eISSN: 2448-4881
ISSN: 14059193

Cuestiones Constitucionales

Revista Mexicana de Derecho Constitucional

Volumen 26, Número 52, Enero-Junio de 2025

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: Celia Carreón Trujillo
Ricardo Hernández Montes de Oca
Enrique Rodríguez Trujano
Alejandro Montiel Velázquez

Formación en computadora: Ricardo Hernández Montes de Oca

Asistentes de la revista: 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, Wydzial Prawa i Administracji Uniwersytet Wroclawski); 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-IIJ); Rodrigo Gutiérrez Rivas (México, UNAM-IIJ); María del Pilar Hernández (México, UNAM-IIJ); Sergio López-Ayllón (México, UNAM-IIJ); Cecilia Mora-Donatto (México, UNAM-IIJ); Susana Pedroza de la Llave (México, UNAM-IIJ); Miguel Pérez López (México, UAM); Juan José Ríos Estavillo (México, Escuela Libre de Derecho); Alfredo Sánchez-Castañeda (México, UNAM-IIJ); José María Serna de la Garza (México, UNAM-IIJ); José Luis Vázquez Alfaro (México, UNAM); Juan Vega Gómez (México, UNAM-IIJ).

Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, 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.iij@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 Seríals 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: 1 de junio 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 apariencia del buen derecho en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales contra normas generales e18897

Félix Vázquez Acuña

La educación diferenciada por sexo. Derecho a la igualdad y el pluralismo en la educación en España e19137

Jhenny Rivas Alberti
Alexander Espinoza

Who watches the watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution e18861

Felipe Alves da Silva

Agua embotellada: contemplaciones sanitarias entre el derecho humano a la salud y la industria privada e19558

Luis Fernando Zepeda Rodríguez
Jordan Vladimir Tello Ibarra

Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia e17754

Mario Alberto Cajas Sarria
Juan Pablo Sarmiento Erazo

Derechos de la naturaleza en el Ecuador: el reto constitucional e18955

Johanna Elizabeth Jiménez Torres

El contenido esencial del derecho de acceso a Internet e19375

Clara-Luz Álvarez
José María Soberanes Díez

La inconvencionalidad de artículos constitucionales en México, a partir de las acciones de inconstitucionalidad contra la prisión preventiva oficiosa. e19000

Erick Francisco Tapia Hernández

Democracia e seus inimigos: a liberdade de expressão e o discurso de ódio no cenário político. e19196

Luiz Felipe Ferreira dos Santos
Marília de Ávila e Silva Sampaio

De la deficiencia a la diversidad: análisis crítico del marco jurídico mexicano y los nuevos paradigmas del concepto de discapacidad. e18692

Guillermo Ramírez Rentería

La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes en Colombia en los estados de conmoción interior: violación a los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana e18982

Carlos Arturo Duarte Martínez

"An intruder body". Antidiscrimination law and the justiciability of the economic, social and cultural rights in the Inter-American Court of Human Rights: an analysis based on the Case of Guevara Díaz vs. Costa Rica e18864

André Leonardo Copetti Santos
Doglas Cesar Lucas

La libre voluntad de disolver el vínculo matrimonial como manifestación del artículo primero constitucional mexicano. . . e18990

Oscar Efrén Marín Enríquez

Comentarios Jurisprudenciales

El derecho al mínimo vital tributario en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación e19179

Mauricio Estrada Avilés

La jurisprudencia sobre perspectiva de derechos humanos en los procesos en que intervienen personas adultas mayores. Consideraciones al presupuesto de vulnerabilidad en procesos jurisdiccionales que involucren a personas adultas mayores. e19161

Verónica López Madrigal

La Guardia Nacional. Una definición de su arquitectura institucional en el orden jurídico mexicano a partir de los criterios de interpretación empleados en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en la controversia constitucional 137/2022 . . . . . e19172

Juan Manuel Otero Varela

Comentarios Legislativos

Los riesgos a los derechos humanos por la inteligencia artificial: su intento de mitigación en la EU AI ACT e19226

Isabella Taboada Macías

La Guardia Nacional. Su transformación constitucional como Fuerza Armada permanente dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional con funciones de apoyo a la seguridad pública e19782

Juan Manuel Otero Varela

Reseñas Bibliográficas

Castellá Andreu, J. M., y Expósito, E. (Eds.) (2024). Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista. Marcial Pons e19795

Laura Giovanna Gómez Contreras

Sahuí, A. (2024). Constitucionalismo reflexivo. Derechos humanos y democracia en las sociedades complejas. Universidad Nacional Autónoma de México e19613

Juan Pablo Carbajal-Camberos

Ruipérez Alamillo, J., y Vega García, P. de (2024). Dos estudios sobre la Constitución y su defensa. Colex e19411

Diego Fierro Rodríguez

Cuestiones Constitucionales

Artículos

La apariencia del buen derecho en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales contra normas generales

The appearance of good law in unconstitutionality actions and in constitutional disputes against general norms

Félix **Vázquez Acuña**

https://orcid.org/0000-0001-6736-7614
Universidad Autónoma de Zacatecas. México
Correo electrónico: felix-va@hotmail.com

Recepción: 7 de febrero de 2024
Aceptación: 25 de junio de 2024
Publicación: 30 de agosto de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18897

Resumen: Sólo se otorgará la suspensión de normas generales cuando provoquen vulneración irreversible a derechos humanos, esto es, cuando se cristalice la apariencia del buen derecho. Para ello, la Corte debe explicar las circunstancias del caso práctico, que permitan concluir que se da dicha afectación. Desafortunadamente, en muchas ocasiones no lo ha hecho. Por ejemplo, no explica las razones que permitan afirmar que tener una percepción de ciento doce mil pesos mensuales —como la del presidente de la República— vulnera el derecho humano de obtener una remuneración digna.
Palabras clave: apariencia del buen derecho, acciones de inconstitucionalidad, controversias constitucionales, suspensión de normas generales, violación de derechos humanos, derecho humano a recibir una remuneración proporcional, adecuada y equitativa, salario digno.

