Federación cuando los recursos ya se encuentren en posesión de los partidos (Cámara de Diputados, 2022b).



Por su parte, entre diciembre de 2019 y diciembre de 2022 se presentaron ante el Congreso de la Unión 20 iniciativas para reducir el financiamiento público de los partidos políticos. La mayoría han sido presentadas por el partido MORENA, aunque también hay propuestas de la oposición y una del presidente de la República.<sup>5</sup>

La mayor parte de las iniciativas proponen reducir los recursos públicos entregados a los partidos políticos mediante la disminución del porcentaje de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) que es multiplicado por el número de ciudadanos inscritos en el padrón electoral para calcular el monto total a repartir entre todos los partidos políticos. El porcentaje propuesto más común es 32.5 %, lo que implicaría reducir a la mitad el financiamiento actual. También se plantea vincular el monto total al porcentaje de votación emitido en la última elección; condicionar su entrega completa al crecimiento en la recaudación fiscal, reduciéndolo en proporción a la disminución que en su caso ésta registre; y eliminar el financiamiento público ordinario para dejar sólo el destinado a la participación electoral.

Asimismo, la mayoría de las iniciativas deja intacta la fórmula de distribución (70 % según la votación obtenida por cada partido político y 30 % en términos igualitarios), sólo el PT y el PVEM proponen, cada uno por su cuenta, que la distribución siga un criterio completamente igualitario entre todos los partidos políticos, y el PRI plantea una distribución en un 50 % igualitaria y en un 50 % proporcional según la votación de cada partido político.

Ahora bien, la iniciativa presidencial planteaba eliminar por completo el financiamiento permanente (ordinario), dejando sólo el electoral (Poder Ejecutivo Federal, 2022). Sin embargo, a pesar del decidido impulso dado por el partido mayoritario, al igual que en 2019, la propuesta fracasó. En diciembre de 2022 se sometió al pleno de la Cámara de Diputados una iniciativa acorde con la propuesta presidencial, misma que fue rechazada al no obtener la mayoría calificada (dos terceras partes del Congreso) necesaria para modificar la Constitución. A favor sólo se pronunciaron MORENA (198 diputados), PVEM (40 diputados) y PT (31 diputados) (269 en total), mientras que en contra se pronunciaron MORENA (1 diputado), PAN (115 diputados), PRI (69 diputados), MC (15 diputados) y PRD (15 diputados) (225 en total) (Poder Ejecutivo Federal, 2022).

---

<sup>5</sup> Iniciativas consultadas en la página oficial de la Cámara de Diputados y Cámara de Senadores: <http://gaceta.diputados.gob.mx/> y [https://www.senado.gob.mx/64/gaceta\\_del\\_senado](https://www.senado.gob.mx/64/gaceta_del_senado)

## V. ¿POR QUÉ SE HA IMPULSADO LA REDUCCIÓN DEL FINANCIAMIENTO PÚBLICO DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS EN MÉXICO?

La demanda por reducir el financiamiento público de los partidos políticos en México surgió, en un primer momento, de la ciudadanía. Tanto en 2012 como en 2017 fueron actores apartidistas los que exigieron este cambio. Sin embargo, existen diferencias que vale la pena señalar. La demanda de 2012 surgió de la ciudadanía organizada (ONG), que ese año se articuló (en la Primera Cumbre Ciudadana) para exigir cambios en diversos temas (relacionados con seguridad, educación, empleo y desarrollo económico, participación ciudadana, etcétera), entre ellos, la reducción de los recursos públicos entregados a los partidos. Por su parte, en 2017 esta propuesta fue impulsada por una ciudadanía dispersa, sin organización previa, que logró articular esta demanda gracias a las redes sociales y fue impulsada con la idea concreta de utilizar los recursos públicos de los partidos políticos en las labores de reconstrucción y apoyo a los damnificados de los sismos registrados aquel año.

Por otra parte, en ninguno de los dos casos (2012 y 2017) se llegó al resultado buscado. La demanda de 2012 repercutió en la reforma aprobada en 2014. No obstante, como se señaló, en los hechos el financiamiento público para los partidos aumentó en vez de disminuir. Y la exigencia de 2017, si bien generó la reacción de algunos partidos, que renunciaron a una parte de su financiamiento, no propició alguna reforma legislativa para cambiar la fórmula de financiamiento público.

Ahora bien, es posible sostener que el fuerte desprestigio de los partidos políticos ha coadyuvado a que la ciudadanía demande la reducción de los recursos que el Estado les otorga. Diversas encuestas de opinión, desde hace varios años, han dado cuenta del poco aprecio ciudadano hacia los partidos.

Latinobarómetro, por ejemplo, desde los años noventa ha registrado la baja confianza de la ciudadanía en México y América Latina hacia estas organizaciones. Entre 1996 y 2020 el promedio de mexicanos que declaran tener mucha o algo de confianza en los partidos es del 19.7 %, mientras que el promedio latinoamericano es del 19.3 %. En ambos casos la confianza ha sido escasa, aunque ligeramente mayor en México. No obstante, en las tres últimas mediciones México presenta una menor confianza en los partidos que el promedio latinoamericano. En 2017 es del 15 % en la región

mientras que en México es del 9 %, en 2018 es del 13 % en el primer caso y 11 % en el segundo y en 2020 es del 13.6 % y 13.1 %, respectivamente.<sup>6</sup>

En este contexto, financiar a los partidos políticos con recursos públicos es visto con desagrado. De ahí que la idea de reducirlo no tuviera dificultad en ser adoptada e impulsada por la ciudadanía en las dos coyunturas estudiadas: 1) la celebración de la “Primer Cumbre Ciudadana” y las elecciones federales de 2012, y 2) los sismos de 2017 y la consecuente necesidad de recursos financieros. Sin embargo, a partir de que MORENA accede al poder (2018), es este partido y no la ciudadanía el que impulsa la reducción de los recursos públicos para los partidos políticos.

MORENA es el partido que ha obtenido la mayor votación para la Cámara de Diputados (2018 y 2021). Por ello, es el que recibe más recursos públicos y el que se vería más perjudicado, en términos absolutos, con su disminución. A pesar de esto, es el único que ha impulsado de forma decidida la propuesta. Este hecho nos permite afirmar que este partido no tiene como objetivo principal la acumulación de recursos en sí mismo, sino el éxito electoral. Se comporta de forma racional, acorde con sus intereses, siguiendo los postulados de la teoría económico-electoral (Scarrow, 2004).

El partido MORENA se muestra dispuesto a sacrificar buena parte de sus ingresos de origen público con tal de debilitar a los partidos de oposición, colocándose de este modo en una situación de ventaja relativa. Los partidos de oposición tendrían serias dificultades para compensar una reducción drástica de sus recursos de origen público, mientras que el partido MORENA, al tener el control del Poder Ejecutivo federal y la mayoría de los poderes ejecutivos locales, podría compensar esta disminución en su financiamiento utilizando los recursos del Estado (empleos gubernamentales, contratos de obras, prestación de servicios públicos, programas sociales, etcétera) para alimentar redes clientelistas. Acción que, a pesar de ser ilegal, continúa presentándose en el país (Díaz-Cayeros et al., 2016; Herrera, 2017; Freidenberg, 2017; Casar y Ugalde, 2018).

Asimismo, vale la pena señalar que la idea de debilitar a los partidos de oposición es consecuente con el estilo populista que el partido MORENA ha desarrollado desde que ocupa el gobierno.

En esencia, los populistas dividen a la sociedad en dos grupos, homogéneos y antagónicos, “el pueblo puro” y “la élite corrupta”. Se asumen como los únicos representantes legítimos del primero y pretenden hacer prevale-

---

<sup>6</sup> Los informes anuales de Latinobarómetro están disponibles para su consulta en la página: <https://www.latinobarometro.org/latContents.jsp> (25 de octubre de 2022).

cer su voluntad (Mudde, 2017; Mudde y Rovira, 2017; Rummens, 2017, p. 561; Salmorán, 2021, p. 197). Por ello, los populistas defienden un modelo de democracia sin controles, es decir, “iliberal” y tienden a erosionar la democracia mediante la captura o ataque y descrédito de órganos del Estado independientes (poder judicial, órganos constitucionales autónomos) y de todo tipo de opositores (partidos políticos, organizaciones no gubernamentales, periodistas, intelectuales, etcétera) (Muller, 2017, pp. 561 y 562).

Así, apoyado en un discurso populista que divide a la sociedad en dos grupos: el “pueblo bueno y sabio”, por un lado, y “la mafia del poder”, “de derecha”, “conservadora” y “neoliberal”, por otro, el presidente de la República ha intentado someter a los órganos del Estado independientes utilizando básicamente dos estrategias: 1) el “estrangulamiento presupuestal” (para obstaculizar sus funciones) y 2) el “desprestigio público” (haciendo uso de foros como las ruedas de prensa para emitir opiniones adversas y desprestigiar a sus adversarios, sin datos que las sustenten pero avaladas con la autoridad de la figura presidencial) (Meyenberg y Peschard, 2021).

En este contexto, resulta plausible asumir que las iniciativas para reducir el financiamiento público de los partidos políticos presentadas por el partido MORENA forman parte una estrategia populista implementada por el partido en el poder para debilitar a sus opositores políticos. Si bien la reducción de los recursos estatales impactaría en mayor medida a sus finanzas, dado que su mayor votación se traduce en una mayor proporción de recursos estatales, las pérdidas relativas son para la oposición, ya que tendrían mayores dificultades para compensar la reducción de recursos públicos, otorgándole a MORENA una ventaja importante sobre sus adversarios.

Por último, vale la pena señalar que los resultados finales que tendría el reducir el financiamiento público de los partidos sigue siendo objeto de debate, pues sus proponentes señalan ciertos beneficios —entre otras cosas se señala que ello obligaría a los partidos a acercarse a la ciudadanía y recuperar su confianza—. No obstante, la experiencia internacional ha mostrado claros efectos negativos cuando se reduce de forma drástica o se elimina por completo. En Bolivia la equidad de las contiendas electorales se afectó de manera grave. En Italia los grandes donantes aumentaron su influencia con cargo al erario. Y en Indonesia aumentó la oligarquización y corrupción partidista (Flores Díaz, 2023). Así, una reducción radical del financiamiento público para los partidos políticos, que termine con su prevalencia frente al financiamiento privado, tendría previsiblemente efectos perjudiciales para la democracia mexicana.

## VI. CONCLUSIÓN

En esta investigación se estudiaron las propuestas de reducir el financiamiento público de los partidos políticos en México que han tenido un impacto significativo a nivel nacional, a partir del contexto en el que tuvieron lugar. Se sostiene que las primeras propuestas surgieron como demandas ciudadanas en un contexto marcado por el desprestigio de los partidos, activismo ciudadano organizado (2012) y necesidad de recursos para atender la emergencia nacional (2017). No obstante, desde que el partido MORENA accede al poder (2018) es este partido quien promueve esta reforma, en un contexto marcado por los intentos del ejecutivo federal por debilitar a los contrapesos a su autoridad.

En 2012 la propuesta de reducir el financiamiento público de los partidos políticos fue impulsada por las organizaciones reunidas en “la Primera Cumbre Ciudadana” e introducida en el “Pacto por México”. Sin embargo, la reforma resultante (2014) fue en contrasentido, ya que homogeneizó la fórmula para calcular el financiamiento en todas las entidades federativas a partir de la utilizada a nivel federal, provocando el aumento del gasto público destinado a los partidos (la mayoría de las entidades asignaban, previo a la reforma, un monto menor). Después, ante la emergencia nacional provocada por los sismos de 2017, surgió la demanda ciudadana, expresada en las redes sociales, de que los partidos destinen sus recursos para campaña a la atención de los damnificados y a las labores de reconstrucción. Algunos partidos respondieron renunciando a una parte de su financiamiento público; no obstante, esta demanda no se materializó en una reforma legal.

Por su parte, el partido MORENA, después de ganar la Presidencia de la República, comenzó a impulsar de forma decidida la reducción del financiamiento público de los partidos políticos. Ha presentado en diversas ocasiones proyectos de ley sobre la materia e incluso el presidente de la República pidió a los demás partidos donar sus recursos de origen público para que sean destinados a la compra de vacunas anti COVID-19, además de presentar un proyecto de ley para eliminar por completo el financiamiento público ordinario de los partidos. Sin embargo, sólo ha logrado (con el apoyo del PRI, el PVEM y el PT) que se permita la devolución voluntaria de los recursos partidistas, de forma inmediata, ante una emergencia nacional.

Apoyado en un discurso populista, que polariza a la sociedad dividiéndola en dos grupos antagónicos: el pueblo bueno y la élite corrupta (mafia del poder), el gobierno de la República ha pretendido neutralizar los contra-

pesos a su poder, mediante recortes financieros y ataques mediáticos a las instituciones autónomas. Bajo la misma lógica, la intención de reducir los recursos públicos de los partidos políticos constituye un intento por debilitarlos, pues si bien este partido también se vería afectado financieramente, la oposición tendría mayores dificultades para sobrevivir y competir en las elecciones. Y a pesar de que en el debate público haya quien defienda una reducción drástica (o incluso eliminación) de los recursos públicos alegando que tendría efectos positivos, la experiencia internacional muestra claras desventajas, por lo que previsiblemente esta reforma tendría efectos nocivos para la democracia mexicana.

## VII. REFERENCIAS

- Aguirre, A. (2017). Deben partidos políticos donar los casi 7,000 millones a víctimas del Sismo 7 / 19 Sept. <https://www.change.org/p/inemexico-donar-los-casi-7-000-millones-de-los-partidos-pol%C3%ADticos-a-v%C3%ADctimas-del-sismo-7-sep-y-19-sep>
- Aguirre, S. (2021, marzo 7). Morena dice que donará 50% de su presupuesto para vacunas, pero el spot es engañoso. *Animal político*. <https://www.animalpolitico.com/elsabueso/morena-dice-que-donara-50-de-su-presupuesto-para-vacunas-spot-es-enganoso/>
- Arista, L. (2020, abril 8). AMLO exhibe a partidos que no quieren donar recursos frente al COVID-19. *Expansión*. <https://politica.expansion.mx/presidencia/2020/04/08/amlo-exhibe-partidos-que-no-quieren-donar-recursos-frente-al-covid-19>
- Astudillo, C. (2014). Con la cuchara grande. *Voz y voto*, 256.
- Azuela, M. (2013). *Primera Cumbre Ciudadana para construir un México pacífico y justo: una historia que debe contarse*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cámara de Diputados (2019, diciembre 12). Dictamen de la Comisión de Puntos Constitucionales, con proyecto de decreto por el que se reforma el artículo 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reducción de financiamiento público otorgado a los partidos políticos. *Gaceta Parlamentaria*, (5422-III).
- Cámara de Diputados (2020, marzo 31). *Donarán diputados del PES su salario por tres meses para compra de equipo médico y alimentos para los más desprotegidos, ante Covid-19*. 4723. <http://www.diputa->

[dos.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Agencia-de-Noticias/2020/Marzo/31/4723-Donaran-diputados-del-PES-su-salario-por-tres-meses-para-compra-de-equipo-medico-y-alimentos-para-los-mas-desprotegidos-ante-Covid-19](https://dos.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Agencia-de-Noticias/2020/Marzo/31/4723-Donaran-diputados-del-PES-su-salario-por-tres-meses-para-compra-de-equipo-medico-y-alimentos-para-los-mas-desprotegidos-ante-Covid-19)

- Cámara de Diputados (2022a, febrero 15). De la Comisión de Reforma Política-Electoral, con proyecto de decreto por el que se adicionan los artículos 23 y 25 de la Ley General de Partidos Políticos, y 19 Ter a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. *Gaceta Parlamentaria*, (5962-IV).
- Cámara de Diputados (2022b, febrero 27). Decreto por el que se adicionan los artículos 23 y 25 de la Ley General de Partidos Políticos y un artículo 19 Ter a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. *Diario Oficial de la Federación*.
- Casar, M. y Ugalde, L. C. (2018). *Dinero bajo la mesa. Financiamiento y gasto ilegal de las campañas políticas en México*. Grijalbo.
- Caso, D. (2020, septiembre 4). AMLO pide a partidos políticos que ‘se mochen’ para vacuna contra COVID-19. *El Financiero*. <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/vacuna-contra-covid-19-amlo-plantea-que-partidos-den-parte-de-su-presupuesto-para-ella/>
- Cervantes, J. (2017, septiembre 25). El PRI propone eliminar financiamiento público a partidos y a legisladores plurinominales, *Proceso*. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2017/9/25/el-pri-propone-eliminar-financiamiento-publico-partidos-legisladores-plurinominales-192088.html>
- Díaz-Cayeros, A. (2016). *The Political Logic of Poverty Relief. Electoral Strategies and Social Policy in Mexico*. Cambridge University Press.
- Flores Díaz, J. G. (2023). El debate en torno a la propuesta de reducir el financiamiento público de los partidos políticos en México. Ponencia preparada para el XXXIV Congreso Internacional de Estudios Electorales: Representatividad y legitimidad en la construcción democrática. Del 17 al 20 de octubre, Sociedad Mexicana de Estudios Electorales, A. C., Tijuana, Baja California.
- Freidenberg, F. (2017). La otra representación: vínculos clientelares a nivel local en México. *Andamios*, 14(34). <https://doi.org/10.29092/uacm.v14i34.588>
- Herrera, V. (2017). *Water and Politics. Clientelism and Reform in Urban Mexico*. University of Michigan Press.



- Instituto Belisario Domínguez. (2017). Recuento de los daños 7S y 19S: a un mes de la tragedia. *Notas estratégicas*, 17. [http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3721/2017\\_16\\_NE\\_Recuento%20de%20da%c3%bl os\\_231017.pdf?sequence=1&isAllowed=y](http://bibliodigitalibd.senado.gob.mx/bitstream/handle/123456789/3721/2017_16_NE_Recuento%20de%20da%c3%bl os_231017.pdf?sequence=1&isAllowed=y)
- Instituto Nacional Electoral (2017). *Aprueba Consejo General Proyecto de Financiamiento para partidos y candidatos independientes en 2018*. 272. <https://centralelectoral.ine.mx/2017/08/18/aprueba-consejo-general-proyecto-de-financiamiento-para-partidos-y-candidatos-independientes-en-2018/>
- Instituto Nacional Electoral (2018, julio 18). *Resolución del consejo general del instituto nacional electoral respecto del procedimiento sancionador en materia de fiscalización, instaurado en contra del partido político morena y su entonces presidente del comité ejecutivo nacional, el c. Andrés Manuel López Obrador*. Identificado con el número de expediente ine/q-cof-utf/93/2018
- Instituto Nacional Electoral (2020, abril 27). Acuerdo del Consejo General del Instituto Nacional Electoral respecto de la solicitud de MORENA de renunciar al cincuenta por ciento del financiamiento público federal para el sostenimiento de las actividades ordinarias permanentes del ejercicio 2020, a fin de que sea canalizado al Sistema Público de Salud. *Diario Oficial de la Federación*.
- Instituto Nacional Electoral (2021). Información proporcionada por la Dirección Ejecutiva de Prerrogativas y Partidos Políticos del Instituto Nacional Electoral. Oficio: INE/DEPPP/DAGTJ/345/2021
- Instituto Nacional Electoral (2022). Aclara Consejo General del INE criterios para la devolución del financiamiento público de partidos políticos. <https://centralelectoral.ine.mx/2022/01/12/aclara-consejo-general-del-ine-criterios-para-la-devolucion-del-financiamiento-publico-de-partidos-politicos/>
- La Redacción (2017a, septiembre 14). AMLO propondrá a Morena destinar 20% del gasto de campaña del 2018 a damnificados del sismo. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2017/9/14/amlo-propondra-morena-destinar-el-20-del-gasto-de-campana-del-2018-damnificados-del-sismo-191404.html>
- La Redacción (2017b, septiembre 21). PRI y PAN ceden al llamado para donar dinero de campañas a afectados por los sismos. *Proceso*. <https://www.proceso.com.mx/nacional/2017/9/21/pri-pan-ceden-al-llamado-para-donar-dinero-de-campanas-afectados-por-sismos-191896.html>



- Martín, J. y López, S. (2021). No hay peor injusticia que la justicia simulada: la sentencia del Tribunal Electoral en el “Morenagate”. En J. Garza y J. Martín (Coords.), *Ni tribunal ni electoral*. Universidad Nacional Autónoma de México-Centro de Investigación y Docencia Económicas.
- Méndez, E. (2020, abril 3). PAN, PRD y MC se niegan a renunciar a 50% del dinero público que reciben. *La Jornada*. <https://www.jornada.com.mx/2020/04/03/politica/016n1pol>
- Merino, M. (2003). *La transición votada*. Fondo de Cultura Económica.
- Meyenberg, Y. y Peschard, J. (2021). La democracia en riesgo. La erosión de la apertura informativa. *Estudios políticos*, 52. <https://doi.org/10.22201/fcpys.24484903e.2021.52.78020>
- Mudde, C. (2017). Populism: An Ideational Approach. En C. Rovira, P. Taggart, P. Ochoa y P. Ostiguy (Eds.), *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford University Press.
- Mudde, C. y Rovira, C. (2017). *Populism. A Very Short Introduction*. Oxford University Press.
- Muller, J.-W. (2017). Populism and Constitutionalism. En C. Rovira, P. Taggart, P. Ochoa y P. Ostiguy (Eds.), *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford University Press.
- Navarro, F. (2020). Fideicomiso “Por los demás”, pero primero Morena. En F. Fuentes y P. Salazar (Eds.), *Sentencias electorales a debate*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Notimex (2017, septiembre 20). Sería un delito donar recursos electorales a damnificados: Encuentro Social. *El Economista*. <https://www.eleconomista.com.mx/politica/Seria-un-delito-donar-recursos-electorales-a-damnificados-Encuentro-Social-20170920-0074.html>
- Patiño, M. (2020). El financiamiento público de los partidos políticos desde una perspectiva de derechos humanos. *Cuaderno de investigación*, 5.
- Poder Ejecutivo Federal. (2022, abril 28). Proyecto de decreto, por el que se reforman, derogan y adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia electoral. *Gaceta Parlamentaria*, (6012-XI).
- Redacción (2017a, septiembre 22). Partidos políticos de México se niegan a donar dinero a los damnificados del terremoto. *Desde la plaza*. <http://www.desdelaplaza.com/poder/partidos-politicos-de-mexico-se-niegan-a-donar-dinero-a-los-damnificados-del-terremoto/>

- Redacción (2017b, septiembre 21). Mexicanos piden que partidos donen el dinero de sus campañas. *Excélsior*. <https://www.excelsior.com.mx/nacional/2017/09/21/1189786>
- Redacción Animal Político (2017, septiembre 22). Tras exigencia ciudadana, PAN-PRD-MC piden que partidos den 100% del dinero a víctimas del sismo. *Animal político*. <https://www.animalpolitico.com/2017/09/partidos-dinero-sismos/>
- Rummens, S. (2017). Populism as a Threat to Liberal Democracy. En C. Rovira, P. Taggart, P. Ochoa y P. Ostiguy (Eds.), *The Oxford Handbook of Populism*. Oxford University Press.
- Salmorán, G. (2021). *Populismo. Historia y geografía de un concepto*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Scarrow, S. (2004). Explaining political finance reforms. Competition and context. *Party Politics*, 10(6).
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2018, agosto 31). *Recurso de apelación expediente: SUP-RAP-209/2018 y acumulado SUP-RAP-215/2018*.
- Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (2021). *Recurso de apelación: SUP-RAP-474/2021*
- Woldenberg, J. (2012). *Historia mínima de la transición democrática en México*. El Colegio de México.



## Cómo citar

### **Sistema III**

Flores Díaz, Jorge Gerardo, “La reducción del financiamiento público de los partidos políticos en México: de demanda ciudadana a iniciativa populista”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17918. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17918>

### **APA**

Flores Díaz, J. G. (2024). La reducción del financiamiento público de los partidos políticos en México: de demanda ciudadana a iniciativa populista. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17918. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17918>

## Problemas de las autonomías en el ordenamiento jurídico de Bolivia

### *Problems of the autonomies regarding the legal system of Bolivia*

Fidel Cruz Aduviri

 <https://orcid.org/0000-0002-6874-305X>

Unidad de Post Grado de la Universidad Mayor de San Andrés. Bolivia  
Correo electrónico: cruzfdl@yahoo.com

Recepción: 9 de enero de 2023

Aceptación: 15 de junio de 2023

Publicación: 16 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17458>

**RESUMEN:** Bolivia como Estado unitario, mediante la Constitución Política de 2009 se constituye en un Estado con autonomías, emergente de la pretensión legítima de algunas regiones para la conformación de un Estado federal; el objetivo consiste en establecer los principales problemas para la consolidación de un Estado autónomo; a través del análisis del ordenamiento jurídico, la situación sociopolítica y económica; concluyendo que no existe voluntad política del gobierno para su desarrollo, la cual se verifica en la falta de determinación de competencias para una mayor autonomía; de concertación para un pacto fiscal, redistribución de recursos económicos y resolución de asimetrías, e inexistente desarrollo de leyes en materia indígena y medio ambiente, así como de mecanismos de judicialización para su afianzamiento.

**Palabras clave:** federalismo, autonomías, pacto fiscal, autonomía indígena.

**ABSTRACT:** Bolivia, being a unitary State, through the Political Constitution of 2009, becomes a State with autonomies, due to the legitimate claim of some regions to form a federal State. The objective of this study is to establish the main problems that prevent the consolidation of an autonomous State; making an analysis of the legal system, the economic, political and social situation; this study concludes that the government has no political will to achieve this claim, confirmed by the lack of determination of competencies for greater autonomy; lack of concertation for a fiscal pact and for the redistribution of economic resources and resolution of asymmetries; inexistence of laws on indigenous matters and the environment, nor judicial mechanisms for their consolidation.

**Keywords:** federalism, autonomies, fiscal pact, indigenous autonomy.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El concepto de un Estado con autonomías.* III. *El Federalismo comparado en Latinoamérica.* IV. *Los principales problemas de la configuración de las autonomías.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

¿Cuál es la actual configuración territorial, política, administrativa del Estado de Bolivia? ¿Se ha modificado el Estado unitario en la actual Constitución vigente?

El Estado de Bolivia nació como república independiente en 1825, configurándose como un Estado unitario hasta la actual Constitución Política del Estado; debatiéndose su continuidad y propuesta hacia un país federal en los años 1871, 1874-1877, 1898, 2005-2007; estableciéndose finalmente su constitucionalización como un Estado con autonomías a través de la Constitución en vigencia del año 2009. Es mediante la pretensión de algunas regiones, y a las que finalmente se alinearon los demás departamentos que se logra establecer un Estado con autonomías.

La Constitución establece en su artículo 1o. que Bolivia constituye un Estado *unitario* y a su vez *con autonomías*; aunque la redacción daría lugar a cierta contradicción o confusión, lo cierto es que la finalidad fue pasar de un Estado altamente centralizado hacia una descentralización mediante la configuración de un Estado con autonomías.

Muchas regiones, sobre todo las que promovieron las autonomías, fruto de la inestabilidad económica, política y social del Estado, ven en esta nueva configuración de Estado, la solución a todos los problemas estructurales del país; autonomías que han sido postergadas en su desarrollo y consolidación pese a estar establecidas por la ley fundamental, y desarrolladas de forma insuficiente en la Ley Marco de Autonomías y Descentralización.

En realidad, si bien es cierto que el federalismo no es una panacea, al menos se pretende con esta nueva configuración, el desarrollo económico territorial de cada una de las unidades territoriales, otorgando una mayor autonomía a cada una de ellas. En este sentido, con el fin de establecer los problemas existentes en la Constitución de un Estado con autonomías se pretende analizar algunas de sus posibles soluciones para su consolidación.

## II. EL CONCEPTO DE UN ESTADO CON AUTONOMÍAS

La actual organización del Estado de Bolivia no es nada clara, el Tribunal Constitucional (TC) ha señalado que se trata de un Estado *compuesto*; tal definición, sin embargo, no establece la configuración del tipo de organización, es decir, de un Estado con autonomías, que en un principio fue rechazada por el gobierno en turno, como pretensión legítima de algunas regiones y que finalmente se terminó por imponer a través de su inclusión en la Constitución Política del Estado (CPE) de 2009; Estado que, sin embargo, no se ha consolidado o desarrollado, ni ha podido satisfacer las expectativas de la población en su conjunto.

Sobre la denominación señalada el Tribunal Constitucional Plurinacional a través de la Sentencia Constitucional núm. 1714/2012, FJ. III.4.3., del 1o. de octubre (2012), establece, citando el artículo 1o. de la CPE que

Bolivia se constituye en un Estado Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario [...] y con autonomías [...] cláusula a través de la cual se ingresa en un nuevo modelo de Estado *compuesto* [énfasis agregado], cimentado en la distribución del poder político con base territorial, en el que se reconoce la existencia de distintos niveles gubernativos en el territorio: un gobierno nacional y varios gobiernos autónomos, con facultades ejecutiva, legislativa, reglamentaria y fiscalizadora, según expresa el artículo 272 de la CPE.

En similar sentido se pronuncia la SCP 2055/2012, FJ. II.2 del 16 de octubre (2012), al referirse a la configuración del tipo de organización del Estado de Bolivia.

Al respecto se considera Estados compuestos a:

[...] aquellos en que las funciones esenciales del gobierno no están entregadas a un único conjunto institucional, sino que están distribuidas entre órganos distintos, usualmente diferenciados territorialmente (aunque cabrían, de manera hipotética, otros criterios de distinción); y existen diversos centros de decisión e impulso político, con responsabilidades en materias distintas, en virtud de lo que haya establecido alguna norma general o algún acuerdo entre los miembros. (Camps et al., 2016, p. 44)

Aunque se consideraría a este tipo de Estados compuestos distintos del *Estado unitario*; sin embargo, aquella sería “[...]una definición delibera-

*damente vaga, que se aplicaría a multiplicidad de situaciones[...]*” (Camps et al., 2016, p. 44), en consecuencia, la denominación o configuración actual que tendría el Estado de Bolivia por el Tribunal Constitucional Plurinacional no define en sentido estricto el tipo de organización que actualmente tendría.

La denominación como Estado autonómico o *con autonomías* parece devenir de la influencia de la legislación española; aunque la doctrina española no encuentra consenso respecto al tipo de configuración de organización del Estado de España, sí constituye un Estado nación (Otto, 2001, p. 244), unitario (Fernández, 1992, p. 867), autonómico, federo-regional, federalismo foral (Camps, 2016, pp. 13 y 72); o finalmente un Estado federal (Blanco, 2017, p. 16). Aunque esta última acepción es discutida respecto a su contenido o alcance; por la diversidad de Estados federales existentes en el mundo y los elementos que varían en función de sus necesidades, historia, y desafíos; se dice que aquel término debería declinarse en *plural* y hablar en concreto de *federalismos*.

Ahora bien, si entendemos que Bolivia se encuentra constituido de forma similar a un Estado federal, no cabe más que verificar, cuáles son los rasgos principales que configuran un Estado de este tipo y en todo caso cuáles denotan su ausencia. En principio se dice que un Estado federal constituye una unidad en la diversidad, o una sociedad de sociedades, cuyos rasgos principalmente serían los siguientes:

- Voluntad de unión (Blanco, 2017, pp. 16, 23-27).
- Existencia de una sociedad compleja.
- Democracia, como un presupuesto del federalismo, o expresión primera del nacimiento de estados.
- Una Constitución federal, cuyo texto regula el poder federal y federado, y coexiste con normas de los Estados federados, que se denominan *Constituciones* o *Estatutos*.
- Coparticipación en el ejercicio del poder constituyente, en igual sentido de los poderes constituidos.
- Segunda cámara del Órgano Legislativo, que toma decisiones relativas al Estado federal.
- Cultura federal.
- La integración de una pluralidad de entes, que quieren conformar un conjunto, pero no a través de la descentralización (Camps et al., 2016, pp. 11, 14, 15, 53).

- Distribución del poder y la soberanía entre los territorios que la componen, aunque el ejercicio de la soberanía se encuentra condicionado al consentimiento de los entes que la componen, la cual se debe diferenciar de un Estado nación, cuya soberanía la ejerce como un ente unitario, desde el centro.
- Cada ente busca mantener la singularidad en la lengua, tradiciones, formas de vida y peculiaridades jurídicas.
- Un autogobierno a escala local y otro gobierno compartido a escala general, que se encuentren coordinados e independientes.

Es en función de tales elementos que se deberá determinar si nos encontramos ante un Estado federal en Bolivia.

Si aquella definición del Estado compuesto no resuelve el tipo de organización del Estado de Bolivia se podrá quizá decir, verificando los elementos mencionados, que nos encontramos en un Estado unitario, como precisamente lo establece el artículo 1o. de la CPE con ciertos tintes de descentralización a través del establecimiento de las autonomías; o en un estadio intermedio entre el Estado unitario y el federal, por no haberse consolidado las autonomías en función a las pretensiones de cada departamento.

Aquí valga recordar lo que nos dice Camps, el Estado federal no es del todo una panacea que atempere las relaciones entre gobernantes, y resuelva los problemas de forma coordinada, sin embargo, obliga a un cambio de perspectiva (p. 8), entendemos en la forma de gobernar, y ante la existencia de varios federalismos en el mundo que guardan todos o algunos de los elementos señalados, lejos de los nominalismos, habría que precisar los principales problemas que la legislación boliviana presenta en un Estado con autonomías; con carácter previo realizaremos una breve comparación del federalismo en países de Latinoamérica.

### III. EL FEDERALISMO COMPARADO EN LATINOAMÉRICA

En Latinoamérica, los países que adoptaron el federalismo como sistema de organización política son Argentina, Brasil, México y Venezuela. La elección entre federalismo y unitarismo implica una preferencia hacia uno u otro sistema, principalmente debido a la percepción de que el primero evita el autoritarismo y permite la descentralización del poder para abordar los problemas regionales. Por otro lado, a favor del unitarismo se argumenta que este

sistema facilita una gobernanza a nivel nacional, siempre y cuando el Estado tenga políticas claramente definidas, claro está; sin embargo, lo cierto es que América Latina tiende a inclinarse por la descentralización como una forma preferida de gobierno en las últimas décadas (Eaton, 2018).

En este contexto, realizaremos una breve comparación del Estado federal de Brasil y Argentina con el Estado de Bolivia con “autonomías” y de carácter *compuesto* como lo señaló el TC, o un Estado con autonomías de carácter “centralizado”, como finalmente ha sido calificado (Urenda, 2018):

- La República Federativa de Brasil, se encuentra conformada por la Unión Federal, sus Estados miembros, Distrito Federativo y Municipios; la República de Argentina por las Provincias, la ciudad estado de Buenos Aires y Municipios; el Estado de Bolivia con autonomías, lo constituyen sus Departamentos, Provincias, Municipios y finalmente los territorios indígenas<sup>1</sup> originario campesinos; éstos no se encuentran creados dentro de la organización territorial de los citados países, constituyendo en Bolivia también una entidad territorial autónoma con autogobierno.
- En cuanto a la *autonomía*<sup>2</sup> en términos generales, Brasil consagra la autonomía de sus Estados y expresa que aquellos se organizan y rigen

---

<sup>1</sup> Los territorios indígenas se encuentran reconocidos desde la Constitución de 1994 (artículo 171); en la actual Constitución se reconocen en su artículo 269; entre las críticas a la actual autonomía otorgada a los Pueblos indígenas originarios campesinos se encuentran, la amplia facultad que tienen para la conformación de sus propios sistemas políticos, su propia justicia, en contraste con las demás autonomías que no pueden gozar de las mismas facultades, derechos o privilegios; contrario al principio de igualdad (Urenda, 2017, pp. 57-61); en contraste, en la realidad práctica no están ejerciendo los derechos que se les reconocen con esta titularidad, como el autogobierno, la propia autonomía; el respeto de estos territorios, entre otros aspectos (Tamburini, 2023).

<sup>2</sup> Sobre el *sistema jurídico federal*, Brasil no reconoce otras normas ajenas al constitucional; la República de Argentina reconoce la primacía de la Constitución, la que estaría además regulada por normas federales complementarias, que algunos autores lo llaman la “Constitución material”, como son las relativas a la coparticipación impositiva, legislación electoral, justicia federal, entre otros.

El Estado de Bolivia regula las “autonomías” mediante la LMAD (artículos 271, 10, 11), sin embargo, la regulación de solo 20 materias (artículos 81 al 100), es insuficiente, ampliamente genérica y exigua en lo que se refiere a las competencias o atribuciones de los subniveles; a su vez con cierta ambigüedad sugiere la posibilidad de una interpretación que percibe duplicidad o solapamiento de facultades entre los distintos niveles. Asimismo, la CPE establece alrededor de 200 mandatos de ley en distintas materias a ser emitidas por el Legislativo del Gobierno Central; sumado a ello, el artículo 71 de la LMAD establece que: “Todo mandato a ley incluido en el texto constitucional sin determinar la entidad territorial que legislará,



por sus propias Constituciones y leyes, debiendo observar los principios de la Constitución Federativa de la República de Brasil (CB); no otorga la Unión la facultad para federarse entre sí a los Estados. Argentina, consagra su autonomía a través del reconocimiento de la coexistencia de los diferentes órdenes estatales, la facultad para dictar sus propias Constituciones de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional Argentina (CNA), así como la distribución de competencias en aplicación de sus artículos 5o., 3o., 13 y 121 al 124. En cuanto a la posibilidad de federarse entre las Provincias la Constitución sólo le otorga facultades para la creación de “regiones para el desarrollo económico y social[...]”, así como la facultad de celebrar Tratados entre Provincias “[...]para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal[...]” (CNA, art. 124).

Bolivia, reconoce cuatro tipos de autonomías: *departamental, municipal, indígena-originario campesinas, y regional*; en cuanto a la *autonomía indígena* se rige por un autogobierno ejercido por las naciones y pueblos indígenas, con un Estatuto elaborado conforme a sus normas y procedimientos, y las *autonomías regionales*, que a su vez constituyen la facultad para la *asociación o unión* de municipios o provincias, no así de departamentos; aquellos para su asociación deben tener continuidad geográfica, y compartir lengua, cultura, historia, economía, y ecosistemas, sin trascender los límites de los departamentos, constituyendo aquella unión de dos o más entidades territoriales, de carácter atípico ya que no tiene facultad autonómica para crear normas, como se señala más adelante.

Cabe señalar que cada una de las autonomías arriba señaladas constituyen una unidad territorial o propiamente una “entidad territorial autónoma” (ETA);<sup>3</sup> las cuales *no se encuentran subordinadas entre sí y*

---

implica el ejercicio de exclusividad nacional[...]”; igualmente en cuanto a la cláusula residual se establece que toda competencia no incluida en la Constitución es atribuida al gobierno central; aspectos citados que finalmente le dan un matiz completamente centralizado a las “autonomías” establecidas por la CPE.

<sup>3</sup> La Declaración Constitucional No. 001/2013 del TC., estableció la diferencia entre una “unidad territorial” y “entidad territorial”, estableciendo que esta última es “[...] la institucionalidad que administra y gobierna en la jurisdicción de una unidad territorial, de acuerdo a las facultades y competencias que le confiere la Constitución [...]”, y a su vez que “[...] la autonomía, no es una cualidad que se adjudica a la unidad territorial, sino a la entidad territorial;

*tienen el mismo rango de jerarquía constitucional* (LMAD, art. 5 núm. 8; 6.I.1; 6.II.3 y art.14.I).

- En lo referido al *Senado como Cámara de representación territorial*, en Brasil, Argentina y en el mismo sentido en Bolivia, con el tiempo se ha verificado que no ejercen aquella función de forma efectiva; ya que generalmente ven avocadas sus actividades a los designios o lineamientos de los partidos políticos a los que subsumen su ejercicio; por ejemplo, la omisión de este órgano en el ejercicio como cámara de origen en aquellas leyes en materia tributaria en Argentina (Hernández, 2016, p. 380), en Brasil sujeto al Congreso (artículo 48.I, CB) y en Bolivia a la iniciativa del Poder Ejecutivo su creación o modificación, y su aprobación a toda la Asamblea (artículos 158.I.1, 23, CPE).
- Sobre las *competencias*<sup>4</sup> la Constitución de Brasil establece como tales: las competencias *privativas*, ejercidas por la Unión con poder para legislar determinadas materias, la cual mediante una *ley complementaria* puede *autorizar* a los Estados miembros a legislar sobre cuestiones específicas en estas materias (artículos 21 y 22, CB); la competencia *común* o compartida entre la Unión, estados, distrito federativo y municipios ejercida en pie de igualdad, sin que la actuación de una entidad venga a excluir el ejercicio de competencia de la otra, la cual interveniría agregadamente; la competencia *concurrente* que será ejercida por la Unión y estados además del distrito federativo, excepto por los municipios; emitiendo la Unión la legislación de *carácter general* (artículo 24, párrafo 1, CB) pudiendo ser *complementada* por los citados subniveles; aquellas normas no podrán ser contrarias a la ley estatal, de lo contrario

---

es decir, no es autónomo el territorio sino el gobierno que administra en esa jurisdicción territorial[...]" (énfasis añadido).

<sup>4</sup> Como elemento esencial de las competencias de la *cláusula residual*, en Brasil se reservan los estados miembros (artículo 25...§ 1o., CB) desde una delimitación negativa, aunque se señala que, por el nivel de regulación de la competencia concurrente se deja un escaso margen de maniobra a los estados (Souza, 2017, p. 286). En Argentina, su cláusula residual establece que: "las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación" (artículo 121, CAN). Aunque la subordinación jerárquica del ordenamiento jurídico provincial al ordenamiento jurídico federal es evidente por disposición del artículo 31 de la CNA, además de los diversos fallos de la Corte Suprema que así lo sostienen y sustentan. La cláusula residual en Bolivia, se encuentra reservada en favor del Estado así, señala el artículo 297.II de la CPE que "[t]oda competencia que no esté incluida en esta Constitución será atribuida al nivel central del Estado [...]".

serán ineficaces (Seijas, 2019, p. 361). Asimismo, “cuando correspon-da” (artículo 30.II, CB), los municipios tendrán la facultad de dictar leyes que completen leyes federales y estatales. Finalmente, en cuanto a la facultad de ejecución de las competencias, el sistema brasileño vincula aquella facultad a cada nivel administrativo.

En Argentina el sistema federal no tiene un desarrollo como el establecido en Brasil;<sup>5</sup> a su vez existe una profunda fisura entre la realidad práctica y la normativa en materia federal con una fuerte tendencia a la centralización (Hernández, 2016, pp. 375 y 376). Las competencias no se encuentran claramente sistematizadas, y según López (1997) existen cuatro tipos: la competencia *exclusiva* del Estado federal; competencia *exclusiva* de las provincias; la competencia *compartida* que haría referencia sólo a la posibilidad de la creación de una nueva o nuevas provincias, artículo 13 de la CNA, y las competencias *concurrentes* que consisten en la distribución de competencias legislativas entre la Nación y las provincias sobre una misma materia, siempre que no entre en conflicto con las leyes nacionales;<sup>6</sup> pudiendo incluso aplicarse a las leyes municipales, bajo la prohibición de no entrar en conflicto tanto con las leyes provinciales como nacionales (p. 248).

En Bolivia, las competencias son cuatro: *privativas*, propias del gobierno central, con facultad legislativa, ejecutiva, reglamentaria e indelegables; *exclusivas* que tiene el gobierno central, departamentos y municipios, de carácter delegable; competencias *concurrentes* cuya legislación es emitida por el gobierno central, debiendo ser ejercidas las facultades reglamentaria y ejecutiva por los subniveles, sin embargo, son ejercidas de forma “simultánea” entre el gobierno central y los sub-

---

<sup>5</sup> Es decir, en Argentina las provincias otorgan el poder a la Federación de manera residual (CNA, art. 121); en cambio en Brasil se señala explícitamente las facultades que tiene la Unión, y los Estados la obtienen de manera residual respecto de aquellas competencias que no les sean vetadas por la Constitución (arts. 21 y 22) (Corzo, 2020, p. 143).

<sup>6</sup> Los mecanismos para la protección efectiva de las competencias de los estados, provincias y federación, en Brasil y Argentina en caso de conflicto son resueltas en el Tribunal Supremo Federal y la Corte Suprema de Justicia respectivamente, ambas constituyen cabeza del Poder Judicial, pudiendo acudir ante ellas los estados, la federación y las entidades de administración indirecta (CB, art. 102); aunque en Argentina en cuanto a los municipios, éstos tendrán que acudir previamente ante el Poder Judicial de las Provincias, para finalmente recurrir ante la Corte Suprema de Justicia; en Bolivia ante un conflicto de competencias puede resolverse por la vía conciliatoria a través del Servicio Estatal de Autonomías y agotada la misma será resuelta mediante el Tribunal Constitucional (LMAD, art. 69).

niveles por interpretación del TC como se verá más adelante, y la competencia *compartida*, en la cual el gobierno central emite la legislación “básica”, para el desarrollo posterior por los subniveles (CPE, art. 297). El problema en estas dos últimas, además de la interpretación dada a la competencia concurrente, es que el gobierno es quien finalmente establece los lineamientos de política pública, dejando un escaso margen de autonomía a los subniveles.

- En referencia a la *Institución de coordinación intergubernamental*, en Brasil se encargarían de esta función los secretarios estatales o municipales y consejos, que en algunos casos tienen poder de decisión; en Argentina se realiza a través de los Consejos Federales, el Gobierno y los Ministros Provinciales, pudiendo éstos celebrar tratados (CNA, art. 125), como se señala líneas arriba; en Bolivia el Consejo Nacional de Autonomías es el órgano principal de coordinación<sup>7</sup> política, entre el Nivel Central del Estado y las ETA (LMAD, art. 121); al respecto la SC. 2055/2012, en su FJ. II.5.34, se encarga de aclarar que el Consejo “[...] de ninguna manera puede sustituir las atribuciones de los órganos de los diferentes niveles de gobierno, su naturaleza de coordinación política tiene el propósito de reafirmar el relacionamiento de las autoridades [...] pero no se constituye en una instancia en la que se imponen arbitrariamente las decisiones tomadas”; empero emergente de esta coordinación se puede llegar a acuerdos y convenios intergubernativos de carácter vinculante entre las ETA, o con el Estado como lo establece el artículo 133 de la LMAD; el Consejo debe reunirse al menos dos veces al año (LMAD, art. 124) hecho que no ha producido; habiéndose desarrollado solo 10 sesiones entre 2015 y 2018, avocándose al tratamiento del Pacto Fiscal sin resultado alguno, y sin atender otros temas de interés general (Ortuño, Apaza y Antezana, pp. 293 y 294) realizándose la última sesión el año 2021, no habiéndose consolidado como institución idónea para las autonomías hasta la fecha, ya que no ha aportado en nada a la asignación competencial de las ETA.

---

<sup>7</sup> La sentencia constitucional 2055/2012, en su FJ. II.5.33, señala los distintos tipos de coordinación que emergen del artículo 121 de LMAD, a ejecutarse por los distintos órganos: Coordinación Política. Consejo Nacional de Autonomías; Coordinación Técnica. Servicio Estatal de Autonomías; Coordinación Programática. Sistema de Planificación Integral del Estado; Coordinación Sectorial. Consejos Sectoriales; Coordinación Económica. Normas e instrumentos técnicos; Coordinación Convencional. Acuerdos y convenios intergubernativos.

- En cuanto al *régimen municipal*, en Brasil la autonomía de los municipios no está definida, sin embargo tienen independencia financiera y competencia para legislar sobre asuntos locales, y en la legislación estatal y federal cuando corresponda; pueden legislar exclusivamente o complementariamente asuntos de carácter local, tienen a su vez la facultad de aprobar su propia ley orgánica municipal; pudiendo tener una relación directa y bilateral con el gobierno federal; los municipios en este país adquieren mayor importancia por este grado de relación directa, tanto que ha dado lugar a denominarse el Estado federal de los municipios; en contraste con los estados que han ido perdiendo recursos frente a la Unión; actuando los municipios prácticamente como entidades federativas.

Respecto a los municipios en Argentina las relaciones entre el gobierno federal y los municipios no son directos, sino indirectos a través del gobierno provincial; aquéllas tienen autonomía política a través de la elaboración de su Carta Orgánica cuyo alcance y contenido se encuentra reglado por la Constitución Provincial.

En Bolivia los municipios se encuentran en situación de *igualdad frente a todas las ETA*, es decir, constituyen unidades territoriales o propiamente entidades territoriales, que no se encuentran subordinadas frente a las otras ETA, y *tienen el mismo rango de jerarquía constitucional* (LMAD, arts. 5 núm. 8; 6. I.1; 6.II.3 y 14.I), pudiendo acudir, en un posible conflicto de competencias con alguna ETA ante el Tribunal Constitucional.

- En relación con la política pública, financiación y a la distribución de las funciones gubernamentales, la Constitución de Brasil es una de las Constituciones que con mayor detalle lo establece y define, entre sus tres niveles de gobierno (Souza, 2017, p. 284). La Unión, los estados y los municipios tienen ingresos propios, a su vez los estados tienen derecho a las transferencias de crédito establecido constitucionalmente, las cuales son establecidas por el Fondo de Participación de los Estados (FPE) y el Fondo de Participación de los Municipios (FPM), constituyendo ambos el pilar que sostenía el federalismo fiscal, ya que actualmente no estarían siendo capaces de redistribuir los recursos en las regiones de forma eficiente (Figueiredo, 2020); por último, los Estados no pueden emitir deuda pública y hacer préstamos con el extranjero sin consentimiento previo de la Federación.

En Argentina, en cuanto a materia fiscal e impositiva, tanto para el gobierno federal como para las provincias, el criterio debe deducirse de lo establecido en los artículos 75, 4o., 9o., 121 y 126 de la CNA. Se señala que las provincias, con excepción de Buenos Aires, siempre fueron deficitarias y dependen de las transferencias que otorga el gobierno federal por coparticipación tributaria y establecida por ley (Ley 23548), coparticipación que se realiza con base en tres criterios: la población total de cada provincia, la densidad de población y la brecha de desarrollo (Kalos, 2023). En cuanto a materia tributaria, la coparticipación, el monto y los términos con las provincias continúan siendo una fuente de disputas, existiendo una concentración de los fondos en el tesoro nacional, sin haberse consensuado una ley al respecto, pese a estar establecido en su Constitución que exige la emisión de una ley y celebración de un Convenio; los ingresos tributarios están concentrados en el nivel federal; las transferencias de recursos económicos de los gobiernos nacionales a las Provincias suelen estar vinculadas a apoyos políticos y con el rendimiento de los votos en el Congreso, más que una respuesta a criterios objetivos de equidad y solidaridad; existiendo desigualdad entre las provincias o asimetrías, no porque la federación las produzca, ya que precisamente han adoptado la formación de Estados federales precisamente por las desigualdades y desequilibrios existentes (Grana, 2015).

En Bolivia el artículo 340 de la CPE, confiere la potestad al Estado para clasificar los ingresos o rentas del Estado mediante ley; a su vez el artículo 298. II, núm. 22, establece como competencia privativa del nivel central del Estado la “Política económica y planificación nacional”, es decir, no se delega, ni transfiere la legislación, reglamentación y ejecución, lo que demuestra la inexistencia de una descentralización económica o autonomía económica; situación que consolida aún más con la Ley de Sistema de Planificación Integral del Estado y sus Subsistemas Ley No. 777 de 21/1/2016.

En este contexto, el mayor ingreso que percibe Bolivia es a través de la renta petrolera, y es el Estado quien dispone del 80% de las regalías petroleras, el 75% de los impuestos, y en concreto dispone del 85% del total del gasto público (Urenda, 2017, p. 52). En cuanto a tributos el gobierno central a través de la Asamblea, mediante Ley No. 154 de 14/7/2011 clasifica y define los impuestos de dominio nacional, departamental y municipal (artículo 323. III CPE, 298.II.19, 299.I.). No pudien-

do los gobiernos autónomos crear impuestos cuyos hechos imposables sean análogos a los impuestos nacionales, departamentales o municipales existentes; asimismo, tanto los Departamentos como los Municipios, al igual que sucede en Argentina, no son autosustentables, por tanto son deficitarios y dependen de las transferencias fiscales; por último, entre otros límites, las ETA y demás entidades públicas no pueden contraer deuda pública sin previa autorización de la Asamblea Legislativa Plurinacional (art. 322, CPE; D.T. 5a., LMAD).

- Finalmente sobre la adopción de una *intervención federal*<sup>8</sup> en determinados supuestos, como se produce en Brasil y Argentina, en Bolivia no se encuentra establecida una determinación similar, con el fin de proteger al Estado en su defensa de cualquier agresión exterior o interior, al respecto Bolivia se declara “[...] un Estado pacifista[...] rechaza toda guerra de agresión como instrumento de solución a los diferendos y conflictos entre estados [...]”, aunque “[...]se reserva el derecho a la legítima defensa en caso de agresión que comprometa la independencia y la integridad del Estado” (art. 10.II, CPE), y en cuanto a la protección del *orden constitucional* o *la unidad* del Estado, no existe configurado un mecanismo jurídico procesal formal para acudir ante el Congreso en caso de producirse tal supuesto; en este contexto la CPE establece como *deber* de todo boliviano: “Defender la unidad, la soberanía y la integridad territorial de Bolivia [...]” (art. 108.13.), estableciendo a su vez que quién “[...] atente contra la unidad del país”, incurrirá en el delito de *traición a la patria*, de carácter imprescriptible (art. 110, 124, CPE); lo que en resumen implica; a diferencia de los países federales citados que en caso de presentarse aquellas causas, es el Congreso, el Senado, o finalmente el Ejecutivo con aprobación previa del Congreso, el que toma la determinación para una *intervención federal*; en Bolivia en cambio, puede ser iniciada una determinación similar, como se observa, a simple denuncia de la comisión de aquel delito por cualquier persona; lamentablemente la mayoría de las veces ajenas al fin de la unidad del país, sino con fines y lineamientos políticos.

---

<sup>8</sup> La intervención federal consistiría “[...] en la actividad que realizan los órganos de la federación, ya sea Ejecutivo o Legislativo, en relación con las entidades federativas con el objeto de mantener su forma republicana de gobierno o bien protegerlas de una invasión exterior o interior” (Corzo, 2020, p. 150).

De todo lo sucintamente expuesto, observamos los rasgos característicos de los estados federales y las diferencias con el Estado “autonómico” de Bolivia, concluyendo que, para un ejercicio competencial efectivo, las competencias, facultades y atribuciones, deben estar claramente definidas en las normas, ya que la mayoría de las veces por lineamientos o intereses políticos de los gobiernos en turno existe la tendencia hacia la “centralización”; asimismo deben establecerse los parámetros económicos sobre los cuales se sustente el ejercicio competencial; en el caso de Bolivia, para constituirse en un país con una descentralización efectiva y con autonomías, requerirá abordar y resolver de forma efectiva estos condicionamientos económicos, políticos y legales; entre ellos, aquellos que se detallan en el siguiente apartado.

#### IV. LOS PRINCIPALES PROBLEMAS DE LA CONFIGURACIÓN DE LAS AUTONOMÍAS

Los principales problemas en el ordenamiento jurídico boliviano constituyen entre otros: la determinación de las competencias en las cuatro formas de autonomía establecidas; el pacto fiscal para corregir las asimetrías existentes entre departamentos o entre las entidades territoriales autónomas que se encuentren ya constituidas; así como la actual configuración de la Autonomía Indígena Originario Campesino (AIOC).

##### *1. La determinación de las competencias*

En el ámbito jurídico, luego de haberse establecido un Estado con autonomías, a través de la CPE, configurándose un orden autonómico, con cuatro tipos de autonomías: departamental, indígena originario campesino, municipal y regional; el desarrollo, definición o alcance de cada una de las autonomías ha quedado truncada desde la emisión de la Ley Marco de Autonomías y Descentralización No. 031, del 19 de julio de 2010 (LMAD), ya que posteriormente no se ha advertido ningún desarrollo claramente relevante en esta materia, y que dé visos de una voluntad política para su perfeccionamiento o al menos de su mejora hasta la fecha.

En este escenario, en el ámbito económico desde que la LMAD abroga las leyes Ley de Participación Popular No. 1551 del 20 de abril de 1994, y la Ley de Descentralización Administrativa No. 1654 del 28 de julio de 1995,



no se ha modificado prácticamente el régimen fiscal y financiero, el cual se mantiene incólume como modelo de financiamiento emergente de la ley 1551 ya señalada, y si se entiende que el ejercicio pleno de la autonomía no se reduce a la autonomía política o administrativa sino a la capacidad fiscal de financiar el gasto autónomo con ingresos autónomos, sobre la base de la suficiencia fiscal (Ameller, 2013, pp. 21 y 39), entonces se concluye que la autonomía no se ha efectivizado, ya que no se produce tal capacidad en ninguno de los subniveles del Estado, además de no existir una asignación de los recursos con base en la eficiencia, sino a través de una asignación ciega y no fundada en méritos.

En el ámbito jurídico y político entre las diversas observaciones a la autonomía, por ejemplo el establecimiento de la *autonomía regional*, constituye un contrasentido, ya que ésta no goza de la capacidad o facultad para emitir leyes; yendo contra la misma acepción del término latín autonomía (autos=mismo, y nomos=leyes) que constituye la capacidad de darse leyes a uno mismo; así en la Constitución en el artículo 272 se dispone de una forma poco clara que la Autonomía Regional tiene “[...] facultad deliberativa, normativo-administrativa y fiscalizadora [...]”; sin embargo, se encarga de especificar expresamente la LMAD en su artículo 6.II.3, en la parte final que: “La autonomía regional no goza de la facultad legislativa”.

Otra observación general a las competencias autonómicas es la referida a la indeterminación o alcance de lo que se entiende por *reglamentación* y *ejecución*, medida inaplazable que no ha sido desarrollada por el Tribunal Constitucional, precisamente porque no se ha puesto en práctica su ejercicio a través del gobierno central y las cuatro formas de autonomía que permitan determinar el alcance de cada una de ellas; a su vez legislativamente la LMAD tampoco ha establecido los *alcances* de las competencias autonómicas ya establecidas en la Constitución, cuando se tenía la esperanza de que efectivamente se iba a proceder en sentido contrario.

Si observamos las competencias autonómicas desde un punto de vista cuantitativo, el Estado aún tiene mayores competencias respecto a los demás subniveles; por lo que podemos afirmar que aún nos encontramos en un Estado altamente centralista.

La cuestión se acentúa, si se toma en cuenta que las competencias *exclusivas* no han sido delegadas o transferidas por el Estado a las ETA; asimismo, en cuanto a las competencias *compartidas* el Estado aún no ha emitido leyes básicas, para que los demás subniveles puedan elaborar sus leyes de desarrollo.

Otro tanto ocurre con la competencia *concurrente*, que debiendo ser ejercida la legislación por el Estado frente a la facultad de *reglamentación y ejecución* ejercida por las ETA, como lo establece la CPE en su artículo 297.I.3, habría sido tergiversada por la LMAD en su significado, otorgándole la citada competencia también al Estado; disposición que aunque fue recurrida en inconstitucionalidad, la sentencia del Tribunal Constitucional Plurinacional (STCP) 2055/2012 del 16 de octubre, dispuso una interpretación particular; reconociendo aquella competencia al Estado *en determinados supuestos*, que finalmente hacen estéril esta competencia en cuanto a ejercerse la reglamentación y ejecución por las ETA.

También constituye un problema, el referido a las funciones y atribuciones entre niveles similares o interniveles, que al entretenerse a través de los *solapamientos* (ejercicio de una competencia que ha sido determinada para el Estado y también entendida para el subnivel, sin determinación estricta de las facultades de uno u otro) y *duplicidades* (el ejercicio por ambos órganos: Estado y subnivel) (Ameller et al., 2010, p. 29) en la práctica se han reducido a decisiones jerárquicas, o lo que es lo mismo, a decisiones con prevalencia del Estado sobre los demás subniveles, no resolviéndose a través de la vía judicial o mediante el desarrollo de leyes autonómicas definidas o determinadas; que podrían constituir en entre otras, vías de solución más apropiadas.

Finalmente, el ejercicio de las competencias no se encuentra absuelta de conflictos, respecto a lo que se entiende por reglamentación, ejecución, y su ejercicio por el Estado y los demás subniveles, como se señaló; la resolución y alcances de aquellos conceptos además dependerá necesariamente de una instancia de coordinación y conciliación de carácter técnico-político; que hasta la fecha no se ha visto materializada; nuevamente por la falta de voluntad política.

## 2. *El pacto fiscal*

El Estado siempre tiene un grado de asimetría en distintos ámbitos, y es en atención a aquellos que requiere de mecanismos o medidas de derecho (asimetrías de derecho) y medidas económicas para disminuir las desigualdades que existirían o se producirían.

Las asimetrías son diversas y se pueden observar en distintos ámbitos de un Estado: la población, territorio, riqueza; en el grado de autonomía y poderes otorgados, así como en las asignaciones fiscales o recursos fi-

nancieros; la representación en las instituciones federales; en las medidas o mecanismos para las relaciones intergubernamentales; la uniformidad en la aplicación de derechos fundamentales; así como en el grado de uniformidad existente en cada una de las Constituciones (o de sus Estatutos para el caso de Bolivia) de un Estado federal (Torrecillas, 2013, pp. 121-140).

Conformado el Estado con autonomías, y con las asimetrías existentes en Bolivia se ha pretendido, a través de las regiones que se consideran se encuentran menos favorecidas en la redistribución de los recursos, llevar a cabo un Pacto Fiscal luego de la promulgación de la última Constitución y la LMAD; sin embargo, después de 14 años, no se ha podido llegar a su concertación.

Precisamente el acuerdo para el establecimiento de políticas públicas y la distribución de recursos, se encuentra íntimamente relacionada con la información relativa a la distribución de la población que se efectúa a través del Censo,<sup>9</sup> debiendo realizarse cada diez años; el último fue en 2012, y debió efectuarse aquél en 2022, sin embargo, por Decreto Supremo (DS) 4760 de 13/7/22 y 4824 de 11/11/22, se postergó hasta el año 2024.

En este contexto, la Disposición Transitoria Décimo Séptima de la LMAD, establece que luego de conocido los resultados del Censo, en el plazo de seis meses sea el Consejo Nacional de Autonomías quien eleve la propuesta técnica para la concertación del Pacto Fiscal. Y aunque la Disposición transitoria “[...] dispone que haya un debate, pero no [establece] que éste concluya en algo concreto [...]” (Molina, 2013, p. 24), por lo que es ambigua en su redacción y conduce a una mayor confusión al momento de su interpretación; lo cierto es que por Pacto Fiscal se entiende según la CEPAL como aquel “[...] acuerdo social sobre el origen, destino y composición de los recursos necesarios para financiar al Estado [...] [y alcanzar] [...]”

---

<sup>9</sup> En el país se han realizado 11 Censos desde su creación, y se ha acordado desde 1992 el compromiso de llevarse a cabo cada diez años; el último debía realizarse el 16/11/2022 (D.S. 4545 de 21/7/21); sin embargo se argumenta, por un lado, que no se ha producido el Censo precisamente porque permitirá modificar la composición del Legislativo, por el número de escaños de diputados plurinacionales que se asigna en atención al parámetro demográfico, teniendo en cuenta que la población urbana representa el 70% y sólo cuenta con un 50% en escaños, hecho que actualmente favorecería al gobierno de turno (Zaconeta, 2021); por otro lado, el gobierno aduce por DS. 4760 13/7/22 el cual oficializa la reprogramación para el año 2024, y el D.S. 4824 de 11/11/22, que las razones para la reprogramación son debido a: el COVID-19, la socialización censal, las condiciones climáticas que generan inaccesibilidad caminera y la migración interna, además que se permitirá contar con una mejor actualización Cartográfica.

la materialización de un contrato social resultante del reconocimiento mutuo de obligaciones y derechos entre el Estado y los ciudadanos” (Velásquez, 2013, p. 28); reconocimiento y establecimiento de *derechos y obligaciones* que se traducirán en la definición real y concreta de las competencias de las entidades territoriales autónomas, que permitirá establecer el verdadero alcance de aquellas competencias; que necesariamente deben concertarse y establecerse, ya que entender el Pacto Fiscal en sentido diferente es quitarle el verdadero sentido o naturaleza al citado acuerdo.

En este entendido, es importante situarnos en contexto económico en el que se encuentra el Estado de Bolivia, este cuenta con dos tipos de ingresos, principalmente los tributos, que genera la actividad económica del país, y la que proviene de la posesión y explotación de yacimientos de distintas clases de recursos naturales; siendo estos últimos los que generan mayor ingreso económico para el país (Parada, 2010, pp. 181-216) y, que por la necesidad de controlarlos se ha acentuado el centralismo, el cual debe ser corregido a través de la redistribución de competencias, en los distintos niveles (Molina, 2013, pp. 13-24).

En la actualidad los entes subnacionales, y es importante señalarlo, económicamente no son autosuficientes, en el entendido de que éstas generan sólo y aproximadamente entre el 30% y 35% de los recursos, siendo el restante 70% o 65% producto de la asignación (Finot, 2016, pp. 57 y 67), por lo que se deben buscar políticas económicas que propendan a la autosustentación de los entes subnacionales, siendo en consecuencia evidente y necesario un Pacto Fiscal que pueda establecer no sólo los parámetros de la asignación de recursos, sino también que determine cuáles son los medios que permitirán u obligarán a estos gobiernos a ser autosustentables.

Precisamente, para un adecuado o exitoso modelo de autonomía debe existir un equilibrio entre ingresos y gastos; los cuales serán proporcionales en función a las atribuciones y competencias de los niveles de gobierno. Sin embargo, pese a encontrarse establecido en la Ley Marco de Descentralización y Autonomías que toda asunción de competencias será acompañada de un financiamiento adecuado, no establece los alcances de las competencias y los niveles de financiamiento y cofinanciamiento (Otter, 2010, pp. 45-77).

De lo mencionado, desde la perspectiva económica se sugiere, dentro de las tres funciones fundamentales del Estado como son: la asignación para la provisión de bienes públicos, redistribución del ingreso y, estabilidad; aquél ejerza la primera y los entes subnacionales los siguientes, para

una descentralización efectiva (Finot, 2016, p. 25) y un Estado más eficaz y equitativo.

En este sentido cabe decir que las transferencias fiscales en gobiernos federales tienen como objeto resolver las asimetrías existentes, sin embargo en Bolivia al no ser las ETA autosuficientes, no se han, ni se pueden diseñar de forma efectiva y eficiente aquellas transferencias, por tanto, las que se destinan no son productivas o no se representan o cuantifican en tales, generando en esta nueva autonomía la descoordinación, duplicidad y proyectos aislados de inversión pública, y la multiplicación de actores (Ameller et al., 2010, pp. 33, 43, 48), que finalmente no promueven el desarrollo en los entes subnacionales.

En síntesis, aunque el Pacto Fiscal no resolverá del todo los diferentes problemas relativos a la descentralización, al menos por este medio se establecerá y determinará los alcances reales de las competencias de cada uno de los diferentes subniveles del estado, así como los límites económicos a los cuales se deben sujetar.

Como corolario, es esencial la voluntad política del gobierno de turno que permita abrir canales de comunicación y concertación entre los diversos departamentos, y ETA, para la realización del Pacto Fiscal, con la finalidad de lograr la complementación y culminación de las Autonomías de forma responsable y eficiente.

### *3. La configuración de un Estado con autonomías Indígena Originario Campesinos*

Finalmente, la configuración de las Autonomías Indígenas Originario Campesinos<sup>10</sup> y principalmente su desarrollo constituye un desafío en la actualidad.

---

<sup>10</sup> La Constitución describe a las naciones o pueblos indígenas como toda aquella: “[...] colectividad humana que comparte identidad cultural, idioma, tradición histórica, instituciones, territorialidad y cosmovisión cuya existencia es anterior a la invasión colonial [...]” (CPE, 2009, art. 30.I).

Se afirma que en Bolivia la mitad de los 327 municipios podrían convertirse en AIOC, por la población autoidentificada como indígena que las habita; sin embargo a la fecha 11 municipios (que constituyen un 3.76% de un total de 163 municipios) han convenido su conversión a AIOC, y de tres municipios: Charagua Iyambae, Raqaypampa y Uru Chipaya han sido aprobados sus estatutos por el TC siendo este el último requisito para la constitución en AIOC.

Al respecto, se señala como factores que han impedido el proceso de conversión: el proceso administrativo y las normas que establecen requisitos complejos; la pérdida de poder

Si partimos desde la concepción de la Autonomía Indígena Originaria Campesina (AIOC), como fenómeno *multicultural* o *intercultural*, entendiendo la primera como el respeto a las múltiples culturas, y la segunda como la práctica de culturas diferentes de manera compartida y reflexiva; nos adherimos a esta última, bajo cuya concepción entendemos se deben desarrollar las autonomías.

El reconocimiento tiene tintes profundos, primero al romper los moldes de la realidad tradicional que permite no solo cuestionar, sino también comprender a nuestros pueblos indígenas, “deshacerse” del saber eurocéntrico, monocultural que quizá pueda ser excluyente y que arrasaría con los derechos esenciales de estos pueblos, entender nuevas concepciones y no tomarlas por señales de ignorancia, sino de saberes complejos y diversos, concebir que todas las culturas son “incompletas” y que precisamente se deben complementar; lo que Bonaventura Santos considera o denomina como “hermenéutica diatópica”.<sup>11</sup>

Y aunque la Constitución ha reconocido a las AIOC, los problemas que presenta para su materialización son varios; entre ellos los pueblos indígenas han considerado durante el proceso para el reconocimiento de la JIOC que han estado sujetos a condicionamientos respecto a la regulación

---

político que le ocasionaría al gobierno en turno y le restringiría a su vez poder político, legal y económico; el control por el Estado de los recursos naturales, cuando se preveía la gestión de los recursos por los territorios indígenas; así como la amenaza directa a la carrera política y pérdida de cargos, salarios y otros de las autoridades en función (Plata y Cameron, s.f.).

En la actualidad a nivel nacional existen 24 procesos autonómicos activos, 13 de base territorial y 11 de conversión municipal como se reitera, proceso burocrático que toma entre 10 y 14 años, para su consolidación (Marca, 2023); entre ellos el Territorio Indígena Multiétnico ubicado en la Sub-Amazonia donde habitan 26 comunidades de los pueblos Mojeño-Trinitario, Mojeño-Ignaciano, Movima, T'simane y Yuracaré inició el trámite de acceso a la autonomía, habiéndose evacuado la Declaratoria de Constitucionalidad de su Estatuto el año 2017, encontrándose pendiente la aprobación de su refrendación (Tamburini, 2022); así como de la Nación Cavineña del departamento del Beni.

<sup>11</sup> La concepción de un mundo intercultural y de su protección, a través de la hermenéutica diatópica podría ser entendida a través de la siguiente cita del autor:

Si, imaginariamente, un ejercicio de hermenéutica diatópica fuese realizado entre Visvanathan y un científico de cultura eurocéntrica es posible imaginar que la motivación para el diálogo, por parte de este último, se formularía del siguiente modo: ¿Cómo puedo mantener vivo en mí lo mejor de la cultura occidental moderna y democrática y, al mismo tiempo, reconocer el valor de la diversidad del mundo que aquella designó autoritariamente como no-civilizado, ignorante, residual, inferior o improductivo? Y ¿cómo se realizaría la hermenéutica diatópica entre cualquiera de ellos y una científica (blanca, negra, indígena) de la América Latina? (Sousa, 2010, p. 48).

que no hacen al sentido estricto de sus saberes o cultura; entre ellos la sujeción a un previo referéndum, el cual ha sido regulado por Decreto Supremo No. 231 del 9 de agosto de 2009 que incorpora en su artículo 9o. la estricta sujeción a la CPE; la excesiva burocracia o sujeción a trámites administrativos engorrosos; la reconstitución territorial en función al establecimiento de AIOC; la distribución y saneamiento de tierras; el debate de los conceptos de tierra y territorio; la indeterminación del tratamiento o sujeción a la norma de las AIOC como colectividades de personas o como sujetos territoriales; el régimen fiscal; la justicia comunitaria; la gestión de los recursos naturales; y también si es propicio aislar a las AIOC o que las Tierras Comunitarias de Origen (TCO) sean o no compatibles con un distrito municipal indígena, o que simplemente coincidan, y el problema no menos importante como es el relativo al ejercicio de las competencias de las AIOC que se encuentra también solapado y superpuesto con otros subniveles (Galindo, 2010, pp. 319-320).