Abstract: The suspension of general norms will only be granted when they cause irreversible violations of human rights, that is, when the appearance of good law is crystallized. To do this, the Court must explain the circumstances of the practical case, which allow it to be concluded that said impact occurs. Unfortunately, on many occasions it has not done so. For example: it does not explain the reasons that allow us to affirm that having an income of one hundred and twelve thousand pesos per month —like that of the President of the Republic— violates the human right to obtain a decent remuneration.
Keywords: appearance of good law, unconstitutionality actions, constitutional controver-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sies, suspension of general norms, violation of human rights, human right to receive proportional, adequate and equitable remuneration, decent salary.

Sumario: I. *La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo.* II. *La apariencia del buen derecho en la suspensión de normas generales (en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales).* III. *Surgimiento y desarrollo de la excepción a la regla general.* IV. *El caso de excepción y la apariencia del buen derecho.* V. *Los dos razonamientos y la apariencia del buen derecho en la* resolución madre*.* VI. *Deficiencias del segundo razonamiento en las otras resoluciones y acuerdos.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Referencias.*

La apariencia del buen derecho es una figura que opera, con las particularidades de cada caso, en las medidas cautelares en general; pero, si pretendemos direccionar nuestro análisis a los medios de control de la constitucionalidad y la convencionalidad, hemos de reconocer que es en el juicio de amparo donde encuentra su nacimiento y desarrollo.

I. La apariencia del buen derecho en el juicio de amparo

Esta figura ha experimentado una evolución paulatina e ininterrumpida, no exenta de cierto caos en tiempo y visión. Con la finalidad de exponer de forma ordenada el proceso, podemos ubicar cinco etapas.

1. *Primera etapa. Ausencia de la apariencia del buen derecho*

Aquí se plantea un divorcio total entre los elementos a considerar para el otorgamiento de la suspensión del acto reclamado, y los que se deben tomar en cuenta en la sentencia que resuelve el fondo del juicio. De tal suerte que, para conceder la primera, no se valora ningún posible argumento de la segunda.

Así, por ejemplo, Burgoa (2008, p. 712) sostuvo que para conceder o negar la medida cautelar, el órgano de control no debe tomar en cuenta la posible inconstitucionalidad de los actos reclamados, sino exclusivamente las cuestiones genéricas para su procedencia, como son, que los actos sean ciertos, que su naturaleza permita su paralización y que, con su otorgamiento, no se afecte el interés social ni se contravengan normas de orden público.

2. *Segunda etapa. Surgimiento de la apariencia del buen derecho*

A. *La doctrina*

Aunque no la llamó expresamente apariencia del buen derecho, ya Calamandrei, refiriéndose a las medidas cautelares, sostenía que para su otorgamiento se efectuaba un estudio, ciertamente superficial, del fondo (citado por González Chávez, H., 2006, p. 77); mientras que Chiovenda (1977, p. 284) comentaba que, aunque las medidas cautelares son previas a la sentencia, sin embargo, exigen tan siquiera un análisis provisional o superficial del fondo.

En el plano nacional, y con especial referencia a la suspensión en el amparo, también sin darle el nombre de apariencia del buen derecho, la doctrina abordó el fenómeno desde principios del siglo pasado. Silvestre Moreno Cora afirmaba que desde el inicio del juicio se debe determinar si existe una presunción respecto al fondo, lo que influirá en el ánimo del juez para conceder o negar la medida cautelar (Moreno Cora, S.,1902, citado por Couto, R., 1957, pp. 52-53). En este sentido, Couto (1957, p. 241) hablaba de la "suspensión con efectos de amparo provisional". Góngora Pimentel (2003, p. 184) sostenía de manera categórica que, para poder decir sobre el otorgamiento de la medida, se tendrán que hacer consideraciones sobre el fondo del negocio, así sean provisionales, sin prejuzgar sobre la resolución final.

Ya manejando la figura con el nombre de apariencia del buen derecho, Zaldívar Lelo de Larrea (2002, p. 93) sostiene:

> Se trata de que el juez realice un análisis preliminar de la probable inconstitucionalidad del acto reclamado, con la idea de que en los casos de actos arbitrarios, el quejoso no sufra injustificadamente la afectación derivada del acto de autoridad mientras se resuelve el fondo del asunto.[1]

B. *La jurisprudencia*

Un parteaguas en el tema que nos ocupa lo representa la jurisprudencia P./J. 15/96,[2] que resultó de la contradicción de tesis 3/95, resuelta por el Tribunal

---

[1] Incluso, recomienda bibliografía para la mejor comprensión de la figura de la apariencia del buen derecho, a saber: García de Enterría (1992); Chinchilla Marín (1991); Barnés Vázquez (1993), y González-Varas Ibáñez (1993).

[2] Cuyo rubro es: SUSPENSION. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE, SIN DEJAR DE

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Pleno de la Suprema Corte. Tomando en cuenta la tesis y la ejecutoria que le da origen, además de que se habla expresamente del concepto "apariencia del buen derecho", Vázquez Acuña, F. (2023, pp. 413-414) destaca los siguientes seis puntos:

a) La suspensión del acto reclamado participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.
b) La apariencia del buen derecho se basa en un conocimiento superficial de mera probabilidad respecto a la existencia del derecho discutido en el proceso, de tal manera que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de amparo se declarará la inconstitucionalidad del acto reclamado.
c) Ello se hará sin dejar de analizar que se cumplan los requisitos del artículo 124 de la *Ley de Amparo*.
d) El examen de la apariencia del buen derecho encuentra su fundamento en el artículo 107, fracción X, de la Constitución, que establecía que para el otorgamiento de la suspensión era necesario tomar en cuenta, entre otras cuestiones, "la naturaleza de la violación alegada", lo que implicaba que se debía atender al derecho que se dice violado.
e) Dicho análisis debe realizarse sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, esto es, sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los actos reclamados, ya que esto solo puede determinarse en la sentencia de fondo.
f) Además de todo lo anterior, el juez debe tomar en cuenta que se cumplan los otros elementos requeridos para la suspensión, ya que la preservación del orden público y del interés de la sociedad, están por encima del interés particular.