En cuanto a la regulación de la jurisdicción indígena originaria campesina (JIOC), la CPE en su artículo 190 número 2, establece como límite o mandato que “La jurisdicción indígena originaria campesina respet[e] el derecho a la vida, el derecho a la defensa y demás derechos y garantías establecidos en la presente Constitución”, y dispone en su artículo 192, la reserva de la ley de la citada materia; emitiéndose al efecto la Ley de Deslinde Jurisdiccional No. 073 del 29 de diciembre de 2010 (LDJ), que en su artículo 3o. establece la igualdad jerárquica de la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción indígena originaria campesina, que finalmente no existe; ya que en principio aquella ley establece que el ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las materias de la JO, descritas en el artículo 10,<sup>12</sup> exclusión que también se amplía a “[...]otras que estén re-

---

<sup>12</sup> Establece la ley las materias que se encuentran excluidas:

“El ámbito de vigencia material de la jurisdicción indígena originaria campesina no alcanza a las siguientes materias:

- a) En materia penal, los delitos contra el Derecho Internacional, los delitos por crímenes de lesa humanidad, los delitos contra la seguridad interna y externa del Estado, los delitos de terrorismo, los delitos tributarios y aduaneros, los delitos por corrupción o cualquier otro delito cuya víctima sea el Estado, trata y tráfico de personas, tráfico de armas y delitos de narcotráfico. Los delitos cometidos en contra de la integridad corporal de niños, niñas y adolescentes, los delitos de violación, asesinato u homicidio; b) En materia civil, cualquier proceso en el cual sea parte o tercero interesado el Estado, a través de su administración central, descentralizada, desconcentrada, autonómica y lo relacionado al derecho propietario; c) Derecho Laboral, Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Derecho Adminis-

servadas por la Constitución Política del Estado y la Ley a las jurisdicciones ordinaria, agroambiental y otras reconocidas legalmente” (Ley de Deslinde Jurisdiccional No. 073, 2010, art. 10. II. d.).

Es decir, si bien se podría limitar la aplicación de la JIOC a determinados hechos; su alcance queda indeterminado, con la reserva que pueda establecer la Constitución y la ley, por lo que, a primera vista se limita o restringe la JIOC, en casi toda su extensión, cayendo por tanto en un sinsentido su regulación. Otra crítica, a la LDJ es su aplicación; en el entendido de que solo cuando los ámbitos de vigencia personal, material y territorial<sup>13</sup> concurren simultáneamente es que puede aplicarse la citada ley.

La regulación de los ámbitos, tampoco es clara; en cuanto al ámbito personal, por ejemplo, la norma refiere que “Están sujetos a la jurisdicción indígena originaria campesina los miembros de la respectiva nación o pueblo indígena originario campesino” (LDJ, art. 9); sin establecer el presupuesto o condición para ser considerado como tal; al respecto el Proyecto de Ley del Ecuador de administración de justicia indígena<sup>14</sup> señala en su artículo 8o. que la condición de indígena “[...] se establecerá por el hecho de haber participado en la vida y actividades de la colectividad indígena, en calidad de miembro de ella, siempre que no hubiere sido expulsado de su seno”; descripción que consideramos detalla con mayor precisión aquel estado; a su vez es importante recordar el pronunciamiento de la Corte Constitucional de Colombia, la que estableció que no es aceptable renunciar ser miembro de una nación o pueblo con el fin de evadir la responsabilidad (Assies, 2010, p. 60), asimis-

---

trativo, Derecho Minero, Derecho de Hidrocarburos, Derecho Forestal, Derecho Informático, Derecho Internacional público y privado, y Derecho Agrario, excepto la distribución interna de tierras en las comunidades que tengan posesión legal o derecho propietario colectivo sobre las mismas; [...]” (Ley de Deslinde Jurisdiccional, art. 10.II).

<sup>13</sup> La Ley de Deslinde Jurisdiccional en su artículo 8o. establece como presupuesto para su aplicación, lo siguiente: “Artículo 8. (Ámbitos de Vigencia). La jurisdicción indígena originaria campesina se ejerce en los ámbitos de vigencia personal, material y territorial, cuando concurren simultáneamente”

<sup>14</sup> Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional del Artículo 191, Inciso 4 [Constitución del Ecuador]; Ley de Administración de Justicia de las Autoridades Indígenas. En Cedla (ed.), *Las Autonomías indígenas originarias. Procesos políticos del Movimiento Indígena en América Latina y Bolivia* (pp. 358-372).

El citado Proyecto establece también a quienes se denomina colectividad indígena, autoridad indígena, y la obligatoriedad del cumplimiento de las decisiones indígenas; dispone a su vez en caso de duda en conflictos entre la autoridad indígena y la estatal, resolverse en favor de la indígena.



mo se extraña en la LDJ la regulación de las colectividades, y su respectivo tratamiento.

En lo que respecta al ámbito territorial, a los hechos y efectos que se producen en la jurisdicción de las AIOC, no se ha desarrollado o regulado aquellos problemas relativos a la pertenencia de las personas a un determinado territorio; el ejercicio de los derechos fundamentales colectivos sobre tierra y territorio; el acceso a los recursos naturales renovables y no renovables en el marco de la Constitución, así como el alcance respecto al aprovechamiento sustentable de estos recursos, el tema referido al subsuelo, si éste constituye parte del territorio; el control y manejo de la tierra en armonía con la conservación del hábitat y de acuerdo con la visión de desarrollo de cada pueblo, o mejor aún desde una visión universal de protección al medio ambiente, evitando el extractivismo y su destrucción.<sup>15</sup>

Finalmente, el ámbito material, como ya se señaló, se ha restringido tanto su alcance, que no solamente hacen inaplicable la jurisdicción indígena, en caso de conflicto con la JO, sino que producto de aquella restricción no existe análisis de la casuística y el correspondiente desarrollo jurisprudencial que pueda determinar su alcance real, su contenido, y dimensión; por lo que cabría decir que la JIOC se ha visto reducida a un simple conjunto de buenas intenciones.

Ahora bien, independientemente de la simultaneidad de los tres ámbitos, establecido como requisito para la aplicación de la LDJ; cabe realizar un breve análisis combinatorio de aquellos, que quizás puedan darnos algunas perspectivas, si es que existen, respecto a una probable aplicación en las distintas jurisdicciones. Y aunque los supuestos pueden ser muchos, sin embargo, no debe limitarnos en realizar al menos un estudio breve de algunas de sus probabilidades.

En el ámbito *personal*, (NI = No indígena, I = Indígena) la conducta, acto, actividad realizada por el indígena o no indígena se enlaza con el ámbito *material* (MJI = Materia de Jurisdicción Indígena, MJO = Materia de Jurisdicción Ordinaria) y el ámbito *territorial* (TJI = Territorio de Jurisdicción Indígena, TJO = Territorio de Jurisdicción Ordinaria).

---

<sup>15</sup> Al respecto la Constitución en su artículo 352, establece que “La explotación de recursos naturales en determinado territorio estará sujeta a un proceso de consulta a la población afectada, convocada por el Estado [...]”, a su vez el artículo 353 en cuanto a los recursos provenientes de los recursos naturales establece que se asignará una participación prioritaria a los territorios y a las naciones y pueblos indígena originario campesinos.

De lo señalado, los supuestos serían los siguientes:

- |                             |                             |                             |
|-----------------------------|-----------------------------|-----------------------------|
| <b>1.</b> NI NI - TJO - MJO | <b>2.</b> NI NI - TJO - MJI | <b>3.</b> NI NI - TJI - MJO |
| <b>4.</b> NI NI - TJI - MJI | <b>5.</b> NI I - TJO - MJO  | <b>6.</b> NI I - TJO - MJI  |
| <b>7.</b> NI I - TJI - MJO  | <b>8.</b> NI I - TJI - MJI  | <b>9.</b> I I - TJO - MJO   |
| <b>10.</b> I I - TJO - MJI  | <b>11.</b> I I - TJI - MJO  | <b>12.</b> I I - TJI - MJI  |

— 1 y 12

- 1.** NI NI - TJO - MJI
- 10.** I I - TJO - MJI

El primer supuesto es en concreto el establecido por la LDJ, y se resuelve en función a cada sistema jurídico, por el principio de igualdad de los sistemas, aunque reiteramos es finalmente el Estado a través de la JO quien determina los límites de la JIOC, por lo que la igualdad de sistemas es un simple enunciado.

El segundo supuesto es similar al anterior, vista desde la perspectiva inversa, y referida a la aplicación de las dos jurisdicciones, en sus tres ámbitos coincidentes. El ejemplo para la JO sería la aplicación de la norma civil, penal, tributaria, etcétera, a cualquier persona no indígena sobre un hecho establecido en aquellas leyes específicas. En relación con la JIOC, se aplicaría a aquellas personas que se autoidentifican dentro de las AIOC, sobre un hecho que se produce en aquel territorio, aplicando sus normas consuetudinarias, de uso social, costumbre, etcétera, con los límites establecidos en la Constitución.

— 4 y 9

- 4.** NI NI - TJI - MJI
- 9.** I I - TJO - MJO

— 5 y 8

- 5.** NI I - TJO - MJO
- 8.** NI I - TJI - MJI

En este segundo supuesto, existe una coincidencia en el ámbito *material* y *territorial*, por ejemplo, el supuesto serio de la contaminación del medio ambiente en JI, por dos no indígenas o, la realización de un acto, conducta o actividad de dos indígenas contrarios a la norma de la jurisdicción ordinaria; o finalmente una acción del uno contra el otro con la coincidencia de los ámbitos material y territorial. En ambos casos diríamos *a priori*, que se debería aplicar en cada supuesto la jurisdicción indígena u ordinaria respectivamente por la coincidencia mayor en los ámbitos.

— 2 y 10.

2. NI NI - TJO - MJJ

10. I I - TJO - MJJ

— 3 y 11

3. NI NI - TJI - MJO

11. I I - TJI - MJO

— 6 y 7.

6. NI I - TJO - MJJ

7. NI I - TJI - MJO

En los siguientes supuestos, la coincidencia en los ámbitos es menor, por tanto el acto, conducta, actividad o hecho, puede ser más difícil de resolver.

En cuanto al ámbito material se refiere, un hecho puede encontrarse en el ordenamiento ya codificado, reglamentado o establecido, y no por ello se entiende que el ámbito *material* arrastrara al ámbito *territorial*, en atención a la norma ya establecida, si el ámbito territorial no coincide con el material por ejemplo.

En el caso dado de no encontrarse regulado en la jurisdicción ordinaria, se acudiría a un criterio de interpretación; y para el caso de la JI, se aplicaría o buscaría un método de acuerdo con el uso social, costumbre o tradición de la JI, si no se encuentra establecida u observada, claro está.

En caso de estar contemplada la materia por ambas jurisdicciones es difícil establecer cuál de aquellas predominará; es también cierto que cabría

verificar si no existe una norma alternativa tanto en la JO o JI, que permita una solución mucho más beneficiosa, sea por la vía conciliatoria, o resaurativa a través de las normas consuetudinarias, usos sociales, costumbre, etcétera.

Otra cuestión también espinosa es la posibilidad de aplicarse la JI, y que esta sea contemplada por la vía ordinaria contraria a la protección de los derechos fundamentales, por ejemplo, contra el principio del juez natural, y/o el derecho al debido proceso, entre otros.

El ámbito territorial también constituye un factor que podría determinar la norma a aplicarse, especialmente desde la perspectiva del bien afectado, que puede ser en interés de una parte geográfica o estratégica del país; de alguna AIOC, departamento, del Estado; o tratarse de un bien común, como por ejemplo el agua, los recursos hidrocarburíferos, los minerales, un sistema natural, el medio ambiente, etcétera.

En cuanto al ámbito personal, como factor de relevancia, el acto “ilegal” puede emerger de una relación jurídica *personal*, *real* (en virtud del objeto); o de un *acto* o *actividad* en concreto, desde el punto de vista de la materia civil; penal, laboral, administrativo, tributario, etcétera.

El acto, hecho, actividad o conducta sea activa o pasiva, será valorado, también entre otros factores, por el número de personas que participan en aquel hecho o interacción; la intencionalidad; el resultado o efecto de aquel hecho contra alguna libertad o relación jurídica.

Se debe, además de las relaciones entre sujetos jurídicos, interpersonales o intersubjetivos ya señaladas; observar las relaciones entre ordenamientos o relaciones intersistémicas, y a su vez las relaciones entre el derecho y otros órdenes normativos como la moral, la costumbre, usos sociales, creencias, etcétera.

Desde la óptica del Proyecto de Ley del Ecuador, por ejemplo, las faltas cometidas en territorio indígena por el *no indígena* y que tengan domicilio, residencia, negocio, industria en el territorio de la comunidad indígena, serán sometidos a esta jurisdicción. Un segundo aspecto que regula es el de aquel indígena que no pertenece ni al territorio, y sobre hechos en los que es aplicable la JO; otorgando la facultad de resolver alternativamente previo acuerdo de partes, a través de la jurisdicción indígena. También se establece en el Proyecto como límite la prohibición de la violación de los derechos fundamentales, y se dispone también que ante la duda en los conflictos de “competencia”, se estará a favor de la jurisdicción indígena. Aunque la regulación resultaría novedosa, sin embargo, por los diversos factores que confluyen

en los distintos ámbitos requiere un desarrollo más específico en cada una de las situaciones, como finalmente líneas abajo consideramos.

El pluralismo jurídico que se pretende aplicar en Bolivia, entendido aquél como la coexistencia de varios sistemas jurídicos, y que surge no solo del derecho como único orden normativo, sino de la sociedad en su conjunto y de la vida cotidiana, se contrapone al principio de autonomía al momento de determinar la jurisdicción a aplicarse en cuestiones relativas a los intereses del estado en su conjunto con una determinada región; es por ello que en Bolivia pese a estar establecida en la CPE en su artículo 178.I, su desarrollo no ha tenido mayor avance.

En consecuencia, como se observa, de la multiplicidad de supuestos que se pueden producir tomando en cuenta los ámbitos y factores antes vistos, se podría *a priori* afirmar a riesgo de caer en un simplismo, que la aplicación de la norma sería en atención a la mayor coincidencia de los elementos o ámbitos, sin embargo, no resuelve la multiplicidad de casos que se pueden producir. En realidad, cuando se habla de cualquiera de los ámbitos, en muchos casos necesariamente se relacionan o entrelazan el uno con el otro, por lo que la tarea se complica aún más a la hora de determinar qué jurisdicción se debe aplicar.

En *segundo lugar*, quizá se debería enfocar el desarrollo de la JIOC desde la perspectiva de concepciones, criterios, principios o valores como el bien común; la trascendencia constitucional de la materia; la solución más favorable a las partes, la comunidad o al Estado; el interés público; para encontrar un acuerdo o consenso en beneficio de todos. Empero no todo consenso permite un beneficio para todos, por lo que no se buscará soluciones de suma cero, sino al contrario de suma positiva para ambas partes, resolviendo con compensaciones, cuando el daño pueda ser indirecto o colateral, por ejemplo, al medio ambiente.

Ahora bien, si se valora en función a la perspectiva universal, esta lógica ciertamente recibirá críticas, porque existe la posibilidad de ser absorbida la JIOC por aquélla.

En *tercer lugar*, como ya hemos observado, la aplicación de la LDJ sólo cuando coincidan los elementos de territorio, materia y persona, reduce el ámbito de aplicación de la JIOC; por tanto, el aparente pluralismo jurídico que existiría en nuestro país emergente de aquella ley, sólo constituye la excusa y el obstáculo que está postergando en realidad la regulación, atención, concertación y resolución de temas que tienen relación con aquella ley y de igual o mayor importancia, como, por ejemplo, el ejercicio de los

derechos fundamentales colectivos sobre tierra y territorio; el acceso a los recursos naturales renovables y no renovables; la consideración del subsuelo si se constituye como parte del territorio IOC; el control y manejo de la tierra desde una visión universal de protección al medio ambiente, el referido a la pertenencia a un determinado territorio indígena de un grupo de personas que se identifiquen como tales, entre otros.

*Cuarto*, ante la inexistencia de un real deslinde jurisdiccional, se debería hablar más bien de la aplicación de la justicia indígena en coordinación con la justicia ordinaria, y desde el ámbito material a través de la categorización de las transgresiones que usualmente se presentan en la justicia indígena.<sup>16</sup> En esta categorización las transgresiones, ilícitos o hechos como: el asesinato, violación, medio ambiente/recursos naturales, avasallamiento de tierras, no reconocimiento de hijos, tráfico de drogas; podrían entrar en una categoría que merezca un mayor desarrollo legal o jurisprudencial, con el fin de establecer una aplicación acorde a los valores de ambas jurisdicciones, o de alguna en particular si corresponde, por la importancia y trascendencia a nivel social de los valores o bienes que se encontrarían en conflicto.

Así también, entendiendo que la JIOC, parte desde la lógica *conciliatoria, restaurativa y sancionatoria* (Bazurco y Exeni, 2012, pp. 116-117), quizá se debería poner mayor énfasis en los primeros para una mejor administración de la justicia; ya que la justicia ordinaria aplica la misma lógica, pero en diversos contextos, y sin duda con mayores formalismos, que no necesariamente significa que sea mejor o peor en muchos casos.

En realidad como se afirma, el problema de la coordinación no se agota en la legislación, y ante una legislación que no respeta la igualdad de sistemas y en la que se produce una “colonización jurídica” con predominancia

---

<sup>16</sup> En un estudio realizado por un grupo de investigadores se verifica 27 infracciones, más comunes que se producen en la justicia indígena; estas son: Daño a chacras o pastizales/traspaso de ganado; Robo; Peleas de pareja/separación/violencia familiar; Peleas entre comunarios; Conflicto de linderos, terrenos entre comunarios; Peleas entre familiares; Asesinato; Medio ambiente/recursos naturales; Adulterio/infidelidad; Difamación, calumnias, injurias, chisme; Conflictos de linderos entre comunidades, ayllus; Herencia; Falta a los usos y costumbres/incumplimiento del cargo; Violación/intento de violación; Brujería; Avasallamiento de tierras; Irrespeto a la autoridad; Deudas; Mentira; Transferencia de terrenos familiares; Turnos de riego; Abandono de hogar; Flojera en el sembradío; Hurto de niños; Agresión verbal/insultos; No reconocimiento de hijos; Tráfico de drogas (Bazurco, Mm. y, Eexeni Rodríguez, J. (2012).

de la JO, se debería optar por mecanismos alternativos de coordinación institucionales, o de otra índole.<sup>17</sup>

Finalmente, para la aplicación de la justicia indígena en coordinación con la justicia ordinaria mediante el desarrollo jurisprudencial, este permitiría el análisis y regulación de forma particular, a diferencia de la ley que tiene una visión general, debiendo enmarcarse en la tolerancia,<sup>18</sup> o más bien en el respeto de los diversos criterios.

Esta coordinación o desarrollo tiene como objetivo o fin práctico, determinar finalmente si existen diferencias que se alegan pueden existir, o se trata de un simple sobredimensionamiento de las diferencias culturales, verificando a su vez si en las transgresiones, faltas, delitos o hechos ilícitos, se puede verificar matices o rasgos sutiles que permitan converger a alcanzar un grado de consenso y eficacia en la administración de la justicia y aplicación efectiva de la norma.

## V. CONCLUSIONES

Los problemas que se deben resolver para la conversión de un Estado unitario a un Estado con autonomías, o quizá hacia un Estado federal, como en principio se había pretendido dependen no solo de su positivización en la Constitución, sino de la voluntad política para hacer efectiva la descentralización de las unidades territoriales. Esta descentralización no sólo depende del desarrollo normativo y definición de las competencias, que no se ha pro-

---

<sup>17</sup> Se sugiere para una mejor coordinación entre la justicia indígena y ordinaria, partir desde las siguientes premisas:

“1. Una norma es un instrumento insuficiente por sí mismo para garantizar la coordinación entre las justicias indígenas y la justicia ordinaria. 2. La ley no es un mecanismo indispensable para la coordinación. 3. Una norma inadecuada puede convertirse en un mecanismo de nueva colonización jurídica sobre las justicias indígenas. 4. Una ley de coordinación o deslinde jurisdiccional, si es expedida, debe ser genuina expresión del Estado plurinacional” (Grijalva Jiménez, A. y Exeni Rodríguez, 2012).

<sup>18</sup> El principio de tolerancia es entendido en base a tres criterios:

Primero: rechazo de todo tipo de dogma y de toda verdad única. Yo estoy siempre obligado a argumentar, a dar razones para sostener lo que sostengo. Segundo: respeto al denominado harm principle. Harm significa “hacerme daño”, “perjudicarme”. El principio es, por tanto, que la tolerancia no comporta ni debe aceptar que otro me perjudique. Y viceversa por supuesto. Tercero: el criterio de la reciprocidad. Si yo te concedo a ti, tu tienes que concederme a mi: du ut des. Si no hay reciprocidad, entonces la relación no es de tolerancia (Sartori, 2010, p. 123).

ducido en Bolivia; sino también de la capacidad económica para su ejercicio mediante la asignación de recursos.

La LMAD no ha satisfecho las expectativas en cuanto al desarrollo de las competencias normativamente; y después doce años las competencias exclusivas no han sido delegadas; las concurrentes no tienen su razón de ser, si el Estado ejerce todas las facultades; asimismo el desarrollo y definición de las competencias es esencial para evitar duplicidades y solapamientos en el ejercicio de las competencias; debiendo determinarse el alcance de cada una de las competencias.

En el ámbito económico la asignación de recursos a cada subnivel no se ha establecido por la falta de concertación para llevar a cabo el pacto fiscal, con el fin de reducir las asimetrías existentes.

Así también, la autonomía económica depende de la capacidad fiscal que pueda tener cada ETA para sustentarse a sí mismo, en función a sus propios ingresos; debiendo a su vez asignar los recursos el Estado a las autonomías en atención al mérito, y eficiencia, y no como se viene efectuando actualmente.

Finalmente la configuración de las Autonomías Indígenas Originario Campesinas, no se reduce sólo a resolver mediante mecanismos de judicialización la materia indígena, que dicho sea de paso, se puede resolver a través de la categorización de las infracciones y medios alternativos; sino que aparea también resolver problemas de vital importancia tanto para la población indígena, como para el Estado en su conjunto, y que tienen estricta relación con materia ambiental; como son los temas referidos al ejercicio de los derechos fundamentales colectivos sobre tierra y territorio; el acceso a los recursos naturales renovables y no renovables; la consideración del subsuelo si constituye como parte del territorio IOC; el control y manejo de la tierra desde la perspectiva de la protección del medio ambiente.

## VI. REFERENCIAS

- Ameller Terrazas, V. y Rocabado Mejía, C. (2013). *Política Pública, Autonomías Fiscales*. PNUD.
- Ameller Terrazas, V, Chávez, Rodríguez D., Lora Rocha, O., Olk, C. y Reynolds Brun, M. (2010). *La construcción del Estado autonómico. Elementos para el debate y la concertación*. GTZ.



- Assies, W. (2010). Autonomía y jurisdicción indígena originario campesina en América Latina. En Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario [Cedla] (Ed.), *Las Autonomías Indígena Originarias. Procesos políticos del Movimiento Indígena en América Latina y Bolivia*. Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario.
- Assies, W. (2006). La «media luna» sobre Bolivia: nación, región, etnia y clase social. *América Latina Hoy*, 43, 87-105. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=30804304>
- Bazurco, M. y Exeni, J. (2012). Bolivia: Justicia indígena en tiempos de plurinacionalidad. En B. Sousa y J. L. Exeni (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia* (pp. 49-144). Abya Yala.
- Blanco, R. (2017). *Los rostros del Federalismo* (2a. ed.). Alianza.
- Bohrth, C. (2012). Autonomía departamental. Lento inicio de la Odissea Nacional. En W. Apaza (Ed.), *El andar de la autonomía departamental en Bolivia: caminantes y senderos*. Virgo.
- Bohrth, C. (2016). Controversias sobre el régimen competencial y la Sentencia Constitucional 2.055/2012, *Revista Jurídica Derecho*, 3(4). [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2413-28102016000100004&lng=es&nrm=i](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100004&lng=es&nrm=i)  
[so](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2413-28102016000100004&lng=es&nrm=i)
- Camps, V., Botella, J. y Trillas, F. (2016). *¿Qué es el federalismo?* La Catarata.
- Choque Aldana, M. y Córdova, E. (2012). Los proyectos del estatuto autonómico en los departamentos de Bolivia. En W. Apaza Toorres (Ed.), *El andar de la autonomía departamental en Bolivia: caminantes y senderos*. Virgo.
- Corzo Sosa, E. (2020). Consideración en torno al origen y evolución de la intervención Federal en Argentina, Brasil y México. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 120, 139-168.
- Eaton, K. (2018). Federalismo versus descentralización en América Latina. [https://presidencia.gencat.cat/es/ambits\\_d\\_ac-tuacio/desenvolupament\\_autogovern/institut-destudis-autogovern/observatori/50-ombres-del-federalisme/americallatina](https://presidencia.gencat.cat/es/ambits_d_ac-tuacio/desenvolupament_autogovern/institut-destudis-autogovern/observatori/50-ombres-del-federalisme/americallatina)
- Fernández, F. (1992). *El Sistema Constitucional Español*. Dykinson.
- Figueiredo, M. (2020). El federalismo fiscal en Brasil: ¿Realidad o ficción? *Revista RYD República y Derecho*.
- Finot, I. (2016). *Pacto Fiscal. Como conciliar eficiencia con equidad*. Plural.

- Galindo, M. (2010). Viabilidad de las autonomías IOC con base en el mandato de la CPE y la Ley 4021. En Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario (Ed.), *Las Autonomías Indígena Originarias. Procesos políticos del Movimiento Indígena en América Latina y Bolivia*. Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario.
- Granato, L. (2015). Federalismo argentino y descentralización: sus implicancias para la formulación de políticas públicas. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5331249>
- Grijalva, A. y Exeni, J. (2012). Coordinación entre justicias, ese desafío. En B. Sousa y J. L. Exeni (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya Yala, Rosa Luxembur.
- Hernández, A. M. (2016). Veinte propuestas para fortalecer el federalismo argentino. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (146).
- Hernández, A. M. (s.f.). *Presidencialismo y Federalismo en Argentina*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/20.pdf>
- Kalos, M. (2023). Coparticipación: Qué es, cómo se compone y qué papel juega en la política hoy. *El Civismo, Semanario de la ciudad de Lujan*. <https://www.elcivismo.com.ar/notas/13708/>
- López Bofill, H. (1997). Notas sobre la experiencia federal en Argentina. *Revista de Estudios Políticos*, (98).
- Maiz, R. (2018). *Nacionalismo y Federalismo. Una aproximación desde la teoría política*. Siglo XXI.
- Marca, J. P. (2023). Burocracia en la consolidación de las autonomías indígenas impide el ejercicio del derecho a la autodeterminación. *ANF*. <https://www.noticiasfides.com/nacional/sociedad/burocracia-en-la-consolidacion-de-las-autonomias-indigenas-impide-el-ejercicio-del-derecho-a-la-autodeterminacion-421495>
- Mesa Gisbert C. (2020). *La sirena y el charango (5a. ed.)*. La Paz - Bolivia.
- Molina, F. (2013). Las implicaciones políticas del Pacto Fiscal. En S. Käss, V. Ameller y I. Velásquez (Eds.), *Pacto Fiscal. Una oportunidad para la reforma de la Gestión Pública. Hacia el cumplimiento de las nuevas metas de desarrollo al 2025*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Ortuño Casson, E., Apaza, D. y Antezana, M. (s.f.). El Consejo Nacional Autonómico y el quebrantamiento de los Principios de Coordinación y Lealtad Institucional en la Discusión del Pacto Fiscal. En F. Santander

- (Coord.), *Autonomías, 10 años, Temas, Visiones*. Viceministerio de Autonomías. [https://www.presidencia.gob.bo/documents/va/10\\_anios\\_de\\_autonomia.pdf](https://www.presidencia.gob.bo/documents/va/10_anios_de_autonomia.pdf)
- Otter, T. (2010). Aspectos económicos de descentralización y autonomía. En S. Käss, y I. Velásquez (Eds.), *Bolivia en la senda de la implementación de la Ley de Marco de Autonomías y Descentralización*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Otto, I. (2001). *Derecho Constitucional. Sistema de fuentes* (8a. ed.). Ariel.
- Parada, J. (2010). La Ley Marco de Autonomías en el contexto fiscal de Bolivia. En S. Käss y I. Velásquez (Eds.), *Bolivia en la senda de la implementación de la Ley de Marco de Autonomías y Descentralización*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Plata, W. y Cameron, J. (2019). ¿Quiénes dicen no a las autonomías indígenas y por qué?: pragmatismo, hibridez y modernidades alternativas en la base. <https://bitacoraintercultural.org/wpcontent/uploads/2019/06/Quienes-dicen-no-a-las-autonomias-indigenas-y-por-que.pdf>
- Párraga, M. G., Perales, V. H. y Usnayo, J. L. (2021). Censo en Bolivia: apuntes para la construcción de un indicador de multilocalidad. *Temas Sociales*, (49). [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0040-29152021000200138](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0040-29152021000200138)
- Proyecto de Ley de Desarrollo Constitucional del Artículo 191, Inciso 4; Ley de Administración de Justicia de las Autoridades Indígenas. Ecuador (2010). En Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario (Ed.), *Autonomías indígenas originarias. Procesos políticos del Movimiento Indígena en América Latina y Bolivia*. Centro de Estudios para el Desarrollo Laboral y Agrario.
- Rui de Britto, A. A. (1998). La federación en Brasil: impasses y perspectivas. En *Las regiones ante la globalización*. Centro de Estudios Mexicanos y Centroamericanos. <https://doi.org/10.4000/books.cemca.3750>.
- Sartori, G. (2010). *La democracia en treinta lecciones*. Taurus.
- Seijas Villadangos, M. (2019). El federalismo brasileño. *UNED, Revista de Derecho Político*, (104), 351-376.
- Sentencia Constitucional Plurinacional No. 1714/2012 de 1 de octubre de 2012.
- Sentencia Constitucional Plurinacional No. 2055/2012 de 16 de octubre de 2012.
- Sousa Santos, B. de (2010). *Refundación del Estado en América Latina*. Instituto Internacional de Derecho y Sociedad.

- Sousa, B. de (2012). Cuando los excluidos tienen Derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e Interculturalidad. En B. de Sousa y J. L. Exeni (Eds.), *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. Abya Yala, Rosa Luxemburg.
- Souza, C. (2017). La ingeniería política del federalismo en Brasil. En W. Hofmeister y J. Tudela (Eds.), *Sistemas Federales una comparación internacional*. Konrad Adenauer Stiftung.
- Tamburini, L. (2023). El Mundo Indígena 2023: Bolivia. IWGIA. <https://www.iwgia.org/es/bolivia/5076-mi-2023-bolivia.html>
- Tamburini, L. (2022). El Mundo Indígena 2022: Bolivia. IWGIA. <https://iwgia.org/es/bolivia/4782mi2022bolivia.html#:~:text=El%20Territorio%20Ind%C3%ADgena%20Multi%C3%A9tnico%20TIM,%2C%20T'simane%20y%20Yuracar%C3%A9>
- Torrecillas, D. (2013). O federalismo assimetrico: Unidade na Diversidade. En D. Torrecillas (Ed.), *O Federalista atual*. Arraes.
- Urenda, J. C. (2017). *Las autonomías centralizadas*. Plural.
- Velásquez, I. (2013). El Pacto Fiscal para promover la equidad desde la perspectiva de la teoría. En S. Käss, V. Ameller y I. Velásquez (Eds.), *Pacto Fiscal. Una oportunidad para la reforma de la Gestión Pública. Hacia el cumplimiento de las nuevas metas de desarrollo al 2025*. Konrad Adenauer Stiftung.
- VV. AA. (2010a). *Bolivia en la senda de la implementación de la Ley de Marco de Autonomías y Descentralización*. Konrad Adenauer Stiftung.
- VV. AA. (2010b). *Autonomías indígenas originarias. Procesos políticos del Movimiento Indígena en América Latina y Bolivia*. CEDLA.
- VV. AA. (2012). *El andar de la autonomía departamental en Bolivia: caminantes y senderos*. Virgo.
- VV. AA. (2013). *Pacto Fiscal. Una oportunidad para la reforma de la Gestión Pública. Hacia el cumplimiento de las nuevas metas de desarrollo al 2025*. KAS.
- Wieczorek, T. (2023). Mutación jurisdiccional de la Constitución y Federalismo: Las recientes consecuencias de la provincialización de la ciudad de Buenos Aires por la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (25).
- Zaconeta, A. (2021). ¿Por qué el gobierno del MAS no quiere hacer un Censo de Población el 2022? *Rimay Pampa*. <https://rimaypampa.org/por-que-el-gobierno-del-mas-no-quiere-hacer-un-censo-de-poblacion-el-2022/>



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Cruz Aduviri, Fidel, “Problemas de las autonomías en el ordenamiento jurídico de Bolivia”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17458. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17458>

### ***APA***

Cruz Aduviri, F. (2024). Problemas de las autonomías en el ordenamiento jurídico de Bolivia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17458. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17458>

## El principio de división de poderes. Una revisión crítica

### *The principle of division of powers. A critical review*

Anselmo Flores Andrade

 <https://orcid.org/0000-0002-7898-958X>

Profesor-Investigador en DGENAM. México  
Correo electrónico: anselmoflores@yahoo.com.mx

Recepción 26 de julio de 2023

Aceptación: 22 de septiembre de 2023

Publicación: 16 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17162>

**RESUMEN:** El artículo hace una revisión de las distintas interpretaciones del significado del principio de división de poderes, destacando su poder legitimador para la arquitectura de los Estados modernos. Por otra parte, expone el principio de división de poderes como un marco normativo para el desarrollo de las democracias contemporáneas. Asimismo, confronta el principio de división de poderes con el crecimiento y complejidad de las funciones que realiza el Estado contemporáneo, en particular con la incorporación de órganos autónomos en la vida constitucional. Con lo anterior, se pretende mostrar que el debate sobre la actualidad del principio de división de poderes no ha concluido; por el contrario, debido a los cambios políticos, económicos y sociales de los últimos años aún es pertinente.

**Palabras clave:** división de poderes, Estado, presidencialismo, órganos autónomos.

**ABSTRACT:** The article reviews the different interpretations about the meaning of the principle of division of powers, highlighting its legitimizing power for the architecture of modern states. Likewise, sets out the principle of the separation of powers as a normative framework for the development of contemporary democracies. It also confronts the principle of the division of powers with the growth and complexity of the functions carried out by the contemporary State, in particularly with the incorporation of autonomous bodies into constitutional life. It is intended to show that the current debate of the principle of division of powers has not concluded due to political, economic and social changes of the last years is still relevant.

**Keywords:** division of powers, State, presidentialism, autonomous organs.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *El principio de división de poderes*. III. *El principio de división de poderes y la forma de gobierno*. IV. *El principio de división de poderes y los órganos constitucionales autónomos*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

El principio de división de poderes constituyó un dogma para la mayoría de las Constituciones del siglo XIX y parte del XX, no sólo por el potencial legitimador que otorgaba dicho principio sino también porque constituía un referente normativo ineludible en la arquitectura de los Estados modernos. Este principio en su acepción más conocida busca evitar la concentración del poder en una persona u órgano, muy característico de los Estados absolutistas en donde el soberano concentraba las funciones legislativa, ejecutiva y judicial (Blanco, 2006).

Desde los primeros planteamientos con Aristóteles, pasando por Polibio, Cicerón, Bodino, Maquiavelo y Locke hasta la formulación realizada por su más popular difusor, Montesquieu, el principio de división de poderes ha sido considerado como un mecanismo constitucional para evitar no sólo la concentración de poder sino también como una fórmula para evitar el abuso del poder político sobre los individuos (Díaz, 2012); posteriormente, con la experiencia de la Guerra de Independencia de los Estados Unidos y su Constitución Política de 1789 se enfatizó otro alcance: el de control y equilibrio de poderes (*check and balance*). Con ello, quedaban establecidos los distintos ámbitos que los estudiosos del principio de la división de poderes han destacado en sus análisis: evitar la concentración del poder; la pertinencia de la existencia de tres poderes estatales; la necesidad de la división de funciones; el equilibrio de poderes; el control mutuo, y la protección del individuo frente al poder político (Hoffman-Riem, 2007; Prado, 2004; García Macho, 1986).

Uno de los factores que coadyuvaron a legitimar la división de poderes como un elemento fundamental en la nomenclatura de los Estados liberales lo constituyó el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 que establecía: “Una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución” (Paine, 2017, p. 125). Así, a partir de esta prescripción el principio constitucional de la división de poderes pasó a con-

vertirse en un dogma del constitucionalismo de tal fuerza que se ha afirmado que ningún poder constituyente verdaderamente democrático sería capaz de desconocerlo (García Rojas, 2000).

El principio de la división de poderes desde el siglo XVIII generó controversia debido a que sus intérpretes no coincidían en su significación; algunos autores han interpretado la división de poderes en su acepción original como “la idea de que las distintas funciones estatales corresponden a conjuntos de órganos (poderes) separados, independientes y equilibrados entre sí” (Solozábal, 1981, p. 216); mientras que otros, tomando en cuenta la aportación del *check and balance* del constitucionalismo estadounidense han señalado que el principio de separación de poderes se estructura alrededor de cuatro elementos: división tripartita del poder público; asignación de funciones distintas a cada una de estas tres ramas del Estado; creación de un sistema de frenos y contrapesos para que se limiten mutuamente, y colaboración armónica para que satisfagan adecuadamente sus funciones (Bonilla-Maldonado, 2015); otros le han sumado las siguientes funciones: establecer un balance de gobierno; exigir rendición de cuentas; promover la imparcialidad de la ley; promover el imperio de la ley; dictar leyes en beneficio común, y crear un gobierno eficiente (Soto, 2018).

En síntesis, el debate oscilaba desde la disputa por establecer si el principio se refería a una división de órganos o de funciones, la especialización funcional o separación funcional, hasta el sentido (estricto, absoluto, limitado o parcial) de la fórmula de división de poderes. Debate que se puede sintetizar en la contraposición de una interpretación política y una interpretación jurídica (Blanco, 2006). No obstante, a pesar de toda esa discusión doctrinal sobre el principio de división de poderes se puede afirmar que éste todavía genera simpatía por parte de la mayoría de los estudiosos del constitucionalismo contemporáneo. En su sentido teórico sin duda es incuestionable, pero en su sentido material requiere de una adaptación flexible debido a los cambios ocurridos en la sociedad y las transformaciones que ha experimentado el Estado contemporáneo, lo que hace inviable una aplicación tajante de dicho principio. Entre los cambios ocurridos se pueden mencionar: *a)* aparición de estructuras multifuncionales; *b)* se ha diluido la distinción entre ejecución administrativa y dirección política; *c)* el legislativo ha perdido el monopolio de la producción normativa; *d)* han aparecido nuevos órganos constitucionales o poderes distintos de los tradicionales; *e)* la función de control se ha dispersado debido a que ya no se sustancia sólo en los tribunales o en el momento electoral sino que se ejerce de manera difusa a través



de múltiples instancias; f) han surgido nuevos órganos auxiliares técnicos de los poderes clásicos; g) han cobrado mayor peso las funciones de coordinación entre los distintos poderes y niveles institucionales; h) aparición y hegemonía de los partidos en los regímenes políticos, e i) la mundialización del mercado que ha generado centros de poder económico dentro de la sociedad y al margen del Estado que inciden en la toma de decisiones estatales (Greppi, 2010; Soto, 2018; Lucas, 2009). Ante esos acontecimientos, los Estados han instituido una variedad de arreglos institucionales para evitar la concentración del poder político y garantizar la libertad de los individuos (García-Pelayo, 1983; Corvalán, 2015).

En este texto analizamos el estudio del principio de división de poderes con relación a dos ámbitos. El primero, como marco normativo para el desarrollo de las democracias contemporáneas, en clave sistema presidencial. Es decir, en los arreglos institucionales de esa forma de gobierno y más precisamente en las consecuencias de la relación entre el poder Legislativo y Ejecutivo. El segundo, se refiere a la alteración de la acepción original del principio de la división de poderes con relación al crecimiento de los órganos de poder y a la complejidad de las funciones que realiza el Estado contemporáneo (ejemplificado con la incorporación de órganos autónomos en la vida constitucional). Para tal efecto, el texto inicia exponiendo la teoría de Montesquieu sobre el principio de división de poderes; a continuación, se presentan la relación entre la división de poderes y la forma de gobierno presidencial, centrándose en dos problemas relevantes de esa relación (la eficacia y la legitimidad); después se plantea la existencia de órganos constitucionales autónomos como una transfiguración de la división de poderes y finalmente se reflexiona sobre la significación teórica y práctica de la división de poderes en el Estado actual. Es importante subrayar que este texto no tiene como fin exponer ni reconstruir *in extenso* las teorías ni el pensamiento de los autores que han analizado los alcances de la división de poderes; ni mucho menos abordar todas las variables y dimensiones que entran en juego en la relación ejecutivo y legislativo como tampoco la evolución y desarrollo de la multiplicidad de órganos y funciones del Estado actual. Una tarea de esa magnitud rebasa los límites impuestos a este texto; aquí simplemente se hará referencia a las ideas concretas que apoyen y ayuden a desarrollar los aspectos enunciados.

## II. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES

Es un lugar común afirmar que el principio de la división de poderes tiene en Charles-Louise de Secondat, Baron de la Brede et de Montesquieu, su más reputado artífice con su obra *Del Espíritu de las Leyes* de 1748. Pero ¿en qué consiste el principio de división de poderes para Montesquieu? Veamos, los planteamientos del principio de división de poderes se encuentran en el libro undécimo, capítulo VI denominado “De la Constitución de Inglaterra”. En él, Montesquieu (2015) afirma:

En cada Estado hay tres clases de poderes: “el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relativas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas que dependen del derecho civil” y agrega “En virtud del primero, el príncipe o jefe del Estado hace leyes transitorias o definitivas, o deroga las ya existentes. Por el segundo, hace la paz o la guerra, envía y recibe embajadas, establece la seguridad pública y precave las invasiones. Por el tercero, castiga los delitos y juzga las diferencias entre particulares. Se llama a este último poder judicial, y al otro poder ejecutivo o del Estado”. (p. 145)

Como se observa, el principio de la división de poderes, en primer lugar, hace referencia a la existencia de tres ramas sustanciales (legislativa, ejecutiva y judicial) en el ejercicio del poder; es decir, crear derecho, administrar la comunidad política y resolver conflictos particulares atendiendo las reglas y principios jurídicos (Bonilla, 2015). Por otra parte, cabe mencionar que cuando Montesquieu afirma que hay tres clases de poderes lo hace con la palabra *pouvoirs* mientras que cuando se refiere a cada uno en particular para distinguirlos se refiere con la palabra *puissance*; de tal suerte que cuando el autor de *Del espíritu de las leyes* se refiere a los poderes lo hace en el sentido de funciones (Blanco, 2006, p. 79). Esta interpretación es la que motivó la contraposición entre los estudiosos sobre si la división de poderes se refería a una separación estricta de los órganos de poder o de una especialización tajante de actividades donde un poder no se inmiscuya en las funciones del otro. Esta última interpretación es rechazada por Eisenmann para quien dicha especialización

no significa en absoluto que una misma autoridad (individuo o cuerpo) no deba participar más que en una sola función, tener atribuciones más que de una sola clase, no deba ser miembro de dos órganos u órgano de dos funciones, y, con-

secuentemente, que los órganos de dos de las funciones o de las tres no deban tener ningún elemento común, sino simplemente y mucho más modestamente, que no es adecuado que dos cualesquiera de las tres funciones estén íntegramente reunidas en las mismas manos; tal fórmula no postula la especialización o separación funcional de las diversas autoridades, sino simplemente la no identificación del órgano de las tres o de dos de las tres funciones. (Blanco, 2006, p. 80)<sup>1</sup>

Una postura similar es sostenida por Madison para quien Montesquieu no quería expresar una ausencia total de intervención parcial en los actos de otras ramas, o de control sobre ellas:

Su significado, según se desprenden de sus propias palabras, e incluso más concluyentemente del ejemplo que examina, sólo puede ser éste: se han infringido los principios fundamentales de una Constitución libre cuando todo el poder de una rama es ejercida por las mismas manos que poseen todo el poder de otra rama. (Hamilton, Madison, y Jay, 2015, p. 378)

La división de poderes responde también a otra finalidad: la protección de la libertad de los individuos. De acuerdo con Montesquieu (2015):

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza porque puede temerse que el monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre particulares. (p. 146)

En ese sentido, el principio de división de poderes implica una fragmentación de las instituciones, las funciones y las personas que sirven al Estado;

---

<sup>1</sup> Eisenmann, Charles “L’Esprit des lois et la séparation des pouvoirs” en *Mélanges Carré de Malberg*, Sirey, París, 1933, citado en Blanco.

pero también implica la autonomía funcional de cada una de ellas y sobre todo límites terminantes entre las tres ramas de poder estatal (Bonilla-Maldonado, 2015). No obstante, es esta exposición de Montesquieu la que motivó el mito de la separación de poderes; es decir: “la prohibición de aquellas uniones orgánicas que atentarian al mantenimiento de la libertad: la del poder ejecutivo y el poder legislativo, la del poder judicial y el legislativo o el ejecutivo y la de los tres poderes conjuntamente” (Blanco, 2006, p. 81).

De acuerdo con Blanco Valdés, estrictamente hablando lo expuesto líneas arriba representa la teoría de la separación, el resto del contenido del capítulo VI contiene la teoría de la coordinación de los poderes mediante un sistema de frenos y contrapesos que constituye la verdadera doctrina constitucional de Montesquieu. En efecto, Montesquieu plantea el equilibrio de las funciones de los poderes mediante un sistema de frenos y contrapesos; por ejemplo, al interior del Poder Legislativo (compuesto de dos cámaras) y entre el Legislativo y el Ejecutivo a través de las funciones de capacidad de veto y de control. En relación con el primero, Blanco (2006) señala:

De los tres poderes de que hemos hecho mención, el de juzgar es casi nulo. Quedan dos: el legislativo y el ejecutivo. Y como los dos tienen necesidad de un fuerte poder moderador, servirá para este efecto la parte del poder legislativo compuesta de aristócratas. Este cuerpo de nobles debe ser hereditario. Lo es, primeramente, por su propia índole; y en segundo término, por ser indispensable que tenga un verdadero interés en conservar sus prerrogativas, odiosas por sí mismas y que, en un Estado libre, están siempre amenazadas. Pero, como un poder hereditario puede ser inducido a cuidarse preferentemente de sus intereses particulares y a olvidar los del pueblo, es preciso que las cosas en que tenga un interés particular, como las leyes concernientes a la tributación, no sean de su incumbencia; por eso los impuestos los fija y determina la cámara popular. Tiene parte la cámara hereditaria en la obra legislativa, por su facultad de impedir; pero no tiene la facultad de estatuir. (p. 149)

Con relación al segundo, Montesquieu (2015) señala: “Pero si el poder legislativo, en un estado libre, no debe inmiscuirse en las funciones del ejecutivo ni paralizarlas, tiene el derecho y debe tener la facultad de examinar de qué manera las leyes que él ha hecho han sido ejecutadas” (p. 151). Así, es mediante las funciones de veto y control como los poderes se encuentran vinculados y no aislados. En otras palabras, el principio de división de poderes de Montesquieu relaciona los poderes que se encuentran separados me-

diante las facultades de estatuir y la de impedir, en palabras de Montesquieu (2015):

Llamo facultad de estatuir al derecho de legislar por sí mismo o de corregir lo que haya ordenado otro. Llamo facultad de impedir al derecho de anular una resolución tomada por cualquier otro [...] Aunque el que tiene el derecho de impedir puede tener también el derecho de aprobar, esta aprobación no es otra cosa que una declaración de que no usa de su facultad de impedir, la cual declaración se deriva de la misma facultad. (p. 149)

De tal suerte que no existe una separación total ni absoluta entre las distintas ramas del poder estatal. Esto lo comprendió muy bien Madison (2015) quien en *El Federalista* afirma que Montesquieu no quería expresar una ausencia total de intervención parcial en los actos de otras ramas, o de control de ellas:

Si profundizamos en las constituciones de los diversos estados, descubrimos que, a pesar de la terminología enfática y a veces desmedida que usan para establecer esta máxima, no hay ni un solo caso en que se haya mantenido absolutamente separadas y diferenciadas las diversas ramas del poder. El estado de Nueva Hampshire, que tiene la Constitución más reciente, reconoce lo imposible e inapropiado que sería evitar toda mezcla de estas ramas, pero ha matizado la doctrina declarando que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial deberían permanecer separados e independientes unos de otros hasta el extremo permitido por un gobierno libre; o hasta el punto que esté de acuerdo con aquella cadena de interconexión que enlaza el tejido entero de la Constitución en una unión indisoluble de unidad y amistad. (p. 379)

Por último, pero no por ello menos importante, en el planteamiento formulado por Montesquieu la división de poderes también responde a la limitación del poder, pues según nuestro multicitado autor no hay poder que no incite al abuso y a la exlimitación. La experiencia eterna muestra que todo hombre investido de autoridad abusa de ella. *Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir. Il ne faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir* (Montesquieu, 2015, p. 144). En ese sentido, en la medida en que haya separación de poderes habrá libertad, de ahí que para algunos la división de poderes en Montesquieu está al servicio de la libertad (Tena, 1947).

Estos son los planteamientos fundamentales de Montesquieu sobre el principio de división de poderes: separar, limitar, dividir, independencia, coordinar, equilibrar y controlar para evitar el abuso del poder estatal a través de una serie de mecanismos institucionales y de dispositivos de cooperación y coordinación; por ejemplo, Montesquieu (2015) señala:

El cuerpo legislativo no debe reunirse por sí mismo, sino cuando es convocado; porque se supone que cuando no está reunido carece de voluntad; y bastaría que no se reuniera todo por impulso unánime, para que no se supiera si el verdadero cuerpo legislativo era la parte reunida o la que no se reuniera. Ni ha de tener el derecho de disolverse él mismo, porque podría ocurrir que no se disolviera nunca: lo que sería peligroso, en el caso de que quisiera atentar contra el poder ejecutivo. Por otra parte, es unos tiempos es más oportuna que en otros la reunión de la asamblea legislativa; de suerte que debe ser el poder ejecutivo quien convoque la asamblea y suspenda sus deliberaciones, con arreglo a circunstancias que debe conocer. (p. 150)

Estos controles de una rama sobre otra permiten concluir a Montesquieu (2015):

He aquí pues la constitución fundamental del gobierno de que hablamos. Compuesto de dos partes el poder legislativo, la una encadenará a la otra por la mutua facultad de veto. Ambas estarán ligadas por el poder ejecutivo, como éste por el legislativo. Estos tres poderes (puesto que hay dos en el legislativo) se neutralizan produciendo la inacción. Pero impulsados por el movimiento necesario de las cosas, han de verse forzados a ir de concierto. Como el poder ejecutivo no forma parte del legislativo más que por su facultad de impedir, está incapacitado para entrar en el debate de las diversas cuestiones que surtan en los asuntos del gobierno. Es innecesario que proponga, pues facultado para rechazar toda clase de proposiciones, puede muy bien desaprobar las que considere inconvenientes. (p. 152)

Por ello, algunos comentaristas han señalado que el principio de división de poderes “no sólo consiste en la no identificación del órgano de los tres o de dos de las tres funciones, sino también, y de forma más fundamental, en la no atribución a ningún estamento por sí solo del ejecutivo aislado o simultáneo, sino combinado y coordinado de las funciones legislativas y ejecutivas del Estado” (Blanco, 2006, p. 88).

De ahí que la separación orgánico-formal es un presupuesto para el equilibrio de poder que se consigue mediante el control recíproco a través de una serie de mecanismos de coordinación o de frenos y contrapesos entre ellos (Blanco, 2006, p. 82).

### III. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y LA FORMA DE GOBIERNO

El principio de la división de poderes en su acepción del *check and balance* (comúnmente traducido como pesos y contrapesos institucionales) es un componente esencial en la mayoría de las democracias contemporáneas, en particular los regímenes presidenciales latinoamericanos (Negretto, 2003). La manera en cómo se relacionan los poderes del Estado (en especial el ejecutivo versus legislativo), así como las funciones constitucionales de cada uno de ellos es una variable que permite distinguir los arreglos institucionales presidencial y parlamentario. En nuestro continente, según Negretto (2003), los sistemas presidenciales que tomaron como base la división de poderes, añadieron dos elementos adicionales:

un sistema electoral que indujera en cada rama de gobierno una representación de intereses lo más diversa posible, y una distribución de poderes tal que, en ausencia de acuerdo entre ellos, permitiera a los poderes bloquear las decisiones de los otros. De tal suerte que el propósito de este mecanismo era mantener la separación de poderes mediante el equilibrio. (p. 42)

Entre las bondades del principio de división de poderes con su acen tuación del *check and balance* se han señalado las siguientes: diversifica la representación entre varios agentes con capacidad de veto mutuo; requiere de acuerdos de varios agentes con intereses diversos para tomar decisiones y para aprobar cambios en la legislación; hace más representativas las decisiones al involucrar a más actores en su diseño; minimiza la posibilidad de afectar negativamente los derechos e intereses de la minoría o grupos excluidos de la coalición decisoria; favorece la adopción de políticas moderadas, debido a que actores con posturas extremas están obligados a negociar entre sí para llegar a un compromiso y tomar una decisión; provee a los ciudadanos mayor información acerca de las políticas públicas, dado que el modelo requiere de un amplio debate entre agentes con intereses diversos

antes de decidir cambios legislativos importantes; e induce a relaciones cooperativas entre gobierno y oposición en una democracia plural y competitiva (Negretto, 2002).

No obstante, la vida política del continente latinoamericano en el siglo XX distó mucho del equilibrio, moderación y cooperación entre poderes. En particular, las pugnas y conflictos entre el poder ejecutivo y el legislativo tuvieron como consecuencia periodos de crisis económicas, crisis políticas e inestabilidad social que en muchos casos condujeron a la ruptura constitucional e inauguraron periodos no democráticos de los cuales costó mucho salir. De ahí que la búsqueda por los mejores arreglos institucionales para hacer democracias más legítimas, representativas y eficaces constituyó el *leitmotiv* de la discusión del último tercio del siglo XX. En ese sentido, la separación de poderes con sus mecanismos de control y equilibrios establecidos en la Constitución de los regímenes presidenciales y parlamentarios fue la arena a partir de la cual se confrontaron las ventajas y desventajas de cada uno de esos sistemas de gobierno. Lijphart (1994) define a los regímenes presidencial y parlamentario en torno a dos diferencias fundamentales:

Primero, en democracias parlamentarias el jefe de gobierno —que puede tener distintos títulos oficiales como primer ministro, premier, canciller, presidente de gobierno o ministro-presidente— y su equipo de gobierno dependen de la confianza de la legislatura, que puede, mediante un voto de no confianza o de censura, cesarles en el cargo. En los sistemas presidenciales, el jefe del gobierno —invariablemente llamado presidente— es elegido por un mandato fijo, prescrito por la constitución, y en circunstancias normales no puede ser obligado por la legislatura a dimitir (aunque es posible destituir a un presidente mediante el excepcional y poco frecuente proceso de juicio político). La segunda diferencia crucial es que los jefes de gobierno presidenciales son elegidos popularmente, bien directamente o por un colegio electoral, mientras que los primeros ministros los seleccionan las legislaturas. (p. 149)

Juan Linz fue uno de los más destacados promotores en señalar los peligros del presidencialismo (por su potencial de conflicto estructural entre el Congreso y el presidente de la República) y por tanto en aludir a la poca viabilidad de esos regímenes democráticos.

Evidentemente, como bien señala Linz, los términos presidencialismo y parlamentarismo abarcan una amplia gama de formas políticas; incluso una misma etiqueta (presidencial o parlamentaria) normativa en la prácti-



ca es muy diferente de país a país.<sup>2</sup> No obstante, de acuerdo con Linz, cabe distinguir dos problemas sustanciales en el sistema presidencial: *a)* la legitimidad democrática dual; y *b)* la rigidez del presidencialismo por el periodo de mandato fijo. Lo que se traduce en un potencial conflicto entre poderes e inestabilidad institucional (Linz, 1994). En palabras del autor mencionado:

Dos características se destacan en los sistemas presidenciales: 1) Tanto el presidente, que controla el ejecutivo y es elegido por el pueblo (o por un colegio electoral elegido por el pueblo con ese único fin), como el legislativo elegido (de una o dos cámaras) tienen legitimidad democrática. 2) tanto el presidente como el congreso son elegidos por un periodo fijo, el cargo del presidente es independiente del legislativo y la duración del legislativo es independiente del presidente. (p. 32)

Una situación en que ambas cualidades del presidencialismo se conjugaran provocarían pugnas constantes entre los poderes Ejecutivo y Legislativo generando invariablemente una parálisis tanto legislativa como gubernamental. Lo que potencialmente llevaría a una crisis política e inestabilidad debido a que, de acuerdo con Linz (1994):

Un sistema presidencial otorga al ganador, que combina las cualidades de jefe de estado que representa a la nación y los poderes del ejecutivo, un aura y una autoimagen muy diferentes, y crea unas expectativas populares muy distintas de las que rodean a un primer ministro cualquiera que sea la popularidad que disfrute después de conseguir el mismo número de votos. El hecho más llamativo es que en un sistema presidencial, los legisladores disfrutaban también de una legitimidad democrática y es posible que pueda presentar una opción política distinta de la de los votantes que apoyan al presidente. En tales circunstancias, basándose en los principios democráticos ¿quién está más legitimado para hablar en nombre del pueblo: el presidente o la mayoría en el congreso que se opone a su política? Puesto que ambos derivan su poder del voto del pueblo en una competencia libre entre alternativas bien definidas, hay siempre un conflicto latente, que en algunas ocasiones puede estallar dramáticamente. No hay principios democráticos que lo resuelvan, y los mecanismos que pueden existir en la constitución son generalmente complejos, muy técnicos y legalistas y por

---

<sup>2</sup> La bibliografía al respecto es vasta, a título de ejemplo véase: Mainwaring y Soberg (2002); Nino y Gargarella (1992); Lanzaro (2001); Nohlen y Fernández (1998).

tanto de dudosa legitimidad democrática para el electorado. No es así extraño que en alguna de estas situaciones el ejército intervenga como poder moderador. (pp. 33-34)

Esta preocupación es compartida por Bruce Ackerman, para quien en esta situación es muy obvio el problema del *impasse*; pero sobre todo destaca el probable escenario de autoridad absoluta en el cual uno de ellos toma el control de todos los poderes relevantes. El autor lo plantea así: “[...] la cámara y el presidente pueden estar dominados por diferentes partidos (o diferentes facciones del mismo partido). ¿Cómo gobernar hasta la siguiente elección? Hay tres escenarios. El primero enfatiza la negociación [...] el segundo escenario es la ruptura constitucional y el tercero es la crisis de gobernabilidad” (Bruce Ackerman, 2007, pp. 28-30). Por su parte, la elección por un periodo fijo, de acuerdo con Bruce Ackerman (2007):

[...]que, bajo circunstancias normales, no se puede modificar: no puede acortarse y, debido a disposiciones que impiden la reelección, algunas veces no puede prolongarse. El proceso político se divide así en periodos discontinuos, rígidamente determinados, sin la posibilidad de introducir continuos ajustes según lo requieran los acontecimientos políticos, sociales y económicos. La duración del mandato de un presidente se convierte en un factor político esencial al que todos los actores en el proceso político tienen que adaptarse, algo que tiene muchas e importantes consecuencias. (p. 36)

Para Lijphart el peligro del sistema presidencial más que la rigidez o inmovilismo lo constituye su marcada tendencia a la democracia mayoritaria: “el mayoritarismo significa la concentración del poder político en manos de una mayoría, y si la presidencia es la depositaria de este poder, significa un presidente muy poderoso; en otras palabras, la lógica del presidencialismo es que implica presidentes muy fuertes, quizá excesivamente” (Lijphart, 1994, p. 162). En paralelo, Bruce Ackerman (2007) comenta que una preocupación de la división de poderes en el presidencialismo es que predispone el culto a la personalidad:

Los aspirantes a la presidencia crean sus propias organizaciones de campaña *ad hoc*, y los candidatos demócratas y republicano que surgen de las elecciones primarias del partido tienen una notable libertad para articular sus propias posiciones haciendo caso totalmente omiso de sus plataformas partidarias formales.

No es ninguna sorpresa, entonces, que el vencedor en la elección de noviembre se vea tentado a comprender su mandato en términos personalistas: el pueblo lo ha seleccionado a él como presidente y su partido político ha servido sólo como un instrumento para la proyección de su propia personalidad e ideales. El carácter personal del mandato del presidente se expresa también en su relación con el gabinete y su programa legislativo. (pp. 43-44)

Por todo lo anterior, se ha afirmado que el principio de división de poderes basado en el tradicional modelo de frenos y contrapesos no es un diseño normativamente deseable debido a que estropea las posibilidades de formar mayorías legislativas; perjudica la capacidad decisoria e impide la toma de decisiones rápidas y eficientes para responder a las demandas de la ciudadanía (Negretto, 2002). En particular este sistema constitucional, señala Negretto, hace que la diversidad de preferencias e incentivos electorales de los distintos actores con poder de veto posibilite el bloqueo legislativo de iniciativas que demandan los representantes de una mayoría de la población o produzca cambios que más que representar un punto intermedio entre posiciones extremas más bien reflejen un compromiso basado en concesiones mutuas de carácter sectorial. Además, genera gobiernos divididos que hacen ardua la implantación de una agenda política coherente; producen conflictos políticos permanentes entre las distintas ramas de poder, en especial Ejecutivo vs. Legislativo debido al deseo de alguno de ellos en expandir su influencia en áreas de jurisdicción compartida o donde existe ambigüedad en los límites de una competencia; finalmente, y como fruto de lo anterior, aumentan la producción de poderes de emergencia o poderes de decreto para adoptar unilateralmente decisiones que carecen de suficiente apoyo en la legislatura (Negretto, 2002).

Bruce Ackerman, por su parte, señala que el principio de división de poderes al estilo estadounidense tiene un potencial peligroso; en primer lugar, porque atenta contra una lógica de especialización funcional debido a que en un régimen presidencial aquél genera la politización de la burocracia y promueve la existencia de feudos burocráticos haciendo de la administración pública un campo de batalla entre burócratas y partidarios del presidente; en segundo lugar, porque plantea serios inconvenientes al Estado de derecho que termina por erosionarlo; por ejemplo, en el proceso legislativo crea tendencias conflictivas elevando los costos políticos ya sea politizando la burocracia o pasando por encima de la ley (Bruce Ackerman, 2007).

En otro orden de ideas, se afirma que la vigencia del modelo en América Latina es limitada, dado que la mayoría de los regímenes constitucionales de la región o bien han eliminado la representación de intereses diversos en cada rama de poder o bien han moderado sus capacidades de bloqueo mutuo, sobre todo concentrando en el Ejecutivo el poder de promover cambios de legislación (Negretto, 2002). En efecto, la fiebre reformadora que acompañó el proceso de cambio político ocurrido a partir de la década de los setenta versó sobre una amplia variedad de ámbitos, pero la relación entre ejecutivo y legislativo fue central. De acuerdo con Negretto (2015):

Desde 1978, la mayoría de los países de la región ha reemplazado o enmendado su carta magna, a menudo en forma radical. Durante estos procesos, los reformadores han alterado las fórmulas para elegir a presidentes y legisladores, los ciclos electorales, la duración de los cargos, los poderes presidenciales, la relación entre gobiernos nacionales y locales, así como el papel del poder judicial, el banco central y los organismos de control. (p. 12)

En particular, la reforma político-electoral que en América Latina inició a finales de la década de los setenta y continuó hasta la primera década del siglo XXI tuvo como objetivos instaurar y/o consolidar instituciones políticas de cuño democrático como: reformar el sistema de partidos; actualizar los sistemas electorales; nuevas formas de participación política; mecanismos de transparencia y rendición de cuentas; así como fortalecer los poderes Legislativo y Ejecutivo con el propósito general de garantizar el desarrollo democrático de la región y en particular, garantizar la gobernabilidad vinculada al desempeño de los gobiernos; es decir, afianzar la legitimidad y eficacia gubernamental. Estos últimos, conectaban con el ámbito de los partidos políticos y el sistema de partidos, pues como bien señala Mainwaring y Soberg, la naturaleza del sistema de partidos, particularmente el número de partidos, constituye una diferencia fundamental en la manera en que funciona el sistema presidencial debido a que afecta la compatibilidad entre el Congreso y el Poder Ejecutivo, por ejemplo: “En un sistema multipartidista altamente fragmentado ningún partido tiene la mayoría, y ésta situación puede ser problemática porque el presidente tiene habitualmente dificultades para formar coaliciones de gobierno confiables” (Mainwaring y Soberg, 2002, p. 256). En este sentido, el surgimiento y predominio de los partidos políticos en la vida nacional; el poder de decisión mayoritario o consensual en los congresos y el origen popular o mayoritario del Poder Ejecutivo y Legisla-

tivo son tres factores que han incidido en el funcionamiento de la división de poderes en las democracias contemporáneas (Prado, 2004).

#### IV. EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES Y LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

Otro ámbito importante en que el principio de división de poderes va a ser redimensionado es con el surgimiento de una serie de órganos que se ubican fuera del organigrama de los tres poderes tradicionales (Ejecutivo, Legislativo, Judicial) y con un nivel y alcance normativo singular.<sup>3</sup> En efecto, la aparición de una gran variedad de *entes* que en muchos casos fungirán como órganos de control constitucional vino a controvertir la significación original del principio de división de poderes por lo que para algunos estudiosos del tema han llegado a afirmar que se ha vuelto obsoleta la clásica división tripartita del poder.<sup>4</sup>

El principio de división de poderes entendido como división de los tres órganos claramente diferenciados se aleja de la versión de separación absoluta o radical de las funciones estatales para dar paso a una visión más flexible, relativa, en donde la cooperación y coordinación entre los tres órganos de poder es posible y deseable (Carbonell y Salazar, 2011). En el contexto del Estado constitucional democrático de derecho el principio de división de poderes posibilita hablar de competencias y controles mutuos entre los distintos órganos que integran los poderes del Estado. De acuerdo con Corvalán (2015): la división de poderes asume dos significados distintos:

- i) en el sentido de división entre poderes y ii) relativa a la división del poder. En ambos significados, los términos división y poder son utilizados de modo diverso. La división entre poderes utiliza la noción división como separación y el término poderes se refiere a las funciones distintas atribuidas a órganos dis-

---

<sup>3</sup> En México este aspecto es un tema muy controversial y aún genera debate en nuestro país debido a la dispersión de los órganos, su naturaleza jurídica, política y funciones, así como a los dispares grados de autonomía que poseen cada uno de ellos; y más grave aún es el escaso rigor jurídico sobre ellos en el mismo texto constitucional. Véase Martínez (2015).

<sup>4</sup> Véase, John Ackerman (2010). Aunque, más adelante afirma que en el caso mexicano los organismos constitucionales autónomos “en principio no buscan colocarse al mismo nivel que los otros poderes estatales sino solamente ejercer de manera libre y autónoma la función de control de la gestión pública” (p. 8).

tintos. La división del poder utiliza la locución división como distribución y la palabra poder alude a la asignación de una determinada función a un órgano. En este supuesto el poder se distribuye entre tres órganos que ejercen tres funciones esenciales (legislativa, administrativa y jurisdiccional).

Para Corvalán (2015) la división de poderes en sentido amplio “se compone de una red compleja de divisiones (distribuciones) y separaciones, de interacciones e incompatibilidades, de vínculos y de recíprocas dependencias, independencias e interdependencias”, mientras que la separación de poderes en sentido restringido “es una norma de competencia que determina ciertas incompatibilidades y puede ser cuando menos de dos tipos: orgánica y funcional” (p. 228).

De acuerdo con Manuel García-Pelayo (1981) los órganos constitucionales poseen las siguientes características:

1) son establecidos y configurados directamente por la Constitución “con lo que no quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones constitucionalmente relevantes, sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su status institucional y su sistema de competencias o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos”; 2) son fundamentales para el Estado, esto es, son órganos cuya desaparición “afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional, ya que un sistema está integrado por unos componentes y por un conjunto de relaciones fundamentales entre ellos, de tal manera que un cambio significativo en uno de los términos (órganos y/o relaciones fundamentales) produce un cambio en el sistema”; 3) su participación en la dirección política del Estado, en “la formación de la voluntad estatal, en la dirección del poder supremo del Estado y; 4) la paridad de rango, es decir, los órganos constitucionales “no son agentes, comisionados, partes integrantes o subórganos de otros órganos, sino que cada uno de ellos es supremo, lo que en una estructura racionalizada del Estado quiere decir que son jurídicamente independientes de los demás órganos en el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas por el orden constitucional y entre las que se comprenden el establecimiento de reglas para su organización y procedimientos internos. (p. 15)

A pesar de que las propiedades enunciadas por García-Pelayo se desprenden de su análisis del Tribunal Constitucional español, éstas son tomadas como punto de referencia, al menos para México, para el estudio de los órganos constitucionales autónomos en la actualidad; cuya existencia y variedad de ámbitos, formas, atributos y competencias hacen muy difícil ser consideradas como órganos constitucionales de acuerdo con la concepción de García-Pelayo. En parte porque algunos órganos constitucionales autónomos del Estado mexicano no participan de la dirección política del Estado ni cuentan el con poder supremo en su ámbito de competencias como la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), otros no cuentan con la paridad de rango respecto de otros órganos como el Instituto Nacional Electoral (INE) frente Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF), otros no poseen esa cualidad de fundamental para el Estado mexicano cuya ausencia afectaría la sustancialidad del sistema global como es el caso del Banco de México (BM) y otros poseen una autonomía parcial como es el caso del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) (Ackerman, 2010).

Además, una cosa es la naturaleza y otra la ubicación y estatus jurídico de los órganos constitucionales autónomos. Como bien apunta Cárdenas Gracia, la diferencia de los órganos constitucionales de Europa con respecto a América es que mientras los primeros buscaban instancias competentes para realizar el control de constitucionalidad y para proteger los derechos fundamentales, los segundos fueron producto de la desconfianza e ineficacia del poder público como de la ausencia de un Estado de derecho. En ese sentido, menciona que, en el caso de México, existen tres hipótesis en el surgimiento de los órganos constitucionales autónomos: 1) extraer al titular del Poder Ejecutivo atribuciones que tenía para limitar el sistema presidencial; 2) hacer frente a la partidocracia y a otros poderes fácticos a través de instituciones independientes que fueran capaces de controlar esos poderes, y 3) el proceso de transición a la democracia requería de nuevos órganos, no contaminados de los vicios autoritarios, que alentarán la transformación democrática (Cárdenas Gracia, 2020, pp. 12-13). Pedro Salazar menciona que algunas de las funciones que realizan los órganos constitucionales autónomos correspondieron al Poder Ejecutivo, lo que se tradujo en una alteración de las competencias del presidente de la República.<sup>5</sup>

---

<sup>5</sup> Véase Salazar (2017).

Es por ello que las características que los estudiosos del tema señalan acerca de los órganos constitucionales autónomos son singulares respecto a los europeos; por ejemplo, Carpizo señala como cualidades de los órganos constitucionales autónomos (además de los mencionados por García-Pelayo): no depender políticamente de ninguno de los tres poderes; su actuación debe estar alejada de consideraciones políticas o partidistas; sus actos deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley. Por su parte, Susana Pedroza hace una exhaustiva enumeración de las características que debe tener un *ente* para ser considerado como órgano autónomo: 1) autonomía política-jurídica, administrativa y financiera; 2) tener personalidad jurídica y potestad normativa o reglamentaria; 3) competencias propias y exclusivas; 4) capacidad para autoorganizarse; 5) gozar de autonomía financiera o de gasto; 6) no tener influencia proveniente de las fuerzas políticas; 7) sus integrantes deben estar sujetos a un marco de incompatibilidades; 8) la remuneración de los titulares debe ser la misma que corresponde a los secretarios de Estado; 9) facultad de reglamentar la ley que le da competencia y subsanar los vacíos que se encuentran para la aplicación de la legislación; 10) sus integrantes no pueden ser removidos sino por causa grave o en caso de circunstancias excepcionales, y 11) presentan informes y comparecen ante el órgano parlamentario (Pedroza, 2002).

Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México en la Tesis P/J.20/2007 ha señalado que las características esenciales de los órganos constitucionales autónomos son: 1) estar establecidos directamente por la Constitución; 2) mantener con los otros órganos del Estado, relaciones de coordinación; 3) contar con autonomía e independencia funcional y financiera, y 4) atender funciones primarias u originarias del Estado que requieran ser eficazmente observadas en beneficio de la sociedad.

En síntesis, la presencia de órganos constitucionales autónomos es una realidad en la mayoría de los países y abarcan una amplia variedad de ámbitos, características, funciones, naturaleza y estatus,<sup>6</sup> lo que en gran parte ha llevado a algunos estudiosos a afirmar que su existencia misma cuestiona la existencia del tradicional principio de división de poderes; otros menos radicales sugieren que la existencias de esos órganos representan un ajuste de la clásica división de poderes (Bonifaz, 2017) y una perspectiva más ponderada los concibe como: “generadores de un nuevo y más sano equilibrio

---

<sup>6</sup> Véase el extenso estudio de John Ackerman (2016), especialmente el capítulo “Radio-grafía de los organismos autónomos en América Latina y el mundo”.



constitucional; equilibrio que constituye el propósito originario y también fundamental del principio de división de poderes” (Ortiz, 2006, p. 148). Lo que todas estas afirmaciones quieren decir es que la función estatal se ha vuelto tan compleja que conlleva la necesidad de especialización de las instituciones y órganos del Estado. La Tesis P/J. 12/2008 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señala que a los órganos constitucionales autónomos se les han encargado funciones estatales específicas: “con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia para atender eficazmente las demandas sociales; sin que con ello se altere o destruya la tradicional doctrina de la división de poderes”.