OBSERVAR LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTICULO 124 DE LA LEY DE AMPARO, HACER UNA APRECIACION DE CARACTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO.

3. *Tercera etapa. Surgimiento de la apariencia del buen derecho en el marco jurídico*

A. *Reforma constitucional*

Ante el surgimiento del criterio jurisprudencial descrito en el punto anterior, y dado que, como resulta natural, inmediatamente fue aplicado por los órganos del Poder Judicial de la Federación, resultaba impostergable una reforma, constitucional primero y legal después. Respecto a aquella, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 6 de junio del 2011, donde la fracción X del artículo 107 quedó en los siguientes términos:

> X. Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.

B. Reforma legal

En el propio *Diario Oficial de la Federación* del 2 de abril del 2013, se publica la nueva *Ley de Amparo*, cuyo artículo 138 dice:

> Artículo 138. Promovida la suspensión del acto reclamado el órgano jurisdiccional deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y la no afectación del interés social y, en su caso, acordará lo siguiente:
> I. Concederá o negará la suspensión provisional; en el primer caso, fijará los requisitos y efectos de la medida; en el segundo caso, la autoridad responsable podrá ejecutar el acto reclamado.
> II. Señalará fecha y hora para la celebración de la audiencia incidental que deberá efectuarse dentro del plazo de cinco días; y
> III. Solicitará informe previo a las autoridades responsables, que deberán rendirlo dentro del plazo de cuarenta y ocho horas, para lo cual en la notificación correspondiente se le acompañará copia de la demanda y anexos que estime pertinentes.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

4. *Cuarta etapa. La apariencia del buen derecho en la anterior ley de amparo. Solo opera en sentido positivo*

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que la figura de la apariencia del buen derecho ya se encuentra prevista en la doctrina, en la jurisprudencia, en la Constitución y en la nueva *Ley de Amparo*. Sin embargo, todavía bajo la vigencia de la anterior ley, surgió una importante controversia adicional, consistente en que si sólo puede aplicarse en sentido positivo (para otorgar la suspensión del acto reclamado), o si, por el contrario, también resulta factible hacerlo en sentido negativo (para no conceder la medida), en el supuesto de que del análisis preliminar se presuma la constitucionalidad del referido acto. Dicho de otra forma, que no exista la apariencia del buen derecho.

El tema fue resuelto en la jurisprudencia 2a./J. 10/2014 (10a.),[3] producto de la contradicción de tesis 260/2013, de la que conoció la Segunda Sala. Con las particularidades del caso, que por falta de espacio no podemos abordar,[4] se determinó que la apariencia del buen derecho solo se puede aplicar en sentido positivo, para otorgar la medida cautelar, y no para negarla.

5. *Quinta etapa. La apariencia del buen derecho en la ley de amparo vigente. Solo opera en sentido positivo*

Como ya se dijo, en el artículo 138 de la nueva Ley de Amparo, se contempla la figura. Basándonos en su estricto contenido literal, se deprende que puede ser aplicada, según cada caso, tanto para conceder como para negar la suspensión. Esto, como es lógico, generó controversia. Así, surge la contradicción de criterios 160/2021, resuelta por el Pleno de nuestro máximo tribunal, dando lugar a la jurisprudencia P./J. 5/2022 (11a.).[5]

Del contenido de la tesis y de la ejecutoria se desprende que, con fundamento no tanto en la literalidad del citado artículo 138 sino en la naturaleza de la apariencia del buen derecho y en la fracción X del artículo 107 constitucional, permanece intacto el criterio de que solo se puede utilizar en sen-

---

[3] De rubro: Suspensión en el juicio de amparo indirecto. La apariencia del buen derecho no puede invocarse para negarla.

[4] Se recomienda consultar a Vázquez Acuña (2023, pp. 415-417).

[5] Con rubro: Suspensión en amparo indirecto. La apariencia del buen derecho no puede invocarse para negarla (ley de amparo vigente a partir del 3 de abril de 2013).

tido positivo, para conceder la suspensión del acto reclamado, y no para negarla.[6]

II. La apariencia del buen derecho en la suspensión de normas generales (en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales)

Hasta aquí hemos hablado de la apariencia del buen derecho, tratándose de la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo. Ahora la abordaremos en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad.

Respecto a las primeras, de inicio debemos decir que la suspensión se encuentra prevista del artículo 14 al 18 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 Constitucional (en lo sucesivo, ley reglamentaria). Como es lógico, al contemplarse la medida cautelar, y dada su naturaleza, le resulta aplicable, también, la apariencia del buen derecho. Así lo determinó el Pleno de la Suprema Corte, en la tesis de rubro: SUSPENSIÓN. EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES. PARA RESOLVER SOBRE ELLA ES FACTIBLE HACER UNA APRECIACIÓN ANTICIPADA DE CARÁCTER PROVISIONAL DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO RECLAMADO (APARIENCIA DEL BUEN DERECHO Y PELIGRO EN LA DEMORA).[7]

Sin embargo, en el segundo párrafo del referido artículo 14 se señala que es improcedente la suspensión cuando la controversia se entable en contra de normas generales.[8] Así pues, por simple lógica, si en tal caso no se otorga la medida cautelar, no operará la apariencia del buen derecho.

Tratándose de las acciones de inconstitucionalidad, en el último párrafo del artículo 64 de la ley reglamentaria se especifica que no darán lugar a la suspensión de la norma impugnada.[9] El tamaño de la prohibición se com-

---

6 Para un mejor entendimiento, véase Vázquez Acuña (2023, p. 418-424).

7 Tesis P./J. 109/2004. (2004), en *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

8 "Artículo 14. [...]

La suspensión no podrá otorgarse en aquellos casos en que la controversia se hubiere planteado respecto de normas generales".

9 "Artículo 64. [...]