Por ello, se puede afirmar que el principio de división de poderes a la luz de esta realidad puede considerarse más como una distribución de funciones o competencias para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades confiadas al Estado que en una separación absoluta, estricta, de los órganos del Estado. El principio de división de poderes en este ámbito adquiere una interpretación más flexible o “material” lo que para Carbonell y Salazar implica discernir los principios de legalidad e imparcialidad. Esto es, la distinción y subordinación de las funciones ejecutivas y judiciales a la función legislativa, y la separación e independencia del órgano judicial tanto del órgano ejecutivo como del órgano legislativo. Esto es, una distinción clara entre funciones y órganos estatales. Continuando el razonamiento de los autores mencionados, el principio de legalidad asegura la supremacía de la ley mientras que el principio de imparcialidad garantiza su aplicación efectiva (Carbonell y Salazar, 2011).

Por último, el principio de división de poderes implica no sólo la legalidad e imparcialidad sino la probabilidad de eficacia gubernamental. Así, Carbonell y Salazar afirman que el control político efectivo entre los poderes no depende de la sola enunciación de su división, sino que deriva de la fórmula de integración de cada uno de ellos y, sobre todo, de las facultades específicas que la Constitución les confiere. Es decir, “que la efectiva división de poderes y la existencia de contrapesos es el resultado de un conjunto de normas constitucionales y legales y no únicamente de la disposición en la que se consagra dicho principio de manera genérica” (Carbonell y Salazar, 2011, p. 21).

## V. CONCLUSIONES

A pesar del tiempo transcurrido y de la serie de transformaciones que líneas arriba sólo hemos apuntado, el principio de separación de poderes continúa teniendo a nivel teórico un importante prestigio y por tanto genera una amplia simpatía en el constitucionalismo contemporáneo. Es decir, a nivel teórico, prescriptivo, normativo, el principio de separación de poderes continúa siendo emblemático para caracterizar a un Estado como constitucional y democrático. Esto es así porque la máxima de Montesquieu de que no hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación y de que la experiencia eterna muestra que todo hombre investido de autoridad abusa de ella; y que por tanto no hay poder que no incite al abuso, a la extralimitación, continúa siendo válida. De ahí que limitar el poder, evitar su concentración, el abuso y tiranía por parte de él es un propósito aún apreciado, por lo que el principio de separación de poderes es aún parte insustituible del Estado constitucional de derecho. Por otra parte, la interpretación de que el principio de división de poderes tiene como objetivo fundamental el garantizar la libertad de los individuos como aspiración continúa siendo válida; al igual que el evitar la arbitrariedad del poder. En suma, estas aspiraciones del principio de división de poderes siguen siendo apreciadas.

A nivel práctico la situación del principio de división de poderes genera algunos desacuerdos, no sólo porque la sociedad y Estado en que apareció difiere totalmente de la situación actual con existencia de partidos políticos, una sociedad pluralista, mayor diversidad de funciones y servicios de los órganos del Estado, ampliación de derechos sociales, etcétera. Es decir, poco se asemeja a la sociedad estamental carente de grandes partidos y sistemas de partidos, y de una elemental estructura institucional expresada por Montesquieu con la compleja realidad institucional, funcional y normativa de los Estados actuales; sino porque en el principio de división de poderes la expresión “poder” denota dos técnicas constitucionales: separación de órganos y separación de funciones, que están sustentadas en los principios de especialización de funciones y el de independencia recíproca; es decir, distribución de funciones estatales y relaciones entre los órganos competentes para ejercerlas (Guastini, 2001). Esto último, ha ocasionado una disparidad de interpretaciones en una diversidad de autores quienes han denominado al principio de división de poderes como expresión de reparto de poderes, distinción de poderes, coordinación de poderes, separación de funciones, independencia o interdependencia de poderes. No obstante, como ya se

mencionó líneas arriba, lo que es evidente es que la evolución del Estado, la aparición de maquinarias partidistas y sobre todo la hegemonía de los partidos en la vida política, la forma de gobierno y en particular la relación entre el poder ejecutivo y legislativo han incidido en la práctica del funcionamiento de la división de poderes.

La existencia de nuevos órganos constitucionales como los tribunales constitucionales, bancos centrales o más recientes órganos constitucionales autónomos en materias como derechos humanos, transparencia, telecomunicaciones, etcétera, han motivado un serio cuestionamiento a la concepción estricta, total y pura de la división de poderes. De ahí que para muchos la actual compleja estructura estatal hace inoperante e irreal una estricta (o como dicen los tratadistas *absoluta, radical, pura*) división de poderes. No obstante, una apreciación más sensata señala que el cumplimiento cabal de las obligaciones y funciones (legislativas, ejecutivas o judiciales) del Estado actual requieren la cooperación, cuando no la interdependencia, entre los diversos órganos estatales.

De hecho, como ya se mencionó líneas arriba, el principio de división de poderes enunciado por Montesquieu jamás quiso expresar una ausencia total de intervención parcial en los actos de las otras ramas. De tal suerte que la colaboración y el involucramiento de una pluralidad de órganos no sólo es adecuada sino necesaria, como lo ejemplifican la elaboración de la legislación o la garantía de los derechos fundamentales como son: salud, educación y trabajo.

Como bien señaló Madison, el principio de división de poderes no quiere decir que los poderes legislativo, ejecutivo y judicial permanezcan totalmente inconexos entre sí; todo lo contrario, “el grado de separación requerido por esta máxima como esencial para un gobierno libre, no podrá ser debidamente mantenido en la práctica a menos que estas ramas estén conectadas y entrelazadas entre sí lo suficientemente como para dar a cada una un control constitucional sobre las demás” (Hamilton, Madison y Jay, 2015, p. 384).

Por último, y sólo como un apunte, podemos mencionar que con el ascenso del populismo de izquierda y de derecha se confirman la validez del principio de división de poderes, pues la colonización del “poder mayoritario” que ostenta el Poder Ejecutivo precede al autoritarismo y por lo tanto representa un peligro latente para difuminar y arrasar con la separación de poderes. Desde esta perspectiva politológica, el pluralismo está en la mira de un estilo populista de gobierno. El debate sobre la resignificación del principio de división de poderes no ha concluido; el continuo desarrollo de las

sociedades modernas, los cambios acaecidos en ella, así como la actualización de las disposiciones normativas de muchas Constituciones continúan planteando desafíos al principio de división de poderes.

## VI. REFERENCIAS

- Ackerman, B. (2007). *La nueva división de poderes*. Fondo de Cultura Económica.
- Ackerman, J. M. (2016). *Autonomía y Constitución: el nuevo Estado democrático*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ackerman, J. M. (2010). Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina. En J. Carpizo y C. B. Arriaga (Coords.), *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa* (pp. 3-21). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Blanco, R. L. (2006). *El valor de la constitución*. Alianza.
- Bonifaz, L. (2017). *La división de poderes en México. Entre la política y el derecho*. Fondo de Cultura Económica.
- Bonilla-Maldonado, D. E. (2015). La arquitectura conceptual del principio de separación de poderes. *Vuniversitas*, (131), 231-276.
- Carbonell, M. y Salazar, P. (2011). *División de poderes y régimen presidencial en México*. Porrúa.
- Cárdenas Gracia, J. (2020). Soberanía popular vs órganos constitucionales autónomos. En M. A. López (Coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Contreras, M. A. (2020). ¿Es el siglo XXI el tiempo de los órganos constitucionales autónomos en México? En M. A. López (Coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos* (pp. 129-145). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Corvalán, J. G. (2015). Los ejes centrales de la división de poderes en el Estado Constitucional de Derecho. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, 2(1), 225-256.
- Díaz, E. (2012). Desarrollo histórico del principio de separación de poderes. *Revista de Derecho*, (38), 240-270.
- García Macho, R. (1986). Problemática de la división de poderes en la actualidad. *Revista de Estudios Políticos*, (53), 175-190.

- García-Pelayo, M. (1981). El estatus del Tribunal Constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1(1), 13-23.
- García-Pelayo, M. (1983). La división de poderes y su control jurisdiccional. *Revista de Derecho Político*, (18/19), 7-16.
- García Rojas, J. (2000). Del principio de la división de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, (108), 41-75.
- Greppi, A. (2010). Derechos políticos, constitucionalismo y separación de poderes. *Arbor*, CLXXXVI(745), 745.
- Gustatini, R. (2001). ¿Separación de los poderes o división del poder? En R. Gusatiani, *Estudios de Teoría constitucional*. Fontamara.
- Hamilton, A., Madison, J. y Jay, J. (2015). *El Federalista*. Akal.
- Hoffmann-Riem, W. (2007). La división de poderes como principio de ordenamiento. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 211-225.
- Lanzaro, J. (Comp.). (2001). *Tipos de presidencialismo y coaliciones políticas en América Latina*. CLACSO.
- Lijphart, A. (1994). Presidencialismo y democracia mayoritaria: observaciones teóricas. En J. J. Linz y A. Valenzuela (Comps.), *Las crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas*. Alianza Universidad.
- Linz, J. J. (1994). Democracia presidencial o parlamentaria. ¿Qué diferencia implica? En J. J. Linz y A. Valenzuela (Comps.), *Las crisis del presidencialismo. I. Perspectivas comparativas* (pp. 25-143). Alianza Universidad.
- Lucas, A. (2009). Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado. *Estudios Constitucionales*, (2), 241-253.
- Mainwaring, S. y Soberg, M. (Comps.). (2002). *Presidencialismo y democracia en América Latina*. Paidós.
- Martínez, M. (2015). *Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente. ¿Fortaleza o debilidad del Estado?* *El Cotidian*, (190), 123-142.
- Montesquieu. (2015). *Del espíritu de las leyes* (20a ed.). Porrúa.
- Negretto, G. L. (2003). Diseño constitucional y separación de poderes en América Latina. *Revista Mexicana de Sociología*, (1), 41-76.
- Negretto, G. L. (2002). Hacia una nueva visión de la separación de poderes en América Latina. En M. Carbonell, W. Orozco y R. Rodríguez (Coords.), *Estado de Derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina* (pp. 299-328). Universidad Nacional Autónoma de México-Siglo XXI.

- Negretto, G. L. (2015). *La política del cambio constitucional en América Latina*. Fondo de Cultura Económica.
- Nino, C. S., Gargarella, R., et al. (1992). *El presidencialismo puesto a prueba. Con especial referencia al sistema presidencialista latinoamericano*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Nohlen, D. y Fernández, M. (Eds.). (1998). *El presidencialismo renovado. Instituciones y cambio político en América Latina*. Nueva Sociedad.
- Ortiz, G. I. (2006). La creación de órganos constitucionales autónomos en los Estados de la República. *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, (22), 147-159.
- Paine, T. (2017) *Los derechos del hombre*. Fondo de Cultura Económica.
- Pedroza, S. T. (2002). Los órganos constitucionales autónomos en México. En J. M. Serna y J. A. Caballero (Eds.), *Estado de derecho y transición jurídica* (pp.173-194). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Prado, J. L. (2004). Nuevos paradigmas de la separación de poderes. En M. Carbonell (Coord.), *Derecho constitucional. Memoria del Congreso Internacional de Culturas y Sistemas Jurídicos Comparados* (pp. 779-798). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Salazar, P. (2017). *El Poder Ejecutivo en la Constitución mexicana. Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*. Fondo de Cultura Económica.
- Solozabal, J. J. (1981). Sobre el principio de la separación de poderes. *Revista de Estudios Políticos*, (24), 215-234.
- Soto, S. (2018). La vieja y la nueva separación de poderes en la relación entre el poder ejecutivo y el poder legislativo. *Estudios Constitucionales*, (2), 449-480.
- Tena, F. (1947). La crisis de la división de poderes. *Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, t. IX, (35-36).
- Tesis: P/J.20/2007 (9a.) (2007). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época, t. XXV. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/172456>
- Tesis: P/J. 12/2008 (9a.) (2008). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época, t. XXVII. <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/170238>



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Flores Andrade, Anselmo, “El principio de división de poderes. Una revisión crítica”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17162. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17162>

### ***APA***

Flores Andrade, A. (2024). El principio de división de poderes. Una revisión crítica. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17162. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17162>

**El presidente *no* personifica a la nación.  
Un estudio sobre su naturaleza representativa**

*The president does not personify the nation.  
Or a study on its representative nature*

**Eduardo Martín Acosta Yparraguirre**

 <https://orcid.org/0000-0001-5268-8327>

Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola. Perú  
Correo electrónico: eduardo.acostay@usil.pe

Recepción: 1 de agosto de 2023  
Aceptación: 10 de octubre de 2023  
Publicación: 29 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17658>

**RESUMEN:** La idea de la personificación de la Nación como propia de la institución presidencial se ha instalado en el Perú a partir de las tres últimas Constituciones (1933, 1979 y 1993), apoyada por una apreciación general que le atribuye carácter declarativo, inocuidad o tradición y que ha normalizado la frase hasta el punto del silencio crítico. Sin embargo, no sólo es extraña a la institución, sino que resulta perjudicial para el entendimiento correcto de la representación democrática, dado que es más propia de las monarquías absolutas e incluso en su versión original estadounidense, en la que el poder presidencial continúa en expansión, la figura no aparece y tampoco en los constitucionalismos latinoamericanos, lo que revela no sólo su inconsistencia, sino su nocividad para el sistema republicano.

**Palabras clave:** presidente, personificación de la nación, representación, monarquía, república, democracia.

**ABSTRACT:** The idea of the personification of the Nation as typical of the presidential institution has been installed in Peru from the last three constitutions (1933, 1979 and 1993), supported by a general appreciation that attributes to it a declarative character, innocuousness or tradition and which has normalized the sentence to the point of critical silence. However, it is not only rare to the institution, but it is also pernicious to the correct understanding of democratic representation, since it is more typical of absolute monarchies and even in its original United States version, in which presidential power continues to expand, this concept does not appear and neither does it appear in Latin American constitutionalisms, which reveals not only its inconsistency, but also its noxiousness for the republican system.

**Keywords:** president, personification of the nation, representation, monarchy, republic, democracy.



## I. INTRODUCCIÓN

Supóngase que cierta nación se encuentra bajo la coacción de una autocracia, donde el presidente, ilegitimado por sus propias conductas, ha terminado convertido en un dictador. Los derechos humanos son vulnerados sistemáticamente y su sola presencia en el poder ha provocado que tal país empiece a quedar aislado. A esta coyuntura se le pueden agregar o disminuir variables (un presidente corrupto, incapaz, criminal, inmoral, etcétera), sin que en ninguno de los casos el escenario deje de ser factible. Ahora, agréguele que según su Constitución, el presidente encarna a esa Nación.

En el Perú, desde su Constitución Política de 1933,<sup>1</sup> el Poder Constituyente ha utilizado una redacción que por lacónica o por juzgarse declarativa suele pasar desapercibida sin reparar en su sentido jurídico-político, máxime si se tiene en cuenta la historia presidencial reciente y pasada.

Veamos: la Constitución Política del Perú de 1933 prescribía lo siguiente: “Artículo 134. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica la Nación”.

---

<sup>1</sup> Fernández (2009) reseña los textos que las anteriores Constituciones Políticas del Perú dedicaron al Presidente de la República. Los numerales se redactaron de la siguiente manera:

1. Constitución Política de 1823. Artículo 72.- Reside exclusivamente el ejercicio del poder ejecutivo en un ciudadano con la denominación de Presidente de la República.

2. Constitución Política de 1826. Artículo 77.- El ejercicio del Poder Ejecutivo reside en un Presidente Vitalicio, un Vicepresidente, y cuatro Secretarios de Estado.

3. Constitución Política de 1828. Artículo 82°. El Supremo Poder Ejecutivo se ejercerá por un solo ciudadano, bajo la denominación de Presidente de la República.

4. Constitución Política de 1834. Artículo 67.- Es jefe de la administración general del Estado un ciudadano bajo la denominación de Presidente de la República.

5. Constitución Política de 1839. Artículo 68.- Es Jefe Supremo del Poder Ejecutivo el ciudadano nombrado Presidente de la República.

6. Constitución Política de 1856. Artículo 73.- Es Jefe del Poder Ejecutivo, un ciudadano bajo la denominación de Presidente de la República.

7. Constitución Política de 1860. Artículo 78.- El Jefe del Poder Ejecutivo tendrá la denominación de Presidente de la República.

8. Constitución Política de 1867. Artículo 70.- El Jefe del Poder Ejecutivo tendrá la denominación de Presidente de la República.

9. Constitución Política de 1920. Artículo 111.- El Jefe del Poder Ejecutivo tendrá la denominación de Presidente de la República (pp. 258 y ss.).

La Constitución Política del Perú de 1979 repetía el texto: “Artículo 201. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”.

Finalmente, nuestra Constitución Política de 1993, vigente, replica el contenido: “Artículo 110.- El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”.

El marco de esta redacción es el presidencialismo que, aunque no canónicamente abrazado por el Perú, es el orientador para un sistema adaptado hasta ponerse a tono con las características constitucionales específicas de la nación.

Este trabajo se ha dirigido a investigar los orígenes de la institución presidencial desde el diseño, sobre la hipótesis de que la personificación de la Nación en el presidente no es propia de las democracias, sino de regímenes opuestos a ella. El caso peruano es un *leit motiv*, cuyo objetivo es remitirse a un análisis de su naturaleza representativa, aplicable a cualquier nación que lo ostente, testeando la extensión de sus alcances para comprobar si la personificación de la Nación es propia de su ontología, incluso explorando el máximo de sus límites, para demostrar que aquello no es cierto.

## II. EL DISEÑO

El gobierno presidencial es un régimen que exige como requisitos primordiales la separación de poderes y un sistema de pesos y contrapesos con especialización funcional e independencia orgánica, pero su característica esencial es la de un Ejecutivo monocrático, donde el presidente es al mismo tiempo jefe de Estado y de gobierno (García, 2014, p. 340). Ubicándonos después de las dos grandes revoluciones del siglo XVIII, este tipo de gobierno es una especie inédita. Imaginemos que esta es una nueva maquinaria y que a la par de fantasearla, estemos creando también las partes. Esto sucedió con el presidente, cuyas características y atribuciones fueron surgiendo y acomodándose hasta terminar encajando junto a las otras piezas en el plano general. A eso nos abocaremos: partiendo de las premisas señaladas, desmenuzaremos las categorías esenciales de este modelo.

### 1. ¿Cuál es el sentido de tener un presidente?

Hace tiempo, viendo la película “Nuremberg” (Yves Simoneau, 2000) presencié un diálogo provocador. A Hermann Göring interpretado por Brian

Cox se le pregunta de dónde sacaron los nazis la idea de hacer confluír en una sola persona la jefatura de Estado y la jefatura de gobierno, como era el caso del Führer. Göring responde con sorna que fue muy sencillo: tomaron el ejemplo de los roles que desempeña el presidente de los Estados Unidos. Algo de esto es cierto.

Duverger expone las características del régimen presidencial, creado en la Constitución de los Estados Unidos de 1787, donde el Ejecutivo no está separado en jefe de Estado y gabinete (y este, a su vez no está presidido por un Jefe de Gobierno), el Presidente ejerce las facultades de jefe de Estado y jefe de gobierno, no existe un órgano colegiado como un Consejo de Ministros, estos tampoco tienen autoridad política y en realidad sólo son secretarios que plantean sus posiciones, pero las decisiones son tomadas por el presidente (Duverger, 1970, p. 211). Este carácter autárquico es producto de una acumulación de características no espontáneas, sino calculadas en el camino para colocar al presidente en una posición de privilegio: la de un líder inalcanzable, capaz de conducir a un país bajo sus designios, por la propia fuerza de la naturaleza y autoridad de su cargo.

Apresuro esta definición, pero no cae en saco roto. La razón es la anchura del cargo presidencial, por ello todo ensayo de definición que proponga la existencia de un líder monocrático y autónomo estará muy cerca del acierto. Rostow (1990) coincide cuando afirma que el presidente no es elegido, ni creado por el Congreso, por ello éste puede, por ejemplo, solicitarle información, pero no ordenarla (p. 7). El presidente está investido de poderes que ejerce a discreción y solo limitado por su patria y su conciencia.<sup>2</sup> Notamos, entonces, que el cargo del presidente fue concebido muy parecido al de un Monarca, pero “republicanizado”, hablaremos más adelante.

Antes, es necesario conocer los orígenes de la figura y, para ello, retornamos a los Estados Unidos: ¿qué querían los norteamericanos en la figura de su nuevo gobernante?, ¿qué requerimientos necesitaban satisfa-

---

<sup>2</sup> “The President is not elected by Congress. He is not a creature of Congress. And he is not required to report to Congress, except for his annual State of the Union address. The historical experience of the United States confirms the wisdom of Marshall’s comment in *Marbury v. Madison* that “the secrets of the cabinet” are beyond outside scrutiny, and that “the President is invested with certain important political powers in the exercise of which he is to use his own discretion, and is accountable to his country in his political character, and to his own conscience. “In these areas, Congress can request information of the President; it can never command it. This is not to say that the President is above the law. *Marbury v. Madison* demonstrates the contrary. But the law is vindicated by many procedures without subordinating the President to Congress or the courts in all cases”.

cer?, ¿cómo querían investirlo?, ¿qué significado debía tener? Estas no son preguntas retóricas, teniendo en cuenta que el proceso de independencia implicaba un nuevo diseño jurídico-político-social, la respuesta a estas cuestiones debía ser una definitiva afirmación de las aspiraciones que tenían para su nuevo país.

Jones (2016) ensaya una respuesta a estas interrogantes rememorando el contexto en que se fue creando el concepto. La preocupación central fue mantener a la población a salvo de la tiranía y el medio para lograrlo fue un diseño de instituciones amalgamadas, pero divididas en funciones y en poder y que pudiesen controlarse entre sí (p. 2).<sup>3</sup>

La semántica del término “presidente” da por descontado el objetivo: “Dirigir, gobernar”, pero este no es el punto, también gobierna un rey o un dictador, el punto, entonces, es: gobernar evitando la tiranía.

La esencia de un presidente, como la idea del anti-tirano, le provee, por lo tanto, de una connatural carga virtuosa, opuesta a los vicios del opresor. La carga ética aparece por oposición.<sup>4</sup> Entonces, el problema que trata de resolver la figura del presidente no es, como diría Aristóteles, la monarquía en sí misma,<sup>5</sup> sino la degeneración de esta, que es la tiranía. Ahora bien,

---

<sup>3</sup> “The urge to protect the populace from tyranny was strong, thus the emphasis on dividing power. Yet the parts had to unite sufficiently for governing, doing so as representative institutions. The design had to be as special as the purpose, with each person and faction subject to checks and sensitive to balance by others. It was a bold and noble experiment, one still being tested”.

<sup>4</sup> Aquino (1988), en su c.42, a2, rpt.3, lo explica de la siguiente manera: “el régimen tiránico no es justo, ya que no se ordena al bien común, sino al bien particular de quien detenta el poder, como prueba el Filósofo en III Polit en VIII Ethic. De ahí que la perturbación de ese régimen no tiene carácter de sedición, a no ser en el caso de que el régimen del tirano se vea alterado de una manera tan desordenada que la multitud tiranizada sufra mayor detrimento que con el régimen tiránico. El sedicioso es más bien el tirano, el cual alienta las discordias y sediciones en el pueblo que le está sometido, a efectos de dominar con más seguridad. Eso es propiamente lo tiránico, ya que está ordenado al bien de quien detenta el poder en detrimento de la multitud” (p. 346).

<sup>5</sup> Aristóteles no condena a la monarquía, de hecho indica que “[D]e los gobiernos unipersonales solemos llamar monarquía a la que mira al interés común” y, más adelante, refiriéndose a las degeneraciones de los buenas formas de gobierno afirma que “[L]as desviaciones de los regímenes mencionados son: la tiranía de la monarquía [...] La tiranía es una monarquía que atiende al interés del monarca [...] La tiranía es, como se ha dicho, una monarquía que ejerce un poder despótico sobre la comunidad política” (Aristóteles, 2003, p. 129). La monarquía, en consecuencia, puede ser tan virtuosa como cualquiera de los otros dos regímenes expuestos por el filósofo y sólo pierde esta calidad por desnaturalización, en otras palabras, cuando ya no es monarquía, cuando ha abandonado su ontología y deja de ser lo que es.

si ésta implica un uso desmedido del poder, aquella corrupción que refiere el filósofo se produce por la posibilidad de alcanzar el poder absoluto. En consecuencia, la presidencia se erige como un baluarte frente a la concentración del poder o a la amenaza de que esto suceda. Ergo, la monarquía se convierte en una figura rechazable, no porque necesariamente concentre el poder, sino porque tiene todas las posibilidades de hacerlo. Este peligro debe ser conjurado. A esta explicación dedicaré el apartado siguiente.

Por otro lado, sin alejarnos del tema de la concentración de poder y la necesidad de virtud (de hecho, con más intensidad) planteadas como ideal de esta nueva figura, se impone virar hacia Alexis de Tocqueville, espectador de lujo, por el tiempo y las circunstancias (*La Democracia en América* fue publicada sólo 59 años después de la revolución y 32 años después de la sentencia *Marbury vs. Madison*), quien explica lo que los estadounidenses esperaban de su creación y las razones para las características de su diseño. Según Tocqueville (1998) los estadounidenses deseaban encontrar una fórmula en la que el poder ejecutivo estuviese sometido a la voluntad popular, pero que al mismo tiempo fuese lo suficientemente fuerte para actuar con libertad en el ámbito de sus atribuciones (p. 123). El autor francés percibe que la tarea de delinear esta institución es una labor de filigrana. No desean un gobernante débil, pese a haber experimentado negativamente a un rey, más bien este poder de mando se aprecia como virtud, pero tampoco desean que se desborde, sino que siempre permanezca controlado por la nación a quien se debe. Así, vemos el nacimiento (en la versión presidencial), del retorno de la soberanía del monarca al pueblo que, lejos de las manos del presidente, pesa sobre él y sirve para controlarlo.

Este desplazamiento del centro de gravedad del poder y su origen, obligarían a rediseñar el sistema jurídico-político y, como decíamos líneas arriba, provoca la necesidad de cuidar permanentemente la separación de poderes y los pesos y contrapesos.

Tocqueville hace énfasis en el carácter electivo del presidente y en el control permanente que el pueblo ejerce sobre él y todos los aspectos de su vida y su función. También el Senado lo vigila en sus relaciones exteriores y en la adjudicación de cargos, manteniendo a raya la corrupción. Sin embargo, al mismo tiempo le fueron reconocidas una fuerza y estabilidad superiores que las concedidas a su cargo en los Estados particulares a fin de cumplir plenamente su tarea (Tocqueville, 1998, p. 123).

No olvidemos que Tocqueville es un francés asistiendo a la formación de una federación. Su perspectiva tiene la lejanía necesaria para evaluar

por contraste, teniendo como referente a su propia nación, de modelo distinto y, sin el apasionamiento en el que por aquellos años se enzarzaban pensadores y políticos estadounidenses. Es sintomático, por ello, que se enfocó siempre en la fuerza indispensable para que esta figura tuviese éxito. No estamos hablando de un Estado unitario, la formación federal exigió que Estados con soberanía plena decidieran formar uno entre todos,<sup>6</sup> resultando imprescindible que el poder pueda sostenerse de manera permanente, de otro modo, cada Estado invocaría soberanía, reclamaría separación y la unión se destruiría. Evidentemente, la idea de un jefe fuerte puede parecer peligrosa teniendo en cuenta la historia previa de Estados Unidos, pero era más peligroso sumirse en la anarquía de la disolución. Así, una de las manifestaciones de la fuerza en este nuevo modelo federado fue la figura del presidente.

El presidente es toda una maquinaria de poder frente a una pared infranqueable levantada alrededor del Congreso.

## *2. Las formas de conjurar el peligro*

Líneas arriba me referí al riesgo de concentración de poder y el consecuente abuso que se derivaría en una hipotética, pero usual monarquía. En este modelo, como es lógico, no podría hacerse frente a esta situación salvo que, ya hubiesen empezado a ensayarse instituciones republicanas, incluso aunque el propio pueblo no lo supiera o no les hubiese dado todavía esta denominación. El modelo monárquico puro no es nocivo en sí mismo, simplemente no tiene las herramientas necesarias para controlar el poder y el desborde puede ser un asunto cotidiano cuya aparición o desaparición más dependerá del carácter moral del gobernante que de candados institucionales y, aunque todos perciban la maldad de estos actos no habrá forma de protegerse frente a ellos salvo que la coyuntura histórica lo promueva. Esta es la diferencia central de vivir en un Estado de hecho y en uno de derecho.

Sin embargo, el propio diseño estadounidense debía determinar las garantías de su funcionamiento, es así que la división y separación de poderes

---

<sup>6</sup> “En principio, todo Estado federal es el integrado por un grupo de estados que, sin perder su propia soberanía, se pliegan al interés supremo de la Nación de la que forman parte, como expresión de su propia soberanía. Ello se resume en lo que se ha dado en llamar pacto federal, el que opuesto a la forma central o unitaria de gobierno, da paso al establecimiento de un Estado que se superpone a las demás entidades, al tiempo que se encarga de mantener un equilibrio del poder entre las mismas, velando de manera general por los intereses de la federación, y siendo el titular de la soberanía de la Nación que la integra” (Calzada, 1990, p. 207).

imaginada por Locke<sup>7</sup> y Montesquieu<sup>8</sup> son asumidas no sólo como una he-

<sup>7</sup> Locke, en el acápite 143, capítulo XII, Libro II de su obra *Two treatises of Government*, señala que el poder legislativo es el que determina cómo será empleada la fuerza del Estado, pero también advierte que, como la debilidad de los hombres puede llevarlos a perderse por la tentación de acumular poder, no es conveniente que los mismos que hacen las leyes sean quienes las ejecutan, pues podrían no obedecerlas, crearlas a su conveniencia o en su propio beneficio en desmedro de la comunidad, la sociedad y el gobierno (*“And because it may be too great a temptation to human frailty, apt to grasp at power, for the same persons, who have the power of making laws, to have also in their hands the power to execute them; whereby they may exempt themselves from obedience to the laws they make, and suit the law, both in its making and execution, to their own private advantage, and thereby come to have a distinct interest from the rest of the community, contrary to the end of society and government”*). Por otro lado, en el acápite 144 refiere que es necesario un poder ejecutivo siempre activo que aplique las leyes y vele por su puesta en práctica. Éste debe estar separado del legislativo (*“therefore it is necessary there should be a power always in being, which should see to the execution of the laws that are made, and remain in force. And thus the legislative and executive power come often to be separated”*). Finalmente, en el punto 146, Locke prevé un tercer poder dedicado a las relaciones internacionales del Estado, es decir para celebrar tratados (*“the power of war and peace, leagues and alliances, and all the transactions, with all persons and communities without the commonwealth; and may be called federative, if any one pleases”*). (Todas las interpretaciones del idioma original han sido realizadas por el autor del presente artículo). El modelo de Locke es distinto al que conocemos y que ha alcanzado popularidad y utilidad en el Estado moderno, sin embargo, la esencia de la idea está presente: No es recomendable concentrar el poder, las funciones deben separarse (Locke, 1824, pp. 216 y ss.).

<sup>8</sup> En capítulo VI, Libro Décimo primero de su obra *Esprit des lois*, el autor francés hace referencia a la Constitución inglesa. Es sugerente, dado que al ser contemporáneo con Locke y al ser éste inglés, ambos autores dan cuenta de similares circunstancias. *“Il ya dans chaque État trois sortes de pouvoirs: la puissance législative, la puissance exécutrice des choses qui dépendent du droit des gens, et la puissance exécutrice de celles qui dépendent du droit civil. Par la première, le prince ou le magistrat fait des lois pour un temps ou pour toujours, et corrige ou abroge celles qui sont faites. Par la seconde, il fait la paix ou la guerre, envoie ou reçoit des ambassades, établit la sûreté, prévient les invasions. Par la troisième, il punit les crimes ou juge les différends des particuliers. On appellera cette dernière la puissance de juger; et l’autre, simplement la puissance exécutrice de l’État”*. Traducción realizada por el autor del presente artículo: “En cada Estado hay tres clases de poderes: el poder legislativo, el poder ejecutivo de las cosas relacionadas al derecho de gentes, y el poder ejecutivo de las cosas relacionadas al derecho civil. En razón del primero, el príncipe o el Jefe del Estado elabora leyes temporales o permanentes, o deroga las existentes. En razón del segundo, hace la paz o la guerra, envía o recibe embajadas, instaura la seguridad pública y previene las invasiones. En razón del tercero, castiga los delitos o juzga los conflictos entre particulares. A este poder se le llama poder judicial y al otro, simplemente, poder ejecutivo del Estado”. Es importante también apuntar que con Montesquieu tampoco vemos exactamente el modelo de separación de poderes que ha triunfado en el Estado moderno, sin embargo, sí apreciamos la idea mucho más definida y, queda claro también que su idea no es fundacional, sino que es tributaria de las prácticas inglesas (Montesquieu, 1844, pp. 128-129).

rramienta de la institución, sino como parte de su propia naturaleza. Nótese que esto no se repite, por ejemplo, en el modelo presidencial de algunos países latinoamericanos, como el Perú. Chanamé et al. (2009)<sup>9</sup> lo explican incidiendo en una especie de relación que yo denominaría de “vínculo sin contacto”.

Chanamé et al. (2009) subrayan la importancia de la separación de poderes en el modelo estadounidense, explicando que el Parlamento no puede inmiscuirse en los asuntos del Ejecutivo y menos aún, destituirlo y, del mismo modo, el presidente tampoco puede disolver al Congreso (p. 225).

Vemos a una figura inaccesible, incluso desde la orilla del otro poder político del Estado. La Constitución estadounidense, entonces, ha delineado una estructura jurídico-política donde, como dos torres paralelas crecen el Ejecutivo y el Legislativo, ambos se requieren para mantener el sistema, pero no conciben relaciones interdeterminantes y, por supuesto, sólo el primero se encarga de encauzar el norte.

En esta misma línea, Jellinek (2017) analiza la cuestión a partir de dos tópicos. Primero, desde la oposición monarquía/república y luego desde la versión constitucional estadounidense. Señala que la división y equilibrio de poderes es más potente en las democracias representativas que en las monarquías, ya sabemos las razones: en un caso la autosuficiencia del príncipe y en el otro las elecciones. Incluso detalla que en las democracias directas de la antigüedad se debió separar completamente al *demos* de las autoridades.

---

<sup>9</sup> En la Constitución Política del Perú vigente de 1993, el Capítulo VI está dedicado a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Poder Legislativo, en este apartado figuran los siguientes numerales:

- Artículo 130, sobre la cuestión de confianza que puede plantear el presidente del Consejo de Ministros ante el Congreso.

- Artículo 131, sobre la interpelación a los ministros por parte del Congreso.

- Artículo 132, sobre el voto de censura o rechazo de la cuestión de confianza por parte del Congreso hacia el Consejo de Ministros o a alguno de los ministros por separado.

- Artículo 133, sobre la crisis total del gabinete respecto del rechazo de la confianza al presidente del Consejo de Ministros por parte del Congreso o su censura, renuncia o remoción por parte del presidente de la República.

- Artículo 134, sobre la disolución del Congreso por parte del presidente de la República.

- Artículo 135, sobre la instalación del nuevo Congreso y la posible censura o rechazo de confianza al Consejo de Ministros.

- Artículo 136, sobre la restitución de facultades del Congreso disuelto si no se efectúan las elecciones en el plazo señalado.

Como puede apreciarse, las relaciones entre el Poder Ejecutivo y el Legislativo no sólo son abundantes y funcionales a distintos niveles, sino que también son interdeterminantes.



des para garantizar las normas del derecho político en la realidad de la vida del Estado (p. 630).

Queda claro que, como afirmaba líneas arriba, la separación de poderes es forzosa para la República y sólo florece en ella. No se trata, entonces, de una característica, sino de una condición. Así, su mantenimiento es un indicador, pues una falla en su sistema no devendría en un error circunstancial, sino en la desnaturalización misma, hecho que políticamente significaría el viraje a otro modelo, el dictatorial, por ejemplo y éticamente, implicaría que los valores que inspiran la oposición al abuso se han perdido.

Más adelante, el autor alemán conduce esta reflexión hacia el modelo estadounidense concluyendo que, de todas las Constituciones republicanas, la estadounidense y las de sus miembros son las que mejor resuelven el tema de la relación entre poderes, a causa de la breve duración en el cargo tanto del Parlamento, como del presidente, en una radical fórmula de equilibrio y separación (Jellinek, 2017, p. 630).

Ergo, el razonamiento sería el siguiente: una condición indispensable de toda República es la separación de poderes. Los Estados Unidos han definido de mejor manera la separación de poderes. Los Estados Unidos tienen mejores posibilidades de mantener una República exitosa. Hasta aquí la primera inferencia.

El siguiente razonamiento versaría sobre que el presidente de los Estados Unidos es una figura fuerte, indeterminada frente al Congreso y sin injerencias sobre él. Una figura así y sin injerencias es beneficiosa para la separación de poderes, la cual es indispensable para la República. La figura del presidente de los Estados Unidos garantiza de mejor manera a la República.

Hecho este razonamiento, es sintomático que la historia revele que los Estados Unidos jamás han tenido una dictadura, escenario del que no pueden presumir ni Europa, ni Latinoamérica, sólo por citar al mundo occidental-democrático.

Fischbach (1928) coincide afirmando que no hay mejor modelo de democracia representativa que el estadounidense, debido al énfasis de su Constitución en la separación y equilibrio de poderes. Según el autor, el Poder Ejecutivo “reside casi exclusivamente en el Presidente de la Confederación” [*sic*], y se lo elige, por cuatro años, y en votación indirecta, como al vicepresidente (quien también es presidente del Senado). La elección es verificada por compromisarios (electors) en número igual que los Estados. Y sus

atribuciones, comparadas con las del presidente del Reich o incluso con las del antiguo emperador, son muy extensas (p. 222).

Fischbach fue nazi desde 1933, pero su testimonio es particularmente interesante, dado que escribe en la Alemania de 1928 y, sin una especial predilección por el modelo estadounidense, la opinión emitida sobre este tiene la suficiente distancia para no llevar carga subjetiva. Por otro lado, sus afirmaciones, en varios momentos del texto, sobre el “bien público” como “misión primordial” del Estado y que la mejor forma de lograrlo es el Estado de derecho, que tiene por lema la “igualdad ante la ley” (Fischbach, 1928, p. 12) son al menos cuestionables, pero ya se encargará el lector de juzgarlas y merecerían propia investigación que alguien más, seguramente, se interesará en realizar.

Finalmente, decidí desmenuzar el modelo estadounidense, no sólo porque sea génesis de la institución presidencial, sino porque en realidad es el único sistema presidencial que existe. Si pretendemos una síntesis, el presidente de los Estados Unidos de América es el más presidente de todos. Bajo esta lógica, cabe preguntarse si “personifica a la Nación”. Lo revisaremos.

### *3. El carácter del presidente*

Quiero volver sobre el tema del “carácter monárquico del presidente”. Heywood (2013) ensaya una interesante definición sobre el presidente cuando señala que

A president is a formal head of state, a title that is held in other states by a monarch or emperor. An important distinction, however, must be made between constitutional presidents and executive presidents. Constitutional or non-executive presidents, found in India, Israel and Germany, for example, are a feature of parliamentary systems and have responsibilities confined largely to ceremonial duties. In these circumstances, the president is a mere figurehead, and executive power is wielded by a prime minister and/or a cabinet. This section is concerned with executive presidents, who combine the formal responsibilities of a head of state with the political power of a chief executive. Presidencies of this kind constitute the basis of what is called ‘presidential government’, as opposed to parliamentary government. (p. 289)<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Traducción realizada por el autor del presente artículo: “un presidente es un jefe de Estado formal, un título que es ostentado por un monarca o emperador en otros estados. No

Heywood acierta. En su definición no nos muestra lo que ya sabemos (la diferencia entre un presidente en el sistema presidencial y uno en el sistema parlamentario), sino lo que implica realmente un presidente. La primera frase traza el campo: el presidente es un jefe de Estado, de la misma forma en que lo era un monarca, nada más y nada menos.

La percepción histórica de García Belaúnde sobre el tema empuja a pensar que los Estados Unidos crearon su modelo a falta de alguno que pudiese convencerlos y cubrir sus expectativas, debido a la políticamente incipiente Europa y lo pernicioso que se ofrecía en el resto del mundo.<sup>11</sup> Carentes de un ejemplo, tomaron uno que ya conocían: republicanizaron al monarca. “Y frente a eso y como existía la monarquía generalizada en el mapa político europeo, optaron por laicizar al monarca, volverlo laico, volverlo no hereditario y hacerlo temporal y con poderes limitados. Y así surge el sistema presidencial” (García, 2006, p. 301).

Suena, muy sencillo, pero ya en otros pasajes de esta investigación hemos dado cuenta de las dificultades que debió implicar esta apuesta de ingeniería constitucional. Lo que resalta en García, vinculado a lo reseñado antes, es la reafirmación del carácter monárquico del presidente y desmentir de plano que sea su exacto opuesto.

Pero cabe la pregunta sobre si el diseño de la institución de este “monarca republicanizado” ha permanecido igual hasta nuestros días. Partiremos en orden cronológico a fin de comprobar si ha existido algún tipo de cambio y, si es así, en qué momento sucedió o si aún continúa.

---

obstante, se debe hacer una distinción importante entre presidentes constitucionales y presidentes ejecutivos. Los presidentes constitucionales o no ejecutivos, como es el caso de la India, Israel y Alemania, por ejemplo, son una característica de los sistemas parlamentarios y tienen responsabilidades ceñidas en gran medida a deberes ceremoniales. En estas circunstancias, el presidente es sólo una figura decorativa y el poder ejecutivo lo ejerce un primer ministro y/o un gabinete. Esta parte se ocupa de los presidentes ejecutivos, que combinan las responsabilidades formales de un jefe de estado con el poder político de un jefe ejecutivo. Presidencias de esta clase constituyen la base de lo que se denomina “gobierno presidencial”, en oposición al gobierno parlamentario”.

<sup>11</sup> “Es curioso cómo nació el sistema presidencial en ese momento: el mundo conocido era el europeo; claro, existía la China, la India, pero estaban en otra ubicación geográfica, además eran gobiernos despóticos y mal vistos en esa época. Y lo que ofrecía Europa, estamos hablando de 1776 a 1787, en que se sanciona la Constitución, no era gran cosa. El gobierno parlamentario estaba todavía en ciernes; en rigor se condensa y perfecciona en Inglaterra alrededor de 1830. Pero en 1776 no existía un gobierno parlamentario en forma. El modelo convencional tiene sus orígenes en la Revolución Francesa, pero va a cuajar mucho más tarde” (García, 2006, p. 300).

Tocqueville da cuenta de un presidente todavía débil por la coyuntura que los Estados Unidos vivían mientras escribía *La Democracia en América*, pero, aunque él no haya logrado percibirlo, muestra un escenario que, visto en retrospectiva, anuncia lo que el presidente de esa nación llegaría a ser. El autor señala que si el Poder Ejecutivo estadounidense es más débil que el francés es por las circunstancias, más que por las leyes. Detalla su calidad de jefe de las fuerzas armadas, pero con muy pocos soldados en el ejército y una flota muy reducida en la marina, así como su función de dirección de las relaciones exteriores, pero sin vecinos. Separados del mundo por el mar y débiles para dominarlo, sin enemigos y con intereses pocas veces relacionados con otras naciones. El autor observaba que los derechos del presidente estadounidense eran muy limitados, con prerrogativas regias de las que no podía servirse (Tocqueville, 1998, p. 128). Estas circunstancias serían, con el tiempo, superadas y, considerando sus facultades regias, más temprano que tarde se daría el cóctel perfecto para la institución fuerte en la que se convertiría.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> Resulta interesante, por ello, conocer cómo se percibía en aquel entonces a la institución presidencial, su fuerza política y su ejercicio en relación con los pesos y contrapesos y cómo un escenario parecido a este sería poco probable en nuestros tiempos. Cooley es elocuente en su análisis: “The assertion is often made that the power of the executive is greater, more active, and more pervading, in this country, than it is in Great Britain. Undoubtedly this is true; but it is also true that the power depends very largely upon the enormous political patronage. [...] With a friendly congress, or a congress nearly balanced between the parties, his authority will still be powerful; but an overwhelming majority against him in congress may at any time reduce him to a condition little better than that of a ministerial agent, compelled to commission officers, the appointment of whom is, in effect, dictated by the senate, and to put in force the laws passed over his head. At best he can only bargain with the senate for a share in the offices, and the share allowed him will be likely to depend upon the strength of his party, and the hold he may be supposed to have upon the people. In a time of violent party passion and excitement, when the president would need protection most, he might find none at all, except such as might rest in the good sense and caution of his adversaries. The violent partisan may be ready enough to find a “high crime and misdemeanor” in any attempt to thwart the party purposes; and the president may possibly find that he holds his position on condition of strict obedience to party behests, and must not venture to interpose “checks” or “balances” to the will of the party as expressed in congress. This is undoubtedly to suppose a very extreme case, but it is for precisely such cases that there is most occasion to provide balances” (Cooley, 1876, p. 320). Traducción realizada por el autor del presente artículo: “frecuentemente se afirma, que el poder del ejecutivo es mayor, más activo y más penetrante en este país que en Gran Bretaña. Sin duda esto es cierto; pero también es cierto que el poder depende muchísimo del enorme patronazgo político. [...] Con un congreso amigable, o un congreso casi equilibrado entre los partidos, su autoridad seguirá siendo poderosa; pero una

García explica esa transformación, relatando el vuelco de coyuntura que acabaría reconfigurando el modelo. Hace solo cien años el liderazgo y poder de decisión del presidente de los Estados Unidos eran bastante diferentes. El Congreso era un verdadero contrapeso que ejercía controles y limitaba sus poderes, pero el ascenso de esa nación durante el siglo XX como potencia económica y militar modificó la figura presidencial y terminó consolidando su preeminencia en el periodo de entreguerras (García, 2006, p. 301).<sup>13</sup>

García, coincidentemente, responde uno a uno los cuestionamientos de Tocqueville y, como vemos, también hace referencia a lo que dimos en llamar “vínculo sin contacto”. Lo interesante es que identifica un momento histórico para esta mutación y utilizó este término en su acepción constitucional pues, siendo que la Constitución estadounidense no sufrió en este lapso ninguna enmienda sobre este tópico, lo que se produjo fue un cambio político, una ganancia de poder en lo fáctico que obligó a entender e interpretar de manera distinta lo jurídico. Por su parte, años después, Marshall evidenciaría que el poder presidencial aún se encontraba en constante expansión y, aún más, ensayaría once razones por las que esto sucedería y por qué debía importar.

Las razones que dio fueron las siguientes:

The Constitutional indeterminacy of the Presidency, The Precedential effects of Executive Branch Action, The role of Executive Branch Lawyering,

---

avasallante mayoría en su contra en el Congreso puede en cualquier momento reducirlo a una condición poco mejor que la de un agente ministerial, obligado a designar funcionarios, cuyo nombramiento es, de hecho, dictado por el Senado y poner en vigor las leyes pasadas sobre él. En el mejor escenario, sólo puede negociar con el Senado una participación en los cargos, y la participación que se le permita probablemente dependerá de la fuerza de su partido y del poder que se supone que tiene sobre el pueblo. En tiempos de violenta pasión y excitación partidaria, cuando el presidente necesitaría más protección, podría no encontrar ninguna, excepto aquella que pudiera basarse en el buen sentido y la cautela de sus adversarios. El militante partidario violento puede estar lo suficientemente preparado para encontrar un “crimen grave y un delito menor” en cualquier intento de frustrar los propósitos del partido; y el presidente posiblemente caerá en cuenta que ocupa su cargo bajo la condición de obedecer estrictamente los mandatos del partido, y no debe aventurarse a interponer “pesos” o “contrapesos” a la voluntad del partido expresada en el congreso. Sin duda, esto es suponer un caso muy extremo, pero es precisamente para estos casos que tiene más sentido prever contrapesos”.

<sup>13</sup> En seguida, el autor desarrolla un ejemplo relacionado con Woodrow Wilson para explicar el cambio en la institución presidencial estadounidense que recomiendo al lector revisar.

The growth of the Executive Branch, Presidential Control of the Administrative State, Presidential access to and control of information, The Media and the Presidency, The Presidency in popular culture, Military and intelligence capabilities, The need for Government to act quickly, The increasingly polarized Two-Party system. (Marshall, 2008, p. 505)<sup>14</sup>

Leyendo a Marshall se pueden concluir dos cosas: primero, la institución presidencial estadounidense no es estática y seguirá expandiéndose y, segundo, es necesario limitar el ejercicio de poder para asegurar que no se vulnere la Constitución.

Entonces, surgen dos preguntas: ¿es una tendencia normal de la presidencia esta extensión e incremento de poder? y ¿este fenómeno se replica en otras latitudes?

Me permito ensayar una respuesta a la primera pregunta con base en lo analizado previamente. En la figura del presidente tenemos a un solo gobernante, en él confluyen las jefaturas de Estado y de gobierno, sus funciones son extensas con posibilidad de incremento por interpretación jurídica o por circunstancias fácticas. Así, puede observarse que las condiciones para el crecimiento de poder están dadas. Por otro lado, que esto sea normal, no es cierto. Para retrucar a esta afirmación que confundiría lo usual con lo natural, habría que regresar a la ontología de la institución presidencial y, como vemos, fue diseñada para no regresar al poder abusivo encarnado en el absolutismo u otras figuras similares más contemporáneas, por ello la separación de poderes y los pesos y contrapesos, por sólo poner dos ejemplos.

Para responder a la segunda pregunta, vamos a dirigirnos específicamente a la experiencia peruana. Meses antes de publicarse la Constitución peruana vigente de 1993, el jurista Pedro Planas, comentando la crisis política acaecida antes y después del advenimiento de Alberto Fujimori, con el país inmerso en el proceso constituyente y en la discusión sobre las instituciones, publicó un texto de estimulante título: “Rescate de la Constitución”. En lo correspondiente a la institución presidencial señalaba que la

---

<sup>14</sup> Traducción realizada por el autor del presente artículo: “La indeterminación Constitucional de la Presidencia, los efectos precedentes de la actividad del Poder Ejecutivo, el rol de la legislación del Poder Ejecutivo, el crecimiento del Poder Ejecutivo, el control presidencial del sistema administrativo, acceso y control presidencial de la información, los medios y la presidencia, la presidencia en la cultura popular, las capacidades militares y de inteligencia, la necesidad de que el gobierno actúe velozmente y el cada vez más polarizado sistema bipartidista”.

razón del mal desempeño de la Constitución fue un precario funcionamiento de sus órganos. Un arraigo ciego del Parlamento a su gobierno, incluso declinando en sus funciones, permitió que la hipertrofia de un presidencialismo sin frenos pareciese normal en nuestro modelo constitucional (Planas, 1992, p. 158).

Observamos que la tendencia expuesta puede replicarse en otras latitudes, dado que el modelo presidencial, salvo cambios ornamentales o incluso funcionales, tiene premisas similares, por ende, este monarca contemporáneo siempre estará en peligro de perder lo republicanizado y nunca debería perderlo.

Ahora bien, si hacemos una reflexión sobre lo que significa ser un jefe de Estado, vemos que representa la unidad del Estado, no ejerce funciones políticas, sólo simbólicas o ceremoniales. En el pasado, los monarcas asumían estas funciones y también las de conducción política y sólo hasta la aparición de los sistemas parlamentarios y el constitucionalismo moderno se empezó a diferenciar entre jefe de Estado y de gobierno, siendo que el primero no depende de la confianza del Congreso y por ello también es políticamente irresponsable e inamovible (Valadés, 2018, p. 7).

El verbo utilizado es representar,<sup>15</sup> es decir, hacer las veces de y hacer las veces de algo, no significa “ser” ese algo. La tierra puesta al medio se llama ontología. Por otro lado, refiere que esta representación es sobre la unidad del Estado, una de sus condiciones más importantes, pero al fin y al cabo sólo uno de sus aspectos, no es el Estado mismo.

Por otro lado, tenemos al jefe de gobierno, que es, según Valadés, quien asume la marcha política del Estado, aplica y reglamenta las leyes, se encarga de la coacción, administración y de los conflictos entre las fuerzas políticas. En los sistemas parlamentarios es colegiado y en algunos presidenciales es unitario. Mientras el jefe de Estado asume funciones formales de poder, el jefe de gobierno asume funciones materiales. El autor añade que desde que Maquiavelo acuñó la idea de Estado se ha tratado de definirlo, pero siempre recalando en instituciones espacio-temporales, de ahí que el gobierno forme parte de aquél. Así, mientras el Estado es un ente abstracto y sim-

---

<sup>15</sup> El diccionario de la Real Academia Española, en las acepciones 6 y 7 del verbo Representar alberga los significados más cercanos a la discusión que nos convoca:

“6. tr. Sustituir a alguien o hacer sus veces, desempeñar su función o la de una entidad, empresa, etc.

7. tr. Ser imagen o símbolo de algo, o imitarlo perfectamente”.

bólico, los actos del gobierno tienen efectos directos en los individuos y la sociedad (Valadés, 2018, p. 7).

Ergo, la jefatura de Estado es emblemática y la jefatura de gobierno es real, la primera es alegórica, la segunda práctica; la primera es abstracta, la segunda concreta; la primera es figurativa, la segunda es tangible; la primera es simbólica, la segunda es sensible. En consecuencia, justamente por tener la jefatura de Estado estas características, tiene una naturaleza representativa y por ello necesita que esta representación se haga carne. Ahora bien, caben dos preguntas: ¿qué es lo que se va a representar mediante la jefatura de Estado? y ¿representar significa personificar?

No obstante, lo que se infiere de estas preguntas es que la institución del presidente nace como respuesta a un modelo político asfixiante, por ello el gobernante no sería más una autoridad que ejerce un poder incontrolable, infinito y por encima de la ley. Aunque su diseño prevé un poder magnífico y éste se ha ido extendiendo dentro de los parámetros constitucionales, jamás, ni siquiera en su forma original, se identificó al presidente con la personificación de la Nación. Más bien, esta opción es acogida posteriormente, como veremos líneas abajo, por constituyentes que suponían ser fieles a las características de esta institución, pero por el contrario, este entusiasmo los llevó a lo opuesto, a una característica propia de las monarquías puras.

#### *4. ¿Qué se representa mediante la jefatura de Estado? ¿Representar significa personificar?*

Para responder a estas preguntas, es necesario realizar un acercamiento a la figura del presidente desde la perspectiva constitucional y doctrinaria en la nación que ha desarrollado su modelo alrededor de esta institución.

Como consigna Cahn (2011), la Constitución de los Estados Unidos ha consagrado a este tema su artículo II y las cuatro secciones de las que está compuesto (p. 804). Inicia señalando que el Poder Ejecutivo se halla investido en el presidente (The executive Power shall be vested in a President of the United States of America), luego desarrolla la forma de elección, quiénes pueden postular, las causales y formas de relevo del cargo, la fórmula del juramento, su calidad frente a las Fuerzas Armadas, sus funciones en las relaciones internacionales, sus relaciones con el Poder Legislativo y las causales para el retiro del cargo. Como puede apreciarse, en ninguno de los extremos de los textos hace referencia, ni de manera directa, ni indirecta a una “personificación de la Nación”. Según sitios web oficiales y actual-



les del gobierno de los Estados Unidos, el mensaje es el mismo: “el presidente es el jefe de Estado de Estados Unidos, jefe del Gobierno federal y el comandante en jefe de las Fuerzas Armadas. Estados Unidos fue el primer país en crear el cargo de presidente como jefe de estado en una república” (USAGov en Español, 2023). Tampoco hay referencias a la “personificación de la Nación”. Quiero partir de aquí, porque, como hemos visto en el acápite anterior, estamos hablando del modelo presidencial original y por antonomasia y además el que reúne las características más poderosas, supremas facultades y de mayor autonomía.

Sin embargo, curiosamente, esta “personificación de la Nación” sí existe, pero no donde se la imagina, más bien aparece como característica propia del monarca (y del monarca absoluto), no del presidente, quien se desenvuelve en democracia.

Jellinek (2017) sostiene que la teoría de la representación absorbente, según la cual el Monarca abarca al Estado, formando una sola unidad, toma cuerpo en el absolutismo. La comunidad popular era identificada con el Estado y se trasladaba al príncipe, quien se convierte en su representante. Según esta doctrina, el Estado sería un cuerpo muerto sin el monarca, que sería su alma (p. 589).

El análisis de Jellinek concluye en la identificación, es decir, no estamos hablando aquí de una simple representación, sino de personalización. El monarca no representa al Estado, el monarca es el Estado y esta no es una frase comprendida por exégetas posteriores entregados a entender esta coyuntura, sino por los protagonistas en su propio tiempo, de ahí, por ejemplo, el “l’État, c’est moi”, atribuido a Luis XIV de Francia.

Esta representación por personalización identifica al país con la persona, a la nación con el monarca. No es una representación de estilo democrático.<sup>16</sup> Este modelo no significa una reducción de la nación, a la persona, sino

---

<sup>16</sup> Como apunta Elena García, la clasificación de la representación propuesta por Pitkin es una guía para entender este complejo concepto y engloba de manera precisa todas las formas existentes. Por otro lado, como vemos, ninguna de estas posibilidades nos acerca siquiera al concepto de “personificación”.

“Se pueden identificar entonces cinco grupos de concepciones de la representación:

1. Representación como autorización. Desde esta perspectiva, representar significa únicamente actuar en nombre de otro que lo ha autorizado y que asume las consecuencias de esa actuación.

2. Representación como responsabilidad o rendición de cuentas (*accountability*). Representar equivaldría a ser responsable de los actos realizados en nombre de otros.

3. Representación como una cierta correspondencia (o representación descriptiva). La re-

más bien una magnificación de la persona en la nación. El monarca la engloba, la abarca, la impregna, se transmuta en ella, no hace las veces de ella, es ella misma.

El caso de Luis XIV, al que hice referencia, es explícito. Regresaré a Jellinek (2017), quien ofrece un apunte sobre el tema y luego pasaré a un estudio sobre las características de este monarca.

Es de advertir que al igual que la doctrina teocrática y patrimonial, la representativa halló su encarnación también en Luis XIV, el cual quiso ser considerado, desde todos los puntos de vista posibles, como ciudadano. Así declara: “le roi représente la nation toute entière et chaque particulier ne représente qu’un individu envers le roi. Pas conséquent, toute puissance, toute autorité résident dans la main du roi, et il ne peut y en avoir d’autres dans le royaume que celles qu’il y établit [...] La nation ne fait pas corps en France; elle réside tout entière dans la personne du roi”. (p. 589)<sup>17</sup>

El monarca absolutista, entonces, no es solamente un gobernante, rebasa con creces esta definición y una de las causas es precisamente que encarne a la Nación, pues, siendo la personificación del propio pueblo y resultando su voluntad identificada con la del país, no puede entenderse un poder mayor.

Rowen (1969), por su parte, afirma que el conocimiento del absolutismo ha llegado hasta nosotros en unas ocho acepciones. Para los efectos de la presente investigación las dos primeras son pertinentes.

The first of these is the “national monarchy” concept. It equates the absolute monarchy of the Old Regime with the nation-state so familiar to nineteenth- and twentieth-century Europe. In it the monarch is seen as the symbol and em-

---

presentatividad nace del hecho de compartir determinadas características entre representado y representante, que justifica el que éste actúe en nombre de aquél.

4. Representación como identificación simbólica. Se basaría en una relación emocional entre el representante y el representado, sin otro contenido.

5. Representación como actuar en beneficio de otro (o representación sustantiva). Se refiere al contenido mismo de la actividad de representar, que se definiría como actuar en beneficio o interés del representado de acuerdo con sus necesidades y demandas” (García, 2010, p. 391).

<sup>17</sup> Traducción realizada por el autor del presente artículo: “el rey representa a toda la nación y cada individuo representa a un solo individuo ante el rey. En consecuencia, todo poder, toda autoridad reside en manos del rey, y no puede haber otros en el reino que los que él establece [...] La nación no se encarna en Francia; reside completamente en la persona del rey”.

bodiment of the nation as well as its agent. A great deal of French historical writing, particularly of traditionalist and royalist persuasion, has been written in the spirit of this conception. In these works Louis XIV, in his character, his purposes, and his achievements, is portrayed as the very quintessence of France. (p. 303)<sup>18</sup>

Entiéndase que quintaesencia, en inglés o español alude a la última esencia de algo, su concentración más pura, a esto añadamos el apunte inicial de Rowen, quien advierte la calidad de Luis XIV como símbolo y encarnación de la nación.

La segunda acepción no es menos elocuente.

The second of these themes may be called the concept of the “personal state”, because it sees the king of France, and none more so than Louis XIV, as the symbol and agent of the state. The king is the state incarnate: L’Etat, cest moi, in the phrase attributed to the youthful Louis XIV. When the king acts, he acts not on his own behalf but on that of the French state; when he amasses glory and becomes the Grand Monarch, it is really not the king but the French state that achieves glory and grandeur. This notion at first glance may seem to be only the first theme restated in equivalent words, but it is so only for the proponents of the national-monarchy concept. It may actually be held quite independently of the national monarchy theory (Rowen, 1969, p. 304).<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Traducción realizada por el autor del presente artículo: “el primero de ellos es el concepto de “monarquía nacional”. Equipara la monarquía absoluta del Antiguo Régimen con el Estado-nación tan común en la Europa de los siglos XIX y XX. En él, el monarca es visto como el símbolo y la encarnación de la nación, así como también como su agente. Una gran parte de la literatura histórica francesa, particularmente de inclinación tradicionalista y monárquica, ha sido escrita con el espíritu de esta concepción. En estas obras, Luis XIV, en su carácter, sus propósitos y sus logros, es retratado como la quintaesencia de Francia”.

<sup>19</sup> Traducción realizada por el autor del presente artículo: “el segundo de estos temas puede denominarse el concepto del “estado personal”, porque asume al rey de Francia, y únicamente a Luis XIV, como el símbolo y agente del estado. El rey es el estado encarnado: L’Etat, cest moi, en la frase atribuida al joven Luis XIV. Cuando el rey actúa, no lo hace en su propio nombre sino en el del Estado francés; cuando acumula gloria y se convierte en el Gran Monarca, en realidad no es el rey sino el Estado francés el que alcanza la gloria y la grandeza. Esta noción, a primera vista, puede parecer que se trata sólo del primer tema reescrito con sinónimos, pero lo es solo para los defensores del concepto de monarquía nacional. Realmente, puede esgrimirse con bastante independencia de la teoría de la monarquía nacional”.

Dos comentarios surgen de esta segunda acepción. El primero con base en la advertencia que el autor hace: no es una reproducción de la primera. Y esto porque mientras en la primera acepción el monarca materializa una monarquía nacional, es decir, una institución que encarna a toda Francia, en la segunda acepción el monarca mismo personifica a la nación. Ambas nociones son confluyentes y no excluyentes.

El segundo comentario que surge es respecto a la afirmación “cuando acumula gloria y se convierte en el Gran Monarca, en realidad no es el rey sino el estado francés el que alcanza la gloria y la grandeza”. Rowen imagina una situación auspiciosa tanto para el monarca como para su nación, lo cual es válido, pero no menos válido es interpretar en contrario, dado que los actos viciosos y execrables del monarca, también serían los de su nación. He aquí el problema con este tipo de concepciones que hacen referencia a la “personificación”.

Entonces, queda claro que la representación no es el problema, esta es una figura capital en el entendimiento de la democracia moderna. Tampoco lo es que esta representación refleje la unidad del Estado, dado que esta condición le es inseparable por naturaleza. Häberle ha comprendido este escenario, identificando esta representación en la jefatura de Estado, hecho común tanto a la monarquía, como a la república. Pero esto no es nuevo, lo resaltante en el autor alemán es el encuadre de esta coyuntura en el Estado constitucional, análisis que nos sirve para encadenar como etapa posterior a la personificación del monarca absoluto a la que me he referido líneas arriba.

En el Estado constitucional, el jefe de Estado cumple funciones de integración y representación, y tanto en las monarquías constitucionales europeas, como en las repúblicas, todas democracias, ya no posee competencias absolutas, sea el caso del fuerte presidente de los Estados Unidos o de los débiles monarcas escandinavos de Suecia, Noruega y Dinamarca. Este “cargo” en la estructura del Estado cumple tareas engarzadas en la división de poderes del Estado constitucional (Häberle, 2003, p. 215).

Hecho el salto histórico vemos al monarca y al presidente, pero viviendo según los signos del Estado Constitucional. Entonces, observamos que el autor hace una primera referencia al Estado constituido (el Estado conformado, el Estado existente). Aquí, como bien hace Häberle, es inoficioso realizar un juicio de valor, se trata únicamente de dar cuenta de un Estado en funcionamiento, sea este monarquía o democracia. En cualquiera de estas dos opciones es esencial la presencia de un jefe de Estado. Dicho esto, sí cabe evaluar el margen de acción en uno u otro contexto. En tiempos de absolu-

tismo, como veíamos, es natural que el monarca haya presentado facultades magníficas. En tiempos del Estado constitucional resultan dos cosas: primero, que ya no existe sólo la opción del monarca, sino que tenemos también la del presidente y, en segundo lugar, en cualquiera de los dos casos, sus facultades no pueden ser ilimitadas. Ahora bien, conduciéndonos hacia el objeto de la presente investigación, advertimos que entre estas limitaciones está la “personificación de la Nación”, dado que, si se trata de un “cargo” (y este cargo incluye a la representación), aunque importante como ninguno, sería contraproducente concebirse como la personificación del país, propia del monarca absoluto como vimos líneas arriba. En el Estado constitucional es imposible.

En las monarquías democráticas aludidas por Häberle, el contexto actual no es muy distinto. Si nos preguntamos por el rey,<sup>20</sup> ya no ostenta facultades absolutas y, si nos preguntamos por el presidente de Gobierno,<sup>21</sup> aunque no sea estrictamente el tipo estudiado por este trabajo, también aclararé que con mucha menos razón personifica a la nación.

Mención aparte merecen otros presidencialismos. En la Constitución argentina de 1853, artículos 87 y ss. (Alcántara, 2013, p. 59), en la Constitución brasileña de 1988, artículos 76 y ss. (Alcántara, 2013, p. 121), en la Constitución chilena de 1980, artículos 24 y ss. (Alcántara, 2013, p. 177), en la Constitución paraguaya de 1992, artículos 226 y ss. (Alcántara, 2013, p. 218), en la Constitución uruguaya de 1967, artículos 149 y ss. (Alcántara, 2013, p. 262), en la Constitución boliviana de 2009, artículos 165 y ss. (Alcántara, 2013, p. 318), en la Constitución colombiana de 1991, artículos 188 y ss. (Alcántara, 2013, p. 372), en la Constitución ecuatoriana de 2008, artículos 141 y ss. (Alcántara, 2013, p. 432) y en la Constitución venezolana de 2000, artículos 225 y ss. (Alcántara, 2013, p. 561), se han consignado en sus textos constitucionales referencias a las jefaturas de Estado, de go-

---

<sup>20</sup> Sobre el caso español, confrontar a Aragón (2005). “El Rey aparece en nuestra actual Constitución como símbolo de la unidad y permanencia del Estado, pero sin ejercer los poderes constituidos, de tal manera que la potestad legislativa del Estado se atribuye a las Cortes Generales, el poder ejecutivo al Gobierno y el poder judicial al conjunto de jueces y tribunales” (p. 30).

<sup>21</sup> Sobre el caso español confrontar a Rodríguez-Patrón (2005). “Nuestra forma de gobierno se caracteriza por ser, de hecho, un sistema de canciller o primer ministro. [...] Las funciones del Presidente del Gobierno se condensan en la fórmula expresada en el art. 98.2 CE. Con carácter general corresponde al Presidente, pues, dirigir *la acción del Gobierno* y coordinar *las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión*” (p. 111).

bierno, a la unidad nacional, sus atribuciones y funciones, pero eso es todo. Tanto Duverger,<sup>22</sup> como Lanzaro<sup>23</sup> opinan que el presidencialismo latinoamericano ha sido proclive a formas no democráticas, lo cual es cierto, pero ni aún estas deformaciones personalistas han optado por emitir una Constitución con la consigna de configurar un presidente que personifique a la Nación. Por el contrario, cabe la interpretación opuesta, dado que si se han vivido episodios autocráticos aun sin esta consigna, teniéndola como prescripción constitucional, el escenario es mucho peor.

Los caudillos populistas antidemocráticos no siempre lo hallan por escrito y tampoco lo plasman así, pero comprenden la necesidad de mostrarse como la encarnación de la nación. Así lo documenta Torre en los casos de Hugo Chávez<sup>24</sup> y Rafael Correa.<sup>25</sup>

Para estos y otros gobernantes similares está sobreentendido que es un signo del cargo y una necesidad para sus aspiraciones, como símbolo material del ente abstracto Estado de cara a los ciudadanos (Coronil, 2005, p. 110). Sin embargo, esta personalización del Estado es altamente corrosiva para los efectos del Estado constitucional, teniendo en cuenta que se trata de una práctica que debería considerarse superada tras el paso del poder individualizado (tribal y feudal) al institucionalizado (donde los gobernantes sólo lo ejercen) (Galvis, 2005, p. 22), además del advenimiento del Estado moderno, únicamente sujeto a la Constitución (García, 2014, pp. 164 y ss).

Bernales ha ensayado una explicación para el caso peruano. Hasta la Constitución de 1920, el diseño de la institución presidencial tuvo un ca-

---

<sup>22</sup> “[L]os presidencialismos de América Latina afectan a países en vías de desarrollo y generalmente están más próximos a una dictadura que a una democracia liberal” (Duverger, 1970, p. 210).

<sup>23</sup> “El debate «parlamentarismo versus presidencialismo» —que alcanzó una audiencia considerable en los medios académicos— hizo hincapié en la baja asociación del presidencialismo latinoamericano con la democracia, señalando los puntos débiles de este régimen de gobierno y convocando a adoptar la «opción parlamentaria» [...] Como prueba de sus afirmaciones, los críticos del presidencialismo evocaban las circunstancias dramáticas, que en los años de 1960 y 1970 arrastraron a muchos países de América Latina hacia las dictaduras” (Lanzaro, 2012, p. 17).

<sup>24</sup> “La representación populista asume una identidad de intereses entre el pueblo y su líder, autoerigido como el símbolo y la encarnación de la Nación” (Torre, 2013, p. 4).

<sup>25</sup> “Pero ya que el Presidente se ve como la encarnación de la revolución ciudadana y de la futura redención de la nación no respeta los derechos al disenso ni el pluralismo. [...] Los mecanismos de rendición de cuentas horizontal no funcionan y se asume que el acto electoral otorga al mandatario el poder para gobernar de acuerdo a lo que considere que es lo mejor para la patria que él dice encarnar” (Torre, 2010, p. 170).

rácter liberal europeo, identificándolo como jefe del Poder Ejecutivo, —el énfasis de su jefatura de gobierno se encontraba en sus funciones ejecutivas—, eso cambiaría desde la Constitución de 1933. El autor señala que “el cargo, arraigado en tradiciones seculares y reforzado por el origen popular, ha convertido al Presidente de la República en la encarnación de la soberanía nacional”, esta sería la razón para la fórmula que se refiere a la personificación de la Nación (Bernal, 1998, p. 522).

Me permito dudar. No creo que se configure ni una tradición secular, ni una constitucional, donde de doce Constituciones sólo tres mencionen la personificación de la nación. Lo que sí es evidente es que nuestra tradición constitucional es democrática y, como vimos, la personificación de la nación es propia del absolutismo.

### III. EL DIARIO DE LOS DEBATES Y EL ERROR DE UNA TRADICIÓN INEXISTENTE

A estas alturas el lector estará preguntándose cómo se arribó a la redacción del artículo 110 o si alguien más ha tratado el tema en el Perú. Partamos por la última cuestión. Salvo comentarios generales en manuales constitucionales, no se ha abordado el tema que, como dije al inicio, se ha dado por sentado, provocando un silencio crítico. En cuanto al texto, hay un poco más de historia en el *Diario de debates* del Congreso Constituyente Democrático que dio a luz la Constitución de 1993, pero la discusión y las razones tampoco son abundantes.

En el tomo II del *Diario de los debates* de la Comisión de Constitución y reglamento se consigna por primera vez la discusión sobre el tema. En la sesión 33° (matinal) del 24 de marzo de 1993 se indica que “se aprueba, sin modificaciones, el artículo 1o, según el cual, el Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (Congreso de la República del Perú, 2023a, p. 1235). Posteriormente, el constituyente Cáceres Velásquez propone que el texto sea “[e]l Presidente de la República es el Jefe del Estado, el primer servidor público y personifica a la Nación” (Congreso de la República del Perú, 2023a, p. 1240), pero tras someter a voto la propuesta es rechazada, quedando el texto inicial: “el Presidente de la República es el Jefe de Estado y personifica a la Nación”.

La siguiente mención que se hace sobre el tema se consigna recién en el tomo V del *Diario de los debates* de la Comisión de Constitución y regla-

mento. En la sesión 72° (matinal) del 16 de junio de 1993, la constituyente Chávez Cossío da lectura al capítulo IV del Poder Ejecutivo que pasaría a revisión. En el numeral correspondiente se señala: “artículo 169. — El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (Congreso de la República del Perú, 2023b, p. 2899). Luego, los constituyentes debaten sobre otros numerales del capítulo. Sobre el artículo referido no hay mención alguna.

Pasando a la siguiente etapa, los debates se realizan a nivel del Pleno del Congreso Constituyente Democrático.

En el tomo I del *Diario de los debates* del Pleno del Congreso Constituyente Democrático, 10° sesión (vespertina) del 19 de febrero de 1993, el constituyente Chirinos se preguntaba “¿qué nos hacemos con el artículo relativo al Presidente de la República? «El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la nación». Así lo dicen todas nuestras Constituciones desde 1828. Todas. ¿Alguien propone variar ese texto? No creo” (Congreso de la República del Perú, 2023c, p. 56). Efectivamente, nadie cuestionó el tema, parece ser que el texto se asumió así en razón de una tradición inexistente, dado que Chirinos conduce al error a los demás constituyentes y estos dan por sentado que desde 1828 el texto constitucional hacía referencia a la personificación de la nación, cuando en realidad recién aparecería en la Constitución de 1933. Luego de ello no se presenta ninguna otra discusión y no hubo mayor comentario.

La siguiente mención se produce durante la sesión 29 (vespertina) del 22 de julio de 1993, consignada en el tomo II del *Diario de los debates* del Pleno del Congreso Constituyente Democrático. Se ordena dar lectura al Capítulo IV sobre el Poder Ejecutivo, artículos 123 a 132 y se inicia el debate. El relator da lectura y señala lo siguiente: “artículo 123°. El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1273). En este mismo debate, el constituyente Chirinos afirma lo siguiente: “esencialmente estoy de acuerdo con lo que se propone, pero tengo una variante. Me parece que en el artículo 123 no se tiene nada que discutir: “el Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1276). Agregando que debe pasarse a otra discusión.

Más adelante, en esta misma discusión, los constituyentes Barba y Ferrero, sostienen un diálogo que grafica simbólicamente el sentido de este artículo. El primero, refiriéndose al presidente Fujimori, señala que “quien destruye o roba dignidades no sólo demuestra que no tiene ninguna, sino



también que es un canalla auténtico” (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1292). Para este momento, el autogolpe del 5 de abril de 1992 ya había sido ejecutado. Ferrero responde que “no se exceda en sus adjetivos, que son una falta de respeto a todos los que entendemos que el Presidente de la República personifica a la nación” (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1293). La atingencia de Ferrero es especialmente relevante porque de un lado expresa el mandato constitucional sobre esta personificación y por otro el significado social de este concepto. Bajo cualquiera de estas dos posibilidades resultaría que un golpista que atenta contra el orden constitucional de su nación podría ser al mismo tiempo su personificación. No sólo carece de lógica, sino que legitima una conducta anticonstitucional y antisocial.

Continuando con el debate, el constituyente Cáceres plantea su oposición al texto del numeral mencionado:

En primer lugar, refiriéndome al artículo 123°, yo creo que el texto de este artículo prefiero referir mi crítica en forma orgánica al texto propuesto allí se dice: “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”. Esto solamente representa honores, altísimos honores, pero no entraña, en forma ostensible, clara, expresa, literal, una situación de responsabilidad. Por ello, recapitulando lo que hemos propuesto reiteradamente, nosotros proponemos que se agregue al final: “y es su primer servidor” “es el primer servidor de la Nación” (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1524).

El fundamento no es baladí. El constituyente llega a percibir, aunque de manera superficial, el trasfondo del problema: Atribuir injustificada, innecesaria y peligrosamente una calidad que no corresponde de manera natural al presidente por su función.

Más adelante, el constituyente Torre toma la palabra para señalar que coincide

plenamente, porque aquí en el proyecto que estamos en debate, del dictamen, casi coincide en todos los artículos a la Constitución del 79. Por ejemplo, voy a leer uno solo, dice: “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación”, y en el proyecto también dice igual, y así sucesivamente. Algo hay de nuevo, pero muy pequeña la cosa de nueva (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1530).

Torre expresa un sentir casi generalizado: que el texto es casi el mismo que se ha ostentado en las anteriores Constituciones y que por ello no hace falta discutirlo.

Más adelante, el constituyente Carpio manifiesta una posición parecida al justificar la inclusión del articulado referido a la reelección presidencial:

Tomo la carta, señor, de que es necesaria la reelección del presidente Fujimori, y es necesaria que se le autorice para que el pueblo dé su palabra, por la siguiente razón: el presidente Fujimori hoy personifica a la Nación, pero con disculpas de tan elevada magistratura principalmente personifica la reforma en curso en el Perú; y esa reforma recién está empezando, necesita consolidarse, señor. (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1534)

El constituyente Tudela, por su parte, esgrime un razonamiento según el cual se justifica la figura del dictador investido por aceptación popular, ya que termina también personificando a la Nación.

Y, en ese sentido, lo que se tiene en el caso del Perú, entre el 5 de abril y hoy en día, es lo que técnicamente se denomina así no nos guste la palabra una dictadura fundada en una concepción democrática no electoral; esto es, el Jefe de Estado personifica de alguna manera al pueblo, y así lo han hecho entender los miembros de la mayoría muchísimas veces. (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1609)

El evidente oxímoron “concepción democrática no electoral”, al parecer no es óbice para Tudela, quien intenta argumentar que puede existir una dictadura democrática y que el gobernante surgido de esta circunstancia sigue personificando a la nación.

Finalmente se producen las votaciones del texto “El Presidente de la República es el Jefe del Estado y personifica a la Nación” y resulta aprobado (Congreso de la República del Perú, 2023d, pp. 1621 y 1624).

Otros comentarios sobre la personificación de la nación son realizados posteriormente y aunque no son parte del debate sobre el texto, reflejan el alcance que puede tener y provocan el cuestionamiento sobre la legitimidad de esta atribución.

El constituyente Chirinos señala que el presidente es jefe de Estado y personifica a la nación y por este motivo las Fuerzas Armadas le deben obediencia (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1727). Más ade-

lante, el constituyente Siura en similares términos, afirma que el poder militar debe sujetarse al presidente, quien personifica al pueblo peruano a través de las elecciones (Congreso de la República del Perú, 2023d, p. 1779). Vale la pregunta de si, por ejemplo, en circunstancias de dictadura u otro tipo de ilegitimidad, el hecho de ser jefe de las fuerzas armadas por personificar a la nación es menos un honor y más un peligro para la propia nación.

En el Perú, sólo por mencionar algunos de los últimos presidentes, hemos tenido en Alberto Fujimori (1990-2000), Alejandro Toledo (2001-2006), Alan García (1985-1990 y 2006-2011), Ollanta Humala (2011-2016), Pedro Pablo Kuczynski (2016-2018), Martín Vizcarra (2018-2020) y Pedro Castillo (2021-2022) a dos golpistas, un dictador y diversos procesados por delitos como corrupción, violaciones a los derechos humanos, lavado de activos, organización criminal, tráfico de influencias, asociación ilícita para delinquir, entre otros y, si bien es cierto, la presunción de inocencia ampara a quienes aún no han recibido condena, también es cierto que la personificación a la que nos hemos referido somete injustamente al agravio a la nación sobre la que opera.

El objetivo de esta investigación es el espectro presidencial peruano, sin embargo es extensible para otras latitudes que puedan interpretar como propia a la personificación aun cuando no la tuvieran en su texto constitucional.<sup>26</sup>

Para finalizar, transcribo un apunte de Víctor Andrés Belaúnde citado por Chirinos (2008):

Como por defectos de nuestro carácter y vicios sociales arraigadísimos, la misma suntuosidad exterior e idéntico servilismo y atmósfera de rendimiento que rodeaban al Virrey, rodean hoy al Jefe de Estado, reviviendo el decoratismo colonial, podemos sostener, sin exageración, que el Presidente de la República es un virrey sin monarca, sin Consejo de Indias, sin oidores y sin juicio de residencia (p. 276).

El pensador da cuenta de características presentes en la institución presidencial peruana, pero alejadas del monarca republicanizado promovi-

---

<sup>26</sup> Es el caso, de O'Donnell (2010), por ejemplo, quien concibe a la encarnación del presidente como una característica necesaria de la Democracia delegativa, sin embargo el autor, así como otros, asumen esta afirmación como cierta y no desarrollan un fundamento que lo sustente (p. 3).

do en Estados Unidos. Hacen referencia a un resabio propio de un modelo no democrático que ya es hora de ir olvidando.

#### IV. CONCLUSIONES

1) Hemos indagado en el origen de la institución presidencial y no hemos hallado ninguna referencia a la personificación de la nación. No aparece en la experiencia constitucional estadounidense (modelo por antonomasia y del que han nacido todos los aparecidos después), ni en el texto, ni en la interpretación actual más aceptada, incluso habiendo comprobado que el poder presidencial se encuentra en constante expansión. Tampoco se presenta en la experiencia constitucional latinoamericana, ni bajo algún término que pudiese asemejarse.

2) La personificación de la nación le hace daño al sistema democrático y no es propia de él, provoca un malentendido de la función del presidente y es más característico de las monarquías absolutas. La limitación de las facultades es connatural a la institución, por ello, la expansión referida sólo puede darse dentro del marco constitucional y esto implica que la mencionada personificación de la nación resulta inconveniente.

3) Así como los actos virtuosos del gobernante se atribuyen a la nación, también los actos viciosos le corresponderían a ella en el supuesto de la personificación. Ergo, puede devaluarse la figura de la nación al someterse a una encarnación vergonzosa e injusta, como es el caso del presidente convertido en dictador o el que delinque.

4) La tradición constitucional peruana no prescribe la personificación de la nación, sólo aparece en tres de doce textos fundamentales y de la revisión de los Diarios de los Debates para la elaboración de la Constitución peruana de 1993 se advierte que jamás existió, de hecho, el texto nunca se discute y en consecuencia tampoco se justifica. Más bien, habiendo optado por un sistema republicano y democrático, disposiciones como éstas resultarían anacrónicas y dañinas, por ello tampoco serían recomendables en otras latitudes, ni como positivación, ni como resultado de la interpretación.

5) El presidente es un funcionario, ejerce la más alta función pública y como jefe de Estado, lo representa, pero sus atribuciones son específicas y con el cumplimiento de éstas se honra y cumple el encargo conferido. Él no es la Nación, ni la encarna, sino que se somete a ella. Bajo esta premisa, proponemos el siguiente texto de reforma constitucional:

### Artículo 110.

*El Presidente de la República es el Jefe del Estado y primer funcionario de la Nación, su poder proviene de ella y a ella se somete en la forma que la Constitución y las leyes determinan.*

*Para ser elegido Presidente de la República se requiere ser peruano por nacimiento, tener más de treinta y cinco años de edad al momento de la postulación y gozar del derecho de sufragio.*

## V. REFERENCIAS

- Alcántara, M. (2013). *Sistemas políticos de América Latina*. Tecnos.
- Aquino, T. de (1988). *Suma de Teología III Parte II-II (a)*. Biblioteca de autores cristianos.
- Aragón, M. (2005). “Gobierno y forma de gobierno: problemas actuales”. En: M. Aragón, M. y Á. Gómez, Á. (Eds.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Aristóteles (2003). *Política*. Gredos.
- Bernales, E. (1998). *La Constitución de 1993. Análisis comparado*. Editora RAO Jurídica.
- Cahn, S. (2011). *Political philosophy – The essential texts*. Oxford University Press.
- Calzada, F. (1990). *Derecho Constitucional*. Harla.
- Chanamé, R., Camet, A., Dondero, F. y Pérez, E. (2009). *Manual de Derecho Constitucional*. ADRUS.
- Chirinos, E. (2008). *La Constitución. Lectura y comentario*. Rodhas.
- Congreso de la República del Perú (2023a). *Diario de los Debates de la Comisión y Reglamento – Tomo II*. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoII.pdf>
- Congreso de la República del Perú (2023b). *Diario de los Debates de la Comisión y Reglamento – Tomo V*. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/ComiConstRegla/TomoCompleto/TomoV.pdf>
- Congreso de la República del Perú (2023c). *Diario de los Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático – Tomo I*. <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/PlenoCCD/Tomocompleto93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf>
- Congreso de la República del Perú (2023d). *Diario de los Debates del Pleno del Congreso Constituyente Democrático – Tomo II*. Recuperado

- el 04 de enero de 2023: <https://www4.congreso.gob.pe/dgp/constitucion/Const93DD/PlenoCCD/Tomocompleto93/DebConst-Pleno93TOMO2.pdf>
- Cooley, T. (1876). *Some Checks and Balances in Government*. <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1601&context=article>
- Coronil, F. (2005). Estado y nación durante el golpe contra Hugo Chávez. *Anuario de Estudios Americanos*, 62(1), enero-junio, 87-112.
- Torre, C. de la (2010). El gobierno de Rafael Correa: posneoliberalismo, confrontación con los movimientos sociales y democracia plebiscitaria. *Temas y debates*, 14(20), 157-172.
- Torre, C. de la (2013). El populismo latinoamericano, entre la democratización y el autoritarismo. *Nueva sociedad*, junio, 1-17.
- Tocqueville, A. de (1998). *La Democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.
- Duverger, M. (1970). *Instituciones políticas y Derecho Constitucional*. Ariel.
- Fernández, J. (2009). *Nuestras Constituciones. Papeles básicos para una historia institucional del Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Fischbach, G. (1928). *Derecho político general y constitucional comparado*. Labor.
- Galvis, F. (2005). *Manual de Ciencia política*. Temis.
- García, D. (2006). *La Constitución y su dinámica*. Palestra.
- García, E. (2010). “Problemas de la representación política”. En A. Arteta, E. A., García, E. y R. Máiz, R. (Eds.). *Teoría Política: Poder, moral, democracia*. Alianza Editorial.
- García, V. (2014). *Teoría del Estado y Derecho Constitucional*. ADRUS.
- Häberle, P. (2003). *El Estado constitucional*. Universidad Nacional Autónoma de México-Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Heywood, A. (2013). *Politics*. Palgrave Macmillan.
- Jellinek, G. (2017). *Teoría general del Estado*. Fondo de Cultura Económica.
- Jones, C. (2016). *The American Presidency*. Oxford University Press.
- Lanzaro, J. (2012). “Presidencialismo con partidos y sin partidos. El presidencialismo en América latina: debates teóricos y evolución histórica”. En: J. Lanzaro, J. (Ed.), *Presidencialismo y Parlamentarismo. América Latina y Europa Meridional*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Locke, J. (1824). *Two treatises of Government*. C. Baldwin Printer.
- Marshall, W. (2008). Eleven reasons why presidential power inevitably expands and why it matters. *Boston University Law Review*, 88(2).

- Montesquieu (1844). *Esprit des lois*. Librairie de Firmin Didot frères.
- O'Donnell, G. (2010). Revisando la democracia delegativa. *Casa del Tiempo*, 31, mayo, 2-8.
- Planas, P. (1992). *Rescate de la Constitución*. Abril.
- Real Academia Española. *Diccionario de la Lengua Española*. <https://dle.rae.es>
- Rodríguez-Patrón, P. (2005). “El Gobierno como órgano constitucional”. En: M. Aragón, M. y Á. Gómez, Á. (Eds.), *El Gobierno. Problemas constitucionales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Rostow, E. (1990). *President, Prime Minister, or Constitutional Monarch*. The Institute for national strategic studies – National Defense University.
- Rowen, H. (1969). “Louis XIV and Absolutism”. En: J. Rule (Ed.), *Louis XIV and the craft of kingship*. Ohio State University Press.
- USAGov en Español (2023). *Presidente, vicepresidente y primera dama de EE. UU.* <https://www.usa.gov/espanol/presidente#:~:text=El%20presidente%20n%C3%BAmero%2046%20y,20%20de%20enero%20de%202021>
- Valadés, D. (2018). *El gobierno de gabinete y los gobiernos de coalición*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.



## Cómo citar

### **Sistema III**

Acosta Yparraguirre, Eduardo Martín, “El presidente no personifica a la nación. Un estudio sobre su naturaleza representativa”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17658. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17658>

### **APA**

Acosta Yparraguirre, E. M. (2024). El presidente no personifica a la nación. Un estudio sobre su naturaleza representativa. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17658. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17658>

## ¿El federalismo importa? Un análisis sobre la viabilidad del federalismo en México

### *Does federalism matter? An analysis of the viability of federalism in Mexico*

Jorge Chaires Zaragoza

 <https://orcid.org/0000-0002-5678-361X>

Universidad de Guadalajara. México.  
Correo electrónico: jchairesz@hotmail.com

Recepción: 1 de agosto de 2023

Aceptación: 19 de octubre de 2023

Publicación: 29 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18370>

**RESUMEN:** Se ha planteado por un sector de la doctrina internacional que el federalismo prácticamente no hace ninguna diferencia en la forma en que se gobierna a las personas ni tiene una relación directa con la democracia. Lo dicho lleva a preguntar si en México ha hecho alguna diferencia y qué relación tiene con la democracia. El trabajo tiene como objeto confrontar los argumentos que comúnmente se vierten para defender el federalismo a través de un análisis deductivo-inductivo. Se plantea como hipótesis principal que ninguno de los argumentos es suficiente para que un país con las características de México adopte el sistema federal dual de competencias. Asimismo, se maneja como hipótesis derivada que es requisito indefectible para un federalismo exitoso que las partes constitutivas sean autogobernables y autosuficientes, lo cual no ocurre en la gran mayoría de los gobiernos locales en México.

**Palabras clave:** federalismo, centralismo, competencias, democracia, autogobernable.

**ABSTRACT:** It has been argued by a sector of international doctrine that federalism makes practically no difference in the way people are governed and that it has no direct relationship with democracy. This leads us to ask if it has made any difference in Mexico and what relationship it has with democracy. The work aims to confront the arguments that are commonly put forward to defend federalism through a deductive-inductive analysis. The main hypothesis is that none of the arguments is enough for a country with the characteristics of Mexico to adopt the dual federal system of powers. Likewise, a derived hypothesis is that it is an unfulfilling requirement for a successful federalism that the constituent parts be self-governing and self-sufficient, which does not occur in the vast majority of local governments in Mexico.

**Keywords:** federalism, centralism, powers, democracy, self-government.



**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Lo que no es el federalismo*. III. *Finalidad y utilidad del federalismo*. IV. *Las justificaciones del federalismo mexicano*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

William Riker (1969) preguntaba hace más de cincuenta años: ¿el federalismo hace alguna diferencia en la forma en que se gobierna a las personas? La respuesta fue, según él, casi nada (*Hardly any at all*). Su reflexión nos lleva a cuestionar si el federalismo en México ha hecho alguna diferencia.

Desde mediados del siglo pasado la literatura internacional comenzó a reevaluar la naturaleza del federalismo a fin de comprender su impacto y relevancia en la vida de los ciudadanos, no solo desde un enfoque de la teoría general del Estado, sino orientados a un impacto real dentro de los procesos de integración y desintegración política, social, cultural y económica (Watts, 1998).

Se cuestionaron las fortalezas y debilidades de los sistemas federales para resolver problemas políticos y sociales derivados, tanto desde su análisis deóntico e institucional como desde la diversidad, el autogobierno y la capacidad de llegar a arreglos (Elazar, 1987). Aparecieron algunos estudios de derecho comparado que buscaron dilucidar, entre otras cosas: ¿por qué el federalismo tenía éxito en unos países y en otros no? (Elazar, 1987; Burgess, 2006) ¿El federalismo tiene una relación directa con la democracia? (Lin, 1999; Lane y Ersson, 2005) ¿El federalismo se presenta como el mejor sistema para mantener unidas las diferencias étnicas? (Kymlicka, 1996). Incluso, algunos autores llegaron a sugerir si el federalismo importaba o no (*Federalism does not matter?*) (Riker, 1969; Erk, 2006), o si el federalismo podía hacer la diferencia (*Can federalism make a difference?*) (Ostrom, 1973).

Básicamente, en México se ha justificado el federalismo por su diversidad cultural, su extensión territorial, por su pasado histórico de descentralización colonial; como necesidad que evitó la balcanización del país, como mecanismo democrático de contrapeso al poder central, como defensa a la soberanía de los estados, como sistema de reparto de competencias o como pacto para procurar el bienestar de la nación. No obstante, ninguno de estos argumentos conduce a una finalidad y utilidad que justifiquen satisfactoriamente la adopción del federalismo en nuestro país. El constitucionalismo mexicano no ha analizado el federalismo desde el punto de vista de su finali-

dad y utilidad porque se asume como un hecho irrefutable que México debe ser un país con un sistema federal dual, con estados libres y soberanos, tal y como lo concibieron los constituyentes de 1824.

El sustento teórico del presente trabajo parte de concebir el federalismo desde la perspectiva evolucionista de Ramón Máiz (2018), para quien el estudio del federalismo debe alejarse de la postura tradicional, que lo percibe como un sistema estructural y estático, a fin de concebirlo como un proceso en constante transformación, en donde el conflicto entre los diversos niveles de gobierno debe asumirse como natural y adaptativo ante nuevos desafíos y capacidades.

En tal sentido, se intentará demostrar, en primer lugar, que las propuestas de aquellos que apuestan por la vuelta a un federalismo dual, según lo idearon los constituyentes de 1824 o 1917, no se ajusta a la realidad actual del país y, en segundo término, que los argumentos a favor de justificar el federalismo dual no son suficientes, debido a que para ser viable será un requisito indefectible que los gobiernos locales sean autogobernables y autosuficientes.

Se plantea, en consecuencia, que el sistema de división de competencias federal debe evolucionar y adecuarse a la realidad actual, alejado de dogmatismos y con la flexibilidad necesaria a fin de tener un verdadero impacto en la forma en que se gobierna a los ciudadanos y, en términos generales, en la democracia.

## II. LO QUE NO ES EL FEDERALISMO

Hay tantas definiciones sobre el federalismo como autores que lo han analizado, y tantos sistemas federales como países que lo han adoptado, por lo que Blanco Valdés (2013) se refiere a ellos como los rostros del federalismo. Quizá la mejor forma de aproximarse al federalismo es precisando lo que no es. Así, se puede afirmar que el federalismo no se reduce a una forma de Estado o de gobierno definido en un texto constitucional. El federalismo no es un simple sistema de división o descentralización de competencias, porque todos los países, sean federales o no, se estructuran en menor o mayor grado a partir de un reparto de competencias (Riker, 1969). El federalismo, de igual manera, no se puede reducir a una simple división territorial (diputaciones provinciales), como lo concibió Lee Benson (2012), porque todos los países, centralistas o no, están divididos territorialmente. El fe-

deralismo tampoco es una técnica constitucional que puede ser adoptado por cualquier país, como lo sostuvo Tena Ramírez (2001). En definitiva, el federalismo no es solo una decisión.

Para el constitucionalismo mexicano, el federalismo se reduce a un sistema de distribución de competencias y, como tal, se mide en función del grado de autonomía de los gobiernos subnacionales. Así, se dice que, para demostrar la existencia de un verdadero federalismo en México, los estados deben gozar de una importante autonomía (Gamas, 2001). Para Miguel Carbonell (2013), el federalismo responde a una organización política en grandes espacios geográficos, unidades relativamente autónomas y la necesidad de dividir el poder.

Esta concepción se limita a la existencia de un ordenamiento constitucional que demarca una simple organización competencial en dos órdenes de gobierno y, según la medida en que los estados gocen de una mayor autonomía, se infiere si se está en presencia de un sistema federal o no.

El federalismo va más allá, y tiene que ver con su finalidad y utilidad; es decir, si el sistema de distribución de competencias está cumpliendo con el fin para el cual fue concebido, de tal forma que haya sido útil para resolver los problemas políticos y sociales derivados de la diversidad. México es un ejemplo de esta paradoja, ya que se puede definir perfectamente como un sistema federal, cuanto más si en el texto constitucional se precisa que los estados son libres y soberanos. Pero cuando se analiza la finalidad y utilidad del federalismo, la respuesta ya no es tan clara.

La simple división de competencias no conduce a un sistema federal, sino que su relevancia reside en un adecuado andamiaje de la distribución de competencias, en función de las características y capacidades tanto del gobierno federal como de los gobiernos subnacionales.

Si bien la principal característica de los sistemas federales radica en el sistema de reparto de competencias, no es la única. Para Juan Linz (1999), todos los gobiernos, sean federales o no, cuentan con un sistema de distribución de competencias. A fin de entender el federalismo como algo más que una simple decisión de reparto de competencias en dos órdenes de gobierno, la doctrina disoció el federalismo de la federación (*federalism vs. federation*): “el federalismo no puede reducirse, en modo alguno, a la federación, toda vez que constituye también un ideario, una perspectiva política sustantiva y un capital cultural” (Máiz, 2011, p. 3). Se entendió que el federalismo comprendía más que un conjunto de normas o instituciones: debía incluir, entre otras cosas, identidades nacionales y culturales, costumbres, tradicio-

nes, además de los intereses locales dentro de un marco que permitiese satisfacer valores comunes para procurar la unidad.

Así, para Georges Burdeau (1985), el federalismo no puede ser la consecuencia de la exacta aplicación de normas como si fuesen simples recetas o la adopción de instituciones previamente establecidas, sino que se debe satisfacer intereses comunes, como las tradiciones y los intereses locales. José Antonio Piqueras (2014) precisa que el federalismo no ha sido únicamente una solución técnica a un problema de articulación territorial, dado que, en determinadas circunstancias, ha respondido a las aspiraciones del pueblo para mejorar las libertades, la seguridad y el progreso colectivo. En el mismo sentido, Alain-G. Gagnon y Raffaele Lacovino (2008) aseveran que no se puede argumentar como legítimo el federalismo simplemente por seguir ciertas reglas universales, como si pudiese *enchufarse* a un territorio determinado. El federalismo, asevera Anderson (2009), es mucho más que un simple *kit* de herramientas. Para Riker (1969), el federalismo no es una ficción legal a la cual se le puede asignar el contenido que se quiera para justificar determinadas acciones en cualquier momento.

Entonces, ¿qué sí es el federalismo? La doctrina comenzó a hablar de una necesaria cultura política federal para el debido funcionamiento de los sistemas federales. Livingston (1952), desde un enfoque sociológico, resaltó el hecho de que el federalismo no solo es el resultado de problemas jurídicos y políticas de gobierno, sino que es, sobre todo, una proyección de las sociedades en lo económico, social, político y cultural. Se comenzó a ver más allá del andamiaje normativo e institucional, enfocándose en el rol que jugaban estos elementos en la sociedad.

El rasgo fundamental del federalismo para Riker (1969), reside en las fuerzas reales de un sistema político determinadas por las características de una cultura política en particular. De acuerdo con Gaudreault-Desbiens (2006), el federalismo puede prosperar solamente si es apoyado por una cultura federal, cuyo crecimiento depende no solamente de actores institucionales, sino también de la presencia de una sociedad civil dinámica. En el mismo sentido, Máiz (2011) afirma que el federalismo requiere no solo de una arquitectura institucional y un complejo sistema de partidos, sino también un conjunto de actitudes y valores; es decir, una dotación compartida de sentido político que sirva de soporte cívico al sistema. Según Daniel Elazar (1987), la cultura política federal debe entrelazar el autogobierno y gobiernos compartidos (*The simplest possible definition is self-rule plus shared rule*), lo cual implicaría, en primer término, una distribución

del poder; en segundo término, evitar los conflictos respecto a la soberanía y, en tercer término, un complemento de competencias en lugar de reemplazarlas o disminuirlas.

En definitiva, el federalismo no se puede reducir a una simple decisión que delimite un sistema de distribución territorial de competencias, sino que implica una cultura política de autogobierno y voluntad ceder y compartir facultades, en aras de una finalidad o utilidad concreta.

### III. FINALIDAD Y UTILIDAD DEL FEDERALISMO

El federalismo tiene sentido porque busca cumplir con un fin determinado, de lo contrario no se justificaría el realizar un pacto o una alianza que merme la soberanía de los estados miembros. Para Elazar (1987), el federalismo tiene que ver con la necesidad de que las personas y las entidades políticas se unan para fines comunes, pero separadas para preservar sus respectivas integridades.

La finalidad de muchos de los países que han adoptado el federalismo ha sido el poder lograr la unidad o evitar su fragmentación a través de arreglos que permiten la flexibilidad de la fórmula federal, pero no solo eso: el federalismo debe procurar el desarrollo de las partes constitutivas, o de lo contrario el propósito de formar parte de la federación pierde incentivos. En este sentido, el federalismo debe ser el vehículo mediante el cual se puedan lograr los fines propuestos.

Los padres del constitucionalismo estadounidense lo tenían muy claro: el federalismo no sólo debía procurar la unión de las trece colonias inglesas, sino también garantizar la seguridad tanto externa como interna y el bienestar de sus partes integrantes, lo que, de acuerdo con los federalistas, no podría lograrse con la Confederación (Hamilton, 1994).

Para que el federalismo, además de cumplir con la finalidad de lograr la unión, también fuese útil para lograr el desarrollo de las partes constitutivas, era necesario la existencia de tres condiciones: una, contar con un gobierno federal fuerte con las competencias necesarias para cumplir con las atribuciones que se le habían conferido (*implied powers*); dos, la existencia de gobiernos locales que fuesen autogobernables y autosuficientes, de tal manera que tuviese sentido la idea de cosoberanías y un impacto real en la condición de vida de los ciudadanos, y tres, un árbitro que dirimiese los conflictos competenciales entre el gobierno federal y los estados.

Alemania ha tenido que adecuar la fórmula federal a su devenir histórico, político y social, de tal manera que les permitiese, por un lado, lograr la integración del pueblo germano y, por otro lado, atenuar las diferencias entre las diferentes regiones del país, bajo la cláusula de la uniformidad de las condiciones de vida (artículo 72 constitucional). No obstante, las diferencias subsistentes entre los *länder* han llevado a un replanteamiento del sistema de distribución de competencias hacia un federalismo competitivo o asimétrico (Nagel, 2002). Los *länder* con mayores niveles de desarrollo culpan al sistema de perecuación o tareas compartidas de su estancamiento económico, por lo que piden un desentrelazamiento del federalismo de cooperación. Finalmente, y según Kölling (2018), los ciudadanos alemanes son indiferentes al sistema de competencias, en todo caso, apuestan por un sistema que sea eficiente (p. 30).

La existencia de Bélgica no se podría entender sin el federalismo. Bélgica ha sabido canalizar, no sin muchos problemas, el multilingüismo de sus regiones al dividir las en tres comunidades, tres regiones territoriales y cuatro regiones lingüísticas. Bélgica, de igual manera, ha tenido que adecuar la fórmula federal en distintas ocasiones a través de sendas reformas constitucionales (1970, 1980 y 1993), lo que significó el paso de un Estado con una fuerte herencia unitaria decimonónica a una estructura federal extremadamente descentralizada (Scholsem, 1995), que conjeturaba atender los distintos intereses de las regiones.

Canadá ha tenido que armonizar, a través de un modelo federal, dos nacionalismos que se definen como legítimos, uno canadiense y el otro quebequense, los que, según, Gaudreault-DesBiens (2006), se oponen constantemente. El alto grado de autogobierno de las regiones permitió la configuración de un federalismo asimétrico, con altos riesgos de secesión (Kymlicka, 1996). Tanto los angloparlantes como los francófonos han pretendido defender sus características de identidad nacional, como un pasado común, el idioma, la raza o un sistema de justicia propio, que los hacen sentirse parte de una comunidad y no de otra.

La finalidad y utilidad del federalismo en México no ha sido clara. Como veremos, los argumentos para defender el federalismo no han evidenciado que haya marcado alguna diferencia en la forma en que se ha gobernado. Entonces, resulta pertinente cuestionarnos si el federalismo es el mejor sistema para México y, de ser el caso, ¿qué tipo de federalismo requiere un país con las características históricas, económicas, políticas y socioculturales como las de México?

## IV. LAS JUSTIFICACIONES DEL FEDERALISMO MEXICANO

### 1. *Por su diversidad cultural*

El principal argumento que se esgrime para defender el federalismo es la diversidad cultural, aunque si bien es muy importante, no resulta del todo suficiente. El constitucionalismo mexicano insiste en que la pluralidad es un factor determinante para la existencia del federalismo (Carbonell, 2003). Se dice que la característica de México es su heterogeneidad tanto en aspectos económicos y culturales, así como en la distribución de la riqueza (Faya, 2014). Incluso, se afirma que la pluralidad del país tanto en su geografía, biología o demografía, explican las múltiples comunidades, culturas e identidades (Raphael, 2016; Lecona, 2020).

Se debe tomar en cuenta, en primer término, que el federalismo no se concibió pensando en su diversidad étnica o cultural: las demandas de igualdad de todos ante la ley por parte de los constituyentes novohispanos en las Cortes de Cádiz vedaban cualquier posibilidad de un reconocimiento constitucional a la diversidad. En segundo término, la doctrina internacional ha hecho ver que el federalismo no es propicio para todos los países con diferencias culturales, sino que es más adecuado en los Estados plurinacionales.

De acuerdo con Gaudreault-DesBiens (2006), la diversidad cultural puede arreglarse por medio de otro tipo de estructuras político-constitucionales y no necesariamente federales. En el mismo sentido, Kymlicka (1996) estima que el federalismo carece de relevancia para países caracterizados por un pluralismo etnocultural, pero que se puede considerar relevante para ciertos tipos de pluralismo multinacional. En tanto, Juan Linz (1999) es de la opinión de que “El federalismo será una opción y quizá una necesidad cuando en un Estado hay grupos significativos de población con un sentido de identidad nacional” (p. 23).

México no es un país plurinacional, sino multicultural o pluricultural; no solo porque así lo define la Constitución mexicana, sino porque los diferentes pueblos indígenas no tienen el reconocimiento de identidades nacionales. Así lo concibió el padre del federalismo en México, Ramos Arizpe (2015), para quien México era una nación en donde sus habitantes hablaban un mismo idioma, profesaban una misma religión y, con pequeñas diferencias, tenían costumbres semejantes. Para Linz (1999), los países que surgieron de procesos independentistas en Latinoamérica se pueden considerar

como mononacionales o naciones-Estados, debido a que la finalidad de su federalismo era mantener unidas las partes de un Estado que ya existía.

La nación mexicana, de acuerdo con el artículo 2o. de la Constitución, tiene una composición pluricultural sustentada originalmente en sus pueblos indígenas, así como en los pueblos y comunidades afromexicanas, quienes deberán conservar sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas. Ello implicaría, en consecuencia y de acuerdo con una interpretación normativa a *contrario sensu*, que la población no indígena sería monocultural (Chaires, 2021).

Las diferencias del pueblo mexicano no implican identidades nacionales (salvo las comunidades indígenas como pueblos originarios, que bien pueden exigir su reconocimiento como naciones). Somos una nación mayoritariamente mestiza, que habla el mismo idioma, profesa la misma religión y sigue el mismo sistema jurídico-político institucional. No se puede justificar el federalismo para defender ciertos rasgos culturales, costumbres o tradiciones, como los culinarios, festividades religiosas, musicales, etcétera (Chaires, 2021). Por lo que habría que cuestionarse si la diversidad cultural bien puede arreglarse por medio de otro tipo de estructuras político-constitucionales, como lo advierte Gaudreault-DesBiens (2006).

## 2. *Por su extensión territorial*

Uno de los argumentos a los que más se acude para justificar el federalismo es su extensión territorial, pero ésta, de igual manera, tampoco llega a ser determinante. Si bien se puede encontrar una correlación entre la mayoría de los países federales y su extensión territorial, de acuerdo con Blanco Valdés (2013), ello debe ser matizado. Primero, porque existen países federales relativamente pequeños como Suiza, Bélgica, Austria, Bosnia y Herzegovina, en donde el centralismo sería la mejor forma de Estado. Segundo, porque el país que inventó el federalismo y que comúnmente se cita como modelo a seguir, al momento de su fundación no era muy extenso. Las trece colonias inglesas no llegaban al millón de metros cuadrados (la mitad del actual territorio mexicano), por lo que el argumento de la extensión territorial como condición necesaria para el federalismo no se sostiene.

Ahora bien, se afirma, y con mucha razón, que el federalismo se presenta como una mejor opción en los países con una gran extensión territorial, no sólo por los problemas que implica la organización de las regiones desde un epicentro de toma de decisiones, sino también por la preservación de la



connatural diversidad existente, por lo que resulta más eficaz que cada región se gobierne por sí misma (*self-rule*). Se dice que la extensión geográfica juega un papel relevante en la conciencia autonomista de las distintas regiones, sin embargo, se debe tomar en cuenta que la idea de que un país con gran extensión y población se organice de una mejor manera a través del federalismo dependerá, en cualquier caso, de si sus partes constitutivas son autogobernables y si se tiene la voluntad de llegar a arreglos a fin de resolver las diferencias.

Un error en el que ha caído el constitucionalismo mexicano es el de pretender medir el país bajo los parámetros de hace doscientos años. Las circunstancias y las demandas de los federalistas de 1824, 1857 y 1917 no son las mismas que las del siglo XXI. Los avances en comunicación han acortado las distancias, por lo que no es lo mismo el país de caballos y carretas que el país de las redes sociales.

Ramos Arizpe (2015) denunciaba los graves problemas que se vivían en el norte del país, precisamente por las largas distancias que tenían que recorrer los pobladores para acudir a tramitar sus asuntos en las instituciones asentadas en las cabeceras de las provincias, por lo que pedía la descentralización administrativa. El mismo argumento se repetía una y otra vez hace doscientos años. El 19 de julio de 1823, los representantes de la provincia de México se pronunciaron a favor del federalismo, argumentando la situación geográfica de la nación, la gran extensión de sus provincias, las dificultades de comunicación y hasta por la diversidad de sus climas y productos, que eran factores que, según ellos, imponían el establecimiento de la federación (Benson, 2012). Tena Ramírez (2001) nos recuerda que los argumentos expuestos tanto en la Constitución de 1824 como en la de 1857 fueron la dificultad de gobernar el extenso territorio mediante un sistema central, teniendo en cuenta, además, las diferencias de productos, de climas, de costumbres y necesidades.

### *3. Por su pasado histórico que lo vivifica*

Otro de los argumentos más defendidos para justificar el federalismo es su pasado histórico que lo vivifica y le da sentido. Este argumento se atribuye a la historiadora Nettie Lee Benson, quien confrontó las posturas de quienes aseguran que el federalismo mexicano había sido una imitación extralógica del federalismo de Estados Unidos (Tocqueville, 2008; Dealey, 1900; Mecham, 1938).

Según Lee Benson (2012), la descentralización en la Nueva España que llevó al federalismo había sido un proceso gradual que inició con la existencia de pequeños reinos o provincias, pero que se concretó con las diputaciones provinciales de la Constitución gaditana. La doctrina constitucional e historiográfica en México ha tomado la tesis de Benson como válida para defender el federalismo, asegurando que no solo no es una copia del federalismo norteamericano, sino que se niega su influencia. Horst Pietschmann (1998), asevera que el federalismo se venía gestando ya desde el virreinato de una forma clandestina. Afirma que la gran extensión territorial de los virreinos, la distancia con la metrópoli, así como la falta de comunicación, alentaron los intereses locales que impulsaron la descentralización. Para Pantoja (2013), no hay duda de que el federalismo mexicano surge con la propuesta de Ramos Arizpe para que se instituyeran las diputaciones provinciales en la Nueva España, de forma similar a las previstas en la península.

La influencia de la Constitución gaditana en la Constitución de 1824 no está a discusión, pero resulta por lo menos discutible afirmar que el federalismo se venía gestando desde el virreinato, concretándose con las diputaciones provinciales, de tal forma que no existe influencia del federalismo estadounidense. En primer lugar, porque de ser así, España debió haber llegado al mismo resultado (Uribe, 1956). Segundo, porque existen suficientes evidencias que demuestran que el federalismo estadounidense era un tema de discusión desde los debates constituyentes de Cádiz y, en mucha mayor medida, en 1824. Además, como ya se dijo, la división territorial, ya sea en provincias, departamentos, distritos o cantones, existe en todos los países, sean federales o unitarios.

Si bien las oligarquías locales en la Nueva España llegaron a tener el control administrativo de sus ayuntamientos, como lo sostiene Pietschmann (1998), estaban sujetas a las leyes e instituciones creadas por el mismo monarca o un Consejo de Indias que despachaba desde Madrid. Nunca fueron entidades que pudiesen crear sus propias leyes e instituciones de acuerdo con las particularidades identitarias, ya sea étnicas, nacionales, culturales o religiosas, de tal manera que tuviesen los argumentos suficientes para defender una supuesta soberanía.

La influencia del federalismo estadounidense es más que evidente, como lo evidencia Reynaldo Sordo (2003), para quien en la Constitución de 1824 se incorporó en algunos aspectos la idea del federalismo estadounidense, “pero dentro de una matriz de fuerte sabor gaditano” (p. 145). De igual forma, Francisco Eissa-Barroso (2010) hace alusión a las constantes referencias

que hicieron los constituyentes mexicanos respecto a la Constitución de los Estados Unidos.

Asimismo, su influencia se puede deducir si se analiza con mayor profundidad el sistema jurídico de reparto de competencias. El sistema de co-soberanías y la cláusula residual, que resultan ser esenciales en los sistemas federales, no se encuentran en ninguna parte de la Constitución de Cádiz. Mientras que la Constitución gaditana reguló en 30 artículos las competencias de las provincias y ayuntamientos, la Constitución de 1824 dedicó tan solo cinco artículos a las competencias de los estados. Se entendió el federalismo más bien como una confederación en donde cada estado debía hacerse cargo de todo lo concerniente a su régimen interior. Lo anterior nos lleva a afirmar que no sólo se tomó como ejemplo el sistema federal estadounidense, sino que resultó ser una mala copia, al adoptar un modelo que seguía los principios de la confederación y no de una federación, como se verá más adelante.

#### *4. Como una necesidad que evitó la balcanización del país*

Existe un consenso dentro de la doctrina constitucional que apoya la tesis de Jorge Carpizo (1972), en el sentido de que el federalismo fue una necesidad que evitó la balcanización de la reciente nación independizada. Para Carpizo, el federalismo, más que una solución de gabinete, teórica o irreal fue un anhelo de las provincias que buscaban emanciparse del centro.

No obstante, el argumento de Carpizo debe matizarse si se considera que paradójicamente ni la república ni el federalismo se presentaron como la primera opción para una nación recién emancipada de trescientos años de un gobierno monárquico y centralista. No había una visión clara sobre la forma de gobierno que debía adoptarse después de proclamarse la independencia porque, como asevera Josefina Vázquez (1993), tanto centralistas como federalistas distaban de ser agrupaciones monolíticas, fragmentándose en trigarantes, iturbidistas, borbonistas y republicanos (Ávila, 2004).

No existía un consenso sobre la anhelada voluntad de las provincias por emanciparse del centro como lo asegura Carpizo, por lo menos hasta la proclamación del Plan de Casa Mata el 1o. de febrero de 1823 cuando, de acuerdo con José Barragán (1994), comenzó a concebir el federalismo como una alternativa al plasmarse proclamas de autodeterminación independiente y soberana de los estados.

El faccionalismo hacía imposible que existiese un consenso sobre la forma de gobierno y, en particular, sobre esa anhelada voluntad de emanciparse del centro a la que se refiere Carpizo. En todo caso, fue la voluntad de algunos militares y caudillos locales, quienes, inconformes con las medidas que había tomado el recién proclamado emperador Agustín de Iturbide, se sublevaron y comenzaron a hablar abiertamente de federalismo (Piñera, 1995). Se debe suponer, en consecuencia, que de no haber tomado Iturbide dichas medidas que disgustaron a las élites locales, difícilmente se habría adoptado la república como forma de gobierno y, mucho menos, el federalismo como sistema de reparto de competencias; cuanto más, si lo que estaba en juego era la construcción de un Estado-nación, sustentada en el reconocimiento de la soberanía de la nación por encima de una soberanía compartida con las provincias, como se expondrá más adelante.

Cabe señalar que la doctrina historiográfica ha revalorado la actuación de Iturbide a partir del contexto histórico que tuvo que enfrentar y, por el contrario, ha puesto bajo la lupa la reacción de los caciques locales. Para Josefina Vázquez (2003), las élites locales jugaron un papel esencial en el fracaso del primer gobierno independiente. Afirma que a las provincias les molestó que el gobierno impusiese préstamos forzosos y emitiese papel moneda, a lo que se sumó el resentimiento de algunos insurgentes que fueron marginados de los premios concedidos por el emperador, en una clara alusión a Santa Anna.

Muchos de los que en su momento apoyaron el gobierno monárquico y centralista de Iturbide cambiaron de opinión meses después, pronunciándose por la república y el federalismo, como Antonio López de Santa Anna, José María Bocanegra, Pedro Celestino Negrete, Luis Quintanar o Valentín Gómez Farías.

Si bien la tesis de Carpizo es el argumento más sólido para explicar el nacimiento del federalismo en México, no conduce necesariamente a que haya sido útil para mantener la unión de las provincias hispanoamericanas. En el siglo XIX se perdió la mitad del territorio, y aunque se ha culpado al régimen centralista (1835-1846), lo cierto es que las pretensiones separatistas de los colonos angloamericanos en territorio mexicano se habían revelado desde tiempo antes, como resultado de la política expansionista del gobierno de Estados Unidos, por lo que de acuerdo con Andreas Reichstein y Dinorah Márquez (1993), se habrían apoderado de Texas tarde o temprano.

## *5. Como mecanismo democrático de contrapeso al gobierno central*

Ser un mecanismo democrático que impone frenos al poder central tampoco se puede arrojar como característica exclusiva del federalismo. La abstracción argumentativa no se puede reducir a un silogismo simple de que un país federal es democrático y un país no federal no es democrático, lo cual, por supuesto, no se cumple: Inglaterra, Francia o Japón no son países federales, además de que tan solo 24 países del mundo tienen una estructura federal.

Ante la pregunta de si es posible un federalismo verdadero sin democracia, Jean-François Gaudreault-DesBiens (2006) responde de manera rotunda que no, aunque para Juan Linz (1999) no es el único sistema que procura la democracia y la división de poderes. Existen democracias tanto en países unitarios como en países federales, por lo que la alternativa entre un sistema y otro no es una decisión entre democracia o no democracia. Precisa Linz que no se debe confundir el federalismo, entendido como una forma específica de organizar un Estado, con la descentralización de la autoridad y la administración de un Estado unitario, que también puede estar organizada por gobiernos locales, provinciales o locales; incluso, asevera que los estados federales no son necesariamente más democráticos, sino que existen serias tensiones entre el ideal democrático y el federalismo.

La ausencia de una política democrática en México durante prácticamente todo el siglo XX fue determinante para que no se incluyese en la lista de los países federales, a pesar de contar con una Constitución federal (Anderson, 2009). Los gobiernos locales no pudieron determinar libremente su régimen interior, sino que estaban subordinados y sometidos a las reglas de juego que se imponían desde el partido oficial y el presidente en turno.

La doctrina constitucional mexicana ha asociado el federalismo con la democracia al percibirlo como fórmula de contrapeso al poder central (Faya, 2014; Carbonell, 2003; Armenta, 2016; Gamas, 2001; Fernández, 2003). Primero, porque ideológicamente se relaciona con lo opuesto a los regímenes centralistas y autoritarios, quienes históricamente se han pertrechado en fuerzas conservadoras como la Iglesia, la aristocracia y los empresarios; segundo, porque estructuralmente el federalismo se identifica con gobiernos liberales, caracterizados por la división de poderes, y tercero, porque se consideró que la única vía para romper con el régimen presidencialista del siglo XX era a través de la descentralización, la que solo se podía concebir dentro del federalismo.

De ahí que cualquier reforma constitucional que incida en la vida interna de los estados y municipios sea vista como centralizadora y, por consiguiente, antidemocrática. No hay términos medios: o se es federal o se es centralista. Por lo que se insiste en que si México aspira a ser un país democrático debe transitar a un verdadero o auténtico federalismo, es decir, un federalismo dual (Rabell et al., 2013).

La llegada de la alternancia al poder en 1997 y 2000 significó la esperanza de un verdadero federalismo y, con ello, el tránsito hacia la democracia, en donde los estados ejercerían un verdadero contrapeso en el poder central. Sin embargo, el resultado no fue el esperado; la alternancia no significó necesariamente llegar al culmen de la democracia y, sobre todo, no marcó una diferencia sustancial en la forma en que se estaba gobernando a las personas (Riker, 1969).

La expectativa de que los gobiernos locales se habían liberado del yugo del gobierno central y, por consiguiente, defenderían su soberanía, generó un efecto involutivo en el ámbito local, con el surgimiento de nuevos centros de poder no alineados con el gobierno federal, que comenzaron a ver a sus regiones como feudos (Campos, 2012). La gran mayoría de los estados y municipios continuaron con las mismas prácticas antidemocráticas que caracterizaron al régimen de partido único (Gibson, 2005), por lo que, como bien lo observó Gaudreault-DesBiens (2006), había un alto riesgo de que la corrupción se incrementase si no se contaba con los debidos controles en el ámbito local.

Ante el descontento generado por los malos resultados de la democracia y la descentralización que ello implicaba, finalmente se confirmó la tesis de Daniel Elazar (1987), quien asegura que, en la medida en que la sociedad está insatisfecha con los servicios que reciben tienden a culpar a los gobiernos más cercanos, es decir, los gobiernos locales y estatales, lo que puede conducir a una mayor intervención del gobierno federal, con la consiguiente tendencia a centralizar el poder y debilitar el papel del gobierno estatal y local.

La hipótesis se confirmó. Ante la incapacidad de los gobiernos locales para autogobernarse y ser autosuficientes, se implementaron políticas de homologación y unificación, en un llamado federalismo nacional (Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, Sistema Nacional de Seguridad Pública, Instituto Nacional Electoral, Sistema Nacional de Mejora Continua de la Educación, Ley General de Coordinación Fiscal, Sistema Nacional Anticorrupción, Instituto Nacional de Transparencia, etcétera), a efecto

de que las mismas normas y procedimientos se aplicasen en todos los estados, sin importar su libertad y soberanía, los cuales han sido calificados, por algunos autores, como regresivos y centralistas (Hernández, 2022; Cárdenas, 2022).

Los estados de la República y, en menor medida, los municipios no han ejercido su rol de contrapeso que debe caracterizar al sistema federal (Olmeda y Armesto, 2017). Su incapacidad de autogobernarse los ha llevado a subordinarse a las directrices decretadas desde el centro y ser rehenes del presupuesto que les fijan el Poder Ejecutivo y la Cámara de Diputados. De acuerdo con Fernando Pérez y Eduardo Torres (2021), se contará con una república federal y democrática cuando las entidades federativas sean capaces de resistir a los intereses del gobierno central.

Los problemas de democracia en México no tienen que ver con las políticas de homologación o unificación, sino que se deben buscar en otro lado. Para que el federalismo sea un mecanismo eficaz para contrarrestar el poder de los gobiernos centrales, es necesario que las partes constitutivas sean autogobernables con una fuerte cultura democrática, de lo contrario se convierten en espacios de dependencia y sumisión, o bien, de autocracia y autarquía.

## *6. Como defensa a la soberanía de los estados*

La idea de que el federalismo mexicano está conformado por estados libres y soberanos está muy arraigada en la conciencia colectiva del pueblo mexicano, al grado de que se considera como uno de los principios jurídico-políticos fundamentales del Estado (Carpizo, 2013), por lo tanto, irreformable (Canudas, 1994). No obstante, decir que las partes constitutivas son libres y soberanas entra más bien en la lógica de un sistema confederado que de una federación.

La doctrina contemporánea se ha alejado de la vieja concepción de que el sistema federal se caracteriza por un reparto de competencias perfectamente definidas y separadas entre el gobierno federal y los gobiernos estatales, utilizando la analogía de Grodzins (1966), como un pastel de capas (*layer cake*). Se trata más bien de una tarta marmoleada o veteada (*marble cake* o *rainbow cake*), en donde existe una mezcla de ingredientes y colores.

El artículo 40 de la Constitución dispone que la federación está compuesta por estados libres y soberanos, unidos según los principios que la misma Constitución establece. Es decir, por un lado, vemos un sistema confederado y, por otro lado, un federalismo simétrico. Este contrasentido ha llevado

a una permanente indefinición para determinar hasta dónde llega la libertad y soberanía de los estados, o mejor dicho ¿Hasta dónde debería llegar? Estas preguntas no han sido fáciles de contestar, debido a que el federalismo no solo puede llegar a significar cosas diferentes a diferentes personas (Erk, 2006), sino que puede ser utilizado de forma diferente para fines diferentes.

En el artículo 60. del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, que formó parte de la Constitución de 1824, se dispuso que: “Las partes integrantes son estados independientes, libres y soberanas, en lo que exclusivamente toque a su administración y gobierno interior, según se detalla en esta Acta y la Constitución General”. Dicha disposición era similar al artículo segundo de la Confederación de las trece colonias de Norteamérica: “Cada estado retiene su soberanía, libertad e independencia, y todos los poderes, jurisdicciones y derechos que no están expresamente delegados por esta Confederación”.

Los constituyentes de 1823-24 idearon un sistema que se acercaba más a las leyes de la confederación de Norteamérica, al reconocer la libertad, soberanía e independencia de los estados. De acuerdo con Josefina Zoraida Vázquez (2003), se apostó por un antifederalismo Jeffersoniano o semiconfederal. Según Reynaldo Sordo Cedeño (2003), el confederalismo no había triunfado, ya que el resultado final de los debates constituyentes fue el establecimiento de un federalismo en donde prevaleció la idea de unidad sobre la confederación; lo cierto es que la proclamación de estados libres, soberanos e independientes no corresponde a la lógica del sistema federal sino de la confederación. La idea de adoptar un sistema confederado se puede ver en distintos documentos del momento. Por ejemplo, en el artículo 60. del Plan de Gobierno Provisional del Nuevo Estado de Xalisco, publicado el 16 de junio de 1823, en donde se expresa la voluntad del estado de confederarse: “En consecuencia, al Estado le toca hacer su Constitución particular, y arreglar, en unión de los demás Estados que se confederen, las relaciones generales de todas ellas”.

Esta diferencia conceptual terminó por determinar el devenir del federalismo en uno y otro país, por dos razones: por un lado, en el artículo segundo de la Confederación se hace referencia a que cada estado *retiene* su soberanía, libertad e independencia, lo cual se explica gracias a la autorregulación y el autogobierno de los que gozaron las colonias inglesas y que, de acuerdo con Robert Friedlander (1979), alimentaron el sentimiento de identidad y pertenencia, sembrando la semilla de la autonomía y soberanía de los estados. De igual manera, Burgess (2006) concede un lugar



esencial a lo que Donald Lutz denominó *protoconstitutions* de las colonias, como expresión de autodeterminación y que dieron forma al federalismo de manera inconsciente.

Situación muy distinta en México, en donde el texto mexicano evidentemente no podía referirse a que los estados *retuviesen* su soberanía, libertad o independencia, porque las provincias españolas de ultramar nunca las tuvieron, ni siquiera la oportunidad de autorregularse y autogobernarse; no podían retener algo que nunca poseyeron. Las atribuciones que ejercieron fueron decretadas desde la península y fueron prácticamente las mismas para todas las provincias de la Nueva España, salvo aquellas que regulaban cuestiones especiales o particulares.

Por otro lado, el constituyente mexicano no eliminó del texto constitucional el que los estados fuesen libres y soberanos, a diferencia de su similar estadounidense, que consideró como un riesgo para la unidad nacional el que se reconociese expresamente en el texto constitucional la soberanía de los estados. Una de las mayores preocupaciones de los federalistas estadounidenses era, precisamente, que la Unión se pusiese en riesgo por las pugnas internas, por lo que apostaron por un gobierno central con amplios poderes. Tanto Hamilton como Madison y J. Jay dedicaron varios de sus folletos a explicar los inconvenientes de la confederación para lograr los fines propuestos y la necesidad de contar con un gobierno con las suficientes facultades para cumplir con dichos fines.

Ahora bien, más allá del galimatías jurídico de la Constitución mexicana, el problema que interesa resaltar aquí es que, al no ser autogobernables los gobiernos subnacionales, la relación jerárquica de supra-subordinación entre el gobierno federal y los gobiernos locales quedó definida. En la medida en que los gobiernos locales han dependido del gobierno federal, se han visto como aliados sin oponerse a sus políticas, por muy invasivas que sean.

## *7. Como sistema de reparto de competencias*

Si bien la distribución de competencias no es una condición exclusiva de los sistemas federales, sí resulta esencial para determinar su éxito. Para Roberto Blanco (2013), la distinción entre federalismo por asociación y federalismo por devolución resulta decisivo para el funcionamiento de los sistemas federales. La razón, explica el jurista español, radica en que dentro de aquellos países que nacieron con la finalidad de integrarse, las unidades territoriales tendían a participar activamente en la vida política federal, es decir, a través

de un gobierno compartido. Por el contrario, con los que surgieron de un proceso de descentralización, la tendencia sería la contraria, es decir, subrayar la importancia del autogobierno, trazando perfectamente las líneas competencias de los gobiernos subnacionales; lo que explica el fracaso del federalismo mexicano.

El federalismo, como ya se dijo, se pensó como mecanismo para superar las limitaciones que presentaba la confederación, que se ceñía a un pacto o alianza de paz entre las colonias. Las limitaciones de la confederación llevaron al constitucionalismo estadounidense a diseñar un sistema de relaciones competencias en donde la finalidad ya no solo era la paz entre las colonias sino también procurar su bienestar y desarrollo. Hamilton (1994) consideraba que el principal defecto de la confederación residía en que el gobierno no contaba con las atribuciones suficientes para exigir la obediencia o castigar la desobediencia de sus mandatos, de tal forma que pudiesen cumplirse los fines propuestos.

La primera regla para definir la distribución de competencias fue el principio *enumerated powers*, que limita la acción del gobierno federal a sólo los asuntos que los estados le delegaron expresamente. La segunda regla fue la cláusula de *residual power*, que consiste en que todas aquellas facultades que no habían sido delegadas al gobierno federal quedaban reservadas a los estados.

Entre una y otra, la cláusula de *implied powers* resultó esencial para definir el reparto de competencias. En Estados Unidos se entendió que el gobierno federal debía tener las facultades necesarias y convenientes para cumplir con aquellas atribuciones que los estados expresamente le habían delegado, es decir, solo aquellas enumeradas en la Constitución. El límite era, precisamente, el reconocimiento de los poderes residuales: “Los poderes que la Constitución no delega a los Estados Unidos ni prohíbe a los Estados, quedan reservados a los Estados respectivamente o al pueblo”.

Se instituyó, además, un mecanismo jurisdiccional para dilucidar las inevitables diferencias competencias que surgirían entre el gobierno federal y los estados. El poder judicial se convertiría en el árbitro del federalismo, primero, al concederle a la Constitución el estatus de un documento jurídico y, segundo, al consagrar la supremacía de la Constitución federal sobre la legislación estatal, lo cual quedó confirmado con la sentencia *McCulloch vs. Maryland* de 1819, en donde la Corte Suprema, como órgano defensor de la Constitución, se pronunció sobre los alcances de las facultades implí-

citas del gobierno federal sobre las facultades de las legislaturas estatales (Schwartz, 2019).

En México, por el contrario, la herencia del constitucionalismo francés y gaditano llevó a que se entendiese a la Constitución como un documento político y a un órgano político su defensor (Blanco, 1996). Siguiendo el ejemplo de la Constitución de Cádiz, se dispuso en la Constitución de 1824 que: “Solo el congreso general podrá resolver las dudas que ocurran sobre inteligencia de los artículos de esta constitución y del acta constitutiva” (artículo 165).

El sistema de división de competencias previsto en las Constituciones federales de 1824, 1857 y 1917, así como las políticas descentralizadoras de la década de 1980, no se estructuraron pensando en la capacidad de los estados para ejercer las competencias. Una prueba de ello fue la fallida reforma educativa de 1992, por la cual se les devolvió a los estados el manejo y control de la educación. Se anunció como la descentralización más importante desde la promulgación de la Constitución de 1917, que corregiría el centralismo y burocratismo del otrora sistema presidencialista. El problema, como lo hizo ver Carlos Ornelas (1998), radicó en que los estados no estaban preparados para asumir la responsabilidad que les había transferido, ya que no habían consolidado los sistemas estatales de educación.

Entonces, la respuesta a cuál es el mejor sistema de distribución de competencias para un país como México dependerá de la capacidad de los gobiernos subnacionales para ejercer sus competencias.

## *8. Como pacto para procurar el bienestar de la nación*

El federalismo, entendido como un pacto o alianza entre pueblos para procurar no solo la defensa externa y seguridad interna sino también el bienestar de las partes constitutivas no ha logrado su finalidad en México.

México, como bien se sabe, es un país con fuertes contrastes sociales, con municipios con niveles de desarrollo humano similares a los de África y otros, los menos, con niveles de los países del primer mundo. Mientras que algunos gobiernos locales cuentan con un mayor capital humano y físico, así como una mejor infraestructura y tradición democrática que les ha permitido impulsar su crecimiento y responder de mejor manera a los ciclos económicos, otros gobiernos, sin las mismas capacidades, no han podido incursionar en los beneficios de la modernidad, por lo que se han quedado

atrapados “en un círculo vicioso de pobreza y marginación” (Merino, 2001, p. 145).

Éste ha sido uno de los grandes desasosiegos que ha tenido absortos a los estudiosos del tema local: ¿Por qué la gran mayoría de los gobiernos locales no pueden cumplir de manera eficaz con sus competencias constitucionales? (Merino, 2005).

Ha resultado muy sencillo y, de cierta forma muy conveniente, culpar al gobierno federal sobre el subdesarrollo en que se encuentra la gran mayoría de los municipios del país. Sin embargo, no se puede imputar sólo a las aspiraciones centralistas de los presidentes en turno, como ya se explicó, sino que tienen que ver, en gran medida, con las debilidades de los gobiernos locales, quienes no han sido capaces de estructurar un proyecto político local con elementos originales y sociedades que sirvan de contrapeso al gobierno central (Armenta, 2016).

Autores como Serna de la Garza (2015) han sido escépticos respecto a una mayor descentralización, debido a la debilidad de los estados y municipios. Considera que las desigualdades de desarrollo, capacidades institucionales y recursos financieros hacen inviable el regresar a un sistema de distribución de competencias dual, por lo que apuesta por un gobierno central fuerte que pueda hacer frente a los problemas estructurales y se pueda avanzar a una descentralización progresiva; aunque tampoco es partidario de un modelo en donde el gobierno central asuma toda la responsabilidad que implique que los municipios renuncien a sus obligaciones (Serna, 2022).

Se ha visto el federalismo como instrumento de nivelación entre distintas regiones del país. A través de distintas fórmulas federales se ha intentado equilibrar las disparidades económicas y de desarrollo entre norte, centro y sur del país, pero sin mucho éxito. Tales fórmulas abarcan un régimen de facultades concurrentes, en donde el gobierno federal puede asistir en las mismas competencias con los gobiernos locales; un federalismo cooperativo con la aprobación de Ley de Coordinación Fiscal en 1978; o un federalismo simétrico o nacional, con la implementación de políticas de uniformidad y homologación a través de la promulgación de una gran cantidad de leyes generales e instituciones de carácter nacional.

Dentro del abanico causal, la capacidad de autogobernarse de los gobiernos locales resulta esencial para entender las disparidades. Los gobiernos locales en México nunca han sido autogobernables, por lo tanto, no se cuenta con esa necesaria cultura política federal que entrelace el autogobierno y los gobiernos compartidos, como lo advierte Elazar (1987).

Estas dos variables no han sido tomadas en cuenta lo suficiente por parte de la doctrina constitucional en México para explicar la causalidad del fracaso del federalismo. Significa, por un lado, la capacidad de los gobiernos locales de contar con instituciones democráticas sólidas y un grado de autosuficiencia necesaria, a efecto de no depender del gobierno central y, por otro lado, la posibilidad de llegar a acuerdos dentro de las diferencias culturales, sociales, económicas, políticas, etcétera.

A medida que los gobiernos subnacionales sean autosuficientes y procuren su desarrollo, explotando sus propios recursos humanos, naturales y técnicos, éstos les permitirán exigir respeto a su soberanía; de otra manera, se vuelven dependientes del gobierno central.

## V. CONCLUSIONES

Siguiendo la teoría evolucionista del federalismo de Ramón Máiz (2018), se coincide en que su concepción ha cambiado en el trascurso de la historia o, mejor dicho, debería cambiar y no solo concebirse como un sistema de distribución de competencias que determine la relación de las entidades con el gobierno central, sino como una cultura política federal, a fin de que tenga la flexibilidad necesaria para adaptarse a los diferentes contextos sociales y económicos, así como los arreglos institucionales con el propósito de enfrentar diversas coyunturas, cambios o crisis.

Países federales como Estados Unidos, Alemania, Bélgica o Canadá han replanteado su sistema de distribución de competencias en función del contexto político-social. En México, por el contrario, los principios que sustentan el federalismo han sido los mismos desde 1824, es decir, un modelo dual en donde los estados deben ser libres y soberanos. No obstante, la realidad del país no es la misma que hace doscientos, cien o cincuenta años, por lo que resulta irrazonable seguir con un modelo que no se ajusta a las condiciones actuales del país.

Son varios los argumentos que se esgrimen para defender el sistema federal dual que idealizaron los constituyentes de 1824: por su diversidad cultural, por su extensión territorial, como mecanismo de contrapeso al gobierno central, como defensa a la soberanía de los estados, como sistema de reparto de competencias, por su pasado histórico que lo vivifica, o como pacto para procurar la defensa y bienestar de la nación. Ninguno de estos argumentos, como se intentó comprobar a lo largo del trabajo, justifican ple-

namemente que el federalismo dual se presente como la mejor fórmula para arreglar y conciliar los intereses que están de por medio.

El federalismo tiene sentido o importa, como lo dejó ver William Riker (1996), en la medida en que hace alguna diferencia en la forma en que se gobierna a las personas. Y ello solo es posible cuando sus partes constitutivas son autogobernables y autosuficientes, de tal manera que pueden satisfacer las demandas de sus ciudadanos. Al no ser entidades autogobernables, no puede existir una relación democrática de contrapeso, porque terminan dependiendo en mayor o menor medida del gobierno central.

En México, como se sabe, la gran mayoría de los estados y municipios no son autogobernables ni autosuficientes. Cuando los estados apelan a su soberanía y los municipios a su autonomía, normalmente es para defender sus privilegios e intereses, no para defender una supuesta soberanía que preserve identidades étnicas, nacionales o culturales.

Son pocos los estados que pueden decir que no dependen del gobierno central, lo que podría llevar a una redefinición del sistema de reparto de competencias, a un federalismo asimétrico o un sistema de pactos regionales de acuerdo con la capacidad de autogobernarse y ser autosuficientes.

No se puede soslayar que los grandes contrastes entre los estados han despertado sentimientos regionalistas que exigen tratos diferenciadores. Cinco estados decidieron no adherirse al Instituto de Salud para el Bienestar creado por el gobierno del presidente López Obrador, que implicaba que el gobierno federal se hiciese cargo del sistema de salud en las entidades. Igualmente, Jalisco celebró un referéndum para preguntarles a los ciudadanos si querían seguir dentro del pacto fiscal.

En conclusión, ante la pregunta de si el federalismo en México importa, la respuesta tiene que ver con la capacidad de las unidades locales para desempeñar de una manera más eficiente sus competencias, que se puedan traducir en una mejor calidad de vida para los miembros de una comunidad y, de esta manera, no dependan de las políticas económicas del gobierno central.

## VI. REFERENCIAS

Anderson, G. (2009). La relevancia política del federalismo en el siglo XXI. [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/images/Documentos/2009/20090327\\_ot\\_anderson\\_g\\_es\\_o.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/images/Documentos/2009/20090327_ot_anderson_g_es_o.pdf)

- Armenta, L. A. (2016). *El federalismo mexicano: Una ficción política*. Facultad de Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ávila, A. (2004). *Para la libertad. Los republicanos en tiempos del imperio 1821-1823*. Instituto de Investigaciones Históricas, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Benson, N. L. (1994). *La diputación provincial y el federalismo mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Blanco, R. (2013). *Los rostros del federalismo*. Alianza.
- Blanco, R. (1996). La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana. [https://ddd.uab.cat/pub/worpap/1996/hdl\\_2072\\_1350/ICPS117.pdf](https://ddd.uab.cat/pub/worpap/1996/hdl_2072_1350/ICPS117.pdf)
- Burdeau, G. (1985). *Tratado de ciencia política*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Burgess, M. (2006). *Comparative federalism: Theory and practice*. Routledge.
- Campos, S. A. (2012). Paradojas de la transición democrática: Autoritarismo subnacional en México. *Estudios Políticos (México)*, (27), 21-45.
- Canudas, L. F. (1943). Irreformabilidad de las decisiones políticas fundamentales de la constitución. *Revista de la Escuela Nacional De Jurisprudencia, México*, V(18, 19 y 20), 97-114. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/escuela-nal-jurisprudencia/article/view/20552/18458>
- Carbonell, M. (2003). El federalismo en México: Principios generales y distribución de competencias. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 379-396.
- Cárdenas, J. (2022). La jibarización del federalismo mexicano. *200 años del pacto federal: Significado, actualidad y perspectivas* (pp. 81-106). Instituto Belisario Domínguez.
- Carpizo, J. (2011). Los principios jurídico-políticos fundamentales en la constitución mexicana. *Revista Derecho Del Estado*, (27), 7-21.
- Chaires, J. (2021). Plurinacionalismo, pluriculturalidad y federalismo en México. *América Latina Hoy*, 88, 101-117. <https://revistas.usal.es/cuatro/index.php/1130-2887/article/view/25124>
- Dealey, J. Q. (1900). The spanish source of the mexican constitution of 1824. *The Quarterly of the Texas State Historical Association*, 3(3), 161-169. <https://www.jstor.org/stable/421485>

- Eissa-Barroso, F. A. (2010). Mirando hacia filadelfia desde anáhuac: La constitución estadounidense en el congreso constituyente mexicano de 1823-1824. *Política y Gobierno*, 17(1), 97-125.
- Elazar, D. J. (1987). *Exploring federalism*. University of Alabama Press.
- Erk, J. (2006). Does federalism really matter? *Comparative Politics*, 39(1), 103-120. [https://www.jstor.org/stable/pdf/20434023.pdf?refreqid=excelsior%3Afc306df5da5ff933e906f5761e6a8900&ab\\_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1](https://www.jstor.org/stable/pdf/20434023.pdf?refreqid=excelsior%3Afc306df5da5ff933e906f5761e6a8900&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1)
- Faya, J. (2014). *El federalismo mexicano. Régimen Constitucional del Sistema Federal*. Porrúa.
- Gagnon, A. e Iacovino, R. (2008). *Ciudadanía, federalismo y multinacionalismo: Debate sobre la aportación de Quebec*. Universidad de Guadalajara.
- Gamas, J. (2001). Federalismo fiscal. *Federalismo y regionalismo. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional* (157-176). Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gaudreault-DesBiens, J. (2006). Federalismo y democracia. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 39(117), 671-691. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3893/4895>
- Grodzins, M. (1966). *The American system: A new view of government in the united states*. Transaction Publishers.
- Guénette, D. y Gagnon, A. (2017). Del referéndum a la secesión—El proceso quebequense de acceso a la soberanía y las lecciones aprendidas con respecto a la autodeterminación. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, (13), 9-30. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3803/2377>
- Hamilton, M. y J. J. (1994). *El federalista*. Fondo de Cultura Económica.
- Hernández, M. d. P. (2022). El federalismo a prueba. el centralismo silencioso. *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: Leyes, políticas públicas y eterno social* (pp. 47-74). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6839/4.pdf>
- Kölling, M. (2018). La cultura federal institucionalizada en Alemania. *Cuadernos Manuel Giménez Abad*, (16), 30-37. [https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/documentacion/documentos/2019/20181213\\_ot\\_kolling\\_m\\_es\\_o.pdf](https://www.fundacionmgimenezabad.es/sites/default/files/Publicar/documentacion/documentos/2019/20181213_ot_kolling_m_es_o.pdf)
- Kymlicka, W. (1996). Federalismo, nacionalismo y multiculturalismo. *Revista Internacional De Filosofía Política*, (7), 20-54. <http://e-spacio.>



[uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1996-7-D34AD066-D753-0D4F-C473-9B829D5EACB4/federalismo\\_nacionalismo.pdf](http://uned.es/fez/eserv/bibliuned:filopoli-1996-7-D34AD066-D753-0D4F-C473-9B829D5EACB4/federalismo_nacionalismo.pdf)

- Lane, J. y Ersson, S. (2005). The riddle of federalism: Does federalism impact on democracy? *Democratisation*, 12(2), 163-182. <https://www.tandfonline.com/doi/pdf/10.1080/13510340500069220?needAccess=true>
- Lecona, G. (2020). La consolidación del federalismo a través de su diseño hacendario. *Nexos*, (Abril). <https://federalismo.nexos.com.mx/2020/04/la-consolidacion-del-federalismo-a-traves-de-su-diseno-hacendario/>
- Linz, J. J. (1999). Democracia, multinacionalismo y federalismo. *Revista Española de Ciencia Política*, 7-40.
- Livingston, W. S. (1952). A note on the nature of federalism. *Political Science Quarterly*, 67(1), 81-95. <https://www.jstor.org/stable/pdf/2145299.pdf>
- Lutz, D. S. (1990). The articles of confederation as the background to the federal republic. *Publius: The Journal of Federalism*, 20(1), 55-70. <https://www.jstor.org/stable/3330362>
- Máiz, R. (2011). La cultura política federal. *Claves de Razón Práctica*, 209, 26-35. [http://webspersoais.usc.es/export9/sites/persoais/persoais/ramon.maiz/descargas/Artigo\\_58.pdf](http://webspersoais.usc.es/export9/sites/persoais/persoais/ramon.maiz/descargas/Artigo_58.pdf)
- Máiz, R. (2018). *Nacionalismo y federalismo: Una aproximación desde la teoría política*. Siglo XXI de España Editores.
- Mecham, J. L. (1938). The origins of federalism in Mexico. *The Hispanic American Historical Review*, 18(2), 164-182. [https://www.jstor.org/stable/pdf/2507175.pdf?refreqid=excelsior%3A58050a6e4382db31620aecbe1620f4b4&ab\\_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1](https://www.jstor.org/stable/pdf/2507175.pdf?refreqid=excelsior%3A58050a6e4382db31620aecbe1620f4b4&ab_segments=&origin=&initiator=&acceptTC=1)
- Merino, G. (2001). Federalismo fiscal: Diagnóstico y propuestas. *Una Agenda para las Finanzas Públicas de México*, 4, 145-185.
- Merino, M. (2005). Los gobiernos municipales en México: El problema del diseño institucional. *El Estado Mexicano: Herencias y Cambios. Globalización, Poderes y Seguridad Nacional*, 287-305.
- Nagel, K. (2002). El federalismo alemán: ¿Más cooperación o nueva asimetría? *Revista de Estudios Políticos*, (118), 65-100.
- Olmeda, J. C. y Armesto, A. (2017). La recentralización y los gobernadores: ¿Por qué no siempre se oponen? analizando el caso de México. *Foro Internacional*, 57(1), 109-148.
- Ornelas, C. (1998). El ámbito sectorial. la descentralización de la educación en México. El federalismo difícil. *Las políticas descentralizadoras en México (1983-1993). Logros y desencantos*. Porrúa.