[...]

La admisión de una acción de inconstitucionalidad no dará lugar a la suspensión de la norma cuestionada".

ISSN (versión electrónica): 2448-4881
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18897

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

prende mejor si partimos del hecho de que este medio de control sólo procede contra normas generales, como lo determina la fracción II del artículo 105 constitucional.[10] Así pues, en este medio de control constitucional se encuentra proscrita la medida cautelar. En consecuencia, tampoco opera la apariencia del buen derecho.

Así las cosas, resulta claro que existe una regla general, aplicable tanto a las controversias constitucionales como a las acciones de inconstitucionalidad, consistente en que es improcedente la suspensión de normas generales.

Como ocurre en la mayoría de las reglas generales, se da un caso de excepción, que se refiere a que sí procede la suspensión si la norma impugnada implica —o puede implicar— vulneración irreversible a derechos humanos o fundamentales. Dicho de otra forma, tal excepción se da, aunque no se diga expresamente, cuando exista la apariencia del buen derecho.

III. Surgimiento y desarrollo de la excepción a la regla general

La primera ocasión donde se estableció el caso de excepción consistente en la suspensión de normas generales, fue en el recurso de reclamación 32/2016-CA, resuelto por la Segunda Sala,[11] donde surgió el siguiente criterio: SUSPENSIÓN EN CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. SU CONCESIÓN EN FORMA EXCEPCIONAL EN AQUELLOS CASOS EN QUE LA CONTROVERSIA SE HUBIERE PLANTEADO RESPECTO DE NORMAS GENERALES QUE IMPLIQUEN O PUEDAN IMPLICAR LA TRASGRESIÓN DE ALGÚN DERECHO HUMANO. (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 14, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY REGLAMENTARIA DE LAS FRACCIONES I Y II DEL ARTÍCULO 105 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Es por eso que, ese fallo, me permitiría denominarlo la *resolución madre*.

Posteriormente, a partir del año 2018, se dan otros casos, de los que enunciaríamos, principalmente, los doce siguientes, que agrupamos con base en la materia de las normas generales impugnadas: los recursos de reclamación

---

[10] "Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

II.- De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución".

[11] Que surgió de la controversia constitucional 62/2016, siendo ponente el ministro Alberto Pérez Dayán.

91/2018-CA,[12] 92/2018-CA,[13] 95/2018-CA,[14] 145/2021-CA,[15] 12/2022-CA,[16] 18/2022-CA[17] y 44/2022-CA,[18] resueltos por la Segunda Sala, y el acuerdo de suspensión, dictado en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018.[19] En todos, la norma general impugnada fue parte o la totalidad de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos y/o el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal *2022*. Los recursos de reclamación 17/2019-CA,[20] de la Primera Sala, en que la norma impugnada fue el párrafo segundo de la fracción XXI del artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 69/2020-CA,[21] resuelto por la Segunda Sala, donde el acto impugnado lo constituyó la fracción XXXVII Bis del artículo 6o. del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones; el acuerdo de suspensión dictado en la controversia constitucional 261/2023,[22] en que se impugnaron varias normas en materia electoral;[23] y, el acuerdo de suspensión en la acción de inconstitucionalidad

---

[12] Surgido de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, siendo ponente el ministro Eduardo Medina Mora.

[13] Surgido de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, siendo ponente el ministro Javier Laynez Potisek.

[14] Surgido de la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, siendo ponente el ministro Javier Laynez Potisek.

[15] Surgido de la controversia constitucional 77/2021, siendo ponente el ministro Javier Laynez Potisek.

[16] Surgido de la controversia constitucional 218/2021, siendo ponente la ministra Yasmín Esquivel Mossa.

[17] Surgido de la controversia constitucional 220/2021, siendo ponente el ministro Javier Laynez Potisek.

[18] Surgido de la controversia constitucional 1/2022, siendo ponente la ministra Yasmín Esquivel Mossa.

[19] Siendo instructor el ministro Alberto Pérez Dayan.

[20] Surgido de la acción de inconstitucionalidad 115/2018, siendo ponente la ministra Norma Lucía Piña Hernández.

[21] Surgido de la controversia constitucional 110/2020, siendo ponente la ministra Yasmín Esquivel Mossa.

[22] Siendo instructor el ministro Javier Laynez Potisek.

[23] Hemos de aclarar que este acuerdo originó tres recursos de reclamación, radicados en la Primera Sala, con los números 122/2023-CA, 126/2023-CA y 128/2023-CA, en los que fue ponente el ministro Juan Luis González Alcántara Carrancá, que los declaró sin materia, en virtud de que el acto objeto de la suspensión fue el mismo que constituyó el acto impugnado en la acción de inconstitucionalidad 71/2023 y sus acumuladas 73/2023, 89/2023, 90/2023, 91/2023, 92/2023 y 93/2023. Dicho acto consistió en el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

214/2023 y su acumulada 220/2023,[24] donde la norma impugnada fue el segundo párrafo del artículo 224 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, por el que se eliminaron varios fideicomisos.

Con los matices particulares de cada caso, pero coincidiendo en lo medular, en la *resolución madre* y en las posteriores resoluciones y acuerdos, en resumen,[25] se hicieron los razonamientos que expresamos en las siguientes líneas.

El máximo tribunal del país inició por reconocer que, de acuerdo con el segundo párrafo del artículo 14, por lo que hace a las controversias constitucionales, y el último párrafo del artículo 64, respecto a las acciones de inconstitucionalidad, ambos de la ley reglamentaria, existe la regla de que no es factible otorgar la suspensión de normas generales.[26]

Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y se expide la Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de marzo del 2023. En la sentencia de la acción de inconstitucionalidad se establece, entre otras cosas, que se dieron violaciones al procedimiento legislativo que tienen potencial invalidante, por lo que se declara la invalidez del Decreto. Esto originó, como es lógico, que los recursos que nos ocupan se declararan sin materia. Para una mejor compresión del tema, se recomienda la consulta de las resoluciones de los recursos 122/2023-CA, pp. 10-14, 126/2023-CA, pp. 12-16 y 128/2023-CA, pp. 12-16, y de la sentencia de la acción de inconstitucionalidad referida, pp. 47-133. Como una consecuencia, también lógica, se sobreseyó la propia controversia constitucional 261/2023, al actualizarse la causal de improcedencia del artículo 19, f. V., de la ley reglamentaria, en virtud de la cesación de los efectos de la norma impugnada. Véase el acuerdo respectivo de fecha 6 de junio de 2023, pp. 3-7.

[24] Siendo instructor el ministro Javier Laynez Potisek.

[25] Por supuesto que sería muy amplia la exposición si pretendemos referirnos al contenido de esas trece resoluciones y autos, por lo que solo haremos un apretado resumen ubicando los puntos que les son comunes. Para una mejor comprensión recomendamos la consulta de los documentos completos.

[26] Aunque la Corte no lo dijo en las resoluciones, pero seguramente que el espíritu que permeó para crear la prohibición y que se estableciera la regla general, es el principio de la presunción de constitucionalidad de las normas. Sobre él existen abundantes referencias en la doctrina, teniendo como botones de muestra los tres siguientes: Sánchez Gil (2008), donde hace un estudio de los antecedentes y evolución del principio de la presunción de constitucionalidad de las leyes, refiere, entre otras cosas, a las jurisprudencias estadounidense, italiana, alemana, francesa y española; respecto a México, señala como fuente del principio a la presunción de validez de todo acto de autoridad y a la inexistencia de nulidades de pleno derecho, según la cual la declaración de esa calidad compete únicamente a la autoridad judicial, aborda, también, el criterio de la interpretación conforme a la Constitución, que se basa en presuponer que el legislador y las autoridades en general respetan la ley suprema (pp. 365-412).

Brage Camazano (2005, p. 334) señala que "[e]sta solución parece enteramente razonable

Posteriormente, destaca que esa prohibición o regla general tiene su origen en la *ley reglamentaria* que fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 11 de mayo de 1995; que, por tanto, entró en vigor mucho antes que la importante reforma constitucional en materia de derechos humanos, del 10 de junio del 2011. Este dato es relevante, porque el nuevo contenido del artículo 1o. de la ley suprema impactará en la interpretación que se dé a la prohibición que nos ocupa. Los párrafos segundo y tercero quedan en los siguientes términos:

> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.
> 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.

La Corte concluye que la prohibición que nos ocupa debe ser interpretada a la luz de esos párrafos, y que por tanto no es irrestricta, generándose un caso de excepción a la regla general, consistente en que se deberá conceder la suspensión respecto de normas generales cuando, de aplicarlas, se pro-

---

como línea de principio, en cuanto a que bien fundada en una presunción de constitucionalidad de la ley, que debe llevar a que el gravísimo efecto de suspender la vigencia de la ley –democráticamente aprobada- sólo tenga lugar, en principio, cuando el órgano de la constitucionalidad determine de modo fehaciente que la ley en cuestión vulnera algún precepto constitucional. Entre tanto, esto es, en tanto no haya una resolución estimatoria sobre el fondo del asunto, la ley debe reputarse constitucional y, por consiguiente, no debe aceptarse su pérdida de vigencia, siquiera provisional".

Soberanes Díez, J. (2020, p. 415-416) indica que "[u]n principio que se opone a su concesión [de la suspensión] en las acciones de inconstitucionalidad es la presunción de la legitimidad de constitucionalidad que poseen todas las leyes, derivado de ser expresiones de la voluntad popular. Al ser producto de un proceso de deliberación democrática, se presume que son constitucionales mientras no sea declarada expresamente su incompatibilidad con la Ley Fundamental. Por tanto, no puede cesar la aplicación de una ley mientras no se dicte sentencia, lo que conlleva a que no puedan ser objeto de medidas cautelares, (...) En otras palabras, el argumento democrático restringe el control constitucional pues no puede una sola persona, no electa popularmente, paralice una norma que fue aprobada por seiscientos veintiocho legisladores que sí fueron electos en esa vía y que, por tanto, son producto de la voluntad popular".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

voque o se pudiera provocar vulneración irreversible a derechos humanos o fundamentales.[27] De esta manera, resulta que la medida no solo es cautelar, sino también tutelar. Todo ello bajo el criterio de que existe un nuevo paradigma en materia de derechos humanos.[28]

---

[27] El ministro Javier Laynez Potisek, en su voto particular respecto al recurso de reclamación 32/2016-CA, señala que esa regla general no admite ninguna modulación o excepción, ya que, por lo que hace a las controversias constitucionales, se iría en contra de su naturaleza jurídica, pues solo están diseñadas para la protección de los ámbitos competenciales que la Constitución asigna a determinadas entidades, poderes u órganos, más no a una afectación a derechos de una cierta clase de gobernados. Mientras que en sus votos particulares, en los recursos de reclamación 91/2018-CA, 92/2018-CA y 95/2018-CA, platea que, con la reforma constitucional de diciembre de 1994, se diseñó un modelo de protección constitucional en donde la invalidación de una norma general solo será posible si la resolución respectiva es aprobada por al menos ochos votos de los ministros de la Suprema Corte en acciones de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales siempre que no se trate de normas federales. Por tanto, mientras no se declare la invalidez de los párrafos segundo del artículo 14 y último del artículo 64 de la ley reglamentaria, que contienen la regla general, la misma seguirá vigente. Sin embargo, da un viraje a su criterio, pues en su voto aclaratorio en el recurso de reclamación 145/2021-CA, precisa que, por lo que hace a las controversias constitucionales, la situación cambia y sí se da el multicitado caso de excepción, por virtud de la reforma constitucional del 11 de marzo del 2021, donde se estableció, en el último párrafo del artículo 105, que "[e]n las controversias previstas en esta fracción únicamente podrán hacerse valer violaciones a esta Constitución, así como a los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte." Para una mejor comprensión, se recomienda la lectura de esos cinco votos particulares.