- Ostrom, V. (1973). Can federalism make a difference? *Publius*, 3(2), 197-237. <https://www.jstor.org/stable/pdf/3329443.pdf>
- Pantoja, D. (2013). Ramos Arizpe y la gestación del federalismo en México. *Revista Mexicana de Historia del Derecho*, (28), 147-181.
- Pérez, F. y Torres, E. (2021a). Una crónica del poder. Federalismo, reforma y gobierno dividido en México. *Espiral (Guadalajara)*, 28(81), 113-147. <https://www.scielo.org.mx/pdf/espiral/v28n81/1665-0565-esp-iral-28-81-113.pdf>
- Pietschmann, H. (1998). Actores locales y poder central: La herencia colonial y el caso de México. *Relaciones*, 73(19), 52-83.
- Piñera, D. (1995). El federalismo en el iris de jalisco y en panfletos de 1823 a 1825. *Estudios Jaliscienses*, (22), 39-54. <http://www.estudiosjaliscienses.com/wp-content/uploads/2019/07/22-El-federalismo-en-El-Iris-de-Jalisco-y-en-panfletos-de-1823-a-1825.pdf>
- Rabell, E., Nieto, G. y Jiménez, J. R. (2013). Federalismo en México. Universidad Autónoma de Querétaro–Porrúa.
- Ramos, M. (2015). *La virtud federalista*. Cámara de Diputados.
- Reichstein, A. y Márquez, D. (1993). ¿Era realmente inevitable? ¿Por qué México perdió Texas en 1836? *Historia Mexicana*, 867-887.
- Raphael, R. (2016). Federalismo incongruente. *El Universal*. <https://www.eluniversal.com.mx/entrada-de-opinion/columna/ricardo-raphael/nacion/politica/2016/04/21/federalismo-incongruente/>
- Riker, W. H. (1969). Six books in search of a subject or does federalism exist and does it matter? 2(1), 135-146. <https://www.jstor.org/stable/421485>
- Scholsem, J. (1995). La nueva constitución belga. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, (20), 61-163.
- Schwartz, D. S. (2019). *The spirit of the constitution: John Marshall and the 200-year odyssey of McCulloch v. Maryland*. Oxford University Press.
- Serna, J. M. (2022). Perspectiva de reforma al régimen municipal en México. *Perspectivas actuales del federalismo mexicano: Leyes, políticas públicas y entorno social* (pp. 117-148). Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/14/6839/6.pdf>
- Serna, J. M. Barceló Rojas, D. A. y Valadez, D. (2015). *Percepciones sobre el federalismo en México*. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sordo, R. (2003). El congreso nacional: De la autonomía de las provincias al compromiso federal. *El Establecimiento del Federalismo en México (1821-1827)* (pp. 115-153). Colegio de México.

- Tena, F. (1994). *Derecho constitucional mexicano*. Porrúa.
- Tocqueville, A. (2008). *La democracia en América*. Fondo de Cultura Económica.
- Uribe, S. (1956). Origen del federalismo. *Historia Mexicana*, 284-288. <https://historiamexicana.colmex.mx/index.php/RHM/article/view/673/564>
- Vázquez, J. Z. (1993). Un viejo tema: El federalismo y el centralismo. *Historia Mexicana*, 621-631.
- Vázquez, J. Z. (2003). *El establecimiento del federalismo en México, 1821-1827*. El Colegio de México.
- Watts, R. L. (1998). Federalism, federal political systems, and federations. *Annual Review of Political Science*, 1(1), 117-137.



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Chaires Zaragoza, Jorge, “¿El federalismo importa? Un análisis sobre la viabilidad del federalismo en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e18370. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18370>

### ***APA***

Acosta Yparraguirre, E. M. (2024). ¿El federalismo importa? Un análisis sobre la viabilidad del federalismo en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e18370. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18370>

# Comentarios jurisprudenciales



## El control de regularidad constitucional en el juicio de amparo. Estudio crítico de la Contradicción de tesis 351/2014

### *Constitutional control in the “juicio de amparo”. Critical study of the Contradiction of Thesis 351/2014*

Juan Manuel Acuña

 <https://orcid.org/0000-0003-4330-6176>

Universidad Panamericana, Campus Ciudad de México. México.  
Correo electrónico: jmacuna@up.edu.mx

Publicación: 27 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17505>

**RESUMEN:** Al resolver la contradicción de tesis 351/2014, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los órganos del Poder Judicial federal, tanto en amparo directo como indirecto, deben realizar un control de constitucionalidad *ex officio* respecto a las leyes aplicadas en el acto reclamado y no sólo respecto a las leyes procesales que son competentes para aplicar. Con esta decisión, el control constitucional en el marco del juicio de amparo se ha expandido, elevando el nivel de eficacia de este proceso constitucional para la adecuada protección de los derechos humanos.

**Palabras clave:** control difuso, control de constitucionalidad *ex officio*, juicio de amparo.

**ABSTRACT:** In the contradiction of thesis 351/2014, the Mexican Supreme Court of Justice ruled that all the federal judges must perform constitutional review in the “juicio de amparo directo e indirecto”, with respect to the laws applied in the claimed act and not only with respect to the procedural laws that are competent to apply. With this decision, constitutional control in the juicio de amparo has been expanded, raising the level of effectiveness of this constitutional process for the appropriate protection of human rights.

**Keywords:** judicial review, constitutional control, juicio de amparo.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El punto de partida: los cambios en el sistema de control jurisdiccional de regularidad constitucional.* III. *Control de constitucionalidad ex officio en el juicio de amparo.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

El 28 de septiembre de 2021 la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) resolvió la contradicción de tesis 351/2014, y determinó que los órganos del Poder Judicial federal, tanto en amparo directo como indirecto, debían llevar a cabo control de constitucionalidad *ex officio*, no sólo respecto a las leyes procesales que son competentes de aplicar, sino también respecto a las leyes sustantivas y procesales aplicadas en el acto reclamado o juicio natural. Con esta decisión, la SCJN modificó el criterio anterior sentado al resolver el amparo directo en revisión 1046/2012, que tenía carácter de tesis aislada, por el cual se impedía el ejercicio del control de constitucionalidad *ex officio* respecto a tales leyes.

Esta decisión significó un avance relevante en el proceso de reconfiguración del sistema mexicano de control judicial de constitucionalidad y convencionalidad iniciado con la internalización de la doctrina del control de convencionalidad *ex officio* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), producida en la resolución Varios 912/2010, y con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011.

La sentencia objeto de estudio impacta de manera decisiva en la adaptación del juicio de amparo a las exigencias de la doctrina del control difuso de convencionalidad, para volverlo más eficaz y expandir su ámbito de control mediante la inclusión de objetos normativos cuya constitucionalidad —antes de esta decisión— no podía ser analizada, a menos que su inconstitucionalidad sea alegada en los conceptos de violación, o bien, procediera la suplencia de la queja.

Para el análisis de esta cuestión y la valoración positiva de la decisión que se analiza, resulta relevante advertir la presencia de ciertas confusiones conceptuales que afectaron la adecuada comprensión de las actividades de control que las personas juzgadoras deben llevar a cabo en el marco de un sistema difuso de control de constitucionalidad y convencionalidad, las cuales enturbiaron la comprensión inicial de la SCJN respecto a esta cuestión. Por ello, se procederá a identificar las actividades de control demandadas en un sistema difuso como el mexicano, para luego justificar las transformaciones que en el juicio de amparo se deben producir, y, así, se puedan desplegar todas las actividades de control exigidas por el sistema difuso de constitucionalidad. La decisión aquí analizada es, en buena medida, producto de una nueva y correcta comprensión por parte del alto tribunal de las cuestiones conceptuales indicadas.

## II. EL PUNTO DE PARTIDA: LOS CAMBIOS EN EL SISTEMA DE CONTROL JURISDICCIONAL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL

Cuando la SCJN resolvió el expediente Varios 912/2010, para determinar las formas de internalizar la sentencia condenatoria que emitió la Corte IDH contra el Estado mexicano en el *Caso Radilla Pacheco vs México* (2009), tomó dos decisiones, entre otras, que transformaron la identidad del sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional en nuestro país. En primer lugar, estableció el deber del Poder Judicial de realizar un control de convencionalidad *ex officio* para inaplicar las normas que resulten contrarias a los derechos humanos de fuente constitucional y convencional (Tesis: P.LXVII/2011 (9a.)); en segundo lugar, y como consecuencia de la determinación anterior, modificó el sistema mexicano de control jurisdiccional porque esta actividad había sido tradicionalmente monopolizada por el Poder Judicial federal, para que, en adelante, también fuera desempeñada por el resto de los jueces del país. En los términos de la SCJN, el sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional tendría ahora dos vertientes: una concentrada, configurada por el Poder Judicial federal y desarrollada mediante vías directas de control, a través del juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y las controversias constitucionales; y otra difusa, que debería ser desarrollada por el resto de los órganos jurisdiccionales del país mediante la inaplicación de las leyes contrarias a los derechos humanos. Este control se llevaría a cabo de manera incidental en el marco de los procesos ordinarios de su competencia (Tesis: P. LXX/2011 (9a.), 2011).

La primera decisión se explica por la resolución de la Corte IDH, que estableció el deber del Poder Judicial de llevar cabo un control de convencionalidad *ex officio*.<sup>1</sup> La segunda decisión fue impulsada por una precisión,

---

<sup>1</sup> Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. (2009). Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 23 de noviembre. Serie C. Núm. 209, párr. 339. Este es el primer caso en el que la Corte Interamericana de Derechos humanos señala el deber de llevar a cabo un control de convencionalidad para los jueces mexicanos. La doctrina del control de convencionalidad, entendida como el deber del Poder Judicial de verificar la compatibilidad de las leyes y actos de los estados con el *corpus iuris* interamericano, ya había sido establecida por la Corte IDH en múltiples sentencias, como en *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde se estableció la doctrina por primera vez como decisión del Pleno, y en casos posteriores, entre ellos: *La Cantuta vs. Perú*, sentencia del 29 de noviembre de 2006; *Boyce y otros vs. Barbados*, Sentencia del 20 de noviembre de 2007. Posteriormente, con ocasión de la sentencia emitida en el caso *Aguado Alfaro y otros vs. Perú*, conocido como el caso de *Los Trabajadores Cesados del Congreso*, la Corte IDH tuvo ocasión de precisar



realizada por la Corte IDH, respecto al elenco de órganos judiciales encargados de llevar a cabo el control. Mientras la SCJN discutía acerca de la forma de cumplir con las obligaciones estipuladas en la sentencia del caso *Radilla Pacheco*, la Corte IDH emitió una nueva sentencia condenatoria contra el estado mexicano en la que reiteró el deber de los jueces de llevar a cabo un control de convencionalidad *ex officio*, pero ahora el mandato fue explícito al indicar que se trata de un deber que recae en todos los jueces, de todos los niveles. No se refirió al “Poder Judicial”, como había hecho en casos anteriores. De ese modo, buscó dejar atrás posibles interpretaciones que para el caso mexicano restringieran el deber de control sólo al Poder Judicial federal (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*, 2010). El deber de realizar un control de convencionalidad en todos los niveles no podía cumplirse de acuerdo con la configuración que en ese entonces tenía el sistema de control, porque se excluía a los jueces locales. La intención de la Corte IDH fue incluirlos a todos, es decir, motivar un cambio en el sistema de justicia constitucional, para que el control de convencionalidad se despliegue de un modo más eficaz.<sup>2</sup>

El apoyo definitivo para internalizar el mandato de la Corte IDH sería proporcionado por la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, que tuvo como objetivos principales fortalecer a los derechos humanos en la Constitución y en el sistema jurídico en general, y generar la apertura del sistema al derecho internacional de los derechos humanos (Becerra Ramírez, 2020, p. 97; Caballero Ochoa, 2011, p. 104). La reforma constituyó un hito fundamental para impulsar y profundizar el proceso de constitucionalización del sistema jurídico mexicano.<sup>3</sup>

---

más el ejercicio de dicho control: ya no se refirió a una “especie” de control de convencionalidad y no dudó a la hora de nominarlo con claridad. En este último caso, estableció que este control debía llevarse a cabo *ex officio*, y determinó, por deferencia a los Estados, que dicho mecanismo debía realizarse dentro del marco de las regulaciones procesales, lo que sería reiterado para México en el caso *Radilla Pacheco*.

<sup>2</sup> Corte IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. (2010). Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre. Serie C. Núm. 220. Voto razonado del juez *Ad hoc* Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, párr. 19 y 20.

<sup>3</sup> La constitucionalización del derecho ha sido comprendida como un proceso mediante el cual el derecho es impregnado por la Constitución, que, así, condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y en general a los actores políticos (Comanducci, 2007, p. 73). De acuerdo a Guastini, las condiciones para la constitucionalización de un sistema jurídico serían: 1) contar con una Constitución rígida; 2) la existencia de un mecanismo de garantía jurisdiccional; 3) el reconocimiento de la fuerza vinculante de todas las normas constitucio-

Particularmente relevante fue la reforma al artículo primero de la Constitución, que en lo fundamental estableció un bloque de derechos conformado por los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente internacional. La reforma también introdujo los principios de interpretación conforme y pro persona para armonizar las normas de fuente nacional e internacional y determinar las normas aplicables en cada caso; y afirmó la obligación de todas las autoridades de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos.

La generación de un bloque de derechos, que luego sería rebautizado por la SCJN como *parámetro para el control de regularidad constitucional*, implicó que el material controlante para determinar la validez de normas y actos se configurará a partir de componentes tanto nacionales como internacionales, y especialmente los derechos y sus interpretaciones provenientes del *corpus iuris* interamericano (Acuña, 2020, p. 81).<sup>4</sup>

---

nales; 4) la sobreinterpretación de la Constitución; 5) la aplicación directa de la Constitución; 6) la interpretación conforme a la constitución de las leyes; y, por último, 7) la influencia de la Constitución en la política (2003, pp. 50 y ss). Este proceso de constitucionalización se asienta de manera especial en una idea concreta acerca del significado de los derechos humanos para el sistema constitucional. Por ello, se puede afirmar que se trataría de un proceso que no sólo consiste en la influencia de la Constitución en el sistema jurídico, sino también de los derechos humanos en el propio constitucionalismo, que resulta reconfigurado en una clave más sustantiva (Prieto Sanchís, 2013, p. 11). Además, como bien apunta Prieto Sanchís, si bien el constitucionalismo de los derechos se concibe aun desde el derecho interno o estatal, es cada vez más relevante la influencia del derecho internacional y, por ende, la construcción del constitucionalismo de los derechos en una clave cosmopolita (2013, p. 229).

<sup>4</sup> Al resolver el expediente Varios 912/2010, la SCJN denominó al bloque de derechos con un parámetro para el control de convencionalidad, el cual se integraría por los derechos humanos contenidos en la Constitución, la jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, y la jurisprudencia de la Corte IDH, tanto los criterios vinculantes como los orientadores (es decir, aquellos generados en sentencias en las cuales el Estado mexicano hubiera sido condenado, como aquellos establecidos en casos en los que México no hubiese sido estado demandado, respectivamente). Este criterio quedó establecido en la tesis: PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Tesis P.LXVIII/2011 (9a.). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro III, diciembre de 2011, t. I, p. 551. Esta configuración resulta aún hoy incompleta, por cuanto no incluye todas las fuentes que deberían incluirse en el rubro de jurisprudencia, de acuerdo con los criterios de la propia Corte IDH, por ejemplo, las opiniones consultivas. Pero además, en el momento de ser generado, el criterio era equivocado, por lo menos desde la óptica de la Corte IDH, porque asignó un carácter orientador a la jurisprudencia generada en casos en los que México no hubiera sido Estado demandado. Más adelante, al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la SCJN nominaría al bloque como “parámetro de control de

La integración de los derechos de fuente constitucional y de fuente convencional, en un mismo complejo normativo o parámetro, no permite el desdoblamiento de las actividades de control constitucional y convencional. En todo caso, y por imperio de los principios hermenéuticos de interpretación conforme y pro persona, habrá que determinar si en un caso se aplica el derecho de fuente constitucional o convencional. Pero, como una precondition para permitir el desenvolvimiento de ambos principios, se deben considerar ambas fuentes; y en ese sentido se aplican ambos componentes del parámetro, de forma tal que se despliegan ambos tipos de control de manera simultánea.<sup>5</sup>

---

regularidad constitucional”, con lo que mejoraría su comprensión al establecer que los criterios que primero denominó “orientadores” son en realidad vinculantes. Este cambio representó un avance. Sin embargo, se generaría una excepción al principio de armonización, con la reinserción del principio jerárquico, para ordenar las relaciones entre los derechos humanos de fuente constitucional e internacional. Así se estableció que las restricciones constitucionales a los derechos humanos siempre prevalecerían frente al derecho internacional de los derechos humanos. De esta forma, la SCJN generó lo que se ha denominado un *enfoque restrictivo* de los derechos humanos (Ortega García, 2015, p. 273). Esta decisión quedaría plasmada en la tesis de jurisprudencia: DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLEZCA EL TEXTO CONSTITUCIONAL. Tesis. P. /J. 2072014 (10a), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, p. 202. Con el tiempo, la SCJN realizó algún tímido y aislado intento por morigerar los efectos de esta decisión, al considerar que el hecho de que las restricciones constitucionales deban prevalecer no impide que se pueda realizar una interpretación más favorable de la propia norma constitucional restrictiva. Sin embargo, ese intento de morigeración no permite eventualmente descartar las restricciones expresas. RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Tesis 2a. CXXI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Octubre de 2015, t. II, p. 2096.

Se espera que, en breve, la SCJN modifique esta jurisprudencia, porque el Estado mexicano debe cumplir con la sentencia recaída en el caso *García Rodríguez y otro*, en la que se estableció que el control de convencionalidad que deben realizar las autoridades mexicanas incluye también a la propia Constitución, lo que claramente impacta en la determinación apriorística efectuada por la SCJN sobre la prevalencia de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Véase Corte IDH. *García Rodríguez y otro vs. México*. Sentencia de 25 de enero de 2023. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie 482. párr. 303.

<sup>5</sup> En este sentido, el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad y su inter-nalización en el sistema jurídico mexicano parece reforzar la idea sostenida por autores como

Pero, además, esta comprensión se ve reforzada por la necesidad de dar cumplimiento a las obligaciones de respetar, proteger y garantizar los derechos humanos que componen el nuevo bloque de derechos. El ejercicio del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* es una forma de cumplir con estas obligaciones. En este sentido, la obligación del artículo 1o. de la Constitución mexicana refuerza en sede interna el fundamento del control de convencionalidad del sistema interamericano de los artículos 1o. y 2o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consistentes en respetar los derechos y adoptar disposiciones de derecho interno (Ferrer Mac-Gregor, 2011a, p. 532).

Ahora bien, la consecuencia evidente de asumir la obligación de realizar un control de convencionalidad *ex officio* fue extender el deber de llevar a cabo control constitucional a aquellos jueces que no tenían reconocida tal posibilidad, es decir, a los jueces locales y a las autoridades jurisdiccionales diferentes a las del Poder Judicial federal. En nuestro contexto, esto implicó la aceptación del llamado control difuso (Gudiño Pelayo, 2007, p. 445; Vázquez Sánchez, 2021, p. 328; Huerta Ochoa, 2021, p. 128; Sánchez Gil, 2004, p. 200).<sup>6</sup> La sentencia que aquí se estudia no trata acerca de esta cuestión, sino que se refiere a otra consecuencia de la internalización de la

---

Dulitzky (2015), según la cual, el principio de subsidiariedad ya no basta por sí solo para explicar las dinámicas generadas entre el sistema interamericano y los sistemas nacionales, porque el derecho interamericano se ha convertido en una parte integral de los sistemas nacionales, y no sólo en una parte complementaria a la cual acudir cuando el derecho interno resulta insatisfactorio. La Convención no opera de forma subsidiaria, sino más bien concurrente. Esta forma de relación se explica mejor a la luz del principio de integración (Dulitzky, 2015, p. 54). Ahora bien, la integración no permite suponer la supremacía del derecho interamericano respecto al derecho nacional, como sugieren algunos autores (González Domínguez, 2018, p. 209). En todo caso, se producirá una aplicación prevalente del derecho interamericano siempre que este ofrezca una solución más favorable a los derechos de la persona; o bien, a la inversa. Ello es así, tanto por imperativo del artículo 1o. de la Constitución, como por lo establecido por la propia Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 29. Por lo expuesto, no se comparte el punto de vista de quienes insisten en desglosar el control de convencionalidad y de constitucionalidad, sosteniendo que la declaración de regularidad constitucional no puede hacerse tomando en consideración un tratado internacional (Herrera Pérez, 2014, p. 283).

<sup>6</sup> Si bien esta decisión implicó la aceptación del control difuso, según una nueva interpretación del artículo 133 constitucional a la luz del artículo 1o., lo cierto es que de ninguna manera se produjo una aceptación pacífica de este control que motivara una práctica libre de obstáculos. Para el estudio del proceso de desenvolvimiento del control difuso en nuestro sistema, véase Vázquez Sánchez (2021).

doctrina del control de convencionalidad *ex officio*, consistente en la necesidad de adaptar los procesos constitucionales de competencia del Poder Judicial federal a las nuevas exigencias de control. Esto se debe a que el aceptar la doctrina del llamado control difuso de convencionalidad no sólo implica incluir a otros jueces en el elenco de órganos obligados a llevarlo a cabo, sino que implica también realizar actividades de control incidental y *ex officio* cuyo ejercicio debe ahora habilitarse en el marco de procesos que en principio parecen permitir sólo formas de control directas y a petición de parte. La decisión de la SCJN, cuyo estudio se aborda en este trabajo, trata justamente de la cuestión acerca de la forma de adaptar uno de los procesos constitucionales federales, el juicio de amparo, que es tradicionalmente entendido como un proceso constitucional que habilita formas de control directas, para que permita el desenvolvimiento de formas de control incidental y *ex officio*.

### III. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD EX OFFICIO EN EL JUICIO DE AMPARO

#### 1. *El control incidental y ex officio en el juicio de amparo. Primera decisión*

Antes de abordar el estudio de la contradicción de tesis 351/2014, es preciso comentar una sentencia previa en la que la SCJN tomó una primera decisión respecto a esta cuestión. Al resolver el amparo en revisión 1046/2012, la SCJN debió expedirse respecto a la posibilidad de que los tribunales colegiados ejercieran control *ex officio* sobre la ley aplicada en el juicio natural, cuando no fuera atacada en los conceptos de violación por el quejoso. El estudio estuvo en buena medida determinado por confusiones conceptuales que generaron una decisión equivocada según se argumentará más adelante.

Comencemos por comentar el *iter* procesal y los hechos del caso. En el juicio de origen, la parte actora, albacea de la sucesión de su madre, demandó al hospital, donde la causante fue tratada, una indemnización por responsabilidad civil y daño moral. Luego de las apelaciones ordinarias y un juicio de amparo previo, la albacea presentó un nuevo juicio de amparo contra la decisión de la Cuarta Sala del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México, por considerar que los montos de indemnización no cubrían todos los ítems reclamados.

El principal problema jurídico que advirtió el Tribunal Colegiado fue la posible inconstitucionalidad del artículo 1916 del Código Civil Federal, que establece que la acción de reclamación por daño moral sólo pasa a los herederos si fue iniciada en vida por la víctima. A juicio del tribunal, este dispositivo legal violaba, en perjuicio de la actora, el derecho de acceso a la justicia y, en consecuencia —y por imperio del nuevo artículo primero constitucional—, se debía realizar un control de constitucionalidad *ex officio* e inaplicar el artículo. De modo que el Tribunal Colegiado resolvió conceder el amparo para efectos y ordenar al tribunal responsable que considere que la actora tenía legitimación activa para reclamar daño moral (ADR 1046/2012, p. 2). Contra la decisión del Tribunal se planteó la revisión ante la SCJN.

La pregunta que orientó el estudio de la SCJN fue elaborada en los siguientes términos: “¿Los Tribunales Colegiados pueden ejercer, de oficio, ese control difuso de regularidad constitucional? (*sic*)” (ADR 1046/2012, párr. 59). Las confusiones conceptuales son evidentes. El adjetivo “difuso” permite calificar un sistema o modelo, y no una forma o tipo de control. La pregunta que se hace la SCJN más bien debe ser entendida en el sentido de si el tribunal puede realizar un control de regularidad constitucional *ex officio*, es decir, sin mediar petición de parte e incidental respecto a normas cuya validez constitucional no es, en principio, materia del proceso. La respuesta a esta cuestión demanda ciertas aclaraciones respecto a las formas de control que se despliegan en el juicio de amparo.

En el juicio de amparo directo la forma para reclamar la inconstitucionalidad de una norma —en este caso, la que hubiera regido el juicio natural— es hacerlo en los conceptos de violación; por lo que, si esto no se hizo así, en realidad aquello sobre lo que nos debemos interrogar es si el tribunal puede realizar un control oficioso e incidental, o por vía de excepción, es decir, sin que hubiera sido solicitado expresamente y en el supuesto de que el juicio de amparo no hubiera estado enderezado a atacar de modo directo la ley en cuestión.

Respecto a esta primera pregunta, la SCJN afirmó que los tribunales colegiados sí tienen competencia para realizar control de constitucionalidad *ex officio*. La respuesta es alentadora; sin embargo, se advertirá que las confusiones conceptuales persisten pues a continuación sostuvo que este control *ex officio* que los tribunales deben realizar es en la modalidad “difusa” (*sic*), y por imperio del artículo 1o. constitucional (ADR 1046/2012, párr. 59). La confusión radica en que control difuso y *ex officio* no son si-

nónimos, pues aluden a aspectos diferentes del control<sup>7</sup> (Herrera García, 2017, p. 307). En un modelo difuso el control se puede activar de oficio o a petición de parte; y un sistema concentrado acepta también ambas formas de activación, todo dependerá de las regulaciones procesales de cada proceso particular. Inmediatamente, la SCJN se refirió a otra modalidad de control de regularidad constitucional, a la que denomina *concentrada*, y que se verifica a través del juicio de amparo, la acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional (ADR 1046/2012, párr. 60). Sabemos que esas modalidades de control no existen. El control es uno, de regularidad constitucional, que puede ser realizado de diversas formas, o mediante diferentes vías, en este caso, de manera directa o bien incidental, y, en atención a si es solicitado o no, podrá ser a petición de parte o de oficio. Más adelante la SCJN sostendrá que, al conocer de juicios de amparo directo, o bien de juicios de amparo indirecto en revisión, los tribunales colegiados ejercen un control de regularidad concentrado (ADR 1046/2012, párr. 61). El término “concentrado” no tiene sentido cuando es empleado de tal manera. Se podría suponer que la SCJN lo emplea como sinónimo de *directo*, una confusión bastante habitual, lo que en el caso tampoco tiene sentido; o, peor aún, puede generar interpretaciones restrictivas sobre las posibilidades de control que permite desarrollar el juicio de amparo, pues, como se analizará enseguida, también admite formas de control incidental o indirecto.

El segundo interrogante que intentará responder la SCJN será acerca de las leyes sobre las que los tribunales colegiados pueden ejercer el control de regularidad constitucional oficioso. Sostendrá la SCJN que sólo pueden ejercer control respecto a las leyes que son competentes para aplicar, es de-

---

<sup>7</sup> Estas confusiones o inercias conceptuales se pueden deber a que cuando la SCJN intercala el control de convencionalidad *ex officio* lo hace al mismo tiempo que modifica la identidad del sistema de control constitucional de tipo jurisdiccional, y admite que el sistema es también difuso. A partir de aquí, será común ver como lo difuso pasa a ser una característica del control y se harán referencias al control difuso de constitucionalidad y convencionalidad (Cruz Parceró, 2017, p. 72). En realidad, se trata de un control de regularidad constitucional que se ejerce, de acuerdo con las posibilidades procesales, por vía directa o bien incidental, y de manera oficiosa o a petición de parte. La exigencia que surge de las transformaciones del modelo y, como veremos, del artículo 1o. constitucional es que el control sea *ex officio* e incidental. Estas son las características que asume el control en nuestro país, luego de la reforma constitucional de derechos humanos y otras reformas al sistema de justicia constitucional. Lo difuso no afecta al ámbito del control ejercido por los jueces federales, sino que permite incluir a los jueces ordinarios en el ámbito de los órganos obligados a ejercer el control constitucional.

cir: la ley de amparo, la ley orgánica del Poder Judicial y el Código Nacional de Procedimientos Civiles, supletorio de la ley de amparo (Tesis: P.IX/2015 (10a.), 2015). Esta respuesta fue sumamente insatisfactoria, porque entonces el juicio de amparo solo permitiría el desenvolvimiento del control de constitucionalidad y convencionalidad directo y a petición de parte, pero no así el control incidental y *ex officio* exigido por la doctrina del control de convencionalidad, con excepción de las leyes mencionadas.

En consecuencia, sólo existirían dos supuestos en los cuales los tribunales colegiados podrían extender su actividad de control sobre las leyes del juicio natural. Esos casos serían: cuando el quejoso plantea la inconstitucionalidad de la ley en los conceptos de violación y por suplencia de la queja (Tesis: P. X/2015 (10a.), 2015). De modo que, en el ámbito del juicio de amparo directo, no habría lugar para el control *ex officio* de constitucionalidad de las leyes del juicio natural, sino sólo para el control a petición de parte. Esta interpretación limita de manera sensible el alcance de las obligaciones en materia de control *ex officio* de constitucionalidad, y vuelve imposible su ejercicio en el marco del juicio de amparo directo respecto de las leyes aplicadas en el juicio de origen. La conclusión es que los tribunales, al no poder ejercer el control *ex officio*, deben convalidar actos y decisiones, aunque estas se funden en normas violatorias de derechos humanos.

## 2. El cambio de rumbo. La contradicción de tesis 351/2014

### A. Elementos para la nueva discusión

La decisión anterior representó un obstáculo en el proceso de adaptación del juicio de amparo a las exigencias en materia de control de constitucionalidad *ex officio*. El criterio allí sentado fue el punto de partida para la discusión que se abordará en la contradicción de tesis 351/2014. Para el análisis crítico de la nueva decisión, resulta necesario echar luz sobre los conceptos en torno de los cuales giró la discusión y cuya nueva comprensión determinará el cambio de criterio.

Se debe objetar en primer lugar el sentido que la SCJN atribuye al adjetivo “concentrado”. Se explicó que, en opinión del alto tribunal, el sistema mexicano es en parte concentrado, y esta vertiente se expresa en la actividad que desarrolla el Poder Judicial federal. Esta afirmación es imprecisa. “Concentrado” y “difuso” no son adjetivos que califiquen un tipo de control, o una forma de llevarlo a cabo, sino más bien un modelo o sistema de con-



trol jurisdiccional (Bidart Campos, 1987, p. 125).<sup>8</sup> En estricto sentido, el término “difuso” fue empleado por primera vez por Carl Schmitt para explicar la facultad de los jueces de inaplicar una ley cuando contradiga, *de manera manifiesta*, un precepto de la Constitución. Estas facultades acotadas de control debían ser ejercidas de manera accesoria, ocasional, eventual, incidental y “conforme a las posibilidades de cada juez, es decir, de forma difusa” (Schmitt, 1998, p. 52, nota al pie 17).

Tiempo después, Piero Calamandrei recogería el término para caracterizar los dos grandes sistemas de control jurisdiccional: sistemas judiciales o difusos, por un lado; y autónomos o concentrados, por el otro. En el primer sistema, el control es llevado a cabo por todos los órganos judiciales; en el segundo, por un único y especial órgano constitucional (Calamandrei, 1996, p. 32).

Mauro Cappelletti retomó la clasificación anterior y propuso clasificar a los sistemas de justicia constitucional prevalentes, el americano y el europeo, mediante “perfiles”; entre ellos, el “subjetivo”, que atiende a los órganos que en uno y otro sistema llevan adelante las labores de control jurisdiccional. El modelo americano sería *difuso*, porque el poder de control corresponde a todos los órganos judiciales; mientras que el europeo es *concentrado*, porque el control corresponde a un solo órgano (Cappelletti, 2007, p. 56). En trabajos posteriores el autor tradujo el término “difuso” como *descentralizado*, y el término “concentrado” como *centralizado* (Cappelletti, 1970, p. 1070).

De tal manera, los adjetivos concentrado o centralizado son aplicables a sistemas en los que se atribuye el control constitucional a un tribunal especial (Ferrerres Comellas, 2011, p. 19; Favoreau, 1994, p. 35; Guastini, 2014, p. 469), y no resulta aplicable a los sistemas en los que el control puede ser realizado por múltiples órganos jurisdiccionales, como sucede en el caso de México y su Poder Judicial federal. Sería posible incluso mantener el término “concentrado” para adjetivar los actuales sistemas europeos de control, en los cuales los órganos judiciales pueden participar en tareas de control mediante procedimientos tales como la cuestión de inconstitucionalidad; sin embargo, el tribunal o corte constitucional mantiene el monopolio de re-

---

<sup>8</sup> Los conceptos de *modelo* y *sistema* no son sinónimos. El término “modelo” refiere a tipos ideales configurados a partir de la presencia de ciertas características. El término “sistema”, refiere a las estructuras configuradas a partir de la materialización de modelos en ámbitos específicos (Cossío Díaz, 2013, p. 5).

chazo. La aplicación del término “concentrado” a sistemas en donde todos los órganos judiciales federales pueden rechazar las leyes constitucionales mediante su inaplicación resulta inadecuada.<sup>9</sup>

Una segunda imprecisión conceptual, que se advierte en las decisiones de la SCJN acerca del sistema de control, consiste en afirmar que el Poder Judicial federal siempre desarrolla su actividad de control por medio de vías directas. Las vías de control refieren a los modos de provocar el control, y estos modos pueden ser por vía directa o por vía de excepción.

El control directo, o por vía de acción, es aquel en el cual el planteamiento de inconstitucionalidad se formula de manera principal, por vía de demanda. El control por vía incidental, o por vía de excepción, es el que se realiza en el curso y con ocasión de un caso concreto en el marco de un proceso, y sólo cuando la ley cuya inconstitucionalidad se contraviene sea relevante para resolver el caso (Sagüés, 2002, p. 71). La acción de inconstitucionalidad y la controversia constitucional efectivamente son procesos constitucionales que materializan vías de control directo. El juicio de amparo, desde este punto de vista, es algo más complejo, pues habilita vías de control tanto directas como indirectas.

En efecto, el juicio de amparo indirecto, en esencia, permite atacar normas y actos de autoridad. En el primer supuesto, se trata de un amparo contra leyes y el juicio de amparo en tal caso es empleado como una vía directa de control respecto a la ley. En el segundo supuesto, y en atención a que el amparo es empleado para atacar un acto de autoridad, si en los conceptos de violación se ataca la ley o norma en la que dicho acto se fundamenta, podemos considerar que en ese supuesto el amparo opera como una vía también directa. Pero si en este supuesto el quejoso omitiera atacar la norma en los conceptos de violación, el juez de amparo, si entendiésemos que la ley en la que el acto se funda es inconstitucional, debería someterla a control

---

<sup>9</sup> La cuestión de inconstitucionalidad es un proceso constitucional que habilita a los jueces ordinarios —que tengan dudas acerca de la constitucionalidad de la ley que deban aplicar— a plantear la cuestión al tribunal constitucional, para que realice el estudio de constitucionalidad de la norma y, una vez resuelta la cuestión, el juez *a quo* resuelva con base en el criterio establecido por el tribunal constitucional. La justicia ordinaria se involucra en las tareas de control mediante el planteo de la cuestión y la provisión de argumentos, pero la decisión acerca de la constitucionalidad de la ley pertenece en exclusiva al tribunal constitucional (Pérez Tremps, 2005, p. 129). Se trata de un proceso, típico de los sistemas de justicia constitucional europeos, que recibe diversos nombres, como por ejemplo, “cuestión de inconstitucionalidad” en España, “*konkrete normenkontrolle*” en Alemania, “cuestión prejudicial” en Italia, entre otros.

y eventualmente inaplicarla, en cuyo caso el control respecto a la ley sería indirecto o incidental.

En el caso del juicio de amparo directo, en el supuesto que se ataque una sentencia definitiva, el control que se procura será sobre la sentencia y permitiría articular una forma de control directo contra la ley aplicada en el juicio de origen, si esta fuese atacada en los conceptos de violación. La cuestión sería determinar qué tipo de control se ejercería respecto a la ley aplicada en la sentencia impugnada, si esa ley no es impugnada en los conceptos de violación.

Es necesario aclarar una cuestión conceptual adicional referida a la identificación de las actividades de control que deben realizar las personas juzgadoras en el marco de un sistema difuso. La comprensión correcta de aquello que el término “difuso” califica resulta importante para poder desagregar las características que suelen describir a aquello que solemos denominar *control difuso*. Como ya se ha sostenido, lo primero que se debe considerar es que el adjetivo “difuso” califica un sistema y no un tipo de control. Dicho esto, la característica que mejor define a la función de control constitucional que deben realizar los jueces en el marco de un sistema difuso de control es el carácter incidental de su ejercicio. Es decir, que los jueces deben ejercerlo en el marco de los procesos de su competencia, los cuales tienen objetos diversos al del estudio de constitucionalidad de la ley que podría resultar inaplicada.

Este control de tipo incidental admitiría a su vez dos modalidades, el ejercicio de oficio y a petición de parte.<sup>10</sup> Actualmente se asume que el tipo de control que se realiza en sistemas difusos, además de ser incidental, debe ser de oficio. Esta es la comprensión bajo la cual fue diseñado el control de convencionalidad por la Corte IDH. Desde la mirada del tribunal interamericano, el sistema de control de convencionalidad, que se configura en el ámbito interamericano a partir del desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad, es difuso porque todos los órganos jurisdiccionales

---

<sup>10</sup> Como ejemplo de la posible disociación conceptual referida, en el marco de una intensa discusión propia del derecho argentino, a propósito de si es posible inaplicar leyes en el marco del juicio de amparo, se asumió durante mucho tiempo que para que ese control incidental proceda, era necesario que la inconstitucionalidad sea alegada por la parte quejosa (Sagüés, 1995, p. 256). Durante mucho tiempo prevaleció al respecto la tesis negativa; sin embargo, en la actualidad y, sobre todo a partir de los desarrollos del control de convencionalidad, se acepta que el control de constitucionalidad incidental se debe realizar de oficio (Amaya, 2015, p. 260).

de los Estados miembros del sistema deben invalidar leyes contrarias al *corpus iuris* interamericano (Hitters, 2015, p. 124). De esta forma, si consideramos que el control de convencionalidad es ejercido no sólo por la Corte IDH, sino también por todos los órganos jurisdiccionales de cada Estado miembro del sistema, el desarrollo de la doctrina del control de convencionalidad ha permitido la configuración de una suerte de sistema interamericano difuso de control de convencionalidad, o bien, el desarrollo de la vertiente difusa del sistema interamericano de control de convencionalidad.

Este control de convencionalidad, en el marco de un sistema difuso, se debe realizar tanto de modo directo como de forma incidental, es decir, en el marco de procesos que tengan por objeto el análisis de la ley en cuestión; como así también en el marco de procesos cuyo objeto no sea el análisis de convencionalidad de dicha ley, pero la ley sea aplicada en ese proceso y siempre, claro, de manera oficiosa (Ferrer Mac-Gregor, 2011b, p. 940).

En general, se puede afirmar que en la actualidad el término “difuso” califica un sistema de control en el que sus órganos jurisdiccionales, todos ellos, aunque no sean competentes para conocer de procesos que tengan por objeto el estudio de constitucionalidad de la ley, deban llevar a cabo ese control; o bien, contando con tal atribución, la cuestión no sea alegada. Así, el control en estos sistemas es incidental y *ex officio*. Las exigencias de control se extienden a los procesos ordinarios, en principio no predispuestos al control constitucional, como también a los procesos constitucionales en los cuales se atacan o controvierten actos diferentes a leyes que resultan inconstitucionales por fundarse en leyes que adolezcan de tal vicio, pero que no son atacadas de forma directa tal como puede ocurrir en el caso del juicio de amparo en algunas de sus variantes.

De esta forma, en el primer supuesto, el deber de control incidental de constitucionalidad y convencionalidad se extiende a todos los órganos jurisdiccionales, cuenten o no con facultades de control constitucional. En el caso de México, asumir este cambio estructural implicó extenderlo a los jueces locales, quienes tradicionalmente fueron excluidos de las tareas de control. En el segundo supuesto, significa extender los alcances del control de constitucionalidad y convencionalidad de los procesos constitucionales a objetos no controvertidos de modo directo. Por esta doble vía el sistema de control se fortalece, implicando a más sujetos en la tarea de control y ampliando el espectro tuitivo de procesos como el amparo para controlar más objetos normativos. Las aclaraciones conceptuales efectuadas y la

identificación de las actividades de control que admite el juicio de amparo ofrecen un marco diferente para el nuevo estudio que llevó a cabo la SCJN.

La contradicción de criterios se suscitó entre diversos tribunales del Poder Judicial federal, los cuales generaron decisiones divergentes respecto a si —de acuerdo con los cambios en el sistema de control constitucional— los tribunales del Poder Judicial federal pueden realizar control de convencionalidad *ex officio* de todas las normas de las que conocen, incluidas las aplicadas en los actos reclamados, o si sólo pueden ejercerlo respecto a las leyes procesales que son competentes para aplicar (CT 351/2014, párr. 107).

De forma previa al estudio específico del problema jurídico planteado, la SCJN estudiará las cuestiones conceptuales que se han apuntado, aunque persistirán algunas confusiones. Comienza por reconocer que es habitual encontrarse con afirmaciones tales como que los tribunales federales deben realizar un *control difuso* de constitucionalidad, en el marco de los juicios de amparo en los casos en los cuales la norma no haya sido objeto de ataque en los conceptos de violación y no opere la suplencia de la queja, y donde, a juicio del tribunal, la norma sea contraria a los derechos humanos de fuente constitucional y convencional. Así, sostiene: “es decir, se afirma que el poder judicial de la Federación, órgano de control concentrado, puede y debe hacer control difuso en el juicio de amparo” (CT 351/2014, párr. 111).

La SCJN parece advertir el uso incorrecto del término “difuso”; sin embargo, persiste la confusión conceptual respecto a los sistemas o modelos que pueden ser calificados como “concentrados”. El Poder Judicial federal no es un órgano, sino un poder, compuesto por una multiplicidad de órganos y, por tal razón, según ya hemos explicado, no puede manifestar una vertiente de control concentrado en lo que al juicio de amparo se refiere.

El alto tribunal comprende que afirmar que el Poder Judicial federal deba hacer control difuso es poco clarificador (CT 351/2014, párr. 112). Sobre esta cuestión, la SCJN acierta y no repetirá las confusiones que se presentaron al resolver el ADR 1046/2012. De hecho, descartará interpretaciones anteriores que confundían el control *ex officio* con un control difuso (CT 351/2014, párr. 137, nota 29).

La siguiente aclaración conceptual tendrá que ver con las vías para provocar el control, y afirma con razón que el control se puede realizar por vía de acción directa o principal, supuesto que se verifica cuando la norma es el objeto atacado; y por vía indirecta o incidental, que opera cuando la norma no es el acto impugnado, sino que fue aplicada para generar el acto impugn-

nado (CT 351/2014, párr. 115). En esto, la SCJN lleva razón, como también la lleva al distinguir entre las formas de activar el control, entre las que es posible identificar el control a petición de parte y control *ex officio* (CT 351/2014, párr. 116).

Sin embargo, la total claridad conceptual de la SCJN es aparente, pues al concluir las aclaraciones terminológicas, y a modo de cierre de la cuestión, sostendrá: 1) que los órganos del Poder Judicial federal son órganos de control concentrado; 2) que todos ellos llevan adelante un control por vía de acción de manera directa o principal, y 3) que este control se puede realizar de dos maneras: en respuesta a un concepto de violación o en suplencia de la queja y de oficio (CT 351/2014, párr. 121). De todas formas, y a diferencia de lo sucedido en el caso anterior, estas confusiones no resultarán relevantes, en buena medida, por los alcances que ahora la SCJN le dará al fundamento del control de constitucionalidad *ex officio*.

La SCJN focalizará el punto de contradicción, e identificará que la cuestión a resolver no es si los tribunales tienen competencia para realizar control *ex officio* —que la tienen—; tampoco se debe discutir si ejercer el control es un deber —puesto que lo es—. Las diferencias tienen que ver con el alcance del deber de control, es decir, con respecto a qué leyes pueden ser objeto de control *ex officio* por los tribunales (CT 351/2014, párr. 123 y 162), y de manera más específica, la cuestión se orienta a dilucidar si ese control se puede extender a las normas sustantivas y adjetivas que hubieran sido aplicadas en el juicio de origen.

El estudio se organizará de la siguiente manera. Primero, procederá a reconstruir la doctrina del control de constitucionalidad *ex officio*; en segundo lugar, analizará la forma en la que esa doctrina debe compaginarse con el juicio de amparo; y, por último, responderá a las objeciones que en el amparo directo en revisión 1046/2012 sustentaron la negativa a extender el ámbito del control de constitucionalidad *ex officio* a las leyes aplicadas en el juicio natural.

## ***B. Una nueva comprensión acerca del fundamento del control de constitucionalidad ex officio***

La SCJN confecciona una narración retrospectiva acerca de la evolución del control de constitucionalidad oficioso en nuestro sistema y ofrece una interesante explicación acerca del fundamento de dicho control. Primero, pondrá en el centro de la discusión al artículo 1o. constitucional, especialmente

las obligaciones que establece en cabeza de todas las autoridades del Estado, a saber, las de prevenir violaciones a los derechos humanos (CT 351/2014, párr. 164).

A continuación, propone el sentido que esa obligación debe tener para los órganos jurisdiccionales y las formas mediante las cuales cumplen con ella. Desde ya, lo hacen absteniéndose de aplicar normas inconstitucionales; pero, además, absteniéndose de tomar cualquier decisión que implique convalidar una violación a un derecho humano (CT 351/2014, párr. 170), lo que sucedería si se convalidara una decisión fundada en normas inconstitucionales por no haberse alegado la invalidez. La concreción de la obligación de evitar violaciones a los derechos humanos en el ejercicio de su competencia implica que cuando los tribunales advierten, en el juicio de amparo, que en el acto reclamado se aplicaron normas inconstitucionales, deben evitar ordenar a la autoridad aplicar dicha norma y así convalidar la aplicación de una norma inconstitucional (CT 351/2014, párr. 172). Aun reconociendo la naturaleza procesal extraordinaria del juicio de amparo, cuyo desenvolvimiento no implica de ninguna manera la reasunción de jurisdicción de las autoridades ordinarias, no sería admisible que por esas características se debiera convalidar la aplicación de normas inconstitucionales. El deber de llevar a cabo el control de constitucionalidad *ex officio*, respecto a las leyes aplicadas en el juicio de origen no impugnadas en los conceptos de violación, no se justifica en regulaciones procesales o en un supuesto e indebido ejercicio de reasunción de jurisdicción, sino en la obligación del artículo 1o. constitucional, a la cual deben ajustarse todas las instituciones y prácticas estatales, así como en la obligación que de allí se deriva de adaptar dichas instituciones y prácticas a las nuevas exigencias en materia de derechos humanos.

### *C. Nuevos alcances de la obligación de efectuar control de constitucionalidad incidental y ex officio en el amparo*

En el amparo directo en revisión 1046/2012, la SCJN determinó que los tribunales no tenían competencia para ejercer control de convencionalidad sobre las leyes aplicadas en el acto reclamado. Sin embargo, ahora la SCJN entiende que esa determinación se había basado en una comprensión equivocada de la competencia de los tribunales. Antes, se había considerado que como en el amparo no hay una reasunción de jurisdicción, los tribunales no pueden aplicar las normas sustantivas y procesales que rigen el acto

reclamado. Sin embargo, este análisis está efectivamente algo desenfocado, pues los tribunales colegiados no tienen competencia para aplicar dichas leyes. Si la cuestión se reduce a eso, entonces la respuesta no podría ser otra que una negativa. Sin embargo, a la luz de las nuevas exigencias en materia de control de constitucionalidad, los jueces tienen el deber de controlar la constitucionalidad de dichas normas, pues sólo así pueden evitar ordenar a la autoridad responsable la aplicación de normas contrarias a los derechos humanos, lo que resultaría contrario al artículo 1o. constitucional (CT 351/2014, párr. 194).

#### **D. Respuesta a las objeciones que justificaron la negativa anterior**

La negativa a extender el control *ex officio* se había justificado también en la defensa de otros principios e instituciones procesales relevantes. La SCJN sostuvo, en aquella primera decisión, que abrir dicha posibilidad generaría inseguridad jurídica e implicaría el desconocimiento de instituciones como la preclusión y la cosa juzgada.

Sobre la preclusión y la cosa juzgada la SCJN sostendrá que no se ven afectadas por el ejercicio del control *ex officio*. En cuanto a la preclusión, ella tiene que ver con las obligaciones de las partes, no con las del juzgador. Y en relación con la cosa juzgada, no opera, en la medida en la que el acto de aplicación está *sub judice* (CT 351/2014, párr. 235 y 243). Por lo tanto, no ve en estas instituciones ningún obstáculo insoslayable.

La cuestión de la seguridad jurídica amerita más argumentos. Si se la entiende como previsibilidad, no es un principio absoluto, y puede ser derrotado cuando entra en conflicto con otros valores o principios como los derechos humanos (CT 351/2012, párr. 211). La previsibilidad que realmente importa es que los derechos humanos conserven su carácter prevalente como fundamento del orden jurídico. En otras palabras, que la seguridad con la que debemos contar es la que garantiza siempre la prevalencia de los derechos. Si el control constitucional debiera limitarse porque su ejercicio afectara la seguridad jurídica, tal vez deberíamos concluir que tal actividad no podría desplegarse nunca o casi nunca. El control se aplica respecto a normas vigentes, que se consideran aplicables hasta el momento en el que un órgano jurisdiccional decida su inaplicación o su declaración de invalidez. Es decir, en todo caso en el que el control se ejerce existe la expectativa en una de las partes de que esa norma será aplicada. El control de constitucionalidad se funda en una idea según la cual estamos dispuestos a asumir



lo que algunos podrían considerar cierto grado de imprevisibilidad, generado por ejemplo por decidir algo que contradice lo que la ley establece y que se justificaría para favorecer otros fines que consideramos más valiosos en el marco del sistema jurídico —como, por ejemplo, la protección de los derechos, por cuanto en esos derechos se encuentra el máximo criterio de validez que debe ser honrado—. Además, esa imprevisibilidad aparente se puede reducir a una mínima expresión mediante la aplicación de precedentes consistentes. Por último, estas objeciones bien podrían sostenerse también para el caso del control de constitucionalidad ejercido a solicitud de parte, por lo que no tendría sentido impedir la adecuación de las formas procesales del juicio de amparo para dar cabida al control *ex officio*.

Sin embargo, la SCJN reconoce una diferencia entre uno y otro supuesto. En el caso del control ejercido a petición de parte, la contraparte podrá alegar lo que a su derecho convenga; en cambio, en el caso del control oficioso, no. Por ello, la SCJN realizará un leve ajuste mediante la introducción de una regulación para el ejercicio del control *ex officio*, y que, en cierta medida, materializa el principio de contradicción en el proceso. Esta medida consistirá en el deber de los tribunales que realicen control *ex officio* de publicar el proyecto de resolución con el estudio de constitucionalidad, para que la contraparte, en un plazo de 3 días, pueda expresar lo que a su derecho convenga (CT 351/2014, párr. 229).

Con estos argumentos, la SCJN modificó su determinación anterior y estableció que los órganos del Poder Judicial de la federación, tanto en amparo directo como indirecto, deben realizar control de regularidad constitucional *ex officio*, no sólo respecto a las disposiciones procesales que regulan el juicio de amparo, sino sobre las normas procesales y sustantivas aplicadas en el acto reclamado (Tesis: P/J.2/2022 (11a.), 2022).

#### IV. CONCLUSIONES

La reforma constitucional de derechos humanos, la resolución Varios 912/2010 y otras decisiones de la SCJN representaron pasos fundamentales para reconfigurar el sistema mexicano de justicia constitucional.

Las transformaciones del sistema implicaron cambios en el parámetro de control y en el elenco de sujetos encargados del control constitucional y convencional *ex officio*. Pero además, ha sido necesario generar cambios en los procesos y procedimientos establecidos para el ejercicio del control, de modo que sean más eficaces para la protección de los derechos humanos.

La sentencia analizada refiere al proceso de adaptación experimentado por el juicio de amparo para incluir más objetos controlables en su ámbito de control. Este proceso adaptativo, como en general el proceso de adaptación del sistema en su conjunto, no ha estado exento de dificultades, contradicciones y retrocesos. La decisión tomada en el amparo directo en revisión 1046/2012 es muestra de uno de esos momentos de contracción apuntados. Al determinar que los tribunales colegiados sólo pueden ejercer control respecto a las leyes aplicadas en el juicio de origen cuando estas sean atacadas en los conceptos de violación, la SCJN limitó el desenvolvimiento del control de constitucionalidad y convencionalidad incidental y *ex officio*.

La decisión adoptada en la contradicción de tesis 351/2014 expresa lo contrario. Es un momento de corrección, de cambio de rumbo en un sentido positivo, por cuanto permite expandir los márgenes del juicio de amparo y el ejercicio del control constitucional *ex officio* en su interior respecto a las leyes aplicadas en el juicio de origen.

En cierta medida, el cambio de rumbo se debió, por un lado, a una nueva y correcta comprensión conceptual respecto a las formas de control que se despliegan en el juicio de amparo, que no sólo habilita formas de control directo, sino también incidental. En segundo término, a la necesidad de adecuar las formas adjetivas a las nuevas exigencias sustantivas planteadas desde los derechos humanos y a los cambios sistémicos por ellos motivados. La decisión tomada por la SCJN ha permitido adaptar el juicio de amparo para permitir el desenvolvimiento del control de constitucionalidad y convencionalidad *ex officio* e incidental y, de ese modo, incrementar su eficacia para la protección de los derechos humanos.

## V. REFERENCIAS

- Acuña, J. M. (2020). El parámetro de regularidad constitucional y la Ley Suprema de la Unión. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (42), 73-101. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2020.42.14337>
- Amaya, J. A. (2015). *Control de constitucionalidad* (2a. ed.). Astrea.
- Becerra Ramírez, J. de J. (2020). El constitucionalismo del *ius commune* a través de los derechos humanos: los avances y resistencias en el ámbito mexicano. *Revista de Investigações Constitucionais*, 7(1), 87-105. <https://doi.org/10.5380/rinc.v7i1.64878>

- Bidart Campos, G. J. (1987). *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Ediar.
- Caballero Ochoa, J. L. (2011). La cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* (artículo 1o, segundo párrafo, de la Constitución). En M. Carbonell y P. Salazar (Eds.), *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma* (pp. 103-133). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cappelletti, M. (1970). Judicial review in comparative perspective. *California Law Review*, 58(5), 1017-1053.
- Cappelletti, M. (2007). *Obras: La justicia constitucional y dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*. Porrúa.
- Comanducci, P. (2007). *Constitución y teoría del derecho*. Fontamara.
- Cossío Díaz, J. R. (2013). *Sistemas y modelos de control constitucional en México* (2a. ed.). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Cruz Parceró, J. A. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*. Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro.
- Dulitzky, A. E. (2015). An Inter-American Constitutional Court? The invention of conventionality control by inter American Court of Human Rights. *Texas International Law Journal*, 50(1), 45-93.
- Favoreau, L. (1994). *Los tribunales constitucionales*. Ariel.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011a). Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad a la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 44(131), 917-967. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2011.131.4706>
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2011b). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios Constitucionales*, 9(2), 531-622. <http://www.estudiosconstitucionales.cl/index.php/econstitucionales/article/view/151>
- Ferreres Comellas, V. (2011). *Una defensa del modelo europeo de control de constitucionalidad*. Marcial Pons.
- González Domínguez, P. (2018). La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el derecho nacional. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (38), 199-226. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2018.38.11880>

- Guastini, R. (2003). La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. En M. Carbonell (Coord.), *Neoconstitucionalismo(s)* (pp. 49-74). Trotta.
- Guastini, R. (2014). *Otras distinciones*. Universidad Externado de Colombia.
- Gudiño Pelayo, J. (2007). Lo confuso del control difuso de la constitución; Propuesta de interpretación del artículo 133 constitucional. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Zaldívar Lelo de Larrea (Coords.), *Procesos constitucionales. Memorias del I Congreso Mexicano de Derecho Procesal Constitucional* (pp. 443-470). Porrúa; Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Herrera García, A. (2017). El control difuso de regularidad de las leyes en el juicio de amparo directo. En E. Ferrer Mac-Gregor y A. Herrera García (Coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro* (pp. 299-316). Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Herrera Pérez, A. (2016). El control de convencionalidad en materia de derechos humanos y la regularidad constitucional. Comentarios a la jurisprudencia 20/2014, de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (35), 277-288. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2016.35.10498>
- Hitters, J, C. (2015). Control de convencionalidad (Adelantos y retrocesos). *Estudios Constitucionales*, 13(1), 123-162. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82040068004>
- Huerta Ochoa, K. (2022). El control de constitucionalidad de la ley en México. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (47), 127-156. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2022.47.17525>
- Ortega García, R. (2015). El enfoque restrictivo de los derechos humanos. Comentarios a la Contradicción de tesis 293/2011. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (32), 265-291. <https://doi.org/10.1016/j.rmhc.2016.03.009>
- Pérez Tremps, P. (2005). La cuestión de inconstitucionalidad en el derecho español. *Estudios Constitucionales*, 3(1), 127-148. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82003108>
- Prieto Sanchís, L. (2013). *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*. Trotta.
- Sagüés, N. (1995). *Derecho procesal constitucional. Acción de amparo*. Astrea.

- Sagüés, N. (2002). *Derecho procesal constitucional. Recurso Extraordinario* (4a. ed.). Astrea.
- Sánchez Gil, R. A. (2004). El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la tesis P/J. 38/2002. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (11), 199-229. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2004.11.5713>
- Schmitt, C. (1998). *La defensa de la constitución*. Tecnos.
- Vázquez Sánchez, O. (2021). Las restricciones al control difuso y el paradigma constitucionalista en México: ¿Volver al pasado? *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (44), 325-359. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2021.44.16167>



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Acuña, Juan Manuel, “El control de regularidad constitucional en el juicio de amparo. Estudio crítico de la Contradicción de tesis 351/2014”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e17505. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17505>

### ***APA***

Acuña, J. M. (2024). El control de regularidad constitucional en el juicio de amparo. Estudio crítico de la Contradicción de tesis 351/2014. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e17505. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.17505>

## El derecho humano a la vivienda en la jurisprudencia de la Suprema Corte

### *Human right to housing in the jurisprudence of the Supreme Court<sup>1</sup>*

Luis Carlos Trejo González

 <https://orcid.org/0009-0004-8830-9906>

Universidad Panamericana. México  
Correo electrónico: 0135572@up.edu.mx

Publicación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19030>

**RESUMEN:** Este trabajo tiene por objeto analizar la sentencia del amparo directo en revisión 3516/2013, que contiene la interpretación que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre el contenido y alcances del derecho a la vivienda a la luz del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales, con el objeto de analizar la congruencia tanto con los tratados como con la Constitución.

**Palabras clave:** derechos humanos, derecho a la vivienda adecuada, habitabilidad, Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**ABSTRACT:** This work aims to analyze Supreme Court's ruling 3516/2013, which contains the interpretation made by this authority on the contents and reach of protection that the right to housing considering article 4 of Mexico's Constitution and international treaties, in order to analyze the congruence with both the treaties and the Constitution.

**Keywords:** human rights, right to adequate housing, habitability, Supreme Court of Justice of the Nation.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Exposición de la sentencia.* III. *Análisis de la sentencia.* IV. *Conclusiones.* V. *Referencias.*

---

<sup>1</sup> Este texto fue comentado y corregido con base en las discusiones que tuvieron lugar en el Seminario interno de doctorandos en Derecho de la Universidad Panamericana.

## I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconoce el derecho a la vivienda desde el 7 de febrero de 1983. En más de cuarenta años, este derecho apenas ha sido objeto de interpretación judicial. Desde la octava época y hasta el día de hoy sólo se han publicado seis criterios en el Semanario Judicial de la Federación en los que se trata el derecho a la vivienda. De forma indirecta, se ha tratado en asuntos sobre alimentos, de impuestos o que versan sobre quién es la autoridad responsable en asunto sobre la provisión de servicios.

Dentro de esos pronunciamientos, el más importante es el amparo directo en revisión 3516/2013, pues supone el *leading case* sobre esta materia, ya que ha sido la base de las consideraciones de los asuntos posteriores resueltos por el Poder Judicial de la Federación.<sup>2</sup> Pese a tener ya más de diez años, ese asunto no ha sido objeto de reflexiones académicas, lo que es síntoma del deterioro y descuido en el que se encuentra el derecho humano a la vivienda en México. Por ello, en el presente trabajo se abordará esa resolución.

Este análisis partirá de la exposición de la sentencia (apartado II), siguiendo con un análisis de ella tanto desde su congruencia, como desde los principios que deben informar todos los derechos humanos en términos del tercer párrafo del artículo 1o. constitucional (apartado III), de lo que se podrán extraer las conclusiones (apartado IV).

## II. EXPOSICIÓN DE LA SENTENCIA

Para poder analizar la decisión de la Suprema Corte es necesario hacer un recuento de los antecedentes del caso, de la sentencia en primera instancia,

---

<sup>2</sup> No es posible encontrar criterios nuevos que superen los que emanaron de esta sentencia, pero sí sentencias que retoman lo establecido en ella. Ejemplo de lo anterior, la Tesis CCV/2015, que tan sólo hace explícito lo dicho en la sentencia recaída al amparo directo en revisión 3516/2013 en relación con el acceso a servicios. Podemos encontrar un diálogo entre los Tribunales Colegiados de Circuito y las tesis que emanaron de la sentencia que nos ocupa. En la Tesis XVII.2o.C.T.11 C de 2019, en la que se toca el aspecto de la seguridad estructural; por otra parte, en la Tesis XXIV.1o.2 A de 2023 nos encontramos con un criterio que, por vía negativa, sigue confirmando lo establecido en la sentencia que ahora nos ocupa, al negar que el derecho a la vivienda también comprenda las superficies para satisfacer las necesidades económicas.

lo que permitirá comprender las consideraciones de la Primera Sala y qué fue lo que resolvió.<sup>3</sup>

## 1. *Antecedentes del caso*

En junio de 2006, el quejoso celebró un contrato de promesa de compraventa respecto de un departamento que contaría con dos habitaciones funcionales y distintas amenidades. Al cabo de un tiempo, el quejoso demandó judicialmente la nulidad absoluta del contrato toda vez que consideraba que existió un error en el objeto determinante de su voluntad, pues el departamento que finalmente fue construido contaba únicamente con una habitación funcional y un cuarto no contaba con ventilación ni luz natural. En abril de 2012, el juez que conoció del caso dictó sentencia en la que declaró la improcedencia de la acción ejercitada. El quejoso apeló esta decisión, pero fue confirmada en segunda instancia unos meses después.

Ante esta situación, el quejoso promovió un juicio de amparo contra dicha resolución. El tribunal colegiado de circuito que conoció el asunto concedió el amparo, dejó insubsistente la sentencia reclamada y ordenó que se dictara una nueva por vicios formales. La sentencia dictada en cumplimiento de ese amparo reiteró el mismo sentido.

Ante la nueva sentencia, el quejoso promovió un nuevo amparo, en el que sostuvo que las características de la vivienda eran contrarias al derecho reconocido en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>4</sup> y el 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.<sup>5</sup> Asimismo, argumentó que había una violación al artículo 1o. de la Constitución, lo que fue relevante en dos sentidos: primero, por la protección que se extiende por medio de los principios ahí plasmados,

---

<sup>3</sup> La sentencia será presentada con énfasis casi exclusivo en lo que al derecho humano a la vivienda refiere.

<sup>4</sup> “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.” (CPEUM, art. 4).

<sup>5</sup> “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.” (ONU, 1976, art. 11)



y segundo, por las implicaciones que tiene en relación con la implementación de políticas relativas a este derecho.

## *2. Sentencia de amparo en primera instancia*

El tribunal colegiado que concedió el amparo sostuvo, en esencia, que las viviendas de lujo no estaban protegidas por la Constitución. Argumentó que el párrafo séptimo del artículo 4o. constitucional tiene como finalidad la protección a la vivienda popular y, por esta razón, establece condiciones mínimas de habitabilidad y de asequibilidad restringidas a la misma. El tribunal basó este argumento en la exposición de motivos de la iniciativa de reforma que permitió adicionar este párrafo al texto constitucional.

En la iniciativa de reforma presentada por el Partido Popular Socialista encontramos que se hace referencia al problema de vivienda por el que atravesaban los trabajadores: “Este problema en particular, el de la vivienda popular, ha sido motivo de luchas concretas emprendidas por los trabajadores y otras amplias capas sociales. Las acciones del Poder Público frente a esa urgente necesidad del pueblo han carecido de continuidad” (Partido Popular Socialista, 1981). El objetivo de esa iniciativa era comprometer al Estado a que garantice la satisfacción de las necesidades mínimas elementales.

Hay que decir que el tribunal consideró que el Pacto de Derechos no protege a la vivienda de lujo. Dos elementos, según el tribunal, son la clave que le permiten concluir esto: asequibilidad y accesibilidad. Según el órgano jurisdiccional, la asequibilidad significa que su costo no suponga un impedimento (parcial o absoluto) para el disfrute de otros derechos y la accesibilidad que las necesidades específicas de grupos desfavorecidos y marginados no sean impedimento para poder acceder a ella, concluyendo que estos no refieren a la vivienda de lujo.

Inconforme con estos argumentos, el quejoso interpuso recurso de revisión, que resultaba procedente al haberse interpretado directamente un precepto constitucional.

## *3. Análisis de la Primera Sala sobre el derecho humano a la vivienda a partir de los tratados internacionales*

Al resolver el asunto, la Primera Sala planteó preguntas que le sirvieron para aclarar el contenido del derecho a la vivienda y relacionarlo con los tratados internacionales. La primera, si el derecho plasmado en la Constitución debe

estar acotado por su origen; la segunda, si este derecho sólo protege a quienes carecen de una vivienda; la tercera, sobre el objetivo del legislador, si el derecho a la vivienda se satisface una vez que se cuenta con un lugar para vivir, independientemente de sus características, o si más bien se pretendía establecer un derecho mínimo. Estas tres preguntas permiten identificar el tipo de derecho, el destinatario y el modo en el que se harán patentes sus efectos. Adicionalmente, dejan en claro quiénes participarán como sujetos obligados a su respeto y cuál es el papel del Estado en relación con este derecho.

Para la Primera Sala (amparo directo en revisión 3516/2013, 33 p.), si bien el origen es la coyuntura por la que atravesaban los trabajadores, el legislador lo recoge como derecho humano, inescindible de la dignidad humana, siendo un derecho habilitador. Podemos colegir que esta respuesta contiene también, de manera tácita, la respuesta a la segunda pregunta, en tanto que no está limitado al origen y es inescindible de la dignidad humana. En cuanto a los tratados internacionales, remite a los artículos 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos,<sup>6</sup> y al 11, primer párrafo, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en los que se habla directamente del derecho a la vivienda. Sin embargo, la aclaración del contenido del derecho humano a la vivienda se da gracias a lo que recoge de la discusión que se da en el ámbito internacional sobre este derecho.

A pesar de que la Primera Sala cita otros documentos, sus conclusiones se basan primordialmente en la Observación General núm. 4, la Estrategia Mundial de Vivienda hasta el año 2000, el Folleto Informativo 21 del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, los Lineamientos de Aspecto Práctico, y los Principios de Higiene de la Vivienda, emitidos por la Organización Mundial de la Salud.

De la Observación General núm. 4 concluye la Primera Sala que no se debe interpretar en sentido restrictivo, pues hay ciertos aspectos de este derecho que son independientes del contexto para que pueda ser considerada una vivienda adecuada. En la Observación General núm. 4 (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1991), párrafo 8, podemos encontrar que estos aspectos son Seguridad jurídica de la tenencia; disponibilidad

---

<sup>6</sup> “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad” (ONU, 1948).

de servicios, materiales, facilidades e infraestructura; gastos soportables; habitabilidad; asequibilidad; lugar, y; adecuación cultural.

Al retomar la estrategia hasta el año 2000, interpreta que no basta la condición nominal de contar con una vivienda, pues no basta con tener un techo sobre nosotros, sino que hay ciertas características que este debe tener.<sup>7</sup> Del Folleto Informativo 21 (Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, 2009) destaca las tres obligaciones de los Estados: respetar, proteger y realizar.

Sobre los Lineamientos de Aspecto Práctico respecto del Derecho Humano a la Vivienda del Comité de Asentamientos Humanos, la Sala reitera lo que podemos encontrar en los documentos antes mencionados: la vivienda debe contar con ciertas características que le permitan brindar privacidad, seguridad, espacio, iluminación, ventilación, infraestructura y ubicación adecuados. Finalmente hay que recalcar lo recogido acerca de los principios de higiene. La vivienda adecuada lo es en tanto que sus condiciones permitan que otros derechos no sean cegados, de manera precisa la Organización Mundial de la Salud se refiere a que la infraestructura atenúe la posibilidad de transmisión de enfermedades. Con todos estos elementos la Sala nos entrega tres conclusiones, mismas que a continuación exponemos.

#### *4. Conclusiones y decisión de la Primera Sala*

Derivado del análisis que hemos presentado, la Primera Sala arriba a tres conclusiones que a continuación enunciamos. La primera es que el derecho a la vivienda adecuada está reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y que los órganos competentes para la interpretación de estos han emitido lineamientos que permiten dotarlo de contenido. La segunda, que el derecho a la vivienda adecuada protege a todas las personas

---

<sup>7</sup> En una conferencia del Programa Hábitat sobre Asentamientos Humanos (1996), sostenida en Estambul, se elabora sobre los elementos que recoge la Primera Sala: “Significa también disponer de un lugar privado, espacio suficiente, accesibilidad física, seguridad adecuada, seguridad de tenencia, estabilidad y durabilidad estructurales, iluminación, calefacción y ventilación suficientes, una infraestructura básica adecuada que incluya servicios de abastecimiento de agua, saneamiento y eliminación de desechos, factores apropiados de calidad del medio ambiente y relacionados con la salud, y un emplazamiento adecuado y con acceso al trabajo y a los servicios básicos, todo ello a un costo razonable. La idoneidad de todos esos factores debe determinarse junto con las personas interesadas, teniendo en cuenta las perspectivas de desarrollo gradual”.

por ser inherente a su dignidad. Como tercera conclusión que, lo dispuesto en el artículo 4o. de la Constitución es un derecho mínimo, que debe ser observado cumpliendo con los requisitos elementales para que pueda ser considerada como tal. Como podemos observar, estas conclusiones no están limitadas por la litis del asunto, sino que son generales sobre el contenido del derecho a la vivienda.

Es a partir de estas conclusiones, de acuerdo con el razonamiento de la Primera Sala, que se concedió el amparo y se resolvió revocar la sentencia recurrida. Sin embargo, encontramos dos problemas con las conclusiones de la Primera Sala en función de su capacidad para sostener la resolución. El primero de estos problemas lo trataremos desde la perspectiva de la validez interna de la resolución, analizando si los elementos considerados por la Primera Sala se relacionan de manera armónica y permiten arribar a la resolución. El segundo, será analizando la validez externa de las conclusiones, analizando si las acciones del Estado que sean consistentes con estas conclusiones respetan los elementos considerados por la Primera Sala. En relación con el segundo análisis que se ofrece, debemos aclarar que su pertinencia estriba esencialmente en los elementos considerados por la Primera Sala en su primera conclusión.

### III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA

Una vez expuesto tanto el problema como la respuesta que dio la Primera Sala, corresponde analizar la sentencia, desde dos perspectivas. En primer lugar, la congruencia de la sentencia. En segundo lugar, valorando el fondo a la luz de la Constitución.

#### 1. *Congruencia de la sentencia*

Como se vio, la Primera Sala afirma que debe derivarse el contenido del derecho a la vivienda de los documentos que los organismos autorizados para la interpretación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y del Pacto de Derechos Económicos, Políticos, Sociales y Culturales han emitido. Por ello, a partir la Observación núm. 4 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1991, la Corte señala que las características de una vivienda adecuada se configuran por la seguridad jurídica de la tenencia, la disponibilidad de servicios, los materiales, la infraestructura, los gastos

soportables, la habitabilidad, la asequibilidad, el lugar y la adecuación cultural. Estos elementos deben entenderse bajo una interpretación no restrictiva.

Sin embargo, la misma sentencia, con posterioridad, y sin un argumento que lo justifique, llega a afirmar que el contenido del derecho se traduce en la habitabilidad, con lo cual reduce arbitrariamente los elementos que integran el derecho a la vivienda. Hay una falta de congruencia interna en la sentencia.

Esta incongruencia tiene como consecuencia que la sentencia no sea conforme a los tratados internacionales. En efecto, el Estado mexicano tiene tres obligaciones: respetar, proteger y realizar el derecho a la vivienda. Una primera forma de cumplir con esas es respetando las características determinadas en sede internacional, lo que no hizo la Primera Sala al reducirlas.

Esta reducción tiene consecuencias en cuanto al nivel del disfrute del derecho humano, pues permite que existan viviendas que no cumplen con las características señaladas por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y por la primera parte de la sentencia de la Sala. Como ejemplo de ello podemos señalar que el 73% de las viviendas construidas en 2017 se construyeron lejos de las fuentes de empleo. Tan sólo en la Ciudad de México, más del 20% de la población requiere al menos una hora para poder trasladarse a su lugar de trabajo (Secretaría de Economía, s.f.). En un país como México, que la vivienda sea construida cerca de las fuentes de empleo es de vital importancia. Por eso, llama la atención que esta característica, que sí recogen los documentos que la Primera Sala cita, hayan sido excluidos.

## *2. Análisis de las consideraciones de la Primera Sala a la luz de los principios del artículo 1o. constitucional*

Recordemos que el quejoso argumentó una violación de su derecho a la vivienda a la luz de los principios del tercer párrafo del artículo 1o. de la Constitución.<sup>8</sup> Por ello, considerando el sentido de la sentencia, fácilmente podría concluirse que la Primera Sala protegió y garantizó este derecho de acuerdo

---

<sup>8</sup> Dispone dicho párrafo “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”. Para una exposición sucinta del sentido de estos cuatro principios, véase Vázquez y Serrano (2011).

con dichos principios, especialmente el de universalidad. También podríamos decir que la sentencia logró, hasta cierto punto, al dotar de un contenido específico al derecho en cuestión.

Sin embargo, somos de la opinión que la Primera Sala no terminó de configurar el contenido del derecho a la vivienda,<sup>9</sup> no sólo por los elementos omitidos, sino porque fue omisa en hacer un análisis del derecho a la vivienda a la luz de los principios de interdependencia y progresividad que rigen a todos los derechos humanos en términos del artículo 1o. constitucional, sobre lo que queremos ofrecer unas consideraciones.

Un primer punto es en relación con la interdependencia. Las valoraciones de la Primera Sala navegaron en la frontera de la relación que guarda el derecho humano a la vivienda con otros derechos en un sentido causal. La valoración ofrecida por el alto tribunal del país fue en función de la posibilidad del derecho humano a la vivienda de ser habilitadora de otros derechos, por ejemplo, que la vivienda adecuada como medio de protección contra enfermedades. Esto, sin embargo, no agota el principio de interdependencia, pues, si bien los derechos humanos pueden llegar a precisar de una prelación en la programática de alguna autoridad en función de cierta relación causal que exista entre ellos, en un sentido natural-físico, esto es, que un derecho sea habilitador de ciertos derechos y otro no lo sea, y que, por ende, reporte un mayor beneficio haciendo que un determinado actuar sea más eficiente que otro, no se les está considerando como conjunto indivisible.

Un segundo punto versa sobre la progresividad. La decisión de la Primera Sala tiene como punto de partida la idea misma de mínimo, pero como cota inferior de una sucesión de actuaciones encaminadas incrementalmente a crear y establecer mejores condiciones para todos. Sin lugar a duda, la idea de un mínimo es necesaria, pues aclara el contenido al ofrecer un camino claro para la actuación de cualquier autoridad. El mínimo sirve para establecer límites claros sobre características, condiciones y circunstancias para que se dé, de manera real y efectiva, un derecho humano. Sin embargo, nos invita también a preguntarnos cómo este mínimo ha de relacionarse con los cambios que experimenta la sociedad.

En el contexto actual podemos pensar, por ejemplo, que la ubicación se convierta en un factor no indispensable en toda vivienda en función de la

---

<sup>9</sup> Insistimos en la inconsistencia entre la argumentación ofrecida por la Primera Sala y la interpretación vertida en una de las tesis, pues en ambas refiere a la Observación General núm. 4, en la que podemos encontrar que todas las características son puestas en un mismo nivel (Tesis: 1a CXLVIII/2014 (10a.), p. 801).

distancia que guarde de las fuentes de empleo, dada la posibilidad que existe de desempeñar labores de manera remota. O bien, que por contar con una infraestructura propicia para la recolección de agua y procesamiento de desperdicios (por ejemplo, biodigestores u otras innovaciones), no hagan necesario que la vivienda esté conectada a los servicios de agua potable y saneamiento.

Se puede argüir, en este mismo hipotético, que la característica de la ubicación conservaría su lugar obligatoriamente en tanto que sigue siendo preciso que se cuente con acceso a las redes de telecomunicaciones. Sin embargo, estas suposiciones permiten evidenciar cómo estas características pueden variar en el tiempo.

Esta objeción nos permite someter a juicio si la consideración del mínimo indispensable debe estar siempre en una ruta incremental o bien, de qué manera hay que prescribir el mínimo. Actualmente alguien que no cuente con acceso a la infraestructura de telecomunicaciones podría convertirse en un analfabeto digital, lo que llevaría en mayor o menor medida, a estar escindido de su contexto histórico y social.

Con los ejemplos planteados, podemos ver que el hecho mismo de establecer un mínimo positivo podría no ser pertinente para todo derecho humano o al menos nos deja con la siguiente disyuntiva: ¿se deben actualizar constantemente estos catálogos de características mínimas o debemos de plantear los mínimos en términos negativos? A manera de ejemplo, la segunda opción podría verse de la siguiente manera: una vivienda no cumpliría con las obligaciones del derecho humano si no facilita el acceso a la infraestructura socialmente necesaria, si no permite evitar el hacinamiento, si no permite la entrada de luz y ventilación, etcétera.

#### IV. CONCLUSIONES

Analizar la argumentación de la Primera Sala permitió evidenciar que el derecho humano a la vivienda no se encuentra debidamente delineado por la jurisprudencia, pues la sentencia redujo arbitrariamente algunos de los elementos esenciales que configuran el contenido de este derecho de acuerdo con los documentos de organismos internacionales que cita la propia resolución.

Por otra parte, la sentencia se quedó corta al no hacer un análisis del derecho a la vivienda a la luz de los principios de interdependencia y de progresividad consagrados en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución,

pues no lo consideró parte de un conjunto indivisible, y no dio elementos para poder juzgar de qué forma debe prescribirse el contenido mínimo sobre el cual progresar.

Esta última omisión nos deja una pregunta que no solo se refiere al derecho a la vivienda, sino a todos los derechos, especialmente los sociales, y es la manera en que debe determinarse el mínimo, el cómo ha de relacionarse con los cambios que experimenta la sociedad, especialmente cuando no se requiera de lo que hoy puede considerarse parte del mínimo esencial.

## V. REFERENCIAS

- 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>
- Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1991). Observación General No. 4. [https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos\\_hum\\_base/cescr/00\\_1\\_obs\\_grales\\_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html](https://conf-dts1.unog.ch/1%20spa/tradutek/derechos_hum_base/cescr/00_1_obs_grales_cte%20dchos%20ec%20soc%20cult.html).
- Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos (2009). Folleto Informativo no. 21: El derecho a una vivienda adecuada. [https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21\\_rev\\_1\\_Housing\\_sp.pdf](https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf).
- Organización de las Naciones Unidas. Asamblea General (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>.
- Organización de las Naciones Unidas (1976, marzo 23). 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>
- Partido Popular Socialista (1981). Exposición de motivos, iniciativa de reforma al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativo.aspx?q=b/EcoMjefuFeB6DOaNoimNPZPsNLFqe0s7fey1Fqrie8LCCwglqq+NVQCIdtzlT2>.



- Programa Hábitat sobre Asentamientos Humanos (1996). Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos. <http://habitat.aq.upm.es/aghab/aproghab.html#B>.
- Secretaría de Economía (s.f.). Data México. <https://www.economia.gob.mx/datamexico/es/profile/geo/ciudad-de-mexico-cx>.
- Sentencia recaída al amparo directo en revisión 3516/2013. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo, 22 de enero de 2014.
- Tesis [A.]: XVII.2o.C.T.11 C (10a.) (2019). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, II, 1116.
- Tesis [A.]: XXIV.1o.2 A (11a.) (2023). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, IV, 3629.
- Tesis [A.]: 1a CXLVIII/2014 (10a.) (2014). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, I, 801.
- Tesis [A.]: 1a. CCV/2015 (10a.) (2015). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, I, 583.
- Vázquez, L. D. y Serrano, S. (2011). Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En M. Carbonell y P. Salazar (Coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos: Un nuevo paradigma*. Universidad Nacional Autónoma de México. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3033/7.pdf>



## Cómo citar

### **Sistema IIJ**

Trejo González, Luis Carlos, “El derecho humano a la vivienda en la jurisprudencia de la Suprema Corte”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19030. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.19030>

### **APA**

Trejo González, L. C. (2024). El derecho humano a la vivienda en la jurisprudencia de la Suprema Corte. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19030. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.19030>

## El secreto profesional de los abogados: un caso en la jurisprudencia mexicana

### *Lawyer's professional secrecy: A case in mexican jurisprudence*

Oscar Vázquez Cardozo

 <https://orcid.org/0009-0008-5526-6232>

Universidad Panamericana. México  
Correo electrónico: [info@vazquezcardozo.com](mailto:info@vazquezcardozo.com)

Publicación: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18555>

**RESUMEN:** El presente trabajo analiza dos sentencias que tienen por objeto estudiar las relaciones cliente-abogado y las obligaciones que tiene el último para guardar el secreto profesional en el desempeño de su gestión y privacidad de las comunicaciones entre ambos.

**Palabras clave:** derecho a una adecuada defensa, relación cliente-abogado, uso de información confidencial, secreto profesional.

**ABSTRACT:** This paper analyzes the study of a couple of sentences that study the lawyer-client relationship and the duties of the lawyer to protect the professional secrecy in the practice of law and the privacy of the communications between the two parties.

**Keyword:** right to an adequate defense, lawyer-client relationship, use of confidential information, professional secrecy.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Sentencia dictada en el Recurso de Queja Q.A. 41/2016.* III. *Sentencia que resolvió el Recurso de Revisión R.A. 88/2017.* IV. *Análisis de las decisiones sobre el secreto profesional de los abogados.* V. *Conclusiones.* VI. *Referencias.*

## I. INTRODUCCIÓN

Es indudable que toda persona tiene derecho a las garantías de debido proceso en caso de que requiera ejercer una acción, o bien, tener que contestar una demanda en su contra en cualquier proceso en el que se vea involucrado, tanto en el ámbito civil como en el mercantil.

Desde un punto de vista constitucional, los artículos 20, apartado B, fracción VIII; 14 constitucionales, así como el 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, han prescrito que

toda persona tiene derecho a una adecuada defensa por un abogado que le procure certeza jurídica y le proporcione una defensa ética, técnica y diligente en todo momento y esta adecuada defensa implica y comprende, el derecho al debido proceso como una plataforma que garantiza accionar y/o conocer la acción deducida en contra de éste, ofrecer, contradecir y desahogar pruebas en juicio.

Ahora bien, el presente trabajo pretende analizar, a través de las resoluciones que son motivo de estudio en el mismo, cuál es el alcance y consecuencias de la privacidad de las comunicaciones privadas y del secreto profesional como parte de una adecuada defensa de un abogado para con su cliente, y si tales derechos pueden ser oponibles ante una autoridad y/o ante otros particulares, si son vulnerados.

En términos de lo anterior, la estructura del presente trabajo será describir, estudiar y analizar, desde el enfoque de la dogmática jurídica, la figura del secreto profesional, el deber de confidencialidad y el derecho a la privacidad de las comunicaciones en las relaciones cliente-abogado, sus alcances y consecuencias conforme a nuestra Constitución y demás leyes secundarias.

## II. SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO DE QUEJA Q.A. 41/2016

La ejecutoria citada tuvo como objeto resolver el Recurso de Queja promovido por S.A.I. Consultores, Sociedad Civil (S.A.I.) contra el acuerdo dictado el 10 de junio de 2016 por la jueza primero de Distrito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, dentro del juicio de amparo 77/2016 por virtud del cual desechó la demanda de amparo promovida por S.A.I., resuelto por el

Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en Ciudad de México y con jurisdicción en toda la República, que integran los magistrados Patricio González-Loyola (presidente), Óscar Germán Cendejas Gleason y el licenciado Marco Antonio Pérez Meza, secretario en funciones de magistrado.<sup>1</sup>

En síntesis, la demanda de amparo pretendió reclamar la orden y ejecución de las visitas de verificación número COFECE-AI-2016-085 del 13 de mayo de 2016 por el cual la autoridad investigadora ordenó una visita de verificación en el domicilio de Proteína Animal, Sociedad Anónima de Capital Variable (PROAN) por su posible participación en la comisión de prácticas monopólicas absolutas en el mercado de producción, distribución y comercialización de huevo en territorio nacional. Durante el ejercicio de las diligencias, las autoridades correspondientes obtuvieron copia de las comunicaciones entre S.A.I. y PROAN. En dicha demanda de amparo el quejoso *adujo la extracción y reproducción de diversas comunicaciones privadas y confidenciales entre S.A.I. y PROAN.*

El juez de distrito desechó la demanda de amparo por considerar que los actos reclamados son actos intraprocesales y, por lo tanto, se actualizó la hipótesis de improcedencia señalada en el artículo 61, fracción XXIII, de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 238, párrafo vigésimo, fracción VII constitucional.

El Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones resolvió revocar el auto de desechamiento emitido por la jueza primero de Distrito por las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

- a) En cuanto a la procedencia del juicio de amparo resolvió que de una interpretación armónica de los artículos 28 y 107, fracción IV, constitucionales, se puede considerar que es procedente el amparo indirecto para combatir los actos aun cuando, un acto proveniente de un procedimiento seguido en forma de juicio por un órgano constitucional autónomo pueda tener una ejecución irreparable, con lo cual dejaría de catalogarse como un acto con efectos intraprocesales, respecto de los cuales está

---

<sup>1</sup> Recurso de Queja, 41/2016. Sentencia consultable el 12 de mayo de 2023 en: <https://www.dgej.cjf.gob.mx/siseinternet/Actuaria/VerAcuerdo.aspx?listaAcOrd=4&listaCatOrg=1304&listaNeun=19230622&listaAsulId=1&listaExped=41/2016&listaFAuto=10/11/2016&listaFPublicacion=08/12/2016>

proscrito el juicio, y por lo tanto, la demanda podría ser admisible, como en la especie, fueron los actos reclamados por el quejoso.

- b) En cuanto al fondo del asunto, el Tribunal Colegiado analizó que, si bien es cierto, de acuerdo con los objetivos y atribuciones con que cuentan las autoridades en materia de competencia para verificar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las leyes relativas, una de las facultades esenciales para atender sus funciones consisten en el acopio de información relacionada con las investigaciones a su cargo, ya sea ordenando y practicando visitas de verificación, en donde razonablemente existan elementos para la integración del expediente relativo, pudiendo requerir a cualquier persona informes y documentos que se estimen necesarios para el fin indicado.

Sin embargo, puede presentarse el problema que con motivo de una investigación, *al practicarse una visita de verificación a un gobernado, se obtenga —sin el consentimiento del abogado externo— información documental correspondiente a comunicaciones privadas con su cliente respecto de la materia de la consulta, que estime protegida por el privilegio de la secrecía o confidencialidad* y que no es legítima su extracción de manos de este último, sin que se vulneren garantías de legalidad, derecho a la privacidad de las comunicaciones, derecho al respeto del ejercicio profesional y del derecho de defensa, todos ellos asumidos como derechos fundamentales.

Así las cosas, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones,

consideró que la documentación que la autoridad obtuvo en la diligencia materia del amparo, por su contenido, por su finalidad y por el contexto de su elaboración, corresponde a una comunicación confidencial, que debe considerarse sujeta al privilegio de la secrecía entre abogado y cliente y cuya subtracción podría significar una violación

en perjuicio del derecho del quejoso a una adecuada defensa, de privacidad de las comunicaciones y de secreto profesional.

De ahí que, en el desarrollo de esta ejecutoria, el tribunal argumentó ampliamente en qué consisten estos derechos que toda persona tiene con relación a los abogados que lo representan, como derechos fundamentales que deben ser protegidos y salvaguardados por la Constitución.

### III. LA SENTENCIA QUE RESOLVIÓ EL RECURSO DE REVISIÓN R.A. 88/2017

La ejecutoria citada en el título fue resultado del procedimiento constitucional referido en los antecedentes del juicio señalado en el número II anterior, por lo que, en obvio de repeticiones, me remito a los mismos, resuelto por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones, con residencia en Ciudad de México y jurisdicción en toda la República, que integran los magistrados Humberto Suárez Camacho (presidente), Óscar Germán Cendejas Gleason, Patricio González-Loyola Pérez, por unanimidad. Fue ponente el tercero de los magistrados antes mencionados.<sup>2</sup>

La sentencia tuvo como objeto resolver el recurso de revisión promovido por S.A.I. contra la sentencia engrosada el 15 de mayo de 2017, por virtud del cual la jueza primero de Distrito en Materia Administrativa Especializada en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones sobreseyó el mismo por considerar que:

- a) Del cúmulo de documentales ofrecidas por la quejosa, no se acreditó la relación de prestación de servicios profesionales entre S.A.I. y PROAN.
- b) En la especie, del documento denominado reporte de auditoría, no se acreditó que existiera circunstancia de modo, tiempo y lugar, para demostrar un acuerdo de voluntades entre cliente y abogado que demostrara que el último era un asesor legal y que elaboró dicho documento por encargo de su cliente.
- c) S.A.I. promovió el amparo como tercero extraño a juicio y al no acreditar la existencia de servicios profesionales con PROAN, es por lo que no se actualizó la relación cliente abogado, y en qué modalidades prestó dicho servicio y al no hacerlo no acreditó la afectación a su interés jurídico.

Sobre el particular, la ejecutoria revocó la sentencia recurrida dictada por la jueza primero de Distrito en Materia Administrativa Especializada

---

<sup>2</sup> Recurso de Revisión, 2017. Sentencia consultable en: <https://www.dgej.cjf.gob.mx/siseinternet/Actuaria/VerAcuerdo.aspx?listaAcOrd=4&listaCatOrg=1304&listaNeun=21059974&listaAsuId=1&listaExped=88/2017&listaFAuto=21/12/2017&listaFPublicacion=06/02/2018>

en Competencia, Economía, Radiodifusión y Telecomunicaciones, por las siguientes razones:

El beneficio del privilegio profesional (secreto profesional en relación con las comunicaciones cliente-abogado) está sujeto a dos condiciones:

- a) El intercambio debe surgir o emanar de un abogado independiente, esto es de un abogado que no está vinculado con el cliente por una relación laboral.
- b) El intercambio de información debe conectarse con el derecho de defensa del cliente.

Para el Tribunal Colegiado, en el recurso sujeto a estudio, se colmaron las dos exigencias antes señaladas, toda vez que:

- a) S.A.I. es una sociedad y su objeto social está encausado, entre otras actividades, a prestar a las personas físicas o morales, asesoría en cuestiones económicas, legales, financieras, etcétera, tal como lo acreditó en juicio con su acta constitutiva.
- b) El reporte de auditoría expedido por S.A.I. a PROAN, deriva de esa asesoría legal.

#### **IV. ANÁLISIS DE LAS DECISIONES SOBRE EL SECRETO PROFESIONAL DE LOS ABOGADOS**

Como hemos podido ver en las sentencias referidas la litis constitucional se centró en la extracción y reproducción de diversas comunicaciones privadas consideradas como confidenciales entre S.A.I. y PROAN, ya que, a juicio del tribunal colegiado, las comunicaciones entre cliente-abogado están protegidas por el llamado beneficio del privilegio profesional, que no es otra cosa que el secreto profesional. Por lo tanto, la autoridad administrativa, al no contar con el consentimiento de las partes, debió haberse abstenido de extraer dichas comunicaciones y utilizar la información de las mismas, puesto que esto significó una violación al debido proceso y, en la especie, al derecho a una defensa adecuada, el derecho de privacidad de comunicaciones entre cliente y abogado y el derecho de la secrecía profesional. De lo que se sigue, no puede considerarse como prueba lícita en el procedimiento administrativo.

Esta litis nos lleva a analizar un par de aspectos constitucionales, que abordaremos a continuación, correspondientes al marco general de los derechos de toda persona en relación con un abogado que la represente, y cuál es su eficacia.

### **1. Los derechos de toda persona en relación con un abogado que la represente**

Los derechos de toda persona en relación con un abogado que la represente, de acuerdo con las ejecutorias señaladas, son los siguientes:

*El derecho a una adecuada defensa.* Este derecho, que se encuentra reconocido en el artículo 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución federal, tiene como objetivo principal el debido proceso y procurar certeza jurídica del imputado, derecho que implica una defensa técnica del cliente en todo momento, en el que impere el principio contradictorio. Este derecho también implica que el Estado tiene la obligación de garantizar y respetar estos principios de manera efectiva.

El derecho a la defensa adecuada implica y comprende el derecho al debido proceso, como una plataforma que garantiza conocer la acción deducida en contra de alguien, ofrecer, contradecir y desahogar pruebas, alegar en términos de igualdad procesal y obtener el fallo conforme a derecho, así lo establece el artículo 14 de la Constitución federal y el 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Este derecho también implica el derecho de acceder a un abogado diligente y técnico (Tesis: 1a. L./2017 (10a.), 2017).

*Un segundo derecho en cuestión es el de privacidad de comunicaciones.* Este derecho se encuentra reconocido en el artículo 16, párrafo décimo segundo, constitucional, y crea una barrera de protección frente a autoridades o terceros ajenos a las partes que vulneran este principio y su ámbito de protección comprende tanto el contenido como la identificación de las comunicaciones entre particulares, de tal manera que sólo serán admitidas en juicio aquellas pruebas aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El derecho de inviolabilidad de las comunicaciones privadas debe ser expandido a todas las formas existentes de comunicación, incluidas las que son producto de evolución tecnológica (Tesis: 1a. CCLIII/2015 (10a.), 2015).

*Y un tercer derecho,* que es el que nos interesa para efectos de este trabajo *es la secrecía profesional.* Para entender los alcances de este derecho se deben precisar los rasgos característicos de la noción de lo “privado”.



En diversas tesis, la Suprema Corte de Justicia de la Unión ha señalado que los rasgos característicos de lo privado son: lo que no constituye vida pública, el ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, lo que se desea compartir únicamente con aquéllos que el interesado elige.

La noción de privado va íntimamente relacionado al derecho a la vida privada (intimidad) y está reconocido y protegido en declaraciones y tratados de derechos humanos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>3</sup>

La protección a la vida privada implica que los individuos puedan expresar libremente su identidad, en lo individual o colectivo y comprende un amplio abanico de derechos entre ellos la inviolabilidad de la correspondencia (Comité de Derechos Humanos. Observación general No. 16. Artículo 17. 1988). En un sentido amplio, la protección constitucional de la vida privada reconoce la protección constitucional de derechos como la secrecía profesional o secreto profesional, el cual constituye la obligación legal que tienen ciertas profesiones de mantener en secreto la información que han recibido de sus clientes, como en la especie es el ejercicio de la profesión de abogado. “El Secreto Profesional es aquel principio moral y jurídico que constituye al abogado en la obligación y en el derecho ineludibles de no revelar ningún hecho ni dar a conocer ningún documento de los que hubiere tenido noticias por razón del ejercicio de su profesión”,<sup>4</sup> entonces, por secreto profesional se puede entender la obligación de confidencialidad impuesta por la necesidad de que exista una confianza infranqueable entre el profesionista y quienes acuden a solicitar sus servicios.

El secreto profesional de los abogados se funda en la necesidad de salvaguardar la confianza del cliente en el Abogado como única forma de hacer posible que éste disponga de la información necesaria para llevar a cabo su defensa con la eficacia que la Constitución —en el ámbito del proceso— considera nota característica del derecho a la tutela judicial.<sup>5</sup>

---

<sup>3</sup> Así lo reconoce la *Declaración Universal de Derechos Humanos* (1988), en su artículo 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 17.1; la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, en su artículo 11, la *Convención sobre los Derechos del Niño*, en su artículo 16 y el Comité de Derechos Humanos. *Observación general No. 16*. Artículo 17.

<sup>4</sup> Concepto de secreto profesional por Martínez Val, José María, “Abogacía y Abogados”, páginas 238 y 239, proporcionado por el Cuarto Congreso Nacional de Abogacía Española celebrado en León en 1970 y concepto y cita tomados del Libro “El Secreto Profesional del Abogado en el Proceso Civil” (Andino López, 2014, p. 98).

<sup>5</sup> El secreto profesional del abogado y ejercicio del derecho de defensa a la luz de la di-

Estas relaciones cliente abogado y el deber de guardar el secreto profesional, como en la especie es la materia civil y mercantil, se encuentran regulados en diversos ordenamientos legales secundarios (Código Federal de Procedimientos Civiles, [CFPC], art. 90; Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal [CPCDF], art. 288).

## 2. La eficacia de estos derechos

Analizados a grandes rasgos los derechos en cuestión deben responderse un par de preguntas: a) ¿cuándo se cumplen las condiciones necesarias para que la información otorgada por el cliente al profesionista se considere privilegiada y confidencial?, ¿puede ser oponible a una autoridad? y b) ¿en qué caso se cumple con la calidad de un asesor profesional jurídico independiente, respecto a la información que se puede considerar confidencial?

Respecto a qué información se puede considerar sensible, *grosso modo*, se puede decir que será toda información que contenga datos personales de alguien y toda la información que presente un cliente a su abogado que sea relevante en una controversia (Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública [LFTAIP], art. 113). Se considera información confidencial: I. La que contiene datos personales concernientes a una persona física identificada o identificable; II. Los secretos bancario, fiduciario, industrial, comercial, fiscal, bursátil y postal, cuya titularidad corresponda a particulares, sujetos de derecho internacional o a sujetos obligados cuando no involucren el ejercicio de recursos públicos, y III. Aquella que presenten los particulares a los sujetos obligados, siempre que tengan el derecho a ello, de conformidad con lo dispuesto por las leyes o los tratados internacionales. La información confidencial no estará sujeta a temporalidad alguna y sólo podrán tener acceso a ella los titulares de esta, sus representantes y los servidores públicos facultados para ello.

Para contestar la segunda pregunta, respecto a las relaciones cliente-abogado, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el 14 de septiembre del 2010 en el asunto *Akzo Nobel Chemicals Ltd. y Akros Chemicals Ltd. contra la Comisión Europea* abordó la confidencialidad de las comunicaciones de los abogados internos de una empresa. En la sentencia examinó lo que en términos anglosajones se denomina *Legal Privilege* (confidencia-

---

rectiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo, sentencia del Tribunal Superior del 17 de febrero de 1998, Cortés Bechiarelli, Emilio, página 162.

lidad de las comunicaciones entre abogado y cliente). Se determinó que el beneficio del privilegio profesional (secreto profesional en relación con las comunicaciones cliente-abogado) está sujeto a dos condiciones: a) el intercambio de información debe conectarse con el derecho de defensa del cliente, y b) el intercambio debe surgir o emanar de “abogados independientes”, esto es, que no estén vinculados con el cliente en una relación laboral.<sup>6</sup>

Con base en lo anterior, el deber de secrecía profesional y confidencialidad de las comunicaciones es oponible a cualquier autoridad, y se extiende de igual manera a otros particulares, incluyendo el abogado de la contraparte.<sup>7</sup> Además de las normas citadas, así lo señalan también diversos códigos de ética de distintas barras de abogados en la República mexicana<sup>8</sup> y España (Atienza, 2018, p. 255).

Por último, este deber de confidencialidad que existe entre cliente y abogado debe extenderse necesariamente a todas las personas que trabajen con el abogado o las que laboran en el despacho contratado, siendo responsabilidad absoluta del prestador de los servicios, el manejo de la información confidencial que tenga en su poder, el manejo interno de la misma, y las posibles fallas o brechas en el almacenamiento, manejo y cuidado de esa información, conforme a la Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares<sup>9</sup> y del Código de Ética Profesional de la Barra Mexica-

---

<sup>6</sup> Nos referimos a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 14 de septiembre de 2010, recaída al asunto Akzo Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea. Competencia-Diligencias de prueba-Facultades de verificación de la Comisión-Protección de la confidencialidad de las comunicaciones - Relación laboral entre un abogado y una empresa-Intercambios de correos electrónicos. Asunto C-550/07 P. (*European Court Reports 2010 I-08301*) Sentencia consultable el 16 de mayo de 2023 en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?lenguaje=en&num=c-550/07>.

<sup>7</sup> “Por tanto, se vulnera este derecho deber del secreto profesional entre abogado y cliente cuando un abogado implicado en una planificación fiscal transfronteriza está sujeto a secreto profesional, debe informar a los demás intermediarios de que no puede llevar a cabo la comunicación de información”. Revista Abogacía Española (2022), Secreto Profesional (Noticias Europa), Consejo Nacional. Información consultable en: <https://www.abogacia.es/actualidad/noticias/el-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-exime-a-los-abogados-de-denunciar-a-sus-cientes-ante-hacienda/>

<sup>8</sup> Puede citarse, como ejemplo, el *Código de Ética de la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados A.C.(ANADE)*, sobre todo su art. 10, relativo al secreto profesional.

<sup>9</sup> Ley Federal de Protección de Datos Personales en Posesión de los Particulares, 2010 (LFPDPPP), México.

Artículo 2. Son sujetos regulados por esta Ley, los particulares sean personas físicas o mo-

na, Colegio de Abogados.<sup>10</sup> Hoy en día, más que nunca, se debe exigir a los profesionales del derecho sistemas de información seguros y adecuados para resguardar la información que les confían sus clientes, so pena de responder por el mal manejo de estas. Considero que todos los profesionistas independientes o firmas de abogados, deben tener, además de los reglamentos de trabajo, manuales de ética y otros manuales en términos de ley, contratos de confidencialidad con las personas que laboran con el profesionista o despachos de abogados y que tengan acceso a esa información y demás resguardos de información pertinentes que la tecnología permita para proteger la información.

---

rales de carácter privado que lleven a cabo el tratamiento de datos personales, con excepción de: I. Las sociedades de información crediticia en los supuestos de la Ley para Regular las Sociedades de Información Crediticia y demás disposiciones aplicables, y II. Las personas que lleven a cabo la recolección y almacenamiento de datos personales, que sea para uso exclusivamente personal, y sin fines de divulgación o utilización comercial.

Artículo 10. No será necesario el consentimiento para el tratamiento de los datos personales cuando:

VI. Sean indispensables para la atención médica, la prevención, diagnóstico, la prestación de asistencia sanitaria, tratamientos médicos o la gestión de servicios sanitarios, mientras el titular no esté en condiciones de otorgar el consentimiento, en los términos que establece la Ley General de Salud y demás disposiciones jurídicas aplicables y que dicho tratamiento de datos se realice por una persona sujeta al secreto profesional u obligación equivalente.

Artículo 12. El tratamiento de datos personales deberá limitarse al cumplimiento de las finalidades previstas en el aviso de privacidad. Si el responsable pretende tratar los datos para un fin distinto que no resulte compatible o análogo a los fines establecidos en aviso de privacidad, se requerirá obtener nuevamente el consentimiento del titular.

Artículo 15. El responsable tendrá la obligación de informar a los titulares de los datos, la información que se recaba de ellos y con qué fines, a través del aviso de privacidad.

Artículo 19. Todo responsable que lleve a cabo tratamiento de datos personales deberá establecer y mantener medidas de seguridad administrativas, técnicas y físicas que permitan proteger los datos personales contra daño, pérdida, alteración, destrucción o el uso, acceso o tratamiento no autorizado. Los responsables no adoptarán medidas de seguridad menores a aquellas que mantengan para el manejo de su información. Asimismo, se tomará en cuenta el riesgo existente, las posibles consecuencias para los titulares, la sensibilidad de los datos y el desarrollo tecnológico.

Artículo 21. El responsable o terceros que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales deberán guardar confidencialidad respecto de éstos, obligación.

<sup>10</sup> Código de Ética Profesional de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados (BMA), 2017, Artículo 3. El abogado debe abstenerse de: [...]3.7. Prestar servicios profesionales cuando por cualquier causa exista incompatibilidad, tales como el desempeño de funciones jurisdiccionales, cargos de autoridad que propicien influencias indebidas o el manejo de información privilegiada. [...]

## V. CONCLUSIONES

De las ejecutorias estudiadas se puede apreciar que las relaciones cliente-abogado conllevan la obligación del segundo de guardar siempre y en todo momento el secreto profesional en el desempeño de su encargo. De ello se sigue, que cualquier comunicación que se suscite entre un abogado —que en representación de su cliente requiere forzosamente su autorización expresa para circular documentación sensible— y las autoridades, no pueden sustraer información contenida en documentos privados, ya que de lo contrario, vulneraría en perjuicio de su cliente, los derechos constitucionales a la intimidad, de defensa y de inviolabilidad de las comunicaciones privadas, consignadas en los artículos 6, 14, párrafo segundo, 16, párrafo décimo segundo, y 20, apartado B, fracción VIII, de la Constitución. El abogado tiene el deber de preservar la confidencialidad de la información y de los documentos que el cliente le refiere para estar en condiciones de producir su defensa: conocimiento que tiene el abogado amparado en el deber de su secreto profesional (Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública [LFTAIP], art.113). Todo lo cual da lugar a sostener que el profesionista al igual que el cliente tienen el derecho de que las comunicaciones generadas no sean disponibles para las autoridades, ni es lícito que estas sean sustraídas o reproducidas con motivo del ejercicio de sus funciones, así como es indispensable que el cliente tenga certeza de que su abogado no revelará la información que le ha proporcionado con ese fin.

## VI. REFERENCIAS

- Andino López, J. A., (2014). *El secreto profesional del abogado en el proceso civil*. Bosch Editor.
- Atienza, M. (2018). *Filosofía del derecho y transformación social: ética de las profesiones jurídicas*. Trotta.
- Cortés Bechiarelli, E. (2003). Secreto Profesional del Abogado y Ejercicio del Derecho de Defensa a la Luz de la Directiva 2001/97/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (XXI).
- Revista Abogacía Española. (2022). *Secreto profesional (Noticias Europa)*, Consejo Nacional.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), 14 de septiembre de 2010, recaída al asunto Akzo

Nobel Chemicals Ltd y Akros Chemicals Ltd contra Comisión Europea. Competencia - Diligencias de prueba - Facultades de verificación de la Comisión - Protección de la confidencialidad de las comunicaciones - Relación laboral entre un abogado y una empresa - Intercambios de correos electrónicos. Asunto C-550/07 P. (European Court Reports 2010 I-08301) [/http://curia.europ.eu/juris/liste.jsf?languaje=en&num=c-550/07](http://curia.europ.eu/juris/liste.jsf?languaje=en&num=c-550/07)

Cossío, F. de. (s.f.). *El secreto profesional en México*.

<http://gdca.com.mx/PDF/varios/EL%20SECRETO%20PROFESIONAL%20EN%20ME%CC%81XICO.pdf>

Anríquez, A. y Vargas Weil, Á. E. (2021). Bases conceptuales para una doctrina del secreto profesional del abogado en Chile. *Revista Chilena de Derecho*, 48(1), 133-150. [https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci\\_ar\\_text&pid=S0718-34372021000100133](https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_ar_text&pid=S0718-34372021000100133)

Barney, O. C. (2017). En defensa del secreto profesional del abogado. *Hechos y Derechos*. <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/11774/13591>



## Cómo citar

### ***Sistema IJ***

Vázquez Cardozo, Oscar, “El secreto profesional de los abogados: un caso en la jurisprudencia mexicana”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e18555. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.18555>

### ***APA***

Vázquez Cardozo, O. (2024). El secreto profesional de los abogados: un caso en la jurisprudencia mexicana. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19192. <https://doi.org/10.22201/ij.24484881e.2024.51.18555>

## United States v. Paramount, Inc.: Provocando y frenando tanto revoluciones jurídicas como culturales en un Estado Constitucional

### *United States v. Paramount, Inc.: Sparking and Curbing Both Legal and Cultural Revolutions in a Constitutional State*

Rafael Cervantes Daguerre

 <https://orcid.org/0000-0002-7996-2637>

Universidad Panamericana. México.  
Correo electrónico rafaelcervantesd@gmail.com

Publicación: 18 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19251>

**RESUMEN:** El derecho y el arte, particularmente el cine, tienen una relación recíproca dentro del dominio de la cultura y son, en mi visión, igualmente importantes. Sus funciones son esenciales para una sociedad y sus efectos pueden ser determinantes para el progreso de la misma. Prueba de ello es la sentencia *United States v. Paramount, Inc.* de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de 1948, la cual encontró prácticas antimonopólicas en la industria cinematográfica durante la Época de Oro de Hollywood. Desde mi punto de vista, esta decisión provocó una revolución jurídica, artística y cultural. Sin embargo, en 2022, los Acuerdos de Paramount derivados de la sentencia fueron revocados. ¿Cuáles serán las secuelas jurídicas y culturales de esta decisión?

**Palabras clave:** derecho y cine, derecho y cultura, prácticas antimonopólicas, revoluciones jurídicas, revoluciones culturales, revoluciones sociales.

**ABSTRACT:** Both law and art, particularly film, have a reciprocal relationship within the domain of culture and are, from my personal standpoint, equally important. Their functions are essential to a society and their effects can be decisive for its progress. Proof of this is the 1948 *United States v. Paramount, Inc.* decision of the U.S. Supreme Court, which found antitrust violations in the motion picture industry during Hollywood's Golden Age. From my point of view, this decision caused a legal, artistic, and cultural revolution. However, in 2022, the resulting Paramount Consent Decrees were terminated. What will be the legal and cultural aftermath of this decision?

**Keywords:** law and film, law and culture, antitrust violations, legal revolutions, cultural revolutions, social revolutions.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *Antecedentes*. III. *Provocando revoluciones jurídicas y culturales*. IV. *Frenando revoluciones jurídicas y culturales*. V. *Conclusiones*. VI. *Referencias*.

## I. INTRODUCCIÓN

“¿Dices que quieres una revolución?”<sup>1</sup>  
-*The Beatles* (1968, 0m16s).

La sentencia del caso *United States v. Paramount, Inc.* de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos de América puso fin al sistema monopolizador de los estudios cinematográficos de Hollywood en 1948. Con este hecho, la corte provocó una revolución jurídica en materia de competencia económica y, sobre todo, en mi opinión, contribuyó a las bases necesarias para un cambio cultural generacional que encaminó al país en una dirección social distinta.

De manera congruente con las funciones esenciales de un Estado constitucional, la resolución tuvo como propósito el hecho de garantizar la libertad y la apertura del comercio equitativo dentro de una determinada industria. Este principio es fundamental para una economía saludable, para el bienestar común y para el progreso social, lo cual es evidente al ser un aspecto derivado de y protegido en los textos constitucionales de Estados Unidos<sup>2</sup> y de nuestro país, México,<sup>3</sup> a lo que se le ha denominado el “derecho constitucional económico” (Fix-Zamudio y Carmona, 2010, p. 635).

---

<sup>1</sup> El idioma original de la frase citada es el inglés y su transcripción literal es la siguiente: “*You say you want a revolution?*”. La traducción del inglés al español es propia.

<sup>2</sup> En Estados Unidos, la regulación del comercio se encuentra en el artículo I, sección 8, cláusula 3 de la Constitución de los Estados Unidos de América al señalar que el Congreso tendrá facultad “3. Para reglamentar el comercio con las naciones extranjeras, entre los diferentes Estados y con las tribus indias” (U.S. Const. Art. I, § 8, cl. 3). El Congreso, derivado de lo anterior, aprobó la Ley Sherman, que fue la primera ley antimonopólica, en 1890. En 1914, aprobó otras dos leyes antimonopolio: la Ley de la Comisión Federal de Comercio, que creó la Comisión Federal del Comercio, y la Ley Clayton. Con ciertas actualizaciones, las anteriores son las tres principales leyes federales antimonopolio que siguen vigentes hoy en día (Federal Trade Commission, 2023).

<sup>3</sup> En México, la prohibición de los monopolios se encuentra establecida expresamente en el artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El referido artículo establece, en la parte conducente, lo siguiente: “En los Estados Unidos Mexicanos



Sin embargo, en noviembre de 2019, el Departamento de Justicia de Estados Unidos comenzó una revisión de la resolución. Dicho acto culminó en que, 74 años después, en el año 2022, los acuerdos de Paramount perdieron su vigencia.

Las consecuencias de esta última decisión pueden tener efectos que, considero, no terminan en el ámbito teórico jurídico y económico, sino que podrían trascender a la esfera cultural y social a nivel mundial, lo cual definiría a las próximas generaciones durante el desarrollo de las décadas siguientes.

## II. ANTECEDENTES

“Abróchense los cinturones, va a ser una noche agitada”.<sup>4</sup>  
-*All about Eve* (Mankiewicz, J. L., 1950).

La Edad de Oro de Hollywood<sup>5</sup> se extendió, aproximadamente, desde la década de 1930 hasta la de 1940 (Smyth, J., 2016, p. 362). Estos años fueron, simultáneamente, una época de rotundo éxito y un periodo de dramáticas luchas de poder dentro de la industria, así como de serios debates sobre el propósito y la moral del cine (Hozic, A., 2018, p. 47).

Durante este tiempo, ocho estudios cinematográficos dominaron no sólo la producción de las películas, sino también su distribución y exhibición

---

quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas[...]” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], art. 28).

<sup>4</sup> El idioma original de la frase citada es el inglés y su transcripción literal es la siguiente: “*Fasten your seatbelts, it’s going to be a bumpy night*”. La traducción del inglés al español es propia.

<sup>5</sup> Como recomendación para su estudio posterior, las siguientes obras cinematográficas, entre otras, fueron exitosas durante esta época: *All Quiet on the Western Front* (Milestone, L., 1930), *City Lights* (Chaplin, C., 1931), *Dracula* (Browning, T. y Freund, K., 1931), *Grand Hotel* (Goulding, E., 1932), *I Am a Fugitive from a Chain Gang* (LeRoy, M., 1932), *Design for Living* (Lubitsch, E., 1933), *42nd Street* (Bacon, L., 1933), *It Happened One Night* (Capra, F., 1934), *Top Hat* (Sandrich, M., 1935), *The Awful Truth* (McCarey, L., 1937), *Bringing Up Baby* (Hawks, H., 1938), *Gone with the Wind* (Fleming, V., Cukor, G. y LeRoy, M., 1939), *The Wizard of Oz* (Fleming, V., Cukor, G. y LeRoy, M., 1939), *His Girl Friday* (Hawks, H., 1940), *The Philadelphia Story* (Cukor, G., 1940), *Citizen Kane* (Welles, O., 1941), *Casablanca* (Curtiz, M., 1942), *To Be or Not to Be* (Lubitsch, 1942), *Double Indemnity* (Wilder, 1944), *It’s a Wonderful Life* (Capra, 1946), *The Best Years of Our Lives* (Wyler, 1946), *All About Eve* (Mankiewicz, 1950), *Sunset Boulevard* (Wilder, 1950), *Singin’ in the Rain* (Donen y Kelly, 1952) y *How to Marry a Millionaire* (Negulesco, 1953).

a través de lo que en materia económica se denomina integración vertical, concepto que se actualiza en el supuesto en el cual una empresa controla totalmente la fabricación de un producto desde la materia prima hasta la venta final (Gianos, 1998, p. 6).

Los cinco primeros estudios, conocidos como los *Big Five*, estaban conformados por Warner Brothers Pictures, Paramount Pictures, RKO Radio Pictures, Metro-Goldwyn-Mayer y Twentieth Century Fox. Este bloque era el principal ya que dominaba la industria y tenía sus propias cadenas de cines. Por su parte, los tres restantes que no tenían salas propias eran conocidos como los *Little Three* y estaban compuestos por Columbia Pictures, Universal Pictures y United Artists (Ladika, 2019, p. 65).

El grupo de los primeros cinco ejercía principalmente una práctica conocida como *block booking*, entre otras, y consistía en que obligaban a los cines independientes a reservar películas en bloque. Esto significaba que los propietarios de los cines tenían que alquilar un conjunto de largometrajes consideradas de mala calidad, normalmente menos deseables por el público, para poder proyectar las obras cinematográficas de la “lista A” que realmente querían, las de mayor calidad (Ladika, 2019, p. 65).

Aunque la integración vertical agilizó las operaciones de los estudios de Hollywood, facilitó las ventas de sus productos y mejoró significativamente su tiempo de producción, también agravó las relaciones entre los trabajadores y los patrones, alienó a los exhibidores independientes e hizo a los productores de Hollywood mucho más susceptibles a los caprichos de las personas que habían financiado su expansión (Hozic, 2018, p. 47).

En el año 1929, Estados Unidos estaba inmerso en la crisis producida por el fenómeno económico de la Gran Depresión (Kindleberger, 2013, p. 19). Como un intento por recuperarse de la crisis surgida por ese alarmante suceso, la *National Recovery Act*, es decir, la Ley de Recuperación Industrial Nacional, fue introducida por el gobierno de Roosevelt en julio de 1933. Esta última suspendía la acción antimonopólica del gobierno, permitiendo al mundo empresarial regular sus propias actividades (Halbout, 2022, p. 139).

La *National Recovery Act* encontró en la industria cinematográfica, ya bien encaminada hacia la integración vertical, un terreno para desarrollar nuevas directrices aplicables a las diversas prácticas empresariales. De este modo, el gobierno favoreció el dominio de la industria por parte de un pequeño grupo de grandes productoras con el control exclusivo sobre la producción, la distribución y la exhibición de la gran mayoría de los cines (Halbout, 2022, p. 139).

En consecuencia, este hecho atacó directamente y provocó la manifestación de los empresarios independientes, propietarios y operadores de cines que eran considerados pequeños. Los anteriores protestaron contra la administración de Roosevelt haciendo campañas para que se prohibieran las prácticas desleales empleadas por las grandes cadenas (Halbout, 2022, p. 139).

A pesar de que la Suprema Corte de Estados Unidos declaró inconstitucional la parte conducente de la *National Recovery Act* en 1935 (*A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States*), el daño estaba hecho y ya existían prácticas bien establecidas que beneficiaban clara y unilateralmente a un pequeño sector a través de diversas industrias estadounidenses.

Thurman Arnold, que dirigía la División Antimonopolio del Departamento de Justicia, recibió innumerables quejas por parte de los cineastas independientes. Por lo anterior, Arnold se planteó renovar a toda la industria al intentar obligar a los ocho principales estudios a desprenderse de la propiedad que tenían en las salas de cine y a detener sus prácticas desleales (Romanowski, W. D., 2012, p. 107).

Así, en julio de 1938, Arnold presentó una demanda civil contra la industria cinematográfica. La referida demanda fue noticia a nivel nacional tanto porque Arnold anunció que dirigiría personalmente el caso como porque en la demanda se nombraba a todos los grandes estudios y a más de ciento treinta personas, incluido el hijo del presidente, James Roosevelt, que formaban parte de los consejos de administración de los estudios (WeberWaller, 2005, p. 92).

Programado para juicio en el Distrito Sur de la ciudad de Nueva York, en junio de 1940, el litigio se resolvió temporalmente con un decreto de consentimiento por el cual los estudios acordaban realizar modificaciones específicas en cuanto a la forma en la que ejercían su práctica comercial (Morgan, 2016, p. 21).

Sin embargo, el Departamento de Justicia se reservó la facultad de volver a presentar la demanda dentro de tres años en caso de incumplimiento, lo cual eventualmente ocurrió. Derivado de este hecho, en octubre de 1945, la demanda fue favorable al gobierno, pero el proceso de apelación retrasó la resolución final hasta que el asunto llegó a instancias de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos (Morgan, 2016, p. 21).

La Suprema Corte revocó la decisión del tribunal inferior, la cual consistía en que los demandados no habían adquirido un monopolio, sino que sólo habían cometido ciertas restricciones al comercio. De conformidad con la Corte, el tribunal inferior debió haberse centrado en las consecuencias

que producía la conspiración de los estudios y en cómo podrían corregirlas (*United States v. Paramount Pictures*, 1948).

Asimismo, la Corte sostuvo que no era viable la simple propuesta del tribunal inferior consistente en conceder licencias de películas sobre una base de licitación competitiva, ya que no produciría un resultado deseable para evitar el monopolio que se actualizaba. Además, argumentó que lo anterior requeriría una gran supervisión judicial, por lo que la tarea sería compleja (*United States v. Paramount Pictures*, 1948).

Por último, la Corte afirmó que no es necesario encontrar un acuerdo expreso para determinar la existencia de una conspiración monopólica, ya que es suficiente con que se acredite un conjunto de conductas destinadas a realizar la misma y que los demandados se ajusten a dichas acciones (*United States v. Paramount Pictures*, 1948).

En consecuencia, en mayo de 1948, la Suprema Corte determinó que los demandados violentaron la *Ley Sherman* al incurrir en diversas prácticas abusivas y monopólicas, principalmente la reserva en bloque, la licitación a ciegas, la designación arbitraria de las fechas de proyección, la imposición de cortometrajes y noticiarios a los exhibidores, las tarifas discriminatorias de alquiler de películas, la prohibición de las funciones dobles, la fijación del precio de la entrada y la agrupación de talentos cinematográficos, entre otros cargos menores (Schatz, 1999, p. 18).

En ese mismo año, 1948, los demandados firmaron acuerdos de consentimiento con el Departamento de Justicia para garantizar el cumplimiento de la sentencia, los cuales fueron denominados *Paramount Decrees* o los Acuerdos de Paramount (Kunz, 2007, p. 108).

El periodo que conforma los antecedentes y los hechos mencionados es definido por el historiador cinematográfico Tino Balio (1985, p. 253) como la “era del oligopolio maduro” y esta fue, en su opinión, a la vez el mejor y el peor de los tiempos en Hollywood.

### III. PROVOCANDO REVOLUCIONES JURÍDICAS Y CULTURALES

“¿Cómo es que encadenaron a un hombre blanco con un negro?”<sup>6</sup>  
-*The Defiant Ones* (Kramer, S., 1958).

La sentencia analizada en el presente escrito es importante debido, en principio, a las formas en las que sentó las bases para muchos de los cambios y los desafíos legales que tuvo la industria de Hollywood durante las décadas de 1940 y 1950 (Porst, 2021, p. 16). Con el resultado obtenido, acabó con el sistema monopolizador de integración vertical (Neuman, 2022, p. 201)

Asimismo, esta decisión jurídica dismanteló el núcleo de la estructura de poder de Hollywood, haciendo que los estudios se cuidaran y evitaran conductas abusivas para prevenir cualquier riesgo de intervención gubernamental en el futuro (Montañez, 2018, p. 48).

Igualmente, la resolución es fundamental ya que abrió la posibilidad para que los productores, distribuidores y exhibidores independientes pudieran mostrar de manera equitativa sus obras artísticas. Por lo tanto, otro de los puntos esenciales positivos que con el tiempo produjo esta resolución fue la disminución de la censura en la industria cinematográfica (Allen, 2014, p. 8). De esta manera, la Suprema Corte de Justicia garantizó el cumplimiento de su legislación antimonopólica, la cual deriva de su texto constitucional, dentro de la sumamente influyente industria cinematográfica.

Cuando las empresas abandonaron el negocio de la exhibición, los bancos se resistieron a financiar proyectos cinematográficos porque los estudios no podían garantizar una audiencia, en teoría. Pronto, estos últimos decidieron dejar gran parte del negocio de la producción a los cineastas independientes (Biagi, 2017, p. 135).

Consecuentemente, en la década de 1950, los productores independientes pudieron abordar críticamente temas más atrevidos y lograron profundizar en aquellas áreas<sup>7</sup> en las que Hollywood había sido evasivo hasta entonces (Bergan, 2011, p. 103).

---

<sup>6</sup> El idioma original de la frase citada es el inglés y su transcripción literal es la siguiente: “*How come they chained a white man to a black?*”. La traducción del inglés al español es propia.

<sup>7</sup> Como recomendación para su estudio posterior, las siguientes obras cinematográficas, entre otras, fueron exitosas, polémicas y revolucionarias durante esta época al mostrar temáticas nunca antes proyectadas: *Home of the Brave* (Robson, 1949), *Pinky* (Kazan y Ford, 1949), *A Streetcar Named Desire* (Kazan, 1951), *Ace in the Hole* (Wilder, 1951), *The Man*

Así, se exploraron temas controversiales y se cuestionaron los principios en los que se basaba la sociedad estadounidense. Fue hasta ese momento que los grandes estudios también empezaron a tratar temas como el racismo, la pobreza y el antisemitismo, entre otros (Bergan, 2011, p. 103).

Marcando un hecho histórico y ejemplar, la Suprema Corte determinó en 1954 que la segregación racial en las escuelas públicas era inconstitucional al ir en contra de la Cláusula de Protección Igualitaria de la Decimocuarta Enmienda (*Brown v. Board of Education of Topeka*). En 1956, siguiendo con esta línea progresista, Hollywood revisó su código de producción para permitir películas que mostraran el aborto, la prostitución y las relaciones interraciales (Meyerowitz, 2014, p. 305).

A medida que se acercaba la década de 1960, estos ideales también surgían con fuerza en el extranjero. Se produjo un cambio radical en el cine, inicialmente en Europa con el Neorrealismo Italiano<sup>8</sup> (Shiel, 2006, p. 17) y con la Nueva Ola Francesa,<sup>9</sup> siendo esta última esencial e influyente para las revoluciones sociales que ocurrieron durante la década de 1960 en su país, por ejemplo, la estudiantil de mayo de 1968 (Baecque, 2012, p. 153).

Gracias a la diversificada exhibición de las películas en Estados Unidos, los jóvenes lograron fácilmente ver este contenido, así como percibir sus ideales. Los estudios, derivado del gran interés mostrado por este sector

---

*with the Golden Arm* (Preminger, 1955), *The Night of the Hunter* (Laughton, 1955), *Baby Doll* (Kazan, 1956), *Paths of Glory* (Kubrick, 1957), *12 Angry Men* (Lumet, 1957), *Shadows* (Cassavetes, 1958), *The Defiant Ones* (Kramer, 1958), *Anatomy of a Murder* (Preminger, 1959), *Psycho* (Hitchcock, 1960), *Lolita* (Kubrick, 1962), *The Manchurian Candidate* (Frankenheimer, 1962), *To Kill A Mockingbird* (Mulligan, 1962), *Dr. Strangelove or: How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb* (Kubrick, 1964), *In the Heat of the Night* (Jewison, 1967), *Belle de jour* (Buñuel, 1967), *Guess Who's Coming to Dinner?* (Kramer, 1967), *The Graduate* (Nichols, 1967), *Bonnie and Clyde* (Penn, 1967) y *Easy Rider* (Hopper, 1969).

<sup>8</sup> Como recomendación para su estudio posterior, las siguientes obras cinematográficas, entre otras, son representativas del movimiento: *Ossessione* (Visconti, 1943), *Roma città aperta* (Rossellini, 1945), *Giorni di gloria* (Santis, 1945), *Paisà* (Rossellini, 1946), *Sciuscià* (Sica, 1946), *Ladri di biciclette* (Sica, 1948), *La terra trema* (Visconti, 1948), *Riso amaro* (Santis, 1949), *Umberto D.* (Sica, 1952), *La strada* (Fellini, 1954), *La dolce vita* (Fellini, 1960) y *Accattone* (Pasolini, 1961).

<sup>9</sup> Como recomendación para su estudio posterior, las siguientes obras cinematográficas, entre otras, son representativas del movimiento: *Le beau Serge* (Chabrol, 1958), *Hiroshima, mon amour* (Resnais, 1959), *Les quatre cents coups* (Truffaut, 1959), *À bout de souffle* (Godard, 1960), *Paris nous appartient* (Rivette, 1961), *Le signe du Lion* (Rohmer, 1962), *Cléo de 5 à 7* (Varda, 1962), *Vivre sa vie* (Godard, 1962) y *Masculin, féminin* (Godard, 1966).

de las audiencias, optaron por contratar directores independientes del mismo rango de edad y otorgarles libertad creativa (Bergan, 2011, p. 123).

De la misma manera, lo producido en Estados Unidos no sólo se veía en ese país, sino en todo el mundo al ser, al menos desde la Primera Guerra Mundial, la industria cinematográfica más dominante (Wagnleitner, 1994, p. 223) y el mayor exportador global de medios de comunicación, por lo que su contenido penetra y afecta a la mayoría de los mercados mediáticos del mundo (Donald, 2017, p. x).

Si hay una década del siglo XX que destaca sobre las demás como una época de desafíos, pruebas, angustia y logros en Estados Unidos, esa década es la de 1960. Ninguna otra década, excepto tal vez la de 1860, cuando la nación estuvo en guerra consigo misma durante cuatro años, ha sido tan alborotada e influyente, ya que fue revolucionaria desde casi cualquier punto de vista (Williams, J., 2021, p. xxiii).

Los estadounidenses se rebelaron contra la conducta moral convencional, las violaciones de los derechos civiles, el autoritarismo en las universidades, la discriminación de género y el *establishment* (Williams, 2021, p. xxiii), es decir, el “grupo de personas que ejerce el poder en un país, en una organización o en un ámbito determinado” (Real Academia Española, 2023).

El cine, al igual que los casos legales más notorios, proporciona un indicador razonablemente fiable sobre las creencias, los valores y las expectativas compartidas, conflictivas y de reciente aparición que existen en sociedad (Sherwin, 2000, p. 171).

Las obras cinematográficas que en apariencia no tratan sobre cuestiones jurídicas pueden aportar a las personas información y aspectos esenciales sobre temas importantes como los métodos analíticos, los valores sociales y las aspiraciones de la comunidad que se encuentran en el centro de la mente y de la cultura jurídica (Sherwin, 2010, p. 241).

Las metarreglas que determinan lo que genera convicción en un sistema del tipo social han sido la fuente de gran parte de controversia dentro de los estudios sociojurídicos desde la década de 1930 en Estados Unidos (Greenfield, Osborn, y Robson, 2010, p. 15).

Los temas controversiales clasistas, raciales y de género surgieron como factores principales en los intentos por rastrear cómo se ve afectado el proceso de toma de decisiones dentro de las jurisdicciones del *common law*. Estos aspectos del movimiento sociojurídico más amplio se abordan en el contexto del derecho y el cine (Greenfield, Osborn, y Robson, 2010, p. 15).

Actualmente, el cine es ampliamente reconocido como un campo de estudio serio e importante. Durante mucho tiempo, sobre todo en Estados Unidos, muchos han preferido considerarlo simplemente como la vía de escape de una vida de alta presión (Gray, 2005, p. 7).

Sin embargo, esas supuestas vías de escape únicamente cumplen con uno de los distintos fines cinematográficos y no excluyen a los demás. Mientras una sociedad analice críticamente el contenido de la pantalla como un espejo, siempre de manera razonable, y no solo como un medio recreativo, más preparada estará la misma para prever y modificar lo que está por venir (Gray, 2005, p. 7).

Durante los años siguientes a la sentencia, el cine se utilizó como una poderosa expresión de crítica política y social, así como una sólida llamada a la reforma de distintas áreas (Winn, 2009, p. 82). Las revoluciones sociales y culturales son sinónimo de esta época (Williams, 2021, p. xxxi) y marcaron un rumbo distinto para el país durante el desarrollo de las décadas siguientes. Los estadounidenses son lo que son ahora gracias a lo que fueron en esa época (Williams, 2021, p. xi).

De esta manera, las revoluciones sociales, jurídicas, económicas y culturales, así como los cambios de pensamiento que conllevan, fueron moldeados en gran parte por las producciones cinematográficas. Al abrir el panorama al cine independiente, se abrió la posibilidad de analizar y transmitir contenidos distintos, lo cual fomentó ideales nuevos, críticas constructivas y reforzó luchas sociales que ya comenzaban a existir en la mente de muchas personas.

#### IV. FRENANDO REVOLUCIONES JURÍDICAS Y CULTURALES

“¡Caballeros! ¡No pueden pelear aquí! ¡Este es el Cuarto de Guerra!”<sup>10</sup>

-*Dr. Strangelove or: How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb* (Kubrick, S., 1964).

En noviembre de 2019, tras un periodo de comentarios públicos, el Departamento de Justicia presentó una moción ante un tribunal federal de Nueva

---

<sup>10</sup> El idioma original de la frase citada es el inglés y su transcripción literal es la siguiente: “*Gentlemen! You can't fight in here! This is the War Room!*”. La traducción del inglés al español es propia.



York para poner fin a los Acuerdos de Paramount derivados de la sentencia por considerarlos anacrónicos (Banks, 2021, p. 4-231).

El Departamento de Justicia, señalando que la industria cinematográfica había experimentado un cambio significativo desde la resolución, solicitó mantener vigentes los acuerdos por un periodo de dos años para permitir que los estudios se ajustaran a una nueva estructura de licencias. Asimismo, propuso evaluar las prácticas comerciales futuras con arreglo a la “*rule of reason*”, es decir, a la regla de la razón, para determinar si perjudican o no el bienestar de los consumidores (Banks, 2021, p. 4-231).

En agosto de 2020, el Distrito Sur de Nueva York aceptó oficialmente la propuesta emitida por el Departamento de Justicia y ordenó la terminación de los acuerdos. Una de las razones principales fue expuesta al argumentar que las nuevas plataformas digitales no estaban sujetas a las mismas condiciones que los estudios (Department of Justice, 2020).

Al eliminar dichos acuerdos, en lugar de reformarlos para ajustarlos a las circunstancias actuales, se abren posibilidades que, en mi visión, pueden ser contraproducentes para la industria cinematográfica. No obstante lo anterior, a su vez, las consecuencias ulteriores de esta decisión también pueden ser perjudiciales para el progreso y para el desarrollo de la sociedad.

En primer lugar, este acto pone las condiciones para la legitimación y el apoyo de un nuevo monopolio en una época en la cual existen las bases para lograrlo. Si bien es cierto que las redes sociales permiten a cualquier persona independiente transmitir y compartir sus producciones creativas, también lo es que nos encontramos en un momento en el cual las plataformas de *streaming* se han constituido como los medios principales, en ocasiones los únicos, para exhibir las obras cinematográficas.

Asimismo, las grandes empresas controladoras de los mayores canales de difusión y distribución, no solo tecnológicos sino físicos, son a la vez las principales productoras cinematográficas. Es decir, estas empresas son los nuevos estudios. Por ejemplo, Amazon Studios, Netflix y Disney+, entre otras, han adquirido recientemente a los grandes estudios de la época previa a la sentencia (Barnes, Sperling, y Weise, 2021; Barnes, 2019) e incluso han mostrado interés en adquirir salas de cine importantes e icónicas (Morgan, 2023; Faughnder, 2020).

A pesar del surgimiento de las redes sociales y de las páginas de Internet, es complicado para los productores nuevos competir con los líderes económicos de la industria. Mientras que algunas de las empresas principales y actuales han apoyado en ocasiones a las producciones independientes (Kit,

B., 2022), estas últimas quedan sujetas a la decisión meramente discrecional que tienen los estudios de hacerlo o no.

Es un hecho que al permitir nuevamente una vía para generar un monopolio de un arte tan importante que va más allá del entretenimiento, y de un medio tan profundo como el cine, se monopoliza también el mensaje, por lo cual se limitan sus posibles consecuencias culturales y sociales.

De ninguna manera es mi intención afirmar que todo el contenido creado por el sistema de estudios en la Época de Oro de Hollywood era dañino o desfavorable, todo lo contrario, ya que existen grandes obras revolucionarias. A pesar de ello, sí existió un abuso que bloqueaba la postulación de ideas distintas. De la misma manera, no todas las producciones de los estudios actuales son limitantes al progreso.

El problema no radica en torno a si el contenido de los grandes estudios es de calidad o no lo es, sino que es respecto a la igualdad de oportunidades, en la mayor medida de lo posible, que debe caracterizar a la difusión y a la producción de las obras cinematográficas, lo cual considero que es salu-  
dable en una sociedad en concreto para inspirar a sus participantes a buscar la innovación de la misma.

## V. CONCLUSIÓN

“Lo arruinamos”.<sup>11</sup>

-*Easy Rider* (Hopper, D., 1969).

La sentencia analizada es un importante recuerdo de la relevancia radicada en el núcleo del derecho constitucional y, consecuentemente, del principio de libertad y apertura comercial al ir en contra de las prácticas monopólicas. Lo anterior es crucial para que un determinado Estado cumpla con la función consistente en buscar que su ejercicio esté permanentemente limitado, sea justo y se encuentre dirigido al progreso social.

Para bien o para mal, ya sea que se considere que las revoluciones sociales y culturales que siguieron a la sentencia fueron positivas o negativas en sí mismas, es indudable que marcaron un antes y un después para el desarrollo favorable de los derechos humanos durante el resto del siglo XX tanto en el país estadounidense como a nivel global.

---

<sup>11</sup> El idioma original de la frase citada es el inglés y su transcripción literal es la siguiente: “*We blew it*”. La traducción del inglés al español es propia.

Sin la libre y equitativa competencia provocada por la sentencia, no hubiera existido ni tenido visibilidad el referido contenido cinematográfico reformador. Sin esa extraordinaria fuerza cultural, aportada en gran medida, en mi opinión, por la capacidad natural de difusión e interés que tenía y tiene el cine, no habría existido la motivación suficiente en sus destinatarios, al menos no de la misma manera, para buscar erigirse contra las prohibiciones y las ideas consideradas nocivas para el progreso del ser humano.

Es palpable que la expansión y la inmediatez entre el contenido y el espectador que proporciona el cine es más fuerte que nunca gracias a la tecnología actual. Casi todas las personas tienen constantemente una pantalla en sus manos e, incluso si no ven una obra cinematográfica completa, sí perciben directamente las tendencias que la misma genera en su círculo cultural a través de distintos medios como, por ejemplo, las redes sociales.

No son claras, aún, las secuelas que tendrá la pérdida de la vigencia de los Acuerdos de Paramount. Mientras que la decisión de revocarlos tiene partidarios y detractores por igual en cuanto a un análisis meramente teórico y jurídico, considero que lo más relevante no se encuentra exclusivamente en ese terreno.

Lo verdaderamente esencial es, en mi visión, que sus efectos no solo se pueden limitar a los aspectos jurídicos y de competencia económica de carácter sustantivo, que son los más evidentes a primera vista, sino que cuentan con el potencial de afectar el desarrollo y el progreso de los ideales que tienen y que tendrán los seres humanos en sociedad durante el transcurso de las décadas siguientes.

No obstante, el grado en el que lo anterior pueda suceder todavía está por verse. De esta manera, para enunciar el final del presente escrito en términos de suspenso cinematográfico, considero adecuado utilizar la siguiente expresión: continuará...

## VI. REFERENCIAS

- A. L. A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).  
Allen, M. (2014). *Contemporary US Cinema*. Routledge.  
Bacon, L. (Director) (1933). *42nd Street* [Película]. Warner Brothers Pictures.  
Baecque, A. de. (2012). *Camera Historica: The Century in Cinema (2a. ed.)*. (N. Vinsonneau y J. Magidoff, trads.). Columbia University Press.

- Balio, T. (1985). Part III / A Mature Oligopoly, 1930-1948. En T. Balio (Ed.), *The American Film Industry* (pp. 253-285). The University of Wisconsin Press.
- Banks, T. (2021). *Distribution Law: Antitrust Principles and Practice* (Vol. I, 3a. ed.). Wolters Kluwer.
- Barnes, B. (2019, marzo 20). Disney Moves from Behemoth to Colossus with Closing of Fox Deal. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2019/03/20/business/media/walt-disney-21st-century-fox-deal.html>
- Barnes, B., Sperling, N. y Weise, K. (2021, mayo 26). James Bond, Meet Jeff Bezos: Amazon Makes \$8.45 Billion Deal for MGM. *The New York Times*. <https://www.nytimes.com/2021/05/26/business/amazon-MGM.html>
- Bergan, R. (2011). *Film...isms: Understanding Cinema*. Universe Publishing.
- Biagi, S. (2017). *Media/Impact: An Introduction to Mass Media* (12a. ed.). Cengage.
- Browning, T. y Freund, K. (Directores) (1931). *Drácula* [Película]. Universal Pictures.
- Buñuel, L. (Director) (1967). *Belle de jour* [Película]. Robert et Raymond Hakim, Paris Film Productions y Five Film.
- Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S. 483 (1954).
- Capra, F. (Director) (1934). *It Happened One Night* [Película]. Columbia Pictures.
- Capra, F. (Director) (1946). *It's a Wonderful Life* [Película]. Liberty Films (II).
- Cassavetes, J. (Director) (1958). *Shadows* [Película]. Lion International.
- Chabrol, C. (Director) (1958). *Le beau Serge* [Película]. Ajym Films y Coopérative Générale du Cinéma Français.
- Chaplin, C. (Director) (1931). *City Lights* [Película]. Charles Chaplin Productions y United Artists.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. 10/05/2023. <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Cukor, G. (Director) (1940). *The Philadelphia Story* [Película]. Estados Unidos de América.
- Curtiz, M. (Director) (1942). *Casablanca* [Película]. Warner Brothers Pictures.

- Department of Justice. (2020, agosto 07). Federal Court Terminates Paramount Consent Decrees.
- Department of Justice, Office of Public Affairs*. <https://www.justice.gov/opa/pr/federal-court-terminates-paramount-consent-decrees>
- Donen, S. y Kelly, G. (Directores) (1952). *Singin' in the Rain* [Película]. Metro-Goldwyn-Mayer.
- Donald, R. (2017). *Hollywood Enlists! Propaganda of World War II*. Rowman & Littlefield.
- Establishment. En Real Academia Española. (2023). Diccionario de la lengua española (23a. ed.). <https://dle.rae.es/establishment>
- Faughnder, R. (2020, mayo 29). Netflix to put a new spin on L.A.'s classic Egyptian Theatre. *Los Angeles Times*. <https://www.latimes.com/entertainment-arts/business/story/2020-05-29/netflix-egyptian-sale-closes>
- Federal Trade Commission. *The Antitrust Laws*. <https://www.ftc.gov/advice-guidance/competition-guidance/guide-antitrust-laws/antitrust-laws>
- Fellini, F. (Director) (1954). *La strada* [Película]. Ponti-De Laurentiis Cinematografica.
- Fellini, F. (Director) (1960). *La dolce vita* [Película]. Riama film, Cinecittà y Pathé Consortium Cinéma.
- Fix-Zamudio, H. y Carmona, S. (2010). *Derecho constitucional mexicano y comparado*. Porrúa. Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fleming, V., Cukor, G. y LeRoy, M. (Directores) (1939). *The Wizard of Oz* [Película]. Metro-Goldwyn-Mayer.
- Fleming, V., Cukor, G. y Wood, S. (Directores) (1939). *Gone with the Wind* [Película]. Metro-Goldwyn-Mayer y Selznick International Pictures.
- Frankenheimer, J. (Director) (1962). *The Manchurian Candidate* [Película]. M. C. Productions.
- Gianos, P. (1998). *Politics and Politicians in American Film*. Praeger.
- Godard, J. (Director) (1960). *À bout de souffle* [Película]. Les Films Imperia, Les Productions Georges de Beauregard y Société Nouvelle de Cinématographie.
- Godard, J. (Director) (1962). *Vivre sa vie* [Película]. Les Films de la Pléiade y Pathé Consortium Cinéma.
- Godard, J. (Director) (1966). *Masculin, féminin* [Película]. Anouchka Films, Argos Films, Sandrews y Svensk Filmindustri.