[28] En las resoluciones mencionadas no se efectúa una exposición detallada del nuevo contenido de los dos párrafos, cuestión que resulta entendible pues no se trata de piezas académicas. Para entender mejor el contenido y alcance de éstos, sigamos a Carbonell (2015, pp. p. 37-106), quien refiere que el segundo párrafo contiene dos figuras: la de la interpretación conforme y el principio *pro personae.* La primera consiste en que las normas relativas a derechos humanos se deben interpretar a la luz de la propia Constitución y los tratados internacionales, con lo que se integra el llamado "bloque de constitucionalidad". Por tanto, antes de considerar a una norma como inconstitucional, es necesario agotar todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución. Mientras que el principio *pro personae* significa que en la interpretación de preceptos que contengan derechos humanos se deben respetar dos preferencias: la interpretativa y la de normas. La preferencia interpretativa consiste en que, si existen dos o más interpretaciones que se puedan dar a una norma, se debe optar por la que represente un mayor beneficio para el derecho humano de la persona. La preferencia de normas se refiere a que, si hay dos o más normas aplicables al caso, se debe preferir la que sea más benévola para el derecho del individuo. Explica que el tercer párrafo contiene tres grandes cuestiones: las obligaciones de las autoridades, los principios y los deberes del Estado. Las obligaciones de las autoridades son las de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Respetar, significa que el Estado debe abstenerse de hacer cualquier cosa que viole la integridad de los individuos, de los grupos sociales o ponga

Así pues, nuestro tribunal constitucional deja establecidas con toda claridad dos cuestiones básicas: primera, la regla general, que se refiere a que es improcedente la suspensión de normas generales; y, segunda, el caso de excepción, consistente en que sí se otorgará la medida cautelar cuando la norma impugnada implique o pudiera implicar vulneración irreversible de derechos humanos.

---

en riesgo sus libertades y derechos. Proteger, se refiere a que debe adoptar medidas destinadas a evitar que otros agentes o sujetos violen los derechos fundamentales, lo que incluye mecanismos no solamente reactivos frente a las violaciones, sino también esquemas de carácter preventivo. Garantizar, implica organizar todo el aparato gubernamental de manera tal que sea capaz de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Todo lo anterior ocurrirá bajo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Universalidad, porque los derechos estarán adscritos a todos los sujetos que tengan la calidad establecida en la norma (menores, trabajadores, campesinos, ciudadanos, mujeres, indígenas, etcétera). Interdependencia e indivisibilidad, significan ver a los derechos como un todo, en forma global, no independientes entre sí, sino interrelacionados, de tal suerte que, aunque lógicamente cada uno tiene un contenido propio, no puede decirse que tengan una diferencia genética o estructural, sus divergencias son más de grado que de sustancia. Progresividad, refiere que los esfuerzos en la materia deben darse en forma continuada, con la mayor rapidez y eficacia que sea posible alcanzar, de tal manera que se logre una mejora continua de las condiciones de existencia. Consecuencia de esto último, se prohíbe la regresividad, es decir, que los Estados den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos. Posteriormente refiere que los deberes del Estado son prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de derechos humanos. La prevención supone, al menos, tres niveles o ámbitos: primero, difundir los derechos y su contenido, de tal forma que tanto las autoridades como los particulares los conozcan; segundo, capacitar a los agentes de la autoridad de forma que puedan llevar a cabo las tareas que les encomienda la ley de forma respetuosa con los derechos; y, tercero, creación y/o mejoramiento de los mecanismos internos de supervisión y seguimiento de los propios órganos públicos. La investigación consiste en el deber del Estado de crear una institucionalidad suficiente para poder responder frente al acto violatorio de derechos humanos, lo que requiere, entre otras cosas, realizar pesquisas que permitan la individualización del acto *conculcatorio*, determinar las circunstancias de realización e individualizar a los responsables y ponerlos a disposición de la autoridad competente para que sean sancionados. Sancionar consiste en crear normas que establezcan castigos a quienes incurran en conductas violatorias de derechos humanos, los cuales pueden ser de muy diversa naturaleza, principalmente civil, administrativa o penal. En esa labor se deben respetar los principios de reserva de ley, taxatividad, prohibición de analogía y proporcionalidad. Por último, el párrafo también prevé el deber del Estado de reparar las violaciones de derechos humanos, concepto que ha de ser entendido en el sentido más amplio posible, como algo integral. Así, dependiendo de la violación, tenemos como formas de reparación, entre otras, la restitución integra de los derechos afectados, el tratamiento médico para recuperar la salud física de la persona lesionada, la obligación del Estado de anular ciertas medidas administrativas, la devolución de la honra o la dignidad que fueron ilegalmente quitadas o el pago de una indemnización.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

IV. El caso de excepción y la apariencia del buen derecho

1. *Los dos razonamientos indispensables para aplicar el caso de excepción*

Para que en un caso concreto en que se impugne una norma general, ya sea a través de una acción de inconstitucionalidad o de una controversia constitucional, se conceda la suspensión, la Suprema Corte deberá efectuar dos razonamientos que, aunque interrelacionados, son distintos e independientes.

El primero es de tipo general y abstracto, y lo acabamos de abordar en el punto anterior. Consiste, por un lado, en hacer referencia a los preceptos de la ley reglamentaria de los que se desprende la regla de que es improcedente la suspensión de normas generales, y, por el otro, en explicar que con base a los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se dará una excepción a esa regla general, y, por tanto, se concederá la medida cautelar cuando la norma implique o pueda implicar violación irreversible de derechos humanos.

El segundo razonamiento tiene una importancia especial o, al menos, es en el que deseamos hacer hincapié. Consiste en transitar de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto. Esto es, en llevar a cabo el ejercicio comparativo entre el precepto constitucional o del tratado internacional que contenga el derecho humano, o sólo éste,[29] con la norma impugnada, para, como consecuencia de ello, efectuar la argumentación que lleve a sostener que ésta infringe o puede infringir a aquel. Todo con la finalidad de concluir que efectivamente, en ese caso concreto, la norma impugnada viola o puede violar el derecho fundamental de que se trate.