- Goulding, E. (Director) (1932). *Grand Hotel* [Película]. Metro-Goldwyn-Mayer y Polyphony Digital.
- Gray, H. (2005). Introduction. En A. Bazin, (Vol. I, 2a. ed.), *What is Cinema?* (pp. 1-8). University of California Press.
- Greenfield, S., Osborn, G. y Robson, P. (2010). *Film and the Law: The Cinema of Justice* (2a. ed.). Hart Publishing.
- Halbout, G. (2022). *Hollywood Screwball Comedy 1934-1945*. Bloomsbury Publishing.
- Hawks, H. (Director) (1938). *Bringing Up Baby* [Película]. RKO Radio Pictures.
- Hawks, H. (Director) (1940). *His Girl Friday* [Película]. Columbia Pictures.
- Hitchcock, A. (Director) (1960). *Psycho* [Película]. Shamley Productions.
- Hozic, A. (2018). *Hollyworld: Space, Power, and Fantasy in the American Economy*. Cornell University Press.
- Hopper, D. (Director) (1969). *Easy Rider* [Película]. Pando Company Inc. y Raybert Productions.
- Jewison, N. (Director) (1967). *In the Heat of the Night* [Película]. The Mirisch Corporation.
- Kazan, E. y Ford, J. (Directores) (1949). *Pinky* [Película]. Twentieth Century Fox.
- Kazan, E. (Director) (1951). *A Streetcar Named Desire* [Película]. Warner Brothers Pictures y Charles K. Feldman Group.
- Kazan, E. (Director) (1956). *Baby Doll* [Película]. Newtown Productions.
- Kit, B. (2022, junio 01). Behind Netflix's Leaner Movie Mandate: Bigger, Fewer and Better. *The Hollywood Reporter*. <https://www.hollywoodreporter.com/business/business-news/netflix-movies-knives-out-gray-man-red-notice-1235156868>
- Kindleberger, C. (2013). *The World in Depression: 1929-1939*. University of California Press.
- Kramer, S. (Director) (1958). *The Defiant Ones* [Película]. Lomitas Productions y Curtleigh Productions.
- Kramer, S. (Director) (1967). *Guess Who's Coming to Dinner?* [Película]. Columbia Pictures y Stanley Kramer Productions.
- Kubrick, S. (Director) (1957). *Paths of Glory* [Película]. Bryna Productions.
- Kubrick, S. (Director) (1962). *Lolita* [Película]. A. A. Productions Ltd., Anya, Harris-Kubrick Productions y Transworld Pictures.

- Kubrick, S. (Director) (1964). *Dr. Strangelove or: How I Learned to Stop Worrying and Love the Bomb* [Película]. Columbia Pictures Corporation y Hawk Films.
- Kunz, W. (2007). *Culture Conglomerates: Consolidation in the Motion Picture and Television Industries*. Rowman & Littlefield.
- La Constitución de los Estados Unidos. 10/05/2023. <https://www.state.gov/wp-content/uploads/2020/05/SPA-Constitution.pdf>
- Ladika, S. (2019). Movie Industry Disruption: Can Hollywood adjust to the streaming era? En CQ
- Laughton, C. (Director) (1955). *The Night of the Hunter* [Película]. Paul Gregory Productions.
- LeRoy, M. (Director) (1932). *I Am a Fugitive from a Chain Gang* [Película]. Warner Brothers Pictures.
- Lubitsch, E. (Director) (1933). *Design for Living* [Película]. Paramount Pictures.
- Lubitsch, E. (Director) (1942). *To Be or Not to Be* [Película]. Romaine Film Corporation.
- Lumet, S. (Director) (1957). *12 Angry Men* [Película]. Orion-Nova Productions.
- Mankiewicz, J. L. (Director) (1950). *All About Eve* [Película]. Twentieth Century Fox.
- McCarey, L. (Director) (1937). *The Awful Truth* [Película]. Columbia Pictures.
- Meyerowitz, J. (2014). The Liberal 1950s? Reinterpreting Postwar U.S. Sexual Culture. En K. Hagemann y S. Michel (Eds.), *Gender and the Long Postwar: Reconsiderations of the United States and the Two Germanys, 1945-1989* (pp. 295-317). Woodrow Wilson Center Press y Johns Hopkins University Press.
- Milestone, L. (Director) (1930). *All Quiet on the Western Front* [Película]. Universal Pictures.
- Montañez, M. (2018). *Liberating Hollywood: Women Directors and the Feminist Reform of 1970s American Cinema*. Rutgers University Press.
- Morgan, B. (2023, marzo 30). How 'Phygital' Customer Experiences Expand If Amazon Acquires AMC. *Forbes*. <https://www.forbes.com/sites/blakemorgan/2023/03/30/will-amazon-buy-amc-the-move-expands-connected-phygital-customer-experiences/?sh=6e937b826f98>

- Morgan, I. (2016). Introduction: Hollywood and the Great Depression. En I. Morgan y P. John (Eds.), *Hollywood and the Great Depression: American Film, Politics and Society in the 1930s* (pp. 1-26). Edinburgh University Press.
- Mulligan, R. (Director) (1962). *To Kill a Mockingbird* [Película]. Estados Unidos de América.
- Negulesco, J. (Director) (1953). *How to Marry a Millionaire* [Película]. Twentieth Century Fox.
- Neuman, R. (2022). *Walt Disney's Dream Park and the Influence of American Movies*. McFarland &
- Nichols, M. (Director) (1967). *The Graduate* [Película]. Lawrence Truman Productions.
- Pasolini, P. (Director) (1961). *Accattone* [Película]. Arco Film y Cino del Duca.
- Penn, A. (Director) (1967). *Bonnie and Clyde* [Película]. Warner Brothers Pictures/Seven Arts y Tatira-Hiller Productions.
- Porst, J. (2021). *Broadcasting Hollywood: The Struggle Over Feature Films on Early TV*. Rutgers University Press.
- Preminger, O. (Director) (1955). *The Man with the Golden Arm* [Película]. Otto Preminger Films.
- Preminger, O. (Director) (1959). *Anatomy of a Murder* [Película]. Otto Preminger Films.
- Researcher (Ed.), *Issues for Debate in American Public Policy: Selections from CQ Researcher* (pp. 57-81). SAGE Publications.
- Resnais, A. (Director) (1959). *Hiroshima mon amour* [Película]. Argos Films, Como Films, Daiei Studios, Pathé Entertainment y Pathé Overseas.
- Rivette, J. (Director) (1961). *Paris nous appartient* [Película]. Ajym Films y Les Films du Carrosse.
- Robson, M. (Director) (1949). *Home of the Brave* [Película]. Stanley Kramer Productions.
- Rohmer, É. (Director) (1962). *Le signe du lion* [Película]. Ajym Films.
- Romanowski, W. D. (2012). *Reforming Hollywood: How American Protestants Fought for Freedom at the Movies*. Oxford University Press.
- Rossellini, R. (Director) (1945). *Roma città aperta* [Película]. Excelsa Film.
- Rossellini, R. (Director) (1946). *Paisà* [Película]. Organizzazione Film Internazionali y Foreign Film Productions.
- Sandrich, M. (Director) (1935). *Top Hat* [Película]. RKO Radio Pictures.



- Santis, G. de., Serandrei, M. y Pagliero, M. (Directores) (1945). *Giorni di gloria* [Película]. Titanus, Associazione Nazionale Partigiani d'Italia, Cinéac, Ministerio delle Terre Occupate, Comando delle Divisioni Garibaldine Zona Valsesia y P.W.B. Film Division.
- Santis, G. de. (Director) (1949). *Riso amaro* [Película]. Lux Film.
- Schatz, T. (1999). *Boom and Bust: American Cinema in the 1940s*. University of California Press.
- Sherwin, R. (2000). *When Law Goes Pop: The Vanishing Line between Law and Popular Culture*. The University of Chicago Press.
- Sherwin, R. (2010). Imagining Law as Film (Representation without Reference?). En A. Sarat, M. Anderson y C. O. Frank, (Eds.), *Law and the Humanities* (pp. 241-268). Cambridge University Press.
- Shiel, M. (2006). *Italian Neorealism: Rebuilding the Cinematic City*. Wallflower.
- Sica, V. de. (Director) (1946). *Sciuscià* [Película]. Società Cooperativa Alfa Cinematografica.
- Sica, V. de. (Director) (1948). *Ladri di biciclette* [Película]. Produzioni De Sica.
- Sica, V. de. (Director) (1952). *Umberto D.* [Película]. Dear Film, Rizzoli Film, Produzione Films Vittorio de Sica y Amato Film.
- Smyth, J. (2016). Hollywood as Historian, 1929-1945. En C. Lucia, R. Grundmann y A. Simon (Eds.), *American Film History: Selected Readings, Origins to 1960* (pp. 361-380). Wiley Blackwell.
- The Beatles (1968). Revolution 1–Remastered 2009 [Canción]. En *The Beatles*. EMI Studios y Trident Studios. <https://open.spotify.com/track/1aOzDhi5a1RWWRY5dmYA8I>
- Truffaut, F. (Director) (1959). *Les quatre cents coups* [Película]. Les Films du Carrosse y Sédif Productions.
- United States v. Paramount Pictures, Inc., 334 U.S. 131 (1948).
- Varda, A. (Directora) (1962). *Cléo de 5 à 7* [Película]. Ciné-tamaris y Rome Paris Films.
- Visconti, L. (Director) (1943). *Ossessione* [Película]. Industrie Cinematografiche Italiane.
- Visconti, L. (Director) (1948). *La terra trema* [Película]. AR.TE.AS Film y Universal Film.

- Wagnleitner, R. (1994). *Coca-Colonization and the Cold War: The Cultural Mission of the United States in Austria after the Second World War* (D. M. Wolf, trad.). The University of Carolina Press.
- Weber-Waller, S. (2005). *Thurman Arnold: A Biography*. Nueva York y New York University Press.
- Welles, O. (Director) (1941). *Citizen Kane* [Película]. RKO Radio Pictures y Mercury Productions.
- Williams, J. (2021). *The 1960s Cultural Revolution (2a. ed.)*. ABC-Clio/Greenwood.
- Winn, J. (2009). Motion Pictures. En R. Luthra (Ed.), *Journalism and Mass Communication: Encyclopedia of Life Support Systems* (pp. 75-89). UNESCO-EOLSS.
- Wilder, B. (Director) (1944). *Double Indemnity* [Película]. Paramount Pictures.
- Wilder, B. (Director) (1950). *Sunset Boulevard* [Película]. Paramount Pictures.
- Wilder, B. (Director) (1951). *Ace in the Hole* [Película]. Paramount Pictures.
- Wylder, W. (Director) (1946). *The Best Years of Our Lives* [Película]. The Samuel Goldwyn Company.



## Cómo citar

### **Sistema IJJ**

Cervantes Daguerre, Rafael, “United States v. Paramount, Inc.: provocando y frenando tanto revoluciones jurídicas como culturales en un Estado constitucional”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19251. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19251>

### **APA**

Cervantes Daguerre, R. (2024). United States v. Paramount, Inc.: provocando y frenando tanto revoluciones jurídicas como culturales en un Estado constitucional. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19251. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19251>

# Comentarios legislativos



## Los Lineamientos para el Protocolo de Erradicación del Acoso Escolar en Educación Básica, del 7 de diciembre de 2023

*Guidelines for the Protocol to Eradicate Bullying in Basic Education,  
dated December 7, 2023*

Pedro Antonio Pérez Valdivieso

 <https://orcid.org/0009-0009-3169-5654>

Universidad Panamericana. México.  
Correo electrónico: pedroperez@up.edu.mx

Publicación: 27 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19088>

**RESUMEN:** En este comentario se analizan las medidas preventivas establecidas en los Lineamientos para el Protocolo de Erradicación del Acoso Escolar en Educación Básica, de fecha 7 de diciembre de 2023, desde una perspectiva de educación en derechos humanos.

**Palabras claves:** acoso escolar, derechos humanos, educación, medidas preventivas, violencia.

**ABSTRACT:** This commentary analyzes the precautionary measures established in the Guidelines for the protocol to eradicate bullying in basic education dated December 7, 2023, from a human rights education perspective.

**Keywords:** bullying, human rights, education, preventive measures, violence.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *Las medidas preventivas de los Lineamientos desde la perspectiva de la educación en derechos humanos.* III. *Comentario Final.* IV. *Referencias*

### I. INTRODUCCIÓN

En materia de derechos humanos “existe una alta frustración en lo atinente a los logros obtenidos o, dicho de otro modo, un alto nivel de decepciones ante la violación constante de lo recogido en estas declaraciones” (Enrique

Sánchez *et al.*, 2014). Una de las realidades que mayor frustración genera es la violencia infantil que sufren niñas, niños y adolescentes (NNA).

El Informe sobre la Situación Mundial de la Prevención de la Violencia contra los Niños de 2020, publicado por la Organización Mundial de la Salud, señala que a nivel mundial uno de cada dos niños, de dos a diecisiete años, es víctima de algún tipo de violencia, mientras que la tercera parte de los estudiantes, de once a quince años, han sido víctimas de acoso escolar por parte de sus semejantes (Organización Mundial de la Salud, 2020).

Las situaciones de violencia infantil son diversas; y el acoso escolar sobresale entre ellas. En México, de acuerdo con la Encuesta Nacional Sobre Discriminación de 2022, el 19.4 % de la población de niñas y niños, de 9 a 11 años, declararon ser víctimas de discriminación por parte de sus compañeros de escuela (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2023).

Para hacer frente al acoso escolar, el Estado mexicano ha implementado una serie de reformas legislativas y administrativas que ponen especial énfasis en la responsabilidad de las autoridades escolares para prevenir, atender y erradicar el acoso escolar. La Ley General de Educación señala, en su artículo 73, que en la educación para menores de dieciocho años, los planteles educativos y las autoridades escolares deben tomar medidas que aseguren la protección de la integridad física, psicológica y social de los educandos, respetando en todo momento su dignidad y sus derechos.

Por otro lado, el artículo 45 de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia reconoce que corresponde a la Secretaría de Educación Pública el diseño de programas educativos que fomenten una vida libre de violencia contra las mujeres y el respeto a su dignidad.

En la misma sintonía, el artículo 59 de la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes establece que las autoridades competentes tienen la obligación de realizar todas las acciones necesarias para fomentar un ambiente libre de violencia en las instituciones escolares. Para ello, las autoridades escolares federales, estatales y municipales deberán coordinarse, con el fin de diseñar estrategias y acciones para la prevención, detección y erradicación del acoso escolar.

El último esfuerzo normativo —hasta la fecha de elaboración del presente comentario— para erradicar el acoso escolar aconteció el 7 de diciembre de 2023, cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación el acuerdo número 14/12/23 en virtud del cual la Secretaría de Educación Pública emitió los Lineamientos para el Protocolo de Erradicación del Acoso Escolar en Educación Básica.

Estos Lineamientos tienen por objeto establecer los principios, acciones y recomendaciones que deben seguir las Autoridades Educativas Locales<sup>1</sup> (AEL) en el ámbito de sus competencias, para la elaboración de protocolos locales de prevención, atención y no repetición de casos de acoso escolar en las instituciones de educación básica. Se componen de tres ejes esenciales: 1) el establecimiento de medidas preventivas; 2) la atención de casos de acoso escolar, que comprende la detección, notificación, intervención y seguimiento de cada caso; y 3) la implementación de medidas de no repetición.

Estos lineamientos ameritan unos comentarios desde la perspectiva de la educación en derechos humanos. Para estos efectos, el estudio se enfocará en el establecimiento de medidas preventivas para casos de acoso escolar.

## II. LAS MEDIDAS PREVENTIVAS DE LOS LINEAMIENTOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS

Los Lineamientos definen al acoso escolar como

toda conducta intencional, direccionada, frecuente y en desigualdad de poder (ya sea física, de edad, social, económica, entre otras) que se ejerce entre las o los educandos en el entorno escolar, generalmente en privado y lejos de los ojos de los adultos, con objeto de someter, explotar y causar daño. (Diario Oficial de la Federación, 2022)

Partiendo de este concepto de acoso escolar, uno de los objetivos de los lineamientos es señalar las acciones y recomendaciones encaminadas a prevenir casos de acoso, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 que obliga a las AEL a establecer medidas preventivas que tengan un efecto disuasorio de conductas que puedan constituir un caso de acoso escolar.

Un primer punto para analizar se refiere a que los Lineamientos consideren a los derechos humanos como un enfoque transversal para su interpretación y aplicación. El reconocimiento de este enfoque pone de manifiesto la relación que existe entre educación y derechos humanos, la cual ha sido evidente en dos vías comunicantes: “la educación es un derecho humano,

---

<sup>1</sup> Las AEL son definidas en los Lineamientos como el “Ejecutivo de cada una de estas Entidades Federativas, así como a las instancias que, en su caso, establezcan para el ejercicio de la función social educativa”.

y los derechos humanos deben ser objeto prioritario de la educación” (Flores Giménez, 2023).

De manera progresiva, la relación entre educación y derechos humanos fue sistematizada para concluir con la creación de una materia concreta: la educación en derechos humanos (EDH). En efecto, la EDH es

el conjunto de actividades educativas y de formación, información, sensibilización y aprendizaje que tienen por objeto promover el respeto universal y efectivo de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales, contribuyendo así, entre otras cosas, a la prevención de los abusos y violaciones de los derechos humanos al proporcionar a las personas conocimientos, capacidades y comprensión y desarrollar sus actitudes y comportamientos para que puedan contribuir a la creación y promoción de una cultura universal de derechos humanos. (Naciones Unidas, 2012).

De acuerdo con esta definición, se advierte que la EDH se compone de tres elementos: *a)* la educación sobre los derechos humanos, *b)* la educación por medio de los derechos humanos; y *c)* la educación para los derechos humanos (Bajaj, 2017).

La EDH tiene como uno de sus principales objetivos el respeto de los derechos humanos de los educandos mediante la promoción de actitudes, comportamientos y conocimientos que prevengan violaciones o abusos a los derechos. Los Lineamientos y la EDH comparten una misma finalidad, a saber, disuadir conductas que son violatoria de derechos humanos.

Al considerar a la EDH como un enfoque transversal, los Lineamientos están aplicando adecuadamente el marco jurídico nacional e internacional en materia de educación y derechos humanos. En la Convención sobre los Derechos del Niño y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales se ha reconocido que la educación debe tener por objeto el desarrollo, el respeto y el fortalecimiento de los derechos humanos.<sup>2</sup>

Al seguir con la tendencia internacional, la Constitución mexicana, en el párrafo tercero del artículo 3, señala que la educación se basará en el respeto de la dignidad de las personas, con una perspectiva de derechos humanos e igualdad sustantiva. Por su parte, en el artículo 15 de la Ley General de Educación se reconoce que la educación impartida por el Estado mexi-

---

<sup>2</sup> Artículo 29 de la Convención sobre los Derechos del Niño y artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.



cano tiene como uno de sus fines inculcar el enfoque de derechos humanos e igualdad sustantiva, así como promover el conocimiento, el respeto y el disfrute de los derechos humanos.<sup>3</sup>

Establecido lo anterior, el segundo punto a analizar consiste en verificar si las medidas preventivas señaladas en los Lineamientos cumplen con los estándares establecidos por la EDH. Los Lineamientos señalan que las medidas preventivas deben tener un enfoque comunitario, además de tomar en cuenta las necesidades y contextos específicos de cada entorno educativo. Este enfoque comunitario es acorde con los estándares de la EDH, debido a que parte de la necesidad de diseñar medidas que permitan a los educandos vivir de manera efectiva los derechos humanos en el ámbito escolar, lo que sólo será posible en la medida que se reconozca su situación específica.

En el ámbito normativo, el artículo 18 señala que las AEL deberán emitir su *protocolo* de erradicación del acoso escolar en la educación básica y difundir un marco de convivencia que contenga los derechos y responsabilidades de los educandos, madres o padres y figuras educativas.

Consideramos que las medidas normativas descritas en el párrafo anterior son insuficientes, ya que también deberían considerar la emisión de un protocolo en materia de protección y promoción de los derechos humanos en la educación básica. La EDH establece que un primer paso para la prevención de violaciones y abusos es que las personas conozcan sus derechos (Bellver Capella, 2019).

En este caso, la existencia de un protocolo en materia de derechos humanos que establezca acciones concretas dentro de las instituciones escolares, para que los educandos ejerzan sus derechos a la igualdad o de libertad de expresión, por mencionar algunos, tendría un efecto inhibitorio a conductas de acoso que se originan, precisamente, por el desconocimiento de los derechos humanos. Este protocolo tendría que impulsar una educación en la que se obligue a respetar los derechos humanos (González Contró, 2005).

Por otro lado, los Lineamientos resaltan la formación de las figuras educativas sobre el acoso escolar como una medida preventiva que coadyuva a su erradicación, por lo que las AEL deberán diseñar e impartir a las figuras educativas cursos de especialización sobre materias como el acoso escolar,

---

<sup>3</sup> La Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes señala en su artículo 57 que los educandos tienen derecho a una educación basada en un enfoque de derechos humanos.

la cultura de la paz, la resolución práctica de conflictos, los derechos humanos y la participación infantil (artículo 19).

No obstante que los Lineamientos promueven la formación en materia de derechos humanos de las figuras educativas, es omiso en cuanto a señalar contenidos relevantes de dicha formación, como es el caso de la perspectiva de género, los derechos de las infancias y adolescencias, así como recomendaciones generales para educar desde los derechos humanos.

Educar desde los derechos humanos implica que el aprendizaje y la enseñanza deben tener como base el respeto a los derechos de los educadores y educandos. La capacitación de los educadores no debe buscar sólo la transmisión de conocimientos básicos de la materia, sino generar una cultura en la que el profesorado asuma su obligación de promover situaciones en las que el alumnado pueda ejercer sus derechos en el aula, independientemente del grado o materia de la que se trate.

Los educadores deben asumir el compromiso de que la educación se construya con base en los derechos humanos; que exista igualdad y no discriminación; que sea accesible y permita a las personas asociarse y desarrollarse como miembros de la sociedad; y, de forma universal, que en la educación se respete la dignidad humana (Magendzo Kolstrein y Pérez Bravo, 2015).

Es cuestionable que en los Lineamientos no se desarrolle el contenido mínimo que deben conocer las figuras educativas sobre los derechos humanos. No es necesario que se detalle un temario, pero sí prever temas que, por su relevancia, deban ser considerados en todos los casos para combatir el acoso escolar. El poco desarrollo de esta medida, la convierte en una intención más que en una obligación jurídica exigible.

Junto con el aspecto normativo y formativo, las AEL deberán impulsar la participación de la comunidad escolar y la creación de vínculos que permitan la erradicación del acoso escolar mediante la realización de las siguientes actividades (artículos 20 y 21):

- a) Realización de campañas de sensibilización con la finalidad de establecer actividades educativas, culturales y recreativas que fomenten la prevención del acoso escolar.
- b) Diseño de jornadas escolares para fomentar la cohesión grupal, el desarrollo de habilidades socioemocionales y los ambientes escolares inclusivos.

- c) Elaboración e impartición de talleres sobre el acoso escolar a padres, tutores y educadores.
- d) Identificación y cuidado especial de los lugares de riesgo en los planteles escolares.
- e) Establecimiento de mecanismos de resolución pacífica de los conflictos.
- f) Diseño de proyectos comunitarios que generen una identidad escolar.
- g) Elaboración y difusión de un directorio que contenga las instancias de seguridad, salud, protección y defensa de los derechos de NNA.
- h) Promoción y realización de acciones interinstitucionales con la finalidad de formar a los planteles de los centros educativos.
- i) Formación de redes de colaboración con universidades locales para la creación de un sistema de prácticas profesionales o servicio social enfocados a tratar asuntos que se relacionen con el acoso escolar.

Si bien las actividades mencionadas en el párrafo anterior son aceptables, a efecto de fortalecer una cultura de derechos humanos, los Lineamientos debieron establecer otras medidas que, desde la perspectiva de la EDH, fueran apropiadas para mitigar el fenómeno del acoso escolar.

En primer lugar, los Lineamientos debieron resaltar la importancia de generar una relación entre los educadores y educandos que genere confianza y, especialmente, que esté exenta de cualquier forma de violencia. Así, la primera medida preventiva es el reconocimiento recíproco de la dignidad de toda la comunidad estudiantil (Mujica Barreda, 2007).

Otra deficiencia, a la luz de la EDH, radica en que no se señalan medidas preventivas enfocadas en el ámbito de la educación no formal. Si bien es cierto que el principal objeto de aplicación recae en la educación formal, al ser el acoso escolar un fenómeno multifactorial, no considerarlas disminuye su eficacia (Bajaj, 2017).

Por otro lado, se debió haber señalado que todos los cursos de capacitación y formación deben buscar el aprendizaje significativo, entendido como aquél que “puede vincularse, de modo no arbitrario y sustancial, con lo que el alumno ya sabe. Se trata de establecer un puente cognitivo entre la realidad que se desea enseñar y alguna noción y/o experiencia que ya posee el alumno” (Ghiretti, 2023). Así, el aprendizaje y la enseñanza, con base en la EDH, debe partir del reconocimiento de las experiencias de los educadores y educandos con los derechos humanos, y, en este caso, de los actos que los vulneran.

Para impulsar la comunidad escolar y crear vínculos entre los estudiantes, los Lineamientos no hacen referencia a la utilización de diálogos o coloquios entre el alumnado, lo cual consideramos es una omisión significativa, pues, para que la EDH se desarrolle adecuadamente, es necesario entablar un diálogo entre todos los miembros de la comunidad escolar que permita de reconocer que las personas son diferentes pero iguales en dignidad.

Los derechos humanos no se pueden aprender o enseñar individualmente. Es necesario que se produzca un diálogo constante que permita compartir las ideas, dudas, reflexiones o preocupaciones sobre el ejercicio y el respeto de estos derechos (Mujica Barreda, 2007).

Finalmente, en los Lineamientos se establecen medidas referentes a la prevención del ciberacoso (artículo 22), frente a lo cual las AEL deben establecer campañas de difusión sobre el ciberacoso, así como estrategias para desarrollar en los estudiantes habilidades de cuidado y autocuidado en los entornos digitales.

Las medidas de prevención del ciberacoso no sólo deben concentrarse en campañas de difusión, sino también en la emisión de un Protocolo de protección de derechos humanos en el entorno digital, que permita conocer a los educandos sobre las maneras que pueden ejercer sus derechos en medios digitales, protegiendo su integridad emocional y psicológica.

### III. COMENTARIO FINAL

El acoso escolar es un problema que vulnera la dignidad de los educandos. Ante esta situación, el Estado mexicano, a través de las AEL, debe elaborar e implementar medidas enfocadas en prevenir, atender y erradicar casos de acoso escolar.

Los Lineamientos son un esfuerzo necesario. Sin embargo, sus medidas deben ser analizadas tomando en cuenta su idoneidad desde la perspectiva de la EDH, la cual permite combatir el acoso escolar mediante la generación de una serie de conocimientos, habilidades y aptitudes tendientes a proteger los derechos humanos y facilitar la formación de una cultura en la que su respeto sea un hábito.

#### IV. REFERENCIAS

- Bajaj, M (Ed.). (2017) *Human Rights Education: Theory, Research, Praxis*. University of Pennsylvania Press.
- Bellver Capella, V. (2019). Educar en Derechos Humanos: orientaciones del Derecho internacional e implementación en la educación superior. *Revista de Educación y Derecho*, (20), 1-25.
- Diario Oficial de la Federación. (2022, diciembre). ACUERDO número 14/12/23 por el que se emiten los Lineamientos para el protocolo de erradicación del acoso escolar en educación básica (preescolar, primaria y secundaria). [https://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5710684&fecha=07/12/2023#gsc.tab=0](https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5710684&fecha=07/12/2023#gsc.tab=0)
- Enríquez Sánchez, J. M., Ferrari Nieto, E., Muñoz de Baena Simón, J. L., Otero León, L., Pérez Rodríguez, C., y Santos Esteban, A. B. (2014). *Educación plena en derechos humanos*. Trotta.
- Flores Giménez, F. (2023). La educación en derechos humanos: ¿para qué? *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (49), 668-677. <https://doi.org/10.7203/CEFD.49.26189>
- Ghiretti, H. (2023). ¿Cómo explicar la política a los jóvenes? *Conocimiento y Acción*, (5), 51-70. <https://doi.org/10.21555/cya.iv.2.2912>
- González Contró, M. (2005). La educación en derechos humanos como experiencia vital en la escuela. En J. C. Gutiérrez Contreras (Ed.), *Educación en Derechos Humanos* (pp. 139-140). SER; Programa de Cooperación sobre Derechos Humanos; Comisión Europea.
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2023). *Encuesta Nacional sobre Discriminación 2022: presentación de resultados*. [https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2022/doc/enadis2022\\_resultados.pdf](https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/enadis/2022/doc/enadis2022_resultados.pdf)
- Magendzo Kolstrein, A., y Pérez Bravo, J. M. (2015). *Educación en derechos humanos: una perspectiva para educar desde la perspectiva controversial*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Mujica Barreda, R. M. (2007). Herramientas y metodologías para la educación en derechos humanos. En *Educación en derechos humanos* (pp. 41-73). Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Naciones Unidas. (2012). *Declaración de las Naciones Unidas sobre educación y formación en materia de derechos humanos*.
- Organización Mundial de la Salud. (2020). *Informe sobre la situación mundial de la prevención de la violencia contra los niños 2020: resumen*

de orientación. [https://www.unicef.org/cuba/informes/informe-sobre-la-situacion-mundial-de-la- prevencion-de-laviolencia-contra-los-ninos-2020](https://www.unicef.org/cuba/informes/informe-sobre-la-situacion-mundial-de-la-prevencion-de-laviolencia-contra-los-ninos-2020)



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Pérez Valdivieso, Pedro Antonio, “Los Lineamientos para el Protocolo de Erradicación del Acoso Escolar en Educación Básica, del 7 de diciembre de 2023”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19088. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19088>

### ***APA***

Pérez Valdivieso, P. A. (2024). Los Lineamientos para el Protocolo de Erradicación del Acoso Escolar en Educación Básica, del 7 de diciembre de 2023. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19088. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19088>

## ¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador<sup>1</sup>

### *State of emergency or normality? The extensions of the Legislative Decree number 333 of the Republic of El Salvador*

Adriana Díaz Trujillo Portilla

 <https://orcid.org/0009-0003-8704-3627>

Universidad Panamericana, México.  
Correo electrónico: [adrianadtportilla@hotmail.com](mailto:adrianadtportilla@hotmail.com)

Publicación: 27 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19094>

**RESUMEN:** Una de las características principales del *régimen de excepción* es que debe ser temporal la suspensión de ciertos derechos para hacerle frente a las amenazas externas e internas. Sin embargo, El Salvador ha tenido que prolongarlo por más de dos años con la finalidad de restablecer el orden, la seguridad ciudadana y el control territorial derivado de las graves perturbaciones al orden público por grupos delincuenciales que atacan contra la vida, la paz y la seguridad de la población salvadoreña. Por ello, este comentario ahonda en el *bukelismo* como una estrategia realista para erradicar por completo el crimen en dicho país y ofrece un análisis sobre las prórrogas que ha tenido el Decreto Legislativo número 333, mediante el cual se adoptan medidas excepcionales en el El Salvador durante la presidencia de Nayib Bukele. **Palabras clave:** Estado de derecho, derechos humanos, Nayib Bukele, El Salvador, *bukelismo*, régimen de excepción, temporalidad.

**ABSTRACT:** One of the main characteristics of the *state of emergency* is that the suspension of certain rights must be temporary in order to address external and internal threats. However, El Salvador has extended it for more than a year as a way to restore public order and control over the territory owing to serious disturbances to public order by criminal structures that threaten the life, peace, and security of the Salvadoran population. Therefore, this article delves into *bukelism* as a realistic strategy to completely eliminate crime in the country, and provides an analysis of the extensions that the Legislative Decree number 333 has had, through which exceptional measures are adopted in El Salvador during the presidency of Nayib Bukele.

---

<sup>1</sup> Este texto fue comentado y corregido con base en las discusiones que tuvieron lugar en el Seminario interno de doctorandos en Derecho de la Universidad Panamericana.

**Keywords:** rule of law, human rights, Nayib Bukele, El Salvador, bukelism, state of emergency, temporality.

**SUMARIO:** I. *Introducción*. II. *El régimen de excepción y el bukelismo*. III. *¿Régimen de Excepción o normalidad?* IV. *Conclusión*. V. *Bibliografía*.

## I. INTRODUCCIÓN

Desde el siglo XX, la historia de El Salvador ha estado marcada por las maras, las pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal que, con el paso del tiempo, crecieron y sus acciones se volvieron cada vez más violentas (López Bernal, 2015, p. 49). Esto causó que El Salvador se convirtiera en el país con más homicidios del mundo (Global Graphic, 2022, 00:00:40-00:01:40, 00:02:19-00:03:00, 00:03:14-00:03:25 y 00:04:13-00:04:57).<sup>2</sup>

A pesar de los esfuerzos del Estado por abordar estas cuestiones (López Bernal, 2015, p. 49), no se habían producido cambios significativos El Salvador hasta la llegada de Nayib Bukele a la presidencia en 2019. El presidente Bukele, en lugar de mantener un sistema idealista que enfrentaba enormes desafíos en cuanto a eficacia, optó por implementar una estrategia realista acorde a la situación del país conocida como *bukelismo*.

Es importante precisar que existe una distinción entre el mundo en el que vivimos, denominado *realismo*, y el mundo en el que deseamos vivir, conocido como *idealismo*. Tal distinción representa la dicotomía entre lo que es y lo que podría ser, por lo que exagerar el papel de lo que no es el Estado resulta, con frecuencia, una utopía (Rubio García, 1974, p. 67).

En este sentido, los derechos humanos representan uno de los pilares fundamentales del idealismo, aunque los intereses de los países no siempre se alinean con esto; especialmente cuando la seguridad nacional se ve amenazada (Power, 2019, p. 155). En ocasiones, para hacer frente a estas amenazas, es necesario recurrir a estrategias adaptadas a la realidad que verdaderamente aborden los problemas de seguridad nacional (CNN en español, 2023, 00:02:01-00:05:08), como suspender los derechos para erradicar a los grupos delictivos.

---

<sup>2</sup> La tasa de homicidios en el mundo, de 1990 al 2021, por cada 100,000 habitantes (Global Graphic, 2022).



El presente comentario tiene como objetivo analizar las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador, mediante el cual se declaró a todo el país en *régimen de excepción*, con lo cual se han suspendido ciertos derechos y garantías constitucionales, como parte del Plan Control Territorial, para contener las graves perturbaciones del orden público (Considerando V).

La efectividad de la prolongación del Decreto Legislativo número 333 ha cobrado una gran relevancia por el contexto en el que se vive actualmente en Latinoamérica, donde países como Ecuador se han visto influenciados por la ideología del *bukelismo*. De allí que, para alcanzar el objetivo señalado anteriormente, este texto se desarrollará en dos grandes apartados. En el primero se abordarán las características del régimen de excepción, según la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Constitución de la República de El Salvador y el modelo del *bukelismo*; mientras que en el segundo se analizará si la situación actual en El Salvador representa un régimen de excepción o una normalidad que podría dejar de prolongarse una vez que se consiga el objetivo del presidente Bukele.

## II. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN Y EL *bukelismo*

### 1. *El régimen de excepción*

Una de las características del Estado de derecho es ser un Estado normativizado. Sin embargo, existen circunstancias anormales donde el derecho termina guardando silencio, como cuando está ante una crisis que altera el desarrollo de la vida social (Goizueta Vértiz, 2016, pp. 185-187). Es por ello que en el marco constitucional se diseñó el “estado o régimen de excepción”, una situación en la cual se faculta a los Estados para decretar la suspensión temporal de ciertos derechos, con la finalidad de hacer frente a estas amenazas externas e internas (Fix-Zamudio, 2004, pp. 803, 804, 833).

Hoy en día el referente más directo se encuentra en la normativa internacional. Por ejemplo, en los artículos 27, 28, 29, 30 y 31 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en las constituciones de diversos países como la de El Salvador, en sus artículos 29, 30 y 31.

En relación con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 27 se indica que

en caso de guerra, de peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud de esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que les impone el derecho internacional y no entrañen discriminación alguna fundada en motivos de raza, color, sexo, idioma, religión u origen social.

En esta Convención se precisa que no puede ser suspendido el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, a la prohibición de la esclavitud y servidumbre, al principio de legalidad y de retroactividad, la libertad de Conciencia y de religión, la protección a la familia, el derecho al nombre, los derechos del niño, el derecho a la nacionalidad, los derechos políticos y las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1978, artículo 27).<sup>3</sup>

Por su parte, en la Constitución de la República de El Salvador (1983) se establece, en su artículo 29, que en casos de guerra, rebelión, invasión del territorio, catástrofe, sedición, epidemia u otra calamidad general, o de graves perturbaciones del orden público, podrán suspenderse la libertad de salir y entrar al país, libertad de expresión, derecho a la asociación y reunión, excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, económicos, culturales o deportivos, la inviolabilidad de la correspondencia, interferencia y la intervención de las comunicaciones telefónicas, y garantías procesales como el derecho a la defensa y presunción de inocencia.

---

<sup>3</sup> Los principales criterios interpretativos, específicamente con el artículo 27 de esta Convención, fueron desarrollados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en sus opiniones consultivas, OC-8/87 y OC-9/87. La primera señala que la interpretación del mismo debe de hacerse de buena fe, teniendo en cuenta el objeto y el fin del tratado, la necesidad de prevenir una conclusión que implique suprimir el goce o el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en dicha Convención o a limitarlos en mayor medida que la que se prevista, y precisa que la suspensión puede ser, en algunas hipótesis, el único medio para atender a las situaciones de emergencia pública y preservar los valores superiores de la sociedad democrática, mientras que la segunda establece que deben de considerarse como garantías judiciales indispensables, no susceptibles de suspensión, el *habeas corpus* (artículo 7), el amparo, o cualquier otro recurso que sea efectivo ante los jueces o tribunales competentes (artículo 25), destinado a garantizar el respeto a los derechos y libertades cuya suspensión no esté autorizada por la Convención.

En el artículo 30 de la Constitución salvadoreña indica que el plazo de suspensión es limitado —como dispone también la Convención Americana sobre Derechos Humanos— a un máximo de treinta días, aunque permite prolongar este plazo por el mismo periodo. Esto ha permitido que el país haya estado más de dos años bajo este régimen, desde el 27 de marzo de 2022, para darle continuidad al restablecimiento del orden, la seguridad ciudadana y el control territorial en dicho país, “derivado de las graves perturbaciones al orden público por grupos delincuenciales que atentan contra la vida, la paz y la seguridad de la población salvadoreña” (Decreto Legislativo número 333, 2022, artículo 2).

Por lo tanto, el régimen de excepción ha sido, más que nada, un medio para poder materializar el *bukelismo*, el cual será desarrollado a continuación.

## 2. El *bukelismo*

La finalidad del gobierno de Bukele es alcanzar un Estado de bienestar social, que tiene como objetivo promover las condiciones políticas, económicas y sociales para el desarrollo de las presentes y futuras generaciones por medio de la potenciación de la educación (Secretaría de la Integración Social Centroamericana, 2019, pp. 2-22). Sin embargo, existe un gran impedimento para que El Salvador pueda alcanzar este bienestar, y son los grupos delincuenciales que atentan contra la paz, la seguridad y la vida de los salvadoreños (Decreto Legislativo número 333, 2022, artículo 2), por lo que su erradicación se convirtió en una prioridad durante su presidencia.

A pesar de los intentos de los gobiernos anteriores por enfrentarlos, estos no fueron suficientes (López Bernal, 2015, p. 49). Es por ello que, tras su llegada a la presidencia, Bukele lanzó una estrategia de seguridad *realista*, que tiene como finalidad terminar con los grupos de pandilleros, así como de proteger a los salvadoreños honrados. Tal estrategia fue plasmada en el Plan Control Territorial (Presidencia de la República de El Salvador, 2022, párr. 1-2.), en donde el régimen de excepción es clave para poder materializar al *bukelismo*.

Gracias a esta medida, El Salvador logró salir de la lista de países más violentos del mundo; lo posicionó como el más seguro de América Latina, compitiendo contra Canadá como el más seguro del Continente Americano (CNN en español, 2023, 00:00:25-00:08:10), y consiguió tener trescientos sesenta y cinco días sin homicidios hasta el 10 de mayo de 2023 (Deldid, 2023, párrs. 1-2).

Disfrutar plenamente de los derechos humanos implica que nadie debe sufrir violaciones de estos derechos. Por lo tanto, es responsabilidad de los Estados idear medidas y mecanismos para garantizar que dichas violaciones no vuelvan a producirse. Por ejemplo, la revisión y reforma de leyes que puedan llegar a producirlas, así como la interrupción inmediata en caso de que se estén realizando (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, s. f., párr. 1, 2, 7, 21), algo que durante ese régimen no ha sucedido (Amnistía Internacional, 2024, párr. 4).

Desde que se publicó el Decreto Legislativo número 333, según Amnistía Internacional (2023), se han registrado una gran cantidad de violaciones a los derechos humanos de las pandillas de forma sistemática; se ha desmantelado el Estado de derecho y se han establecido precedentes muy peligrosos. El *bukelismo* ha dejado a un lado al sistema idealista.

Cabe señalar que estas violaciones tienen sus bases en la tortura, tratos crueles y degradantes por parte de custodios y agentes policiales, así como muertes arbitrarias bajo la custodia del Estado, desaparición forzada, hacinamiento extremo, falta de condiciones de salubridad y de acceso a servicios básicos, como medicamentos, atención médica, agua y alimentación adecuada, encarcelamiento indiscriminado, el crecimiento de la impunidad y la criminalización de las personas que viven en la pobreza (Amnistía Internacional, 2023, párr. 21).

El presidente salvadoreño, sin embargo, ha mostrado su molestia ante diversos pronunciamientos sobre lo que está sucediendo en su país respecto a la violación a los derechos humanos:

Al inicio salen a proteger a los pandilleros [...] Cuando les quitamos un tiempo de comida, saltaron los organismos y las ONGs [...], Sinvergüenzas, nunca dijeron nada con el derramamiento de sangre de nuestro pueblo [...] nunca dijeron nada cuando éramos el país más violento del mundo [...]. (Mágico TV, 2022, 00:04:56, 00:07:07-00:07:34)

No obstante, se podría argumentar que las violaciones a los derechos humanos mencionadas anteriormente pudieron haberse evitado si se hubieran atacado las raíces del problema y no sólo militarmente (Gordon, 2004, p. 379). El *bukelismo* ha demostrado ser eficaz para la erradicación de los grupos delincuenciales en El Salvador, y ante sus innegables resultados positivos, diversos países de Latinoamérica se están empezando a ver influenciados por su estrategia. Ecuador es un claro ejemplo de esto, pues ha emulado

el bukélismo para solucionar los problemas en materia de criminalidad (Maydeu, 2023, pp. 1-4).

### III. ¿RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN O NORMALIDAD?

América Latina, a lo largo de la historia, se ha caracterizado por tener conflictos internos y golpes de estado que trajeron consigo violaciones graves a derechos humanos durante largos períodos de tiempo, así como dictaduras. Estos fenómenos propiciaron los regímenes de excepción permanentes establecidos por legislaciones ordinarias, lo que permitió su presencia de manera indefinida (Gutiérrez Espinoza, 2021, p. 180).

De ahí que la Organización de las Naciones Unidas haya instado a las autoridades salvadoreñas a levantar este estado de emergencia después de que prolongaran el régimen de excepción (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2023, párr. 7), más allá del límite temporal de treinta días establecido en el artículo 30 de la Constitución de la República de El Salvador (1983).<sup>4</sup>

No obstante lo anterior, el gobierno salvadoreño ha señalado que dicho artículo también precisa que la suspensión de derechos podrá prolongarse por igual período, siempre y cuando continúen las circunstancias que la motivaron (Constitución de la República de El Salvador, 1983, artículo 30). Con este argumento consideran que la duración de más de dos años de este mecanismo excepcional es consecuente con las actividades necesarias para poder erradicar de manera completa a los grupos delictivos y otorgar una real protección a las personas inocentes que se han visto afectadas (Decreto Legislativo número 964, 2024, considerando VI).<sup>5</sup>

Si bien es cierto que esta institución jurídica protege al Estado de derecho y los derechos esenciales de los salvadoreños durante los peligros o perturbaciones graves al orden público (Gutiérrez Espinoza, 2021, p. 182), su vigencia se mantendrá hasta que ya no continúen las circunstancias que causaron su declaración, independientemente de que su prolongación pueda considerarse excesiva, dado que el límite temporal de treinta días re-

---

<sup>4</sup> Como se señaló anteriormente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1978) en su artículo 27 establece que el Régimen de Excepción debe de ser temporal,

<sup>5</sup> Decreto Legislativo mediante el cual se prolongan nuevamente los efectos contenidos en el Decreto Legislativo número 333, por el que se estableció el régimen de excepción.

sulta poco realista para erradicar por completo el tipo de criminalidad a la que dicho país ha estado expuesta, distinto a la delincuencia común (Decreto Legislativo número 964, 2024, considerando VI).

En el desarrollo de esta misma cuestión, el análisis de las consecuencias del límite temporal posible en el régimen de excepción de El Salvador se pueden encontrar en el precedente dispuesto por la sentencia de inconstitucionalidad 21-2020AC, del 8 de junio de 2020, de la Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. En dicha sentencia se declaró inconstitucional, por vicios de forma, a la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia Covid-19, contenida en el Decreto Legislativo número 611, por no documentar y acreditar suficientemente las razones que justificaban la suspensión de los derechos constitucionales:

La expresión “si continúan las circunstancias que la motivaron” expresa dos normas: una regulativa y otra constitutiva. En tanto norma regulativa, fija una prohibición para prorrogar el régimen de excepción si no continúan presentes las circunstancias con base en las cuales fue adoptado. De no persistir estas, el decreto de prórroga sería inconstitucional. Y, en tanto norma constitutiva, el art. 30 Cn. prevé las condiciones necesarias para la producción del resultado institucional consistente en la prórroga del régimen de excepción: la persistencia de las circunstancias por las que fue inicialmente adoptado. Y como esto es así, entonces tal disposición otorga la competencia para hacer las prórrogas que sean necesarias a la luz de las razones de hecho presentes en el momento en que se realicen, siempre bajo la sujeción al principio de proporcionalidad y al control constitucional. Solo así puede colmarse la laguna contenida en dicha disposición sin renunciar al fin normalizador de un régimen de excepción”. (Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, 2020, p. 56)

Efectivamente, las prórrogas del régimen de excepción serán inconstitucionales si las circunstancias que justificaron la adopción del régimen ya no persisten, y si no cumplen con el principio de proporcionalidad. En caso de ser así, es decir, que ya no exista una situación que justifique la continuación de las medidas restrictivas de los derechos fundamentales y que estas sean desproporcionadas con la situación de emergencia vigente (Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, 2020, p. 27, 56 y 61), el Régimen se estaría prolongando de manera injustificada, más allá de lo estrictamente necesario. En consecuencia, “la excepción se convertiría en regla y la limitación

de los derechos humanos sería permanente, abusiva e ilegal” (Salazar, 2012, p. 277).

De igual manera la Corte Suprema afirmó que la evaluación de la constitucionalidad de medidas restrictivas de los derechos humanos debe realizarse mediante el test de proporcionalidad. Este método permite determinar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de dichas medidas en situaciones excepcionales, garantizando que se eviten los excesos y se respeten los derechos humanos dentro de los límites constitucionales (Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, 2020, p. 27, 31 y 32).

A esto habría que agregar que en estos casos el examen de proporcionalidad tiene un contenido dual: en sentido genérico, requiere de un análisis de la adopción del régimen en sí misma; y en sentido particular, debe determinarse la proporcionalidad de la suspensión de cada derecho concreto –no es preceptivo que todos se suspendan; y es precisamente por tal razón que el art. 29 Cn. emplea la expresión ‘podrá’, y no la de ‘deberá’–, ya que solo deben ser suspendidos en el grado estrictamente requerido para buscar el retorno a la normalidad y en relación de conexidad con las causas que originaron el régimen de excepción (Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, 2020, p. 31) [...] En otras palabras, corresponde al Órgano Legislativo la obligación de documentar y acreditar la existencia de circunstancias objetivas –en este caso, con base en la mejor evidencia científica– que justifiquen la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida [...] Tal situación permite a la ciudadanía a posteriori someter a control constitucional la decisión legislativa, a fin de que esta sala determine si la actividad legislativa se sujetó al marco constitucional que regula los regímenes de excepción y, en su caso, deje sin efecto dicha normativa por contravenir el orden constitucional. (Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, 2020, p. 64)

En relación con lo anterior, el régimen de excepción tradicional, previamente mencionado, difiere del régimen de excepción permanente por convertir la excepción en regla (Durand Ponte, 2012, p. 11), lo cual resulta contradictorio dado que conlleva la permanencia de una situación que nace inicialmente como algo temporal (Goizueta Vértiz, 2016, p. 188).

Como consecuencia, este tipo de régimen implica una situación constante de violación y ambigüedad de las normas jurídicas, lo que impacta en las relaciones sociales y en la vida cotidiana de la sociedad. Subraya las injusticias, desigualdades y violencias que caracterizan este tipo de régimen, cues-

tionando así cualquier idea de normalidad a pesar de que pudiera llegar a ser internalizado y aceptado como parte de la realidad social (Durand Ponte, 2012, pp. 6-11). “En términos de la dominación sobre la sociedad, el estado de excepción permanente conlleva formas más brutales y autoritarias, aun cuando el régimen electoral sea democrático” (Durand Ponte, 2012, p. 12).

Ahora bien, el Decreto Legislativo número 333, mediante el cual se declaró el régimen de excepción en El Salvador se ha ido prorrogando por la reacción violenta de miembros de pandillas que aún se encuentran en libertad y que pretenden generar terror en la población. La existencia de una reiteración de hechos delictivos ha llevado a las autoridades salvadoreñas a mantener esta medida constitucional, considerándola indispensable para seguir haciendo frente a este fenómeno criminal y asegurar los objetivos del país (Decreto Legislativo número 946, 2024, considerando VI).<sup>6</sup>

Gracias a que se prolongó este Decreto Legislativo, El Salvador logró salir de la lista de los países más violentos del mundo, lo posicionó como el más seguro de América Latina, compitiendo contra Canadá como el más seguro del Continente Americano (CNN en español, 2023, 00:00:25-00:08:10). Además, el país logró tener trescientos sesenta y cinco días sin homicidios hasta el 10 de mayo de 2023 (Delcid, 2023, párr. 1-2). Por lo tanto, algunos podrían considerar oportuno que ya se levantara el régimen de excepción. Sin embargo, las autoridades salvadoreñas consideran que, aunque este gran avance ha casi erradicado el obstáculo que les impedía alcanzar el Estado de Bienestar Social deseado (Decreto Legislativo número 333, 2022, artículo 2), siguen insistiendo en capturar hasta el último pandillero (Prensa Latina, 2024, párr. 4).

En ese sentido, podría afirmarse también que sí siguen en el régimen de excepción tradicional, porque continúan las circunstancias que lo motivaron; sin embargo, al contar con medidas restrictivas que son desproporcionadas con la situación de emergencia vigente, este régimen tradicional se está prolongando de manera injustificada de acuerdo con la Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, dando lugar a la transición hacia un régimen de excepción permanente.

Derivado de los resultados positivos obtenidos, los salvadoreños se han adaptado a las condiciones impuestas por el gobierno de Bukele. La percep-

---

<sup>6</sup> Decreto Legislativo mediante el cual se prolongan nuevamente los efectos contenidos en el Decreto Legislativo número 333, por el que se estableció el régimen de excepción.



ción de estas medidas como una nueva normalidad han causado que el presidente salvadoreño obtuviera una victoria aplastante, con el 85 % de los votos en las elecciones en El Salvador, lo que le permitirá gobernar durante cinco años más (Quesada, 2024, párr. 1-3). “«Sí, de acuerdo, han ocurrido algunas cosas desagradables», dicen muchos, «pero estamos mil veces mejor que antes»” (Quesada, 2024, párr. 3).

Sin duda, el régimen de excepción en El Salvador es uno de carácter permanente, el cual se ha vuelto una normalidad que mantiene a los salvadoreños en paz. Sin embargo, es importante precisar que la ideología del *bukelismo* no es fácil de trasladar a otros países, toda vez que este tipo de mecanismo puede ser efectivo en un país pequeño que responde a su propia realidad. Sin embargo, en naciones más grandes como Brasil, implicaría procesar, condenar y encarcelar a 3.6 millones de personas. A pesar de ello, lo que podría ser más contagioso para otros países latinoamericanos con un frágil Estado de derecho es su autoritarismo (Stott, 2024, p. árr. 3-7).

Esta nueva normalidad que surge de un régimen de excepción permanente evidencia que, incluso para el mismo creador del *bukelismo*, ha sido complicado poder alcanzar sus propios objetivos. Si bien es cierto que esta ideología es impactante y extremadamente funcional, la realidad de El Salvador sigue superando a este sistema realista. Esto indica la falta de un modelo alternativo, que sea 100 % eficaz y coherente con las normas y prácticas democráticas. En este sentido, resulta un desafío para los críticos del presidente salvadoreño encontrar un modelo más viable que el *bukelismo*, que verdaderamente pueda reducir los niveles de criminalidad sin afectar a los derechos humanos (Stott, 2024, párr. 15-18).

#### IV. CONCLUSIÓN

La historia de El Salvador ha estado marcada por las maras, las pandillas, agrupaciones, asociaciones y organizaciones de naturaleza criminal, las cuales fueron creciendo con el paso del tiempo, cuyas acciones se volvieron cada vez más violentas, causando que, en su momento, se convirtiera en el país más peligroso del mundo. Sin embargo, esto cambió cuando Nayib Bukele tomó la presidencia en el 2019. Y en vez de continuar con el sistema idealista, que cuenta con grandes desafíos y luchas en torno a su efectividad, decidió aplicar un sistema realista ante las circunstancias en las que se encontraba su país, la cual es conocida como *bukelismo*.

A pesar de que este sistema ha violado incontables derechos humanos a los integrantes de los grupos criminales, también ha incentivado a diversos países, como Ecuador, a considerar su implementación, tras demostrar los resultados positivos y eficaces en la reducción de la criminalidad en el país. No obstante, esto no significa que el *bukelismo* sea algo positivo, sino que es el reflejo del cansancio y el descontento existente en la población ante la proliferación del crimen en sus países, ante la impunidad y la falta de soluciones efectivas y coherente con las normas y las prácticas democráticas frente a los problemas generados por los grupos delictivos.

Este sistema realista, basado en el Plan Control Territorial y en consonancia con el régimen de excepción, ha puesto en duda si esta suspensión de derechos realmente es producto excepcional, o si ya se ha convertido en una normalidad debido a las incontables prórrogas que han superado los dos años. Sin embargo, la Resolución de inconstitucionalidad 21-2020AC, establece que esta extensión puede justificarse si las circunstancias que originaron la adopción del régimen persisten, y si cumplen con el principio de proporcionalidad. De lo contrario, el régimen se estaría prolongando de manera injustificada, más allá de lo estrictamente necesario.

En el caso de El Salvador, las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 han contribuido a un cambio significativo y positivo en la vida diaria de los salvadoreños, toda vez que hoy pueden caminar por su comunidad en la noche, cruzar calles que antes eran peligrosas y permitir que los niños jueguen en los parques. Estas acciones, que pueden parecer simples en otros países, eran impensables anteriormente en El Salvador, debido al control casi absoluto que los grupos delictivos tenían sobre el territorio del Estado (Bukele, 2023, 00:08:05).

Como se puede observar, lo anterior no se pudo haber conseguido sin tener que seguir el Plan Control Territorial, y sin suspender la libertad de salir y entrar al país, la libertad de expresión, el derecho a la asociación y reunión,<sup>7</sup> la inviolabilidad de la correspondencia, interferencia e intervención de las comunicaciones telefónicas, y las garantías procesales como el derecho a la defensa y presunción de inocencia. Por lo que, después de dos años, no cabe duda de que ya se encuentran ante una normalidad.

Al evaluar la efectividad que tuvo la suspensión de los derechos antes mencionados, a través del Decreto Legislativo número 333 y su poste-

---

<sup>7</sup> Excepto cuando se trate de reuniones o asociaciones con fines religiosos, económicos, culturales o deportivos.

rior prolongación, no podemos evitar reconocer que marcan un precedente muy importante. Por un lado, se trata de un precedente positivo por lo que respecta a la erradicación del crimen; por el otro, uno negativo, ya que ha mostrado que los derechos humanos parecieran importar sólo cuando se afectan a los criminales, pone en duda la efectividad de la protección a los derechos humanos y su papel al momento de establecer, mantener y consolidar la paz. Asimismo, está proyectando la imagen de un autoritarismo eficiente, lo cual contradice al verdadero objetivo del régimen de excepción, especialmente si no se justificó correctamente su prolongación.

Si bien todavía persisten las circunstancias que motivaron la adopción del régimen, es decir, la persistencia de criminales en las calles, las medidas restrictivas de los derechos humanos aplicadas durante esta excepción son desproporcionadas con la situación de emergencia. Esto ha llevado a El Salvador a transitar del régimen de excepción tradicional a uno permanente, el cual ha comenzado a ser aceptado y normalizado por los salvadoreños debido a su efectividad y los resultados positivos que ha conseguido.

No obstante, este sistema realista ha sido muy criticado por contravenir el Estado de derecho. Es inevitable no aceptar que sí ha logrado erradicar, casi por completo, el crimen en El Salvador. Por lo tanto, el *bukelismo* representa un desafío muy importante para encontrar un modelo que sea mucho más efectivo que este, para poder reducir los niveles de criminalidad de los países sin afectar los derechos humanos y las prácticas democráticas.

## V. BIBLIOGRAFÍA

- Amnistía Internacional. (2023, 3 abril). El Salvador: A un año del régimen de excepción, las autoridades cometen violaciones de derechos humanos de forma sistemática. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2023/04/el-salvador-state-emergency-systematic-human-rights-violations/>
- Amnistía Internacional. (2024, 27 marzo). El Salvador: La institucionalización de la violación de derechos humanos tras dos años del régimen de excepción. <https://www.amnesty.org/es/latest/news/2024/03/el-salvador-two-years-emergency-rule/>
- AP. (2024, 18 febrero). Reección de Nayib Bukele: Tribunal de El Salvador ratifica su triunfo presidencial. *El Financiero*. Disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/mundo/2024/02/19/reeleccion-de-nayib-bukele-tribunal-de-el-salvador-ratifica-su-triunfo-presidencial/>.

- Bukele, N. (2023, 5 junio). *Discurso a la Nación, por 4 años de Gobierno* [Vídeo]. YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=XTUAWoQEdZY>
- CNN en español. (2023, septiembre 19). *Discurso completo de Nayib Bukele en la ONU: El Salvador es el «país más seguro de América Latina»* [Vídeo]. YouTube. [https://www.youtube.com/watch?v=Y\\_BxX\\_kHM1M](https://www.youtube.com/watch?v=Y_BxX_kHM1M).
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. 22 de noviembre de 1969. Constitución de la República de El Salvador [Const.] Artículo 30. 15 de diciembre de 1985 (El Salvador).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987a). Opinión Consultiva núm. 8/87 (OC-8/87). Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2200/47.pdf>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH). (1987b). Opinión Consultiva núm. 9/87 (OC-9/87). <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1264.pdf>
- Decreto Legislativo 333. (2022). Régimen de excepción. Presidencia de la República de El Salvador. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/2051B00A-2681-46BB-B039-DF21C50B2F60.pdf>
- Decreto Legislativo 964. (2024). Prolongación del régimen de excepción. Presidencia de la República de El Salvador. <https://www.asamblea.gob.sv/sites/default/files/documents/decretos/DCF7F760-3AF2-4A0D-802A-F64EB3370E55.pdf>
- Delcid, M., (2023, 11 de mayo). Gobierno de El Salvador dice que alcanzó 365 días sin homicidios. *CNN en español*. <https://cnnespanol.cnn.com/2023/05/11/el-salvador-alcanzo-365-dias-sin-homicidios-orix/>
- Durand Ponte, V. M. (2012). *Estado de Excepción Permanente*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Sociales. [https://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos\\_final/491trabajo.pdf](https://conceptos.sociales.unam.mx/conceptos_final/491trabajo.pdf)
- Fix-Zamudio, H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(111), 801-860. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.111.3805>
- Gutiérrez Espinoza, V. (2021, 22 junio). El estado de excepción: una visión desde el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Akademia. Revista Internacional y Comparada de Derechos Humanos*, (núm. especial), 173-223. <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/akade/article/view/39329/36166>

- Goizueta, Vértiz, J. (2016). Los estados de excepción en América Latina: Los controles desde el derecho internacional. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, (98), 183-215. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5617405.pdf>
- Gordon Lauren, P. (2004). Nuevos retos para los derechos humanos. El futuro a la luz del pasado. *Anuario de Derechos Humanos*, (6). <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0404110369A/20> 891
- Global Graphic. (2022, 15 marzo). *Los países con más homicidios del mundo | 1990 - 2021* [Video]. YouTube. <https://www.youtube.com/watch?v=WSIwCr5dT3o>
- López Bernal, C. G. (2015). *El Salvador: historia contemporánea, 1808-2010*.
- Mágico TV. (2022, 10 abril). *Voy a darle un mensaje a los criminales que están afuera: Por ahí andan rumores* [Video]. YouTube. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=l8WYmpnj1R0>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2023, 02 de junio). *El Salvador: Declaratoria del estado de emergencia: Nota informativa*. <https://www.ohchr.org/es/press-briefing-notes/2023/06/el-salvador-state-emergency>
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (s. f.). *Prevención de las violaciones de los derechos humanos*. <https://www.ohchr.org/es/prevention-and-early-warning/preventing-human-rights-violations>
- Power, S. (2019). *The education of an idealist: A memoir*.
- Prensa Latina. (2024, abril 9). El Salvador, hasta el último pandillero. <https://www.prensa-latina.cu/2024/04/09/el-salvador-hasta-el-ultimo-pandillero/>
- Presidencia de la República de El Salvador (2022, 24 noviembre). En el tiempo que lleva el Gobierno del Presidente Nayib Bukele el Plan Control Territorial es la mejor defensa del pueblo ante la agresión de las pandillas. Presidencia de la República de El Salvador. <https://www.presidencia.gob.sv/en-el-tiempo-que-lleva-el-gobierno-del-presidente-nayib-bukele-el-plan-control-territorial-es-la-mejor-defensa-del-pueblo-ante-la-agresion-de-las-pandillas/>
- Quesada, J. D. (2024, febrero 4). Bukele arrasa y cuenta con todo el poder para continuar con el régimen de excepción en El Salvador. *El País*. <https://elpais.com/america/2024-02-05/bukele-se-defiende-de-las-criticas-de-l-exterior-esta-es-la-primera-vez-que-el-salvador-tiene-democracia.html>

- Rubio García, L. (1974). La tensión idealismo-realismo en la vida internacional. *Revista Política Internacional*, (134). <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2494929.pdf>
- Salazar Ugarte, P. (2012). Del Estado de excepción a la suspensión constitucionalizada: reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la Constitución Mexicana. En *La Reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma* (pp. 257-291). Universidad Nacional Autónoma de México. <http://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/r29015.pdf>
- Scott, M. (2024, febrero 6), Bukele's authoritarianism in El Salvador may prove contagious. *Financial Times*. <https://www.ft.com/content/57ada708-5571-4ac6-95ba-da85fa2bb7ea>
- Sentencia de inconstitucionalidad 21-2020AC (2020). *En la que se declaró inconstitucional por vicios de forma la Ley de Restricción Temporal de Derechos Constitucionales Concretos para Atender la Pandemia Covid-19, contenida en el Decreto Legislativo número 611, por no documentar y acreditar suficientemente las razones que justificaban la suspensión de los derechos constitucionales*. La Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de El Salvador. [https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=Documento sBoveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2020%2F06%2FD586.PDF &number=906630&fecha=08/06/2020&numero=21-2020AC&cesta=0 &singlePage=false%27](https://www.jurisprudencia.gob.sv/busqueda/showFile.php?bd=1&data=Documento%20Boveda%2FD%2F1%2F2020-2029%2F2020%2F06%2FD586.PDF&number=906630&fecha=08/06/2020&numero=21-2020AC&cesta=0&singlePage=false%27)
- Secretaría de la Integración Social Centroamericana (2019). *Presentación de la visión de la Política Social por parte del Gobierno de El Salvador*. <https://www.sisca.int/centro-de-documentacion/encuentros-virtuales/foro-regional-hacia-la-superacion-de-las-desigualdades/1131-presentacion-de-la-vision-de-la-politica-social-por-parte-del-gobierno-de-el-salvador/file>



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Díaz Trujillo Portilla, Adriana, “¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19094. <https://doi.org/10.22201/iiij.24484881e.2024.51.19094>

### ***APA***

Díaz Trujillo Portilla, A. (2024). ¿Régimen de excepción o normalidad? Las prórrogas del Decreto Legislativo número 333 de la República de El Salvador. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19094. <https://doi.org/10.22201/iiij.24484881e.2024.51.19094>

## La pérdida de derechos políticos por la falta del pago de alimentos

### *Forfeiture of Political Rights Due to Nonpayment of Alimony*

Carla Roel

 <https://orcid.org/0000-0002-7903-7900>

Universidad Panamericana. México  
Correo electrónico: croel@up.edu.mx

Publicación: 3 de mayo de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19113>

**RESUMEN:** El marco jurídico mexicano históricamente ha buscado proteger y garantizar el derecho de los alimentos. Ante el incumplimiento sistémico de dicha obligación por parte de los deudores alimentarios, el propio marco jurídico ha evolucionado hasta llegar a subordinar los derechos de los ciudadanos —en concreto, los derechos políticos— de dichos deudores a la obligación de pago, en franca oposición a las garantías ciudadanas establecidas en la Constitución y en los tratados internacionales en la materia, de los que el Estado mexicano es parte.

**Palabras clave:** derecho de alimentos, deudor alimentario, pérdida de derechos políticos, Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, derechos humanos.

**SUMMARY:** The Mexican legal framework has historically sought to protect and guarantee the right to alimony. In the face of systemic non-compliance of such obligation by the alimony payor, the legal framework itself has evolved to the point of subordinating the rights of citizens —specifically the political rights— of such payors to the obligation of payment, in clear opposition to the citizens' rights established in the Constitution and in the International Treaties on the subject matter, to which the Mexican State is a party.

**Keywords:** alimony, alimony payor, forfeiture of political rights, Alimony National Registry, human rights.

**SUMARIO:** I. *Introducción.* II. *El derecho de alimentos.* III. *Los derechos políticos y sus limitaciones.* IV. *Conclusión.* V. *Referencias.*



## I. INTRODUCCIÓN

El 18 de agosto de 2011 se legisló por primera vez en nuestro país el Registro de Deudores Alimentarios Morosos en el Código Civil para el Distrito Federal, en el artículo 323 Octavus y siguientes. La intención del legislador fue la de proteger a los acreedores del incumplimiento de la obligación alimenticia, que es muy común en nuestro país.

El 8 de mayo de 2023, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación*, una reforma a la Ley General de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, en la que se impone como pena a quien incumple el pago de los alimentos que debe, no solo la pérdida de sus derechos políticos, sino la imposibilidad de obtener un permiso o una licencia de conducir, un pasaporte, realizar actos de dominio de bienes inmuebles ante notario público, ser sujeto de crédito. Posteriormente, el 29 de mayo del mismo año, se publicó una reforma a los artículos 38 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el mismo sentido de la reforma a la Ley General.

Evidentemente, las buenas intenciones del legislador de 2011 no fueron suficientes para proteger a los acreedores alimentarios de recibirlos, ya que fue necesario que doce años después, se creara, de manera federal, un Registro Nacional a cargo del Sistema Integral para la Familia Federal, cuya inscripción por orden judicial trae aparejada, la pérdida de derechos políticos, entre otras penas graves.

## II. EL DERECHO DE ALIMENTOS

La obligación de proporcionar alimentos a una persona determinada por razón del parentesco es un acto elemental de justicia cuyo fundamento es la dignidad misma del ser humano (Pérez Duarte, citado por Leyva y Sandoval, 2022, p. 9).

El artículo 308 del Código Civil para el Distrito Federal establece que los alimentos comprenden: *i)* comida, vestido, habitación, atención médica y hospitalaria, así como los gastos de embarazo y parto; *ii)* tratándose de menores de edad, los gastos para su educación y para proporcionarles oficio, arte o profesión dependiendo de sus circunstancias personales; *iii)* en cuanto a los incapaces, lo necesario para su habilitación, rehabilitación y su desarrollo, y *iv)* en el caso de adultos mayores, lo necesario para

su atención geriátrica y se sugiere que se les integre a la familia para cumplir con esta obligación.

La reforma del 8 de mayo, a la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, agrega al concepto de alimentos comprendido en el Código Civil la nutrición, la recreación, y la atención psicológica preventiva integrada a la salud, en cuanto a la especie de este derecho.

Leyendo el contenido de la obligación alimentaria, no podemos más que reconocer que se trata de un derecho fundamental que protege los bienes jurídicos de la vida, la salud y la educación.

El artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece:

[...] Toda persona tiene derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad. El Estado lo garantizará [...]

[...] En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez.

Los ascendientes, tutores y custodios tienen la obligación de preservar y exigir el cumplimiento de estos derechos y principios.

El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez.

Siendo un derecho fundamental, el derecho alimentario no es renunciable, como lo establece el artículo 321 del Código Civil.

El artículo 27.4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, obliga a los Estados a tomar todas las medidas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres o aquellos que tengan la responsabilidad económica sobre el niño. Esto refuerza el cumplimiento del artículo 2o. del mismo documento que reconoce el derecho intrínseco a la vida de los menores.

Los principios rectores del derecho de alimentos son la posibilidad del deudor y la necesidad del acreedor. Habrá de probar en juicio ambas para así determinar el monto que cubra la deuda alimentaria. La obligación alimentaria recae principalmente en quienes ejercen la patria potestad, tienen

la guarda y custodia del menor o quien lo tiene a su cuidado. A falta de éstos, la ley obliga a los parientes hasta el cuarto grado inclusive.

El artículo 103 de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece que dentro de las obligaciones de quienes ejercen la patria potestad, la tutela o guarda y custodia de quienes tengan a su cuidado niñas, niños y adolescentes, está la de garantizar sus derechos alimentarios.

El acreedor, quien ejerza la patria potestad o tenga la guarda y custodia o quien tenga el cuidado del menor, el tutor, los consanguíneos hasta el cuarto grado y el Ministerio Público pueden acudir al juez de lo familiar a pedir el aseguramiento de los alimentos, según lo establece el artículo 315 del Código Civil. La obligación alimentaria se cumple asignando una pensión al acreedor o integrándolo a la familia, según el artículo 309 del Código Civil.

En 2011, en un intento de hacer cumplir esta obligación, el legislador creó el Registro de Deudores Alimentarios Morosos, a cargo del Registro Civil del Distrito Federal, en donde se inscribirá a los deudores por orden judicial, tras el incumplimiento por un periodo de 90 días.

La reforma legal y constitucional de mayo de 2023, busca sancionar a quienes estén inscritos en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias, por orden del juez de lo familiar, privándoles de derechos fundamentales y de derechos políticos.

El gran problema del derecho de los alimentos es su exigibilidad real, ya que, no en pocas ocasiones, muchos de los obligados a la representación judicial del acreedor alimentario dejan de ejercer el derecho de acción para hacer cumplir esta obligación a quien ha de hacerlo.

### III. LOS DERECHOS POLÍTICOS Y SUS LIMITACIONES

Cuando hablamos de derechos políticos, no podemos hablar de derechos del hombre, ya que están restringidos a los ciudadanos de cada país, a diferencia de los derechos fundamentales de los que gozará toda persona que se encuentre en los Estados Unidos Mexicanos, tal y como lo establece el artículo 1o. constitucional.

Según el artículo 34 de la Constitución, son *ciudadanos* los varones y las mujeres mexicanos —por cualesquiera de los supuestos contenidos en el artículo 30— mayores de 18 años y que tengan un modo honesto de vivir. Los derechos políticos están contenidos en el artículo 35 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos en donde se establece que son derechos de los ciudadanos, entre otros: *i)* votar en las elecciones y ser elegido en condiciones de paridad; *ii)* poder ser nombrado para el servicio público, cuando se cumpla con las calidades que establece la ley; *iii)* iniciar leyes en los términos de la propia Constitución; *iv)* votar en las consultas populares, y *v)* participar en los procesos de revocación de mandato.

Por su parte, el artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, establece que todos los ciudadanos “deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades”: *i)* participar en los asuntos públicos, directamente o mediante representantes libremente elegidos; *ii)* votar y ser votado para ejercer un servicio público, y *iii)* tener acceso a las funciones públicas de su país.

El derecho al voto iguala a todos los ciudadanos de un país democrático en el sentido en que cada uno, en su sufragio, tiene el mismo valor y puede elegir libremente, de manera directa, a quien lo representará en la toma de decisiones en los asuntos públicos. El derecho a ser votado —elegido para acceder a un encargo público mediante el voto— permite que los ciudadanos se postulen como candidatos para ejercer un cargo público, si obtienen el número de votos necesario (Valdés, 2022, p. 287).

En cuanto al derecho a acceder a funciones públicas, estamos en un supuesto distinto del derecho a ejercer un puesto público por elección popular. Se trata aquí de cargos por nombramiento o designación, siempre y cuando se tengan las calidades que establezca la ley. A este respecto, la SCJN, en la Acción de Inconstitucionalidad 263/2020, ha determinado que las *calidades* han de relacionarse con el perfil idóneo necesario para el cargo.