2. *Contenido e importancia del segundo razonamiento para aplicar el caso de excepción*

Dada su importancia, deseamos profundizar un poco sobre este segundo ejercicio intelectual que debe hacer el órgano jurisdiccional.

Para justipreciarlo en su adecuada dimensión, de entrada, hemos de decir que la resolución o acuerdo en que se conceda la suspensión de la norma ge-

[29] Esto debido a que puede ocurrir que sólo se haga referencia al derecho humano concreto que se dice violado, pero no al precepto constitucional o de tratado internacional que lo contemple.

neral debe cumplir, como todo acto de autoridad, con los requisitos que indica el artículo 16 constitucional. Entre ellos están, de forma destacada, los de fundar y motivar.

Hablando en términos generales, fundar significa que el acto de autoridad se base en un precepto legal, debiéndose indicar en el mandamiento escrito; motivar, por su parte, consiste en explicar, también en el escrito, las razones o circunstancias que llevan a afirmar que el hecho real se adecua a la hipótesis prevista en la norma que sirvió de fundamento. De manera similar se ha expresado la Suprema Corte en reiteradas ocasiones, teniendo como botón de muestra la siguiente tesis que, si bien es antigua, resulta vigente y muy ilustrativa:

> FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN, SU SIGNIFICADO. Conforme lo dispone el artículo 16 constitucional, todo acto de autoridad debe ser fundado y motivado, entendiéndose por lo primero, la expresión, con precisión, del precepto o preceptos legales aplicables, y por lo segundo, el señalamiento, también con precisión, de las circunstancias especiales, razones particulares, o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, necesitándose además la existencia de adecuación entre los motivos argumentados y las normas aplicables, esto es, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas.[30]

Estos conceptos también han sido ampliamente abordados por la doctrina, en la que se observa un criterio uniforme.[31] Esa coincidencia consiste, en esencia, en considerar a la motivación como una operación mental del órgano jurisdiccional que implica transitar de lo general a lo particular, de lo abstracto a lo concreto. Esto es, entre la hipótesis prevista en la norma que sirve de fundamento, con el hecho real ocurrido en la práctica, para concluir que se da la adecuación.

A este ejercicio intelectual, Eduardo Pallares lo llama "subsunción".[32] Lo cual se desprende cuando textualmente indica que "[l]a subsunción no es

---

[30] *Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II, Segunda Parte-1, junio-diciembre de 1998, página 274, registro digital 230094.

[31] Solo a manera de ejemplos tenemos los ocho siguientes: Burgoa (2009, p. 609); Izquierdo Muciño (2001, p. 101); Castro y Castro (2001 p. 287-289); Martínez Morales (2007, 85-87); Arteaga Nava, (2009, p. 187-193); Ovalle Favela (2007, p. 94-111); Mancilla Ovando (2000, p. 69-73), y Ovalle Favela (2001, p. 288-289).

[32] Ciertamente lo hace respecto a las sentencias, pero resulta aplicable para otras resoluciones y acuerdos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sino el engarce o enlace lógico de una situación jurídica particular, específica y concreta, con la previsión abstracta, genérica e hipotética realizada de antemano por el legislador" (Pallares, 2015, p. 240).

En ese mismo tenor de ideas, para explicar ese trabajo de reflexión, Armenta Calderón (2003, p. 281), utiliza los conceptos de "silogismo"[33] y "subsunción".

> [...] un ejercicio lógico realizado por el juzgador mediante un silogismo, en el cual la norma jurídica aplicable representa la premisa mayor; el caso concreto plateado ante el órgano *jurisdicente* es la premisa menor; y la conclusión es la consecuencia de la labor de subsunción realizada por el juzgador dentro de ese proceso lógico, para determinar si en el caso particular se materializan los supuestos jurídicos previstos por la norma general, invocada por el actor. Del resultado de ese juicio silogístico dependerá el sentido del mandato que da solución al litigio.

Así las cosas, tomando en cuenta los conceptos de motivación, de subsunción y de silogismo, diríamos que, para el caso que nos ocupa, el citado segundo razonamiento implica el siguiente ejercicio: una premisa mayor, consistente en el precepto que contiene el derecho humano de que se trate; una premisa menor, integrada por la norma general impugnada; y, la conclusión, que significa el encuadramiento de la segunda en la primera, es decir, que la norma impugnada implica una violación o posible violación al derecho humano (subsunción). Claro está, el órgano jurisdiccional deberá efectuar un razonamiento, toda una argumentación lógica jurídica de las circunstancias particulares que lo llevan a afirmar que se da dicha adecuación o encuadramiento.

Si el resultado es positivo y, por tanto, la conclusión arroja que sí se da el encuadramiento, significará que en esa hipótesis concreta se da el caso de excepción a la regla general, y, por tanto, se otorgará la suspensión de la norma general impugnada.

---

[33] En esto debemos tener claro que existe una corriente de opinión que sostiene que, en las sentencias, y podemos hacerlo extensivo a resoluciones y acuerdos, no solo existe la forma de reflexión silogística, pues también el juez debe realizar un trabajo valorativo de naturaleza ética y político-social. Dicho de otra manera, no siempre se apega a los cánones estrictos del silogismo lógico. Si se desea un mejor entendimiento de la reflexión silogística, se recomienda ampliamente la consulta de Gutiérrez Sáenz (1996, p. 169-205).

3. *El resultado positivo del segundo razonamiento implica la apariencia del buen derecho*

Si del segundo razonamiento se llega a la conclusión que la norma general impugnada infringe o puede infringir el derecho humano de que se trate en un caso concreto, significa que estaremos ante la presencia de la apariencia del buen derecho.

En efecto, el resultado positivo de esa conclusión representa apenas un estudio preliminar que permite afirmar que existe la apariencia del buen derecho, pero que no prejuzga sobre el fondo del juicio que será resulto en la futura sentencia. Esto es, aunque ciertamente la conclusión a que se llegue debe ser producto del razonamiento en los términos rigurosos ya explicados, ello es sólo una cuestión provisional, pues será hasta el fallo final donde se diga en definitiva si existe o no la vulneración alegada.