El numeral 2 del artículo 23 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos determina que se puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos “*exclusivamente* por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, *en proceso penal*”.

Es importante recalcar que, según este numeral, las limitaciones judiciales sólo proceden en un proceso penal y no en un proceso por una deuda de carácter civil, como lo establecen las reformas mexicanas de mayo de 2023. Además, en el Sistema Interamericano, las restricciones deberán estar contenidas en una ley formal y material, perseguir una finalidad legítima y ser necesarias para una sociedad democrática (Valdés, 2022, p. 311).

La Constitución mexicana, en su artículo 38 establece los supuestos en los que estos derechos de los ciudadanos pueden suspenderse: *i)* falta

de cumplimiento de las propias obligaciones ciudadanas, contenidas en el artículo 36; *ii*) se esté sujeto a un proceso penal por delito que merezca pena corporal, desde el auto de formal prisión; *iii*) durante el cumplimiento de la pena corporal; *iv*) por vagancia y embriaguez consuetudinaria declarada; *v*) por ser prófugo de la justicia; *vi*) por sentencia ejecutoriada que imponga esta suspensión, y *vii*) por sentencia firme tras la comisión intencional de delitos contra la vida y la integridad corporal, la libertad y seguridad sexual o el normal desarrollo psicosexual, violencia familiar y equiparadas, violación a la intimidad sexual, violencia política contra las mujeres por razón de género y la *declaración de ser persona deudora alimentaria morosa*.

Tanto el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como la Sala del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, han realizado una interpretación evolutiva de los supuestos contenidos en las fracciones I a IV del artículo 38 y han limitado su alcance. En cuanto al supuesto relativo a ser prófugo de la justicia, se ha señalado que sus efectos deben cesar una vez que se cumplimente la orden de aprehensión y que no requiere declaración de autoridad alguna (Valdés, 2022, p. 312). No sabemos cómo se pronunciarán estos órganos jurisdiccionales sobre el tema que nos ocupa.

Una ley secundaria, la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, en reforma del 8 de mayo, establece:

Artículo 135 sexties. Las autoridades de los tres órdenes de gobierno, en el ámbito de sus competencias, dispondrán lo necesario a fin de establecer como requisito la presentación del certificado de no inscripción en el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias. Entre los trámites y procedimientos que podrán requerir la expedición de ese certificado, se encuentran los siguientes:

- I. Obtención de licencias y permisos para conducir;
- II. Obtención de pasaporte o documento de identidad y viaje;
- III. Para participar como candidato a cargos concejiles y de elección popular;
- IV. Para participar como aspirante a cargos de jueces, magistrados en el ámbito local o federal;
- V. Los que se realicen ante notario público relativos a la compraventa de bienes inmuebles y la constitución o transmisión de derechos reales, y;
- VI. En las solicitudes de matrimonio, el juez del Registro Civil hará del conocimiento si alguno de los contrayentes se encuentra inscrito en el Registro, mencionando la situación que guarden respecto a las obligaciones que tiene.

Los alcances de la pérdida del ejercicio de los derechos fundamentales de tránsito y de propiedad privada en relación con el incumplimiento de la obligación civil del pago de alimentos, no son objeto del presente análisis, pero valdrá la pena reflexionar sobre los mismos.

Elaborar una política —y promulgar leyes politizadas— “sobre la sola base de la reivindicación de derechos puede resultar ilusamente atractivo, pero de un alcance práctico muy dudoso” (Massini, 1994, p. 180).

#### IV. CONCLUSIÓN

La imprecisión del término *derechos humanos* hace más tentadora su manipulación como instrumento ideológico lo que resulta un peligro ya que descalifica la noción propia de derecho humano, sino que hace posible la utilización del discurso al servicio de causas que nada tienen que ver con la protección de la persona. (Massini, 1994, p. 177)

El derecho de alimentos es un derecho fundamental que protege los bienes jurídicos de la vida, la salud y la educación de los acreedores alimentarios, basado en la dignidad de la persona y protegido por los artículos 1o. y 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La obligación alimentaria ha estado regulada de antaño en los códigos civiles locales. El incumplimiento ha llevado a crear los Registros de Deudores Alimentarios Morosos, a cargo de los registros civiles de las entidades federativas.

Los derechos políticos no son derechos fundamentales, sino derechos del ciudadano a participar activamente en las decisiones públicas de su país.

El 8 de mayo de 2023, se reformó la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, agregando conceptos de salud al derecho de alimentos, y creando el Registro Nacional de Obligaciones Alimentarias a cargo del Sistema Integral de la Familia Federal. Esta ley secundaria limita los derechos fundamentales de tránsito y de propiedad privada y los derechos políticos de los inscritos en el Registro. Posteriormente, el 23 del mismo mes, se reformó el artículo 38 de la Constitución para suspender el ejercicio de los derechos políticos a los deudores alimentarios morosos.

Mientras no se creó un sistema de judicialización efectivo de la obligación alimentaria, la falta de cumplimiento seguirá dando mucho que desear.

No porque resulte fastidioso hablar de ellas, las obligaciones dejan de existir y, consecuentemente, cada reclamo de un *derecho humano* deja de suponer necesariamente que alguien o algunos habrán de ver restringida su propiedad, su seguridad, su libertad o su bienestar, para que sea posible satisfacer las demandas de derechos de otro u otros. (Massini, 1994, p. 159)

## V. REFERENCIAS

- Código Civil para el Distrito Federal (1928). <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfArticuladoFast.aspx?q=XiHGMGm0tf3De-xUGxyTnSD7cjhDvWhgNozhQ9DR9ntduhPli9mel9zW1tAewDuMRy5dnxIustyBhSwCdaqddA==>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). <https://www.cidh.oas.org/basicos/spanish/basicos2.htm>
- Convención sobre los Derechos del Niño (1989). <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
- Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (2014). <https://www.gob.mx/sipinna/documentos/ley-general-de-los-derechos-de-ninas-ninos-y-adolescentes-reformada-20-junio-2018>
- Leyva, D. y Sandoval, E. (2022). La garantía alimentaria en visión de derechos humanos en México. *Biolex*, 14(25).
- Massini, C. (1994). *Los derechos humanos en el pensamiento actual* (2a. ed.). Abeledo-Perrot.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Acción de inconstitucionalidad 263/2020. [https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos\\_controversias\\_constit\\_documento/2020-10-14/MI\\_AccInconst-263-2020.pdf](https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit_documento/2020-10-14/MI_AccInconst-263-2020.pdf)
- Valdés, M. (2022). Los derechos político-electorales. En A. M. Ibarra, *Curso de derechos humanos*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.



## Cómo citar

### ***Sistema IJJ***

Roel, Carla, “La pérdida de derechos políticos por la falta del pago de alimentos”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 25, núm. 51, julio-diciembre de 2024, e19113. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19113>

### ***APA***

Roel, C. (2024). La pérdida de derechos políticos por la falta del pago de alimentos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 25(51), e19113. <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19113>



# Reseñas bibliográficas



López Testa, D. (2023). *Identidad constitucional. Núcleo esencial de la Constitución de un país*. Astrea.

Nicolás Salvi

 <https://orcid.org/0000-0003-1995-9847>

Universidad Nacional de Tucumán, Argentina  
Correo electrónico: nsalvi@uspt.edu.ar

Publicación: 25 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18874>

Tanto los estudios dogmáticos como empíricos del derecho constitucional suelen olvidar el papel fundamental que la filosofía política tiene para la formación de una Constitución. Para nuestra suerte, este no es el caso de la obra *Identidad Constitucional* de Daniela López Testa. En este escrito nos encontramos frente a un estudio hermenéutico del derecho constitucional que muestra las bases de la filosofía contractualista que está detrás de toda carta magna de los estados contemporáneos.

Daniela López Testa es abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Tucumán, Master of Law por la Universidad de Freiburg y doctora en Derecho por la Universidad de Erlangen-Núremberg. Justamente, este libro es producto de su tesis doctoral, donde cruza sus estudios constitucionales entre Europa y Sudamérica.

En su obra, la autora aborda con meticulosidad y profundidad el intrincado concepto de identidad constitucional, utilizando como lente de análisis las experiencias alemana y argentina. Desde el inicio, el lector se introduce en la complejidad de las conciencias colectivas de las naciones, que intentan ser traducidas jurídicamente por las constituciones. Vemos la marca de los traumas históricos y la necesidad de preservar elementos fundamentales de sus proyectos ético-políticos en sus textos legales fundamentales.

El libro abre con el prólogo, que contextualiza la importancia de la identidad constitucional en Alemania, marcada por una conciencia colectiva permeada por la historia y la necesidad de salvaguardar elementos fun-

damentales ante las sombras del pasado. López Testa destaca la influencia de la educación de posguerra en la configuración de esta identidad, donde la prohibición de manifestaciones patrióticas en las escuelas y el cuidado en la mención de figuras controvertidas revelan la sensibilidad de la sociedad alemana frente a su pasado.

La autora revela que la génesis de su investigación se dio al descubrir la cláusula de “garantía de eternidad” (*Ewigkeitsklausel*) en la Constitución alemana, una cláusula que procura preservar los elementos esenciales que definen la identidad del país. Este término de tinte poético despertó su interés, siendo que el idioma teutón ordinario no goza de gran cantidad de metáforas. La elección de abordar este tema se fundamenta, entre otras cosas, en la fascinación de López Testa por la singularidad del término y su conexión con la idea de cláusula pétrea en la dogmática de su disciplina.

El libro se estructura en seis vastos capítulos. López Testa comienza con una introducción que establece los objetivos y aclaraciones terminológicas esenciales. Este introito se erige como la piedra angular de la obra, encuadrando al lector en la preocupación sobre la permanencia y el cambio en los ordenamientos constitucionales.

En este capítulo se plantea la pregunta central que guía la investigación de este trabajo: ¿puede un ordenamiento constitucional prescindir de cláusulas pétreas y permitir cualquier tipo de reforma, incluso aquellas que alteren sus características esenciales? Para intentar responder a esto, la constitucionalista tucumana intenta dar cuenta, primero, sobre la naturaleza iusfilosófica del concepto de identidad, y cómo éste se traduce en las tradiciones legales de Argentina y Alemania. Se plantea una distinción en el enfoque: mientras que el caso alemán permite un *approach* formal debido a su cláusula pétrea, el argentino solo admite un enfoque material, que tiene como fuente la jurisprudencia y la doctrina.

El caso alemán está claramente encaminado en evitar trágicos sucesos, como el ascenso del nazismo y conseguir que no se altere el orden demoliberal consagrado plenamente con la unificación de 1989. Por el lado argentino, la identidad constitucional adquiere un papel decisivo para explicitar consensos fundamentales que eviten sucesiones de golpes de estado del siglo XX, o cambios abruptos en la forma del estado de los gobiernos constitucionales. Además, el ordenamiento argentino enfrenta el riesgo de supresión constitucional, ya que permite la reforma total de la Constitución. En este contexto, la importación legal de un instituto como la identidad constitucional se presenta como fundamental para el sostenimiento de la administración política estatal.

En Argentina, la discusión en torno a la identidad constitucional aún es limitada, y en su lugar, se centra en el tema de los límites materiales a la reforma de la carta magna, representados por las cláusulas pétreas. Este fenómeno, aunque similar, resalta la necesidad de explorar y explicitar la identidad constitucional como un mecanismo más integral y preciso para salvaguardar los principios fundamentales de la Constitución en situaciones de cambio y reforma.

La justificación de esta investigación se adentra en un terreno desafiante, basándose en lo que la autora identifica como un decisionismo constitucional racional. Se amalgaman las teorías de Carl Schmitt sobre la constitución como decisiones fundamentales, con la perspectiva interpretativista de Robert Alexy. A pesar de la aparente incongruencia entre ambos enfoques, se argumenta que el decisionismo de Schmitt aporta una realidad sociológica, al tiempo que el racionalismo de Alexy filtra esa realidad bajo el prisma del deber ser. Esta mixtura forma el marco teórico de las constituciones contemporáneas, enmarcadas en el llamado Estado constitucional de derecho.

Es crucial subrayar que la adhesión al decisionismo de Schmitt no implica que la autora comparta todos sus postulados, especialmente aquellos relacionados con aspectos controvertidos de su vida y pensamiento. El decisionismo constitucional se emplea aquí, más bien, como una herramienta analítica/epistémica específica.

En cuanto a Robert Alexy, junto con Gustav Radbruch, representan el canon iusfilosófico alemán más representativo de la posguerra, marcando una ruptura con la tradición positivista e incorporando el contenido moral a la operatividad legal. Dentro de esta teoría pospositivista, la justicia se equipará a la corrección, buscando alcanzarla a través de la teoría de la argumentación y la rehabilitación de la razón práctica. Esta vertiente sostiene que una norma es correcta si y sólo si puede ser el resultado de un cierto procedimiento de deliberación racional, excluyendo un proceso de decisión.

En esta amalgama, la idea rectora es la institucionalización de la razón, cuya forma política es el constitucionalismo democrático. Sin embargo, este último sólo es viable como un constitucionalismo discursivo, subrayando la importancia de la argumentación y el diálogo en la búsqueda de la justicia y corrección en un sistema jurídico abierto. Podríamos decir, la tendencia a una democracia deliberativa.

Luego de definir su objeto de estudio desde la perspectiva filosófica, López Testa afronta la identidad —en general— considerando dos facetas: *mê-meté* (igualdad) y *ipséité* (diferenciación). La primera se refiere a lo que nos

hace iguales a otros, como ser seres humanos, la segunda; en cambio, se relaciona con lo que nos hace únicos y diferentes. En el escenario constitucional, las facetas filosóficas de *mêmeté* e *ipséité* introducen una dualidad que aborda tanto la igualdad como la diferencia entre los individuos y las naciones.

El motivo de aproximarse filosóficamente a la identidad radica en la necesidad de comprender cómo ha evolucionado el concepto a lo largo del tiempo y cómo influye en la actualidad de la realidad jurídica. La concepción defendida es dinámica, flexible, narrativa y relativa, alejándose de valores absolutos y esencialistas. La identidad constitucional, lejos de ser enemiga del cambio, facilita el progreso al liberar áreas constitucionales para revisiones, protegiendo un núcleo mínimo constitucional y decisiones del poder constituyente. Así, se defiende a las minorías, al titular del poder constituyente y se establece el límite de cuándo una Constitución deja de serlo.

En el segundo capítulo, López Testa sitúa al lector en la evolución filosófica del concepto de identidad, proporcionando un sólido marco teórico para comprender las complejidades del tema. Aborda la evolución filosófica del concepto de identidad, un tema trascendental vinculado al ser y al conocimiento. La selección de autores examinados responde a su representatividad en diversas corrientes filosóficas, desde el realismo aristotélico hasta los giros lingüístico y pragmático propuestos por Jürgen Habermas. En este marco, la perspectiva del afamado profesor alemán destaca la trascendencia de la verdad más allá del lenguaje, especialmente desde la óptica del participante en derecho en el campo argumentativo.

En el tercer capítulo, se ocupa del concepto de identidad propiamente constitucional. A pesar de la aparente indefinición de este término, se revela como un fenómeno latente y relevante en diferentes contextos jurídicos. Esto se presenta como un desafío conceptual debido a su relación con institutos propios de otras áreas como el nacionalismo, exige evitar confusiones con perspectivas contrarias al propósito del trabajo. Para dar cuenta con este concepto, se deben analizar las facetas teóricas, fuentes, elementos, ubicación teórica, finalidad, relación con temas como cláusulas pétreas, poder constituyente, liberalismo y democracia, entre tantos otros factores que moldean la identidad de cada carta magna.

Retomando las facetas de *mêmeté* e *ipséité*, la autora explica que la primera refiere a un núcleo mínimo común a todas las constituciones, como la separación de poderes y derechos fundamentales; mientras que la segunda se refiere a decisiones voluntarias del poder constituyente que reflejan experiencias y valores específicos de una comunidad.

La *mêmeté* se manifiesta en la identificación, protección de los principios y valores fundamentales que unen a la colectividad. Implica la creación de una base normativa compartida, donde derechos y deberes esenciales son aplicables universalmente. Esta promueve la cohesión al establecer un terreno común que va más allá de las diferencias individuales, garantizando una igualdad normativa fundamental.

La *ipséité* constitucional destaca, por su parte, lo que hace a una nación única y distintiva. Puede abarcar decisiones específicas del poder constituyente, eventos históricos singulares o valores arraigados en la cultura nacional. Esta dimensión protege la diversidad y singularidad de cada ordenamiento jurídico, asegurando que las decisiones fundamentales reflejen las particularidades y aspiraciones específicas de la sociedad a la que sirven.

Más importante aún, López Testa establece que la identidad constitucional sirve como un límite autónomo al poder constituyente, advirtiendo contra las revoluciones legales y prohibiendo reformas totales. Se enfatiza su papel en la armonización de democracia y liberalismo, implicando el control material de las reformas constitucionales por parte del Poder Judicial.

En el contexto europeo, se resalta el reconocimiento de la identidad constitucional desde tratados como Ámsterdam hasta Lisboa, y se subraya la necesidad de respetarla como un deber de la Unión Europea. La naturaleza jurídica de este concepto se define como una reserva de los Estados y un deber de la Unión, aplicándose tras un examen de proporcionalidad.

El cuarto capítulo se imbuje en el análisis específico de la identidad constitucional en el marco de la República Federal de Alemania. Se destaca la relevancia de comprender la normativa vinculada a las reformas constitucionales y a la firma de tratados supranacionales. Además, se examina la práctica discursiva del Tribunal Constitucional Federal Alemán, tanto en casos nacionales como en aquellos relacionados con la Unión Europea.

Profundiza en el artículo 79<sup>1</sup> de la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (*Grundgesetz* —GG—), que establece los límites for-

---

<sup>1</sup> Artículo 79 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Reforma de la Ley Fundamental]: (1) La Ley Fundamental sólo puede ser reformada por una ley que expresamente modifique o complemente su texto. En el caso de tratados internacionales que tengan por objeto un acuerdo de paz, la preparación de un acuerdo de paz o la abolición de un régimen de ocupación o que estén destinados a la defensa de la República Federal, será suficiente, para aclarar que las disposiciones de la presente Ley Fundamental no se oponen a la conclusión y a la entrada en vigor de tales tratados, incluir en el texto de la Ley Fundamental un agregado que se limite a dicha aclaración. (2) Una ley de este carácter requiere la aprobación

males y materiales de las reformas constitucionales. Este artículo se revela como una salvaguarda de elementos cruciales de la identidad constitucional alemana, incluyendo la estructura federal y principios fundamentales. Igualmente, se presenta como una barrera contra el nacionalismo chauvinista.

Se distingue entre un núcleo mínimo compartido por todas las constituciones (*mêmeté*) y elementos voluntarios (*ipséité*), como el federalismo y el estado social. La dignidad humana, consagrada en el artículo 1o<sup>2</sup> de la GG, se presenta como un principio y un derecho fundamental, respondiendo a los traumas del totalitarismo nazi, por lo tanto, parte misma de la identidad constitucional de la Alemania contemporánea.

La interpretación de los derechos fundamentales con contenido de dignidad como principios en la cláusula pétrea se vincula con el racionalismo del decisionismo constitucional. Por ejemplo, el artículo 23<sup>3</sup> de la GG, considerado una cláusula de homogenización, exige el respeto por la identidad constitucional alemana en la construcción europea.

En el plano interno de este país, la jurisprudencia debate si los elementos de la cláusula pétrea deben entenderse como reglas o principios, abogando por una interpretación que permita la ponderación y respete el marco constitucional. En el ámbito de la Unión Europea, se observa una evolución en el

---

de una mayoría de dos tercios de los miembros del Bundestag y de dos tercios de los votos del Bundesrat. (3) No está permitida ninguna modificación de la presente Ley Fundamental que afecte la organización de la Federación en Länder, o el principio de la participación de los Länder en la legislación, o los principios enunciados en los artículos 1 y 20.

<sup>2</sup> Artículo 1 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Protección de la dignidad humana, vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales]: (1) La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. (2) El pueblo alemán, por ello, reconoce los derechos humanos inviolables e inalienables como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo. (3) Los siguientes derechos fundamentales vinculan a los poderes legislativo, ejecutivo y judicial como derecho directamente aplicable.

<sup>3</sup> Artículo 23 Ley Fundamental de la República Federal de Alemania [Unión Europea —protección de los derechos fundamentales— principio de subsidiariedad]: (1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat. Los apartados 2 y 3 del artículo 79 se aplican a la creación de la Unión Europea, al igual que a las reformas de los tratados constitutivos y a toda normativa análoga mediante la cual la presente Ley Fundamental sea reformada o completada en su contenido o hagan posible tales reformas o complementaciones.



control de la identidad constitucional, con momentos de deferencia y retrocesos, incluyendo confusiones entre la soberanía y la autodeterminación.

El quinto capítulo de la obra, aquí comentada, traslada la atención a la identidad constitucional argentina, se enfocan en consideraciones generales, límites materiales a la reforma y la interpretación de la Corte Suprema Argentina. López Testa compara y contrasta las experiencias alemana y argentina, proporcionando una visión integral de la diversidad de enfoques y desafíos en la preservación de la identidad constitucional.

En Argentina, a diferencia de en otros ordenamientos, no existe una cláusula pétrea. Se examina la normativa aplicable a las reformas constitucionales, las discusiones doctrinales sobre límites implícitos y explícitos, y los contenidos constitucionales de intangibilidad. Se destaca la importancia de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) en relación con los límites formales y materiales de las reformas; los fallos referentes a contenidos constitucionales fundamentales.

Aunque se reconoce la participación de Argentina en sistemas regionales como el Mercosur, se señala que su integración no alcanza el nivel de desarrollo de la Unión Europea. Por lo tanto, la faceta *ipséité* de la identidad constitucional no tiene el mismo peso que en el caso alemán.

El análisis se orienta en los elementos que podrían constituir la identidad constitucional argentina. Se plantea la ausencia de una cláusula pétrea, pero se identifican contenidos que actúan como límites materiales a las reformas. Se destaca la interpretación del artículo 30<sup>4</sup> de la Constitución Nacional, que permite la reforma total de la Constitución, pero se indica que debe leerse en armonía con otras disposiciones constitucionales para evitar peligros de revolución legal. La reforma constitucional se realiza a través de una Convención Constituyente, considerada como poder constituyente constituido o derivado.

Aunque no existe una cláusula pétrea formal, se reconocen contenidos inmodificables que actúan como límites materiales a las reformas, siendo parte de la identidad constitucional argentina, como su forma republicana, representativa y federal. La jurisprudencia de la CSJN muestra una tendencia a aceptar controles sustanciales de las reformas, garantizando la supremacía constitucional.

---

<sup>4</sup> Artículo 30 Constitución de la Nación Argentina: La Constitución puede reformarse en el todo o en cualquiera de sus partes. La necesidad de reforma debe ser declarada por el Congreso con el voto de dos terceras partes, al menos, de sus miembros; pero no se efectuará sino por una Convención convocada al efecto.

La autora propone una identidad constitucional argentina tentativa, compuesta por elementos como: la dignidad humana, un esquema de ordenada libertad, derechos fundamentales, la forma republicana y federal, y la libertad de prensa. Estos elementos se dividen en un núcleo mínimo constitucional compartido y elementos voluntarios, que tienen una importancia crucial en la historia constitucional del país.

La síntesis conclusiva, último capítulo de la obra, ofrece al lector una panorámica clara de los hallazgos y contribuciones de la investigación. López Testa cierra el círculo de su pesquisa proporcionando una visión global de la importancia de la identidad constitucional en ambos contextos nacionales analizados, presentando su labor como una contribución significativa que combina análisis jurídico y filosófico.

Se resalta un rasgo común en ambas naciones: la función deontológica de la Constitución como instrumento para evitar la repetición de errores históricos. En Alemania, se destaca la adopción de una cláusula pétrea y la centralidad de la dignidad humana en la estructura jurídica, mientras que, en Argentina, el catálogo de derechos fundamentales se amplía y adapta a las tendencias sociales y pluralistas con la reforma de 1994.

Con vistas al futuro, se vislumbra para Alemania que la identidad constitucional no se utilice de manera defensiva ante la Unión Europea, sino de manera colaborativa. En el caso de Argentina, se destaca la necesidad de fortalecer la concepción de la dignidad humana y abogar por el control material de la constitucionalidad para evitar retrocesos.

El libro finaliza resaltando la importancia del equilibrio entre decisionismo y racionalismo, enfatizando que las decisiones fundamentales deben ser realizadas en el marco de la razón práctica. Se destaca la dialéctica entre elementos opuestos, semejanzas y diferencias, como esenciales para comprender la complejidad de la identidad constitucional. Se concluye que esta identidad es el *non plus ultra* de las constituciones, un punto de no retorno más allá del cual las reformas constitucionales deben ser cuidadosamente consideradas para evitar revoluciones legales, o más bien, autodestrucciones institucionales.

En definitiva, *Identidad Constitucional* no sólo es una profusa investigación académica excelentemente documentada, sino también una invitación a reflexionar sobre la relevancia de preservar la identidad constitucional en sociedades marcadas por su historia. Es también muy atinado el marco iusfilosófico que se consigue con la mixtura de Schmitt y Alexy para mostrar la realidad de las repúblicas representativas de la actualidad occidental.

La obra destaca por su enfoque valiente al confrontar teorías controvertidas y su habilidad para tejer un hilo conductor entre filosofía y jurisprudencia.

Este hilo muestra que las condiciones de posibilidad de los gobiernos estatales siguen atadas a las bases del derecho formal y burocrático creado en la modernidad. Como tecnología de administración y gobierno, el estado precisa de manifestar positivamente las reglas que forman a su entramado institucional, lo que le permite mantener la seguridad jurídica continua para la comunidad política que lo conforma. El contrato entre gobernantes y gobernados, plasmado en una Constitución, es heredero de las historias de las elites y pueblos que lo componen. López Testa, atenta a esto, señala cómo se generan y sostienen las órdenes constitucionales demorepresentativos, y dispara ante la imposibilidad de que la voluntad de autodestrucción pueda ser positivizada. Al menos no, en un proyecto estatal que quiera ser exitoso en su epopeya administrativa.



Tello Mendoza, J. A. (2024). *Control de convencionalidad y Estado constitucional de derecho. Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch.

**Gustavo Garduño Domínguez**

 <https://orcid.org/0000-0003-4027-456X>

Universidad de Navarra. España.

Correo electrónico: ggardunod@gmail.com

Publicación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19089>

La formulación y aplicación del control de convencionalidad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “Corte IDH”) ha sido causa para la elaboración de numerosos estudios académicos, y ha propiciado una dilatada reflexión en los órganos estatales encargados de la jurisdicción constitucional de máxima instancia.

Es dable decir que la citada doctrina se ha recibido, tanto en la teoría como en el foro, como si se tratara de una herramienta infalible y que, salvo en excepciones que cada día son más frecuentes, la posición asumida generalmente frente a ese modo de control ha resultado prácticamente acrítica. No obstante, el gradual empleo del control de convencionalidad por la Corte IDH ha dejado ver que conlleva diversos retos e inconvenientes para la saludable interacción del derecho convencional con el orden jurídico de los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en lo sucesivo “CADH”) y que se han sujetado a jurisdicción de la Corte IDH.

En *Control de convencionalidad y Estado constitucional de dDerecho. Consideraciones sobre la doctrina creada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, el profesor Juan Alonso Tello Mendoza escudriña con profundidad los problemas causados por esta doctrina a quienes se encuentran “obligados” a acatarla. En ese sentido, su libro resulta osado y de gran actualidad, pues evidencia que la función de la Corte IDH merma

la debida comodidad interpretativa que deben gozar los Estados para aplicar el derecho convencional hacia el interior de sus sistemas jurídicos.

Esta obra dialoga amistosamente tanto con la bibliografía de vanguardia como con los precedentes establecidos por la Corte IDH, así como con los centenares de fallos nacionales e internacionales que con prolijidad trae a colación. El *leitmotiv* del trabajo es que este tribunal debe autolimitarse y reencauzar su labor protectora de la CADH, moderando el rigor del control de convencionalidad. En suma, es un trabajo impecable, argumentado sólidamente y confeccionado con rigor, que proporcionalmente matiza sus propuestas y balancea las críticas que plantea.

Desde las primeras páginas, Tello observa cómo la Corte IDH ha sentado su posición para constituirse en una especie de “Tribunal Constitucional Interamericano” al aplicar una “Constitución supranacional”. Asimismo, subraya una de las afirmaciones más inquietantes hechas por la Corte IDH a lo largo del desarrollo del control de convencionalidad: que todas las resoluciones y sentencias dictadas por ella resultan vinculantes para todos los Estados que hayan firmado la CADH, incluyendo las opiniones consultivas, incluso cuando no sean parte del caso de referencia. Tal forma de garantizar y asegurar la vinculación buscada por la Corte IDH es analizada dilatadamente por Tello con ánimo propositivo, más que dedicar sus páginas a señalar la inexactitud de esa interpretación del Pacto de San José por la Corte, se enfoca en reflexionar sobre cuáles son los riesgos de conducir en el trabajo de la Corte IDH en una dirección como esa.

Por los motivos mencionados, el libro coincide con la “protesta” formulada por Argentina, Brasil, Chile, Colombia y Paraguay en abril de 2019 para que se les permitiera aplicar dentro de su ámbito de derecho interno las obligaciones convencionales en función de sus circunstancias nacionales. Ese reclamo puede traducirse en una demanda urgente: la Corte IDH debe encaminarse a dictar o al menos orientar sus sentencias desde el margen nacional de apreciación (en lo sucesivo MNA), que consiste en una deferencia otorgada por los órganos internacionales a las autoridades nacionales para que interpreten un tratado conforme sus circunstancias locales, y que, por ello, brinda la libertad a los órganos estatales para actuar o maniobrar “con holgura” respecto de esa convención (Yourow, 1996, 25 p.).

Este libro también repara en quién puede operar realmente el control de convencionalidad hacia el interior de los Estados, y para ello revisa el itinerario seguido por la Corte IDH en las sentencias de *Almonacid Arellano contra Chile*, *Trabajadores cesados del Congreso contra Perú*, *Boyce y otros*

*contra Barbados*, y *Heliodoro Portugal contra Panamá*, en las que se estableció, respectivamente, que el control de convencionalidad debe efectuarlo el Poder Judicial nacional, de oficio, sin acotarse sólo al marco constitucional —sino también al convencional— con la obligación de velar por el efecto útil de los tratados. Asimismo, relata que en el fallo de *Radilla Pacheco contra México* se estableció la “obligación” de que los tribunales domésticos, además de hacer un control de convencionalidad, efectúen una interpretación conforme, y de que los operadores del control fueran los órganos de cualquier naturaleza con funciones jurisdiccionales —como se dijo en Vélez Loor contra Panamá—. Finalmente, subraya que fue en la sentencia de *Cabrera García y Montiel Flores contra México* donde se decidió que el control sería “en todos los niveles”, mientras que en la de *Gelman contra Uruguay* estableció que debe hacerlo cualquier autoridad del Estado (pp. 72-75).

La evolución del control de convencionalidad suscita el interrogante sobre cuál puede ser, realmente, la fuente de su existencia en el Derecho Internacional Público. Al respecto, Tello Mendoza acusa, con gran atino, que no existe en la CADH sustento alguno para que el control de convencionalidad se ejerza en el modo y con la intensidad que ordena la Corte IDH (p. 99), y sostiene que ni el Pacto de San José ni diversos tratados aplicables a la posible argumentación de que debe hacerse un control de convencionalidad alcanzan a justificar la posibilidad de hacer dicho control. Por ello, barrunta Tello Mendoza, que la Corte IDH se ha visto orillada a demostrar —exiguamente, podría decirse— la existencia de su postura desde los artículos 1.1, 2o, 67, 68.1, de la Convención Americana, y los artículos 26 y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (p. 100).

Sobre el problema de justificar el control de convencionalidad en la construcción de una aparente costumbre internacional “en configuración” (pp. 145-175), Tello concluye que, con base en el estudio de la costumbre internacional, no hay suficiente ni coherente número y calidad de sentencias nacionales (p. 166) que alcancen a probar la constitución de dicha práctica reiterada. De forma similar, Tello niega la existencia de algún principio general del derecho que alcance a sostener la existencia del control de convencionalidad (p. 191).

En el tercer capítulo del libro aparece un “estudio panorámico” sobre las posiciones que han asumido diferentes Estados latinoamericanos respecto al control de convencionalidad. Ahí, Tello se refiere a la situación que guarda el control de convencionalidad en Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, República Dominicana, Guatemala, México, Panamá, Perú y Uruguay,

explicando con detenimiento los asuntos más relevantes para el desarrollo de dicha doctrina en cada uno de esos países.

Los casos argentinos Ekmedjian y Girolodi resueltos por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituyen una guía para la interpretación de los tratados y en ellos se determinó, en su momento, que la jurisprudencia Interamericana debía orientar la aplicación de las normas domésticas. Tiempo después, en los casos Bulacio y Simón, ese tribunal reconoció la obligatoriedad de esa jurisprudencia y expresó que ésta se trataba de una pauta imprescindible de interpretación. Posteriormente, la Corte Suprema de Justicia de la Nación asumió una posición crítica hacia la Corte IDH en lo relativo al control de convencionalidad, actitud que también ha sido replicada en casos resueltos por tribunales provinciales (pp. 212-214). La tensa relación entre la Corte IDH y Argentina se evidenció en el *Caso Fontevecchia y D'Amico contra Argentina*, puesto que la Corte Suprema argentina reprochó a la Corte IDH haber actuado indebidamente en ese asunto como una cuarta instancia. En tal sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación dejó ver que su posición respecto de la Corte IDH es que esta debe aplicar la doctrina del MNA y, posiblemente, así “dejaría de existir el control de convencionalidad”, afirmación en la que Tello Mendoza se asiste de lo escrito por J. C. Hitters (p. 214).

La situación actual en Bolivia es de relativo diálogo, buena convivencia o, quizá también, de ambivalencia, pues la posibilidad de aplicar el principio *pro homine*, aunque, realmente como lo afirma Tello Mendoza, realmente se acoge el control de convencionalidad (p. 225). Incluso, podría decirse, la doctrina en cuestión —y su interpretación sesgada— sirvió para justificar la validez de alguna reforma constitucional que, en condiciones de plena democracia, habría sido reprochable por su dudosa legitimidad (p. 223).

En Colombia, se aprecia una muy baja aceptación del control de convencionalidad como revisión superconstitucional traducida en el deber de efectuar una interpretación conforme. La Corte colombiana ha determinado, que si bien es cierto, los tratados ratificados por ese país son parte del conjunto de normas que deben ser aplicados en el ámbito interno, también lo que son las sentencias y los tratados no se pueden trasplantar de manera automática en el ámbito interno, por lo que es necesario primar el análisis de las circunstancias particulares de cada caso concreto (pp. 239, 352 y 353). Esa es una evidencia de cómo la Corte colombiana apunta a la necesidad de aplicar el MNA sin que ello implique desconocer, desde luego, la obligación

de cumplir las sentencias interamericanas en lo que efectivamente resuelva el litigio —y en las que el Estado de referencia ha sido parte—.

En lo que se refiere a Costa Rica, Tello apuntó que la resolución de la Asamblea General de la OEA de 1978, referida a la sede para la Corte IDH, establece que las resoluciones de ese órgano “tienen la misma fuerza ejecutiva afectadas por los costarricenses” (p. 241). Desde la década de 1990, la Sala Constitucional ha sostenido que los efectos de las sentencias interamericanas son *erga omnes* y de rango supralegal (p. 242), pero los cambios en su integración han provocado un vaivén continuo en la recepción del control de convencionalidad, que le han permitido incluso declarar la necesidad de aplicar el MNA —aunque hasta ahora sea difícil anticipar cómo resolverá dicha sala— (p. 249).

En lo que respecta a México, se puede leer que desde 2011 la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho, en suma —y tras muchas discusiones que aún continúan—, que el canon de control se conforma por los criterios obligatorios emitidos por el Poder Judicial de la Federación, las normas constitucionales, los tratados y, desde luego, la jurisprudencia de la Corte IDH, que en su conjunto debe ser interpretado con base en el principio *pro persona*, según el artículo 1o. de la Constitución de dicho país (pp. 262 y 270).

Por otra parte, el estudio profundo que Tello aplicó a la jurisprudencia peruana reveló que existe en ella una relativa aceptación del control de convencionalidad, pero que a la par se observa la admisión —o demanda— de la aplicación del MNA, como se desprende de diferentes sentencias en que los jueces del Tribunal Constitucional han reconocido que ese margen constituye un límite al control de convencionalidad (pp. 276-292).

El análisis de los diferentes casos nacionales lleva a concluir que entre los países existe una marcada disparidad respecto del canon de control, el objeto, los operadores y los mecanismos con los que se pone en práctica el control de convencionalidad. Esa falta de uniformidad se traduce en una aceptación disímil del control en la realidad, especialmente sobre su dimensión fuerte o débil —categorización que aporta y explica Tello en varias ocasiones en su libro— (pp. 298-304).

El cuarto capítulo del libro pone de manifiesto el problema de la aplicación del control de convencionalidad, se hace patente al contrastarlo con el derecho constitucional y el Estado constitucional de derecho. En dicho capítulo Tello se pregunta, de manera muy justificada, si no existe en realidad una transición o una obligación de transitar de un Estado constitucional



de derecho a un Estado convencional de derecho en el ámbito de competencia de la Corte IDH.

Como introducción a ese problema, recuerda que el control de convencionalidad en sentido fuerte es una doctrina que supone: 1) la supremacía jerárquica de los tratados y de su interpretación dentro de los Estados; 2) los efectos de autoejecutabilidad *erga omnes* de los tratados y resoluciones de la Corte IDH; 3) el requerimiento de que todas las autoridades nacionales sin excepción hagan un control de la validez normativa frente a las normas convencionales, y 4) la competencia de la Corte IDH para verificar dicha actuación.

Posteriormente, el libro acomete un análisis sobre el tránsito del Estado de derecho al Estado constitucional de derecho, estudiando el concepto de supremacía constitucional a la luz del control de constitucionalidad (p. 317), y sus efectos en la Constitución como norma vinculante. Se afirma así que la versión fuerte del control de convencionalidad no siempre es compatible con el control de constitucionalidad (p. 348). Al respecto, debe decirse que la dificultad que, en principio, representa la relación entre la supremacía constitucional y el orden jurídico convencional puede salvarse, aunque sea parcialmente, con la aplicación del MNA, para lograr así una reinterpretación del citado principio de supremacía (Garduño Domínguez, 2019, pp. 32-38).

En ese capítulo también se pone de manifiesto otro enorme problema causado por la aplicación del control de convencionalidad: su empleo termina siendo un obstáculo al trabajo contramayoritario del Poder Judicial, pues una norma constitucional puede ser hallada inconveniente por autoridades domésticas que ni siquiera son judiciales... (pp. 348-356). Otras dificultades que van aparejadas a la anterior es que, citando a Pedro Sagüés, el techo ideológico que inspira a la Constitución termina siendo sacrificado por la ideología que encauza la actuación de la Corte IDH, se limita la libertad interpretativa del juez local y se encadena a los estados a sentencias de asuntos en los que no fueron partes —lo que les impidió ser escuchados en el juicio para opinar sobre una interpretación, defecto que termina conculcando las reglas del debido proceso—. De tal forma, la disposición de aplicar el control de convencionalidad se vuelve paternalista y limita las competencias de los tribunales nacionales para interpretar y aplicar los tratados internacionales en el derecho interno (pp. 351-357).

Por otra parte, en lo que toca al *Caso Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*, Tello acusa que la Corte IDH evitó aplicar el MNA a pesar de que

así correspondía según lo jurídicamente justificado por el Estado demandado. Además, en referencia al voto disidente del juez Vio Grossi —que denunció diversos errores argumentativos, imputaciones de parcialidad y falta de independencia de algunos jueces, así como la extralimitación de la Corte IDH al haber resuelto de forma indebida sobre materias que no se encontraban a su disposición— (pp. 364 y 365), Tello puntualiza que, una vez dictada la sentencia de fondo, la Corte solo podía otorgar reparaciones y costas, interpretar el alcance del fallo, corregir graves errores de edición, supervisar el cumplimiento y, en todo caso, notificar a la Asamblea General de la OEA, el incumplimiento de dicho fallo. No obstante, al aplicar el control de convencionalidad mediante la supervisión de cumplimiento, la Corte indebidamente modificó la sentencia e intervino en su cumplimiento cambiando las obligaciones originalmente impuestas a Costa Rica, ya que alteró a iniciativa propia el fallo y reinterpretó sus alcances sin que las partes no se lo hubieran solicitado (365-368 pp.).

Otras complejidades analizadas en el capítulo cuarto derivan de la aplicación del principio *pro homine*. La primera de ellas radica en su manipulación o uso sesgado —que desafortunadamente ocurre con frecuencia—, y en el desprecio por otros métodos interpretativos que implica una segunda y paradójica inconveniencia: la posibilidad de que nunca se realice concretamente el principio *pro homine*, como puede ocurrir en caso mexicano de la restricción al ejercicio de los derechos humanos (388-393 pp.), y que se ilustra con el caso de la limitación al derecho al voto pasivo de los ministros de culto (390-393 pp.). Un tercer problema es que el desacuerdo respecto a los alcances, contornos y contenidos de ciertos derechos humanos no puede solucionarse solamente con la interpretación de la Corte IDH prescindiendo del principio democrático, sino que requiere de un verdadero diálogo entre tribunales nacionales y de que, a nivel de la Corte IDH, las sentencias se dicten desde el MNA para articular las diferencias culturales entre estados (García Roca, 2010, 214-218 pp.).

Al respecto, es importante mencionar que el MNA parte de la idea de que las autoridades nacionales se encuentran mejor situadas que los tribunales internacionales para resolver un asunto que requiera aplicar un tratado. La necesidad de interpretar esa convención puede ocurrir en un grado diverso de consenso entre Estados sobre el significado y alcance de los derechos humanos, por lo que el tribunal deberá ser más deferente y reconocer un mayor margen de apreciación a las autoridades locales en la medida

en que menor sea el acuerdo entre estados firmantes, y viceversa (Letsas, 2006, 722-723 pp.).

Por último, el capítulo quinto se dedica a interrogar si el anunciado “Estado Convencional de Derecho” realmente constituye, “un buen modelo”, o si se trata de un sistema o diseño problemático en el que podría pervivir la función original de la Corte IDH, o bien, se trata realmente de la construcción de un tribunal de diferente función: el Tribunal Constitucional interamericano. En ese apartado, Tello Mendoza advierte la necesidad de aplicar el MNA y de revalorizar la democracia constitucional, concediendo una deferencia al legislador y al constituyente. Dicha afirmación toma en cuenta que la representación popular en Latinoamérica se ejerce en un entorno de pluralismo político y cultural, que puede “salvarse” a través de la sana aplicación de dicho MNA (Iglesias Vila, 2013, p. 8).

En este apartado, Tello se pregunta si existen el Estado Convencional, la supra-constitución y un Tribunal Constitucional interamericanos. Al respecto, concluye que la Corte IDH tiene la pretensión de que sus funciones tengan efectos directos y, de esa forma, su naturaleza de tribunal internacional se transforme en la de uno supranacional. Ese fenómeno conduciría, irremediablemente a que la Corte IDH dejara de ser un órgano de control del cumplimiento de la CADH para convertirse en un vigilante que monopolizaría la comprensión, interpretación, extensión y contenido de las normas en la región Interamericana, por lo que asumiría una competencia que no se le ha conferido (pp. 403-408).

En forma paralela, Tello Mendoza afirma que la irrupción del control de convencionalidad ha trastocado la representación democrática y la eficacia de la Constitución, pues la autonomía requerida por los respectivos órganos domésticos se reduce notoriamente con la aplicación de aquella doctrina. De tal modo, si se llegara a considerar que el control de convencionalidad es supremo respecto de cualquier norma interna, entonces podría concluirse que la Corte IDH ha devenido en una especie de “Tribunal Constitucional” interamericano que resta soberanía a los Estados, a pesar de que los sometidos a su jurisdicción hayan aceptado, exclusivamente, el cumplimiento de ciertas normas de manera subsidiaria a las que sus respectivos órganos elaboran para aplicar a nivel nacional.

Es necesario mencionar que el saludable funcionamiento del derecho internacional público descansa en el concepto de subsidiariedad, que tiene como principal significado que los órganos internacionales solamente podrán actuar en aquellos casos en que las autoridades nacionales sean defectuosas

u omisas en la materia que deben tutelar (Contreras, 2014, pp. 238-239). De tal forma, cualquier intervención efectuada contra el derecho doméstico a partir del control de convencionalidad se quedará sin asidero racional cuando implique reemplazar o preterir la acción que auténticamente tocaría ejercer, de origen, a las autoridades domésticas.

De forma coincidente con lo anterior, resulta inadmisibile que la Corte IDH se encuentre capacitada para alterar el contenido de la CADH y su aplicación hacia el interior de los Estados, por lo que también se encuentra impedida para crear nuevos derechos o decidir cómo deben aplicarse al interior de los estados. Además de eso, Tello recuerda que todo tribunal debe asumir una actitud autolimitada, y que esa forma de conducirse tendría que ser incluso más intensa en el caso de la Corte IDH, dado que el objeto que tiene para aplicar es un tratado internacional.

El conjunto de graves disonancias que existen entre la democracia constitucional y la aplicación del control de convencionalidad se resume en la dilución de la independencia judicial, la erosión de la supremacía constitucional y el resquebrajamiento del principio democrático. La primera de esas discrepancias es quizá la más notoria: si el control de convencionalidad pretende un efecto directo las sentencias va a terminar provocando la dependencia de los jueces nacionales, es decir, en lugar de que exista un diálogo judicial efectivo, simplemente se entablará una relación de subordinación entre la Corte IDH y los órganos judiciales domésticos. La segunda problemática es que el control de convencionalidad erosiona la supremacía constitucional, por lo que la competencia para organizar un estado terminaría —o, quizá, ya termina— siendo asumida por la Corte IDH. Una tercera disonancia es que la aplicación de ese modelo de control desordena tanto a los propios poderes como a su separación en el ejercicio del principio democrático (pp. 412-420).

La constante negativa a la aplicación del MNA se ha traducido en una imposición de la Corte IDH sobre la creatividad interpretativa dentro de los estados y, al mismo tiempo, ha llevado a la “creación de derechos” como ocurrió en la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso Lhaka Honhat contra Argentina, en la que afirmó que el medio ambiente sano, la alimentación, el agua y la participación en la vida cultural debían considerarse como nuevos derechos autónomos a partir de la interpretación del artículo 26 de la CADH (p. 416).

Este quinto y último capítulo del libro incluye también un breve estudio de la naturaleza, desarrollo histórico, puntos de debate y tratamiento

del MNA en el sistema interamericano, y deja ver su ambivalente utilidad que, en muchas ocasiones, puede traducirse en un uso subjetivo y nada exento de polémica (416-437 pp.). Asimismo, ahí se subraya la necesidad de revalorizar la democracia constitucional y ofrecer una deferencia al legislador dado el desacuerdo cultural que prevalecen una región tan diversa como la americana.

Las reflexiones finales del libro centran la atención en dos importantes ideas. La primera consiste en que la doctrina del control de convencionalidad ha hecho aportes positivos a la práctica del derecho internacional público, llama la atención sobre la importancia de las normas de la CADH y el quehacer interpretativo de la Corte IDH. La segunda radica en que se necesitan una mayor autocontención y un diálogo más auténtico para depurar esta doctrina que ya se aplica intensamente en América (pp. 456-462).

Para terminar, es importante mencionar que Tello Mendoza reconoce la valiosa labor de la Corte IDH y el peso específico de sus sentencias, por lo que de ninguna manera descalifica el arduo afán de ese tribunal. En realidad, su libro trasluce las áreas de oportunidad del control de convencionalidad y de su desbocada aplicación, por lo que la obra posee la vocación de fomentar el debate y de inspirar la autolimitación de la Corte IDH, en virtud de que esa forma de control constituye un potencial reservorio de arbitrariedad que suscita —o, mejor dicho, exagera— el activismo del único tribunal interamericano protector de los derechos humanos.

## REFERENCIAS

- Contreras, P. (2014). Control de convencionalidad, deferencia internacional y discreción nacional en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Revista Ius Et Praxis*, 20(2).
- García Roca, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*. Cuadernos Cívitas-Instituto de Derecho Parlamentario-Thompson Reuters.
- Garduño Domínguez, G. (2019). La supremacía constitucional mexicana: reflexión sobre su significación y vigencia en el siglo XXI. En G. Garduño Domínguez et al., *La Constitución mexicana de 1917: estudios jurídicos, históricos y de derecho comparado a cien años de su promulgación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México. <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5145-la->

[constitucion-mexicana-de-1917-estudios-juridicos-historicos-y-de-derecho-comparado-a-cien-anos-de-su-promulgacion#163329](#)

Iglesias Vila, M. (2013). *Una doctrina del margen de apreciación estatal para el Convenio Europeo de Derechos Humanos: en busca de un equilibrio entre democracia y derechos en la esfera internacional*. [https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13\\_Iglesias\\_CV\\_Sp\\_20130314.pdf](https://law.yale.edu/sites/default/files/documents/pdf/sela/SELA13_Iglesias_CV_Sp_20130314.pdf)

Letsas, G. (2006). Two Concepts of the Margin of Appreciation. *Oxford Journal of Legal Studies*, 26(4).

Yourow, H. (1996). *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. Martinus Nijhoff Publishers.



Espeleta Aladro, R. y Vázquez Gómez Bisogno, F. (2023). *Federalismo dúctil*. Universidad Panamericana; Tirant lo Blanch.

Melissa Arlett Castillo Arroyo

 <https://orcid.org/0009-0007-2783-2455>

Universidad Panamericana. México  
Correo electrónico: macastillo@up.edu.mx

Publicación: 20 de junio de 2024

DOI: <https://orcid.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.18979>

La obra *Federalismo dúctil* es merecedora de atención por todo jurista con inquietud por reflexionar sobre la vigencia efectiva del sistema federal como instrumento de control del poder dentro del Estado constitucional mexicano.

El éxito de la investigación viene acreditado por la amplia trayectoria de sus autores: Rodrigo Espeleta Aladro, secretario de justicia y derechos humanos del Estado de México, y Francisco Javier Vázquez Gómez, secretario académico y profesor de Derecho Constitucional (SNI nivel I) de la Universidad Panamericana. Los profundos conocimientos de ambos juristas, en las materias de Derecho Constitucional y Derechos Humanos, se aprecian en el minucioso análisis que realizaron del sistema federal mexicano, a partir de una perspectiva histórica-progresiva y práctica.

Esta obra es una invitación para que los apasionados del derecho constitucional se aventuren, junto con los autores, a cuestionar la operatividad real del sistema y pensar en posibles modificaciones que se le puedan hacer para lograr que cumpla con la finalidad del constitucionalismo: *Limitar al poder a través del derecho*. Además, es una contribución académica porque propone transitar a un nuevo federalismo que contempla los mecanismos y temperamentos que lo doten de efectividad.

La obra se divide en los siguientes capítulos: “I. Introducción. El Federalismo Mexicano como Problema”; “II. Profundizando en la Descripción

del Problema: La Controversia Constitucional 71/2009”; “III. Entendiendo el Federalismo «Dual» y el Federalismo «Cooperativo»”; “IV. La «Legislación Única» en el Constitucionalismo Mexicano: La Comprensión del Federalismo Dúctil”; “V. La Fórmula de Distribución de Competencias en el Derecho Comparado”; “VI. La Fórmula de Distribución de Competencias: Una Propuesta para México a la luz del «Federalismo Dúctil»“. A esto se suman conclusiones y bibliografía.

Los autores dedican el capítulo primero para exponer el problema que advierten en el federalismo mexicano y visibilizar la conveniencia de repensar el federalismo. De manera preliminar los autores establecen que los sistemas de organización estatal no son fines, sino medios para lograr limitar el poder a través del derecho, donde la fórmula de distribución de competencias juega un papel esencial. En ese sentido, el federalismo debe entenderse como una técnica constitucional e instrumental y no como un dogma constitucional. De igual manera, los autores argumentan que su vigencia está supe- ditada a que se mantenga el equilibrio entre la unidad y la diversidad de los integrantes que conforman la federación. Esto considerando las circunstancias actuales de cada sociedad.

Así, los autores critican que el desenvolvimiento del federalismo mexicano ha caído en una crisis de la cual han surgido problemáticas que ameritan una profunda reflexión. Los principales problemas que los autores advierten son, por un lado, la tendencia a engrosar las facultades del ámbito federal. En segundo lugar, el incremento exorbitante de facultades concurrentes y, por último, la creación de nuevas categorías de facultades, como la legislación única o reglas particulares. Normas que solamente ocasionan una proliferación de contradicciones y lagunas legales que terminan debilitando al actual federalismo mexicano. A su vez, propician la discrecionalidad de algunos niveles u órganos de gobierno, y de la interpretación de los jueces al momento de resolver los conflictos. En ese sentido, consideran que el sistema competencial actual es caótico e insuficiente, debido a que, no establece de manera coherente las competencias y facultades que cada integrante tiene, ni considera las posibilidades reales de actuación y coordinación de cada nivel u órgano de gobierno.

El análisis continúa en el capítulo segundo con el estudio de la controversia constitucional 71/2009, por ser un ejemplo concreto que materializa el problema del federalismo mexicano. En este asunto los integrantes del tribunal constitucional mexicano tenían la tarea de delimitar el alcance de las facultades concurrentes en materia de turismo, sin embargo, en la sentencia



definitiva se advierte que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se adhirió a lo establecido en el precedente de la controversia constitucional 29/200 para resolver la cuestión. Con ello, lograron esquivar el análisis que se requería efectuar sobre el federalismo mexicano y la necesidad de estudiar las diferentes clases o *grados de densidad* (p. 61) en materia de facultades concurrentes.

Por su parte, los autores, tras haber analizado y desglosado el modelo de trabajo de la SCJN para abordar esta cuestión, concluyen que existe entre los miembros del tribunal constitucional mexicano una vaga claridad de las autonomías y competencias de los tres órdenes de gobierno y, por lo tanto, una gran dificultad al momento de aplicar el sistema federal mexicano. Esta situación abre paso al resto de los capítulos del libro, en los que los autores hacen propia la tarea pendiente por el máximo tribunal mexicano y se atreven a analizar los pormenores del federalismo mexicano.

Con ese objetivo en mente, en el capítulo tercero, los autores desarrollan dos temas principales. Por un lado, los modelos de federalismo y, por otro lado, la historia del federalismo mexicano. Respecto al primer tópico, abordan las diferencias entre el federalismo *dual* y *cooperativo*, a partir de realizar, en primer lugar, un análisis histórico del surgimiento y desarrollo del federalismo norteamericano o también conocido como el *federalismo auténtico, puro o clásico*. Para el cual empezaron por estudiar los debates que existieron entre federalistas, encabezados por Alexander Hamilton, y anti-federalistas, liderados por Thomas Jefferson. Posteriormente, reflexionaron sobre algunos *leading cases* del máximo tribunal norteamericano, en los que advirtieron que gracias al apoyo del juez John Marshall, el *federalismo hamiltoniano* fue el que se incorporó en el marco constitucional norteamericano.

Siguiendo con el análisis, los autores hacen la distinción entre el federalismo de integración (que es el caso norteamericano) y el de desconcentración (que es el caso mexicano); precisan que, ya sea que se hable de uno u otro, el común denominador que comparten es la coexistencia de diversos órdenes de gobierno (ámbito local y federal) dentro de un mismo territorio. Es por ello, que en todo texto fundacional se debe establecer una fórmula de distribución de competencias clara y precisa para evitar la colisión entre los ámbitos competenciales. En el caso norteamericano, se sigue el modelo de asignación *dual* de competencias. No obstante, los autores aclaran que en el federalismo norteamericano también existen facultades concurren-

tes, con la particularidad de que la concurrencia no implica coincidencia de facultades.

Para cerrar esta primera sección del capítulo tercero los autores realizan una comparación entre el federalismo *dual* norteamericano con el federalismo *cooperativo* alemán. Explican que la singularidad del segundo radica en que excluye toda rigidez que obstaculice una coparticipación y colaboración entre la Federación y los Estados. Por ello, en este sistema la concurrencia en las facultades implica coincidencia en los diversos órdenes de gobierno.

Para los autores resultaba conveniente abordar en primer lugar las diferencias entre el federalismo *dual* y el *cooperativo*, ya que solo a partir de entender la teoría de ambos sistemas es posible entender el caso mexicano, que está conformado por aspectos de ambos tipos de federalismo.

Ahora bien, en cuanto hace a la historia de la organización estatal en México, los autores comienzan su exposición resaltando que el sistema federal surgió “con una tara esquizofrénica” (p. 98). Puesto que, en el caso mexicano el federalismo se originó a partir de una desconcentración, sin embargo, sigue la regla norteamericana de tasar las competencias federales por medio de un modelo *dual*. El cual se establece en el artículo 124 constitucional. De igual manera, los autores destacan que la esquizofrenia que sufre el sistema federal mexicano sale a la luz en tres cuestiones. Primero, por la tendencia de incrementar las facultades federales reguladas en el artículo 73 de la constitución. Segundo, por el desarrollo de la concurrencia de los diversos órdenes de gobierno en el sistema federal mexicano, puesto que en México se sigue la teoría de las facultades concurrentes del federalismo cooperativo alemán, en el que la concurrencia implica coincidencia. Los autores resaltan que la metodología empleada para incorporar las facultades concurrentes al texto constitucional acarrea una falta de claridad de si el modelo que se pretende seguir es el de corte *dual* o el *cooperativo* y si existen o no distintas formas de concurrencia o de niveles de cooperación entre los diversos órdenes de gobierno. Tercero, debido a la nueva categoría que creó el Poder Constituyente Constituido: la *legislación única*, bajo la lógica de que es conveniente en determinadas materias establecer una unificación normativa para brindar certeza y seguridad jurídica.

Siguiendo ese orden de ideas, en el capítulo cuarto los autores se encargan de esclarecer la naturaleza jurídica y constitucional que juega la legislación única en el sistema federal mexicano. Para lograr lo anterior realizan un estudio riguroso de la teoría de los órdenes jurídicos consolidado por la

doctrina jurisprudencial de la SCJN y de los diversos grados de densidad en materia de facultades concurrentes.

Los autores resaltan que las materias que regula la legislación única han ido incrementadas a partir de las reformas constitucionales del 14 y 26 de marzo de 2019, las cuales ordenan la emisión de leyes nacionales en las materias de: procesal civil, procesal familiar, extinción de dominio, uso de la fuerza y registro de detenciones.

En el capítulo quinto los autores desarrollan un análisis de derecho comparado en el que identifican los elementos esenciales que integran la fórmula de distribución de competencias en Alemania, Argentina, Brasil y Suiza. Este estudio lo realizan con la finalidad de advertir mecanismos que se emplean en otros sistemas constitucionales y que pudieran ser de utilidad para nuestro sistema federal.

Una vez que los autores analizaron el desarrollo del federalismo mexicano, resaltaron sus problemas y consideraron las aportaciones del derecho comparado, advierten que la pregunta clave para encontrar una solución a la crisis del sistema está en determinar: “¿Cuáles son los problemas que nos mantienen unidos y cuáles de ellos podríamos resolverlos localmente?” (p. 199).

En la respuesta a esta interrogante, los autores encuentran una importante área de oportunidad para el sistema federal mexicano. Por lo que, en el capítulo sexto se encargan de desarrollar su propuesta de fórmula de distribución de competencias para México. Cabe precisar que su intención no es formular un proyecto de reforma constitucional, sino solo proponer los elementos indispensables que lo conformarían.

El nuevo sistema de distribución de competencias parte de considerar que los sistemas constitucionales y, por ende, sus correlativos sistemas de organización estatal, para que sigan siendo vigentes y eficaces, deben evolucionar atendiendo al contexto de cada país. En cuanto al federalismo mexicano, los autores concluyen que el sistema federal siendo coherente con su génesis histórica y su realidad política ha transitado de un federalismo *dual* a un federalismo *cooperativo*. Es más, con la incorporación de la legislación única ven que es mayor el peso que se da a la unidad que a la diversidad de la nación. Bajo estas directrices, los autores apuestan porque México cuente con un sistema federal que pueda fácilmente adaptarse a la realidad actual del país y, debido a ello, contemple los mecanismos funcionales y maleables que le permitan atender tanto los temas nacionales como los intereses de las regiones. En ese sentido, proponen transitar a un *federalismo dúctil*.

Con todo, estamos ante una obra que ofrece una mirada crítica al funcionamiento del sistema federal mexicano, y cuya lectura requiere de conocimientos previos de derecho constitucional mexicano para lograr entender a cabalidad las cuestiones técnicas abordadas en el libro. Es resaltable el esfuerzo de los autores por abordar el tema, no solo, a nivel local, sino también por haber adoptado enfoques enriquecedores del derecho comparado, así como por su loable propuesta de solución, resultado de la rigurosa investigación que llevaron a cabo. Así es, un libro que permite considerarlo con la atención que merece.



Cadena Alcalá, J. Á. (2023). *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el juicio de amparo en México*. Porrúa.

Sergio Cervantes Chiquito

 <https://orcid.org/0009-0003-4684-7223>

Universidad Autónoma de Tamaulipas, Ciudad Victoria, Tamaulipas. México.  
Correo electrónico: scervantes@docentes.uat.edu.mx

Publicación: 30 de abril de 2024

DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2024.51.19106>

El libro *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en el juicio de amparo en México*, de la editorial Porrúa, busca responder la siguiente pregunta: ¿es el juicio de amparo el medio idóneo para ejercer de manera directa la defensa de los derechos humanos entre particulares? Para ello, el autor de este valioso trabajo examina diversos aspectos necesarios para responder a esta pregunta, lo cual le permite llegar a diversas conclusiones de gran relevancia para el sistema jurídico mexicano.

El autor sostiene que los derechos humanos tienen una calidad omnidireccional que les permite ser considerados como un límite en las relaciones verticales y horizontales, sin embargo, se requiere de un recurso efectivo para su ejercicio, de no existir en el Estado mexicano, se incumple con el mandato contenido en el artículo primero constitucional referente a la obligación que tienen las autoridades mexicanas de garantizar los derechos humanos y por consecuencia su reparación.

La obra inicia con la presentación de la Biblioteca Porrúa de Derecho Procesal Constitucional a cargo de su director Eduardo Ferrer Mc-Gregor, de la que el libro del maestro Cadena Alcalá forma parte, correspondiéndole el número 166, en esta sección de la obra se revisa la importancia y evolución que ha tenido el derecho procesal constitucional en nuestro país y cómo esta colección ha incorporado estudios de gran relevancia en la materia.

Posteriormente, se incluye un interesante prólogo a cargo del doctor Giovanni A. Figueroa Mejía, profesor de la Universidad Iberoamericana de la Ciudad de México, donde destaca diversas cualidades académicas del autor, y cómo este trabajo es el resultado de su tesis de grado de maestro en derecho constitucional y derechos humanos.

El doctor Figueroa resalta la importancia de la temática del libro por ser poco explorada aún en nuestro país y estructura en diez puntos los aspectos más relevantes de la obra, entre los que destacan el tema de la incorporación de la teoría del *Drittwirkung* como medio de protección de los derechos de las relaciones entre particulares, las herramientas con las que puede contar un juez para aplicar esta teoría, así como los retos que el sistema jurídico mexicano enfrenta para lograr la protección de los derechos humanos entre particulares en vía directa.

El libro goza de una muy buena estructura metodológica, debido a que se compone de cuatro capítulos bien organizados, con subtítulos pertinentes y documentados, haciendo uso de elementos cuantitativos como cualitativos, lo cual contribuye a sustentar los temas de investigación que se van presentando al lector.

El primer capítulo se denomina “El juicio de amparo y el derecho a una tutela judicial efectiva. Constitucionalismo y garantías constitucionales”. Inicia revisando la conceptualización del juicio de amparo en México como un recurso efectivo, acorde con lo establecido en el artículo 2.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, destacándose su procedencia contra dos tipos de autoridades, las del Estado y particulares en funciones de estas y precisando las dos características fundamentales que debe tener conforme a la Convención Americana de Derechos Humanos, como son la efectividad y la idoneidad.

Posteriormente, el autor señala que a partir de la reforma de 2011 en nuestro país, a través del juicio de amparo, se reconocen los derechos humanos establecidos en el parámetro de regularidad constitucional y se cuenta con las garantías jurisdiccionales que permiten su reparación, precisando que estos derechos tienen un carácter multidireccional que obliga al Estado mexicano a protegerlos en su vía vertical y horizontal, cumpliendo así con su deber de custodia y reconocimiento de pleno ejercicio.

Por tanto, argumenta que el Estado tiene una obligación sustantiva de velar por el respeto de los derechos humanos en el actuar de las autoridades y de los particulares, reconociendo como elementos mínimos de actuación el deber de custodia y el reconocimiento pleno de ejercicio.

Se señala que la constitucionalización en una nación es un proceso y no un todo o nada, que va fortaleciéndose para hacer valer los derechos sustantivos, mediante la acción del legislativo que al desarrollar los mandatos constitucionales va ejecutando los contenidos de la norma suprema, mientras que el juez constitucional tiene la responsabilidad de defender los derechos constitucionales y convencionales.

Considerando con base en lo anterior que el Estado mexicano por tener una constitución principalista, con un robusto andamiaje jurídico y un recurso efectivo representado en el juicio de amparo, le es posible hacer vigente un verdadero sistema de protección a los derechos humanos en vía vertical y horizontal.

El siguiente capítulo lleva por título “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. El deber objetivo del estado como obligación constitucional de protección”. Esta parte del texto es dedicada fundamentalmente a revisar los que son considerados los dos antecedentes más relevantes en el contexto internacional acerca de la eficacia horizontal de los derechos humanos.

En primer lugar, se analiza el caso Kot Samuel SRL, resuelto por la Corte Suprema de la Nación Argentina el 5 de octubre de 1958, en el cual, por medio de un recurso de amparo, el señor Juan Kot, se dolía de la afectación que resentía la empresa de la cual era socio con relación a derechos fundamentales por parte de particulares (usurpación de instalaciones).

En una primera instancia, el asunto es desestimado al considerarse un conflicto colectivo de trabajo, sin embargo, al ser resuelto el recurso de amparo por la Corte Suprema de Argentina se determina que independientemente que una restricción a un derecho fundamental proviniera de un particular, el estudio debía enfocarse en el derecho vulnerado.

El segundo antecedente de gran relevancia que aborda el autor se refiere al caso Luth, resuelto por el Tribunal Federal Alemán en 1958, en el expone cómo el señor Erich Luth pretendía boicotear películas producidas por otro particular, por haber dirigido películas nazis, siendo el derecho a la libertad de expresión el derecho cuestionado. Ante esto, el Tribunal Federal Alemán realiza dos interpretaciones de gran relevancia para la protección horizontal de los derechos humanos, como son la aplicación de la ponderación ante la colisión horizontal de derechos y el efecto que irradiaron de los mismos, temas que son revisados con gran detalle y permiten entender por qué en este asunto se llega a la conclusión de dar la razón al señor Luth.

Posteriormente, el autor realiza un recuento de diversos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en los cuales el máximo tribunal ha abordado, sin ser el tema central de la sentencia, la importancia que reviste la protección horizontal de los derechos humanos, finalizando con extractos de sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los cuales se ha destacado la obligación que tienen los Estados de hacer respetar y reparar los derechos establecidos en la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos.

En la parte final del segundo capítulo, el autor realiza una importante precisión al límite que debe tener la ponderación para nuestro sistema jurídico y el sistema interamericano al momento de presentarse una colisión de derechos, esto es el *ius cogens* interamericano y la dignidad humana.

El tercer capítulo titulado “Análisis de sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Apreciación de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales y la responsabilidad objetiva del Estado”, tiene elementos cuantitativos y cualitativos de gran relevancia, con un adecuado proceso de graficación que le permite al autor generar evidencia propia para apuntalar sus argumentos.

A través de su análisis, el joven profesor nos permite advertir que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de sus sentencias, ha dado ejemplos claros sobre la forma en que aborda la colisión de derechos humanos entre particulares, en las cuales, a través de una adecuada valoración, ha logrado proteger estos derechos. Entre algunas de las conclusiones más relevantes a las que llega en su análisis son que, a su juicio, la Primera Sala reconoce la eficacia horizontal de los derechos humanos, mientras que la Segunda Sala en los asuntos que ha conocido no reconoce la doctrina del *Drittwirkung* para efectos de la procedencia del juicio de amparo indirecto.

Señalando que a nivel nacional no existe un instrumento jurídico que permita defender y judicializar los derechos fundamentales en vía directa horizontal, no se pasa por alto en este apartado que la vigente ley de amparo contempla la procedencia de este medio de defensa constitucional contra actos de particulares en funciones de autoridad, realizando una adecuada precisión en el sentido que, no se puede contemplar en este supuesto una relación de particulares, pues nos encontramos ante ciudadanos que se encuentran revestidos del carácter de autoridad.

Por lo cual, el autor plantea dos aspectos hacia los cuales debe evolucionar el juicio de amparo, siendo: a) protección de derechos subjetivos ante



el Estado, y *b*) la salvaguarda de orden de valores previsto en el marco constitucional en las relaciones entre particulares.

Por otra parte, al realizar el análisis de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se considera que es posible advertir el reconocimiento de la responsabilidad estatal, cuando se presenta una violación a un derecho humano a un particular o a un grupo de particulares por parte de otro particular, consolidándose la protección de los derechos humanos en su vertiente horizontal, señalando la obligación de los Estados parte de vigilar y reparar cualquier afectación, resaltando la necesidad relativa a que en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se debería precisar la obligación de los Estados partes de contar con un mecanismo de acceso directo para reparar este tipo de violaciones a los derechos humanos.

El cuarto y último capítulo de este libro se titula “La procedencia del juicio de amparo contra particulares en México. La necesidad de una interpretación protectora en la custodia efectiva de derechos fundamentales”. Inicia con la propuesta relativa a realizar una interpretación conforme del artículo 5o, fracción II, de la Ley de Amparo en relación con el artículo 2.5.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, antes de recurrir a una reforma constitucional.

Considera que este tipo de interpretación debe tener en consideración los artículos 1o., fracciones II y III, y 5o. de la Ley de Amparo, 17 constitucional con relación al 25.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, colocando en el centro la violación actual y real de un derecho fundamental, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, aun cuando esta provenga de particulares en relaciones de derecho privado.

Propone un ejercicio hermenéutico en el que el juez constitucional deberá considerar cuatro aspectos para validar la procedencia de la acción en vía directa mediante el juicio amparo, siendo los siguientes: *a*) que la relación de coordinación en la cual se alega la violación de derechos fundamentales se encuentren previstos en el parámetro de regularidad constitucional de manera actual, real o futura, pero con una afectación que pueda ser considerada cierta; *b*) que la materia de la inconformidad presentada en un acto, norma de carácter general u omisión busque crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas; *c*) que el particular señalado por causar una afectación directa a los derechos humanos, lo hiciera en un margen de superioridad, derivado de una relación en la cual se preste un servicio, haya celebrado un acto o en el contexto de un hecho jurídico, y *d*) que dentro del sistema jurídico mexicano,

no exista un medio de defensa eficaz que permita inconformarse y reparar el derecho violado.

El autor considera que, con la anterior interpretación por parte de un juzgador de amparo, se rompe con el esquema que tradicionalmente se ha tenido sobre la procedencia del juicio de amparo de ser procedente únicamente contra actos de autoridad y se armoniza con el contenido de la reforma de junio de 2011 en materia de derechos humanos, buscando contar con un esquema amplio de protección en la materia.

Debe realizarse énfasis en que el autor considera la procedencia del juicio de amparo de manera residual, al no existir un medio de defensa diverso que sea capaz de lograr una restitución integral en cualquiera de las esferas competenciales del Estado mexicano.

En el libro se señala *prima facie* que, debe ser el juicio de amparo el medio idóneo para lograr la tutela directa de los derechos humanos, esto debido a que éste instrumento de defensa de los derechos humanos puede realizar interpretaciones legales, constitucionales y convencionales, lo cual sería difícil de concebir en un medio ordinario de defensa.

Además de lo anterior, se sostiene por el autor que la estructura del juicio de amparo permite establecer precedentes que son obligatorios para todas las autoridades del Estado mexicano, trayendo por consecuencia un mayor impacto en las resoluciones que sean emitidas por las autoridades.

Complementa esta idea, aseverando que el juicio de amparo tiene una vocación que ha desarrollado con base en sus precedentes, relativa a la reparación de los derechos humanos, misma que debe ser valorada al momento en que el Estado mexicano determine si este será el medio para la defensa de los derechos humanos en vía horizontal directa.

Finalmente, el autor considera que la vía idónea para la procedencia del juicio de amparo será la indirecta, por ser de mayor proximidad procedimental con el particular.

El libro del joven abogado Jesús Ángel Cadena Alcalá, sin duda se volverá una lectura obligada y referente en los temas relativos a la eficacia horizontal directa de los derechos humanos, como fue mencionado, no son muchos los textos jurídicos mexicanos que hoy en día revisan esta temática.