Sostenemos que se trata de la apariencia del buen derecho porque, entre otras, presenta las siguientes cuatro características:

a) La suspensión de la norma general impugnada participa de la naturaleza de una medida cautelar, cuyos presupuestos son la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.
b) La apariencia del buen derecho se basa en un conocimiento superficial de mera probabilidad respecto a la existencia del derecho discutido en el proceso; de manera tal que, según un cálculo de probabilidades, sea posible anticipar que en la sentencia de la controversia constitucional o de la acción de inconstitucionalidad, se declarará que la norma general es contraria a la carta magna y/o al tratado internacional, y que efectivamente viola el derecho humano de que se trate.
c) Ello se hará sin dejar de analizar que se cumplan los requisitos del artículo 15 de la *ley reglamentaria*.[34] Esto es, que con el otorgamiento de la suspensión de la norma general impugnada no se pone en peligro la seguridad o economía nacionales, las instituciones fundamentales del orden jurídico mexicano o que no se afecta gravemente a la sociedad

[34] Ciertamente, tal precepto se refiere a las controversias constitucionales, pero resulta aplicable también para las acciones de inconstitucionalidad, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 59 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en una proporción mayor a los beneficios que con la medida pudiera obtener el solicitante, y

d) Dicho análisis debe realizarse sin prejuzgar sobre la certeza del derecho, esto es, bien sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad, bien sobre la convencionalidad o *inconvencionalidad*, de la norma general impugnada, ya que esto sólo puede determinarse en la sentencia de fondo.

4. *Características exclusivas de la apariencia del buen derecho tratándose de acciones de inconstitucionalidad y de controversias constitucionales contra normas generales*

Las cuatro características anteriores de la apariencia del buen derecho, con sus peculiaridades naturales, se presentan tanto en la suspensión en acciones de inconstitucionalidad y en controversias constitucionales contra normas generales, como en la suspensión en el juicio de amparo. Sin embargo, existen otras tres, que solo las encontramos en las acciones y las controversias.

Una primera característica exclusiva es que, mientras la apariencia del buen derecho en la suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, se refiere a prorrogativas propias del quejoso, en la suspensión de normas generales en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales, la citada apariencia generalmente no es respecto a derechos de los promoventes. Esto es, unos, son los accionantes en los juicios, y otros, los particulares en cuyo favor opera la apariencia del buen derecho como titulares de las prerrogativas fundamentales que se dicen infringidas.

De acuerdo con la fracción I del 105 constitucional, los entes legitimados para promover, en los correspondientes casos, las controversias constitucionales, son la federación, las entidades federativas, los municipios, el Poder Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el Senado de la República, la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, los poderes de los estados, las demarcaciones territoriales de Ciudad de México, los organismos constitucionales autónomos federales y los organismos constitucionales autónomos locales; y, según la fracción II del propio precepto, los que pueden interponer las acciones de inconstitucionalidad, son: el equivalente al 33 % de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión; el equivalente al 33 % de los integrantes del Senado de la República; el Ejecutivo Federal, el equivalente al 33 % de los integrantes de las legislaturas locales; los parti-

dos políticos nacionales; los partidos políticos locales; la Comisión Nacional de Derechos Humanos; las comisiones locales de derechos humanos y el Fiscal General de la República.[35] Obviamente que si en un caso concreto se da la excepción a la regla general, debido a que la norma impugnada infrinja o pudiera infringir derechos humanos, no se refiere a prerrogativas propias de los entes accionantes, ya enumerados, sino de ciertos particulares o grupo de particulares que ni siquiera intervienen en el juicio. Así pues, se estaría afirmado la existencia de la apariencia del buen derecho de estos gobernados y no de los órdenes jurídicos u órganos promoventes.

La segunda característica exclusiva consiste en que, en el juicio de amparo, es el mismo derecho humano objeto de estudio, tanto en el acuerdo de suspensión como en la sentencia de fondo. Simplemente que, en el primero, representa un análisis provisional, a título de apariencia del buen derecho, y en la segunda, ya es una decisión definitiva. En cambio, en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales generalmente el fondo es distinto —o más amplio— que la sola determinación de la violación o posible violación del derecho humano que se afirma en el acuerdo de suspensión de la norma general impugnada. Dicho de otra forma, esa infracción, que constituye la materia de la apariencia del buen derecho, normalmente es apenas una parte de lo que se habrá de resolver en la sentencia de fondo.

En efecto, siguiendo a Cossío Díaz (2008, p. 1) tenemos que el objeto de las controversias constitucionales es "la resolución de, primordialmente, los conflictos de constitucionalidad o de legalidad surgidos de las distribuciones competenciales llevadas a cabo a través del sistema federal o del principio de división de poderes". Mientras que, en las acciones de inconstitucionalidad, el objeto consiste en determinar si una norma general contradice la Constitución. Con base en ello, podemos decir que el fondo en estos procedimientos, en un caso concreto, es determinar si existe una afectación competencial de acuerdo con el referido sistema federal o principio de división de poderes; o, si una norma general infringe la ley suprema. Ese fondo, generalmente, va más allá de determinar si se violó —o no— el derecho hu-

[35] Por supuesto que, respecto a estos entes, es importante el análisis de los tópicos de la legitimación, del interés y de la representación, para lo que nos permitimos recomendar la consulta de: Cossío Díaz (2008, pp. 199-235; 2007, pp. 90-128; 2006, pp. 533-626); Brage Camazano (2005, pp. 177-208); Suárez Camacho y Montera Díaz (2007, pp. 214-224, y Ovalle Favela (2011, pp. 110-124).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mano que fue objeto de la apariencia del buen derecho para el otorgamiento de la suspensión de la norma general impugnada.[36]

La tercera característica exclusiva se refiere a que, mientras la apariencia del buen derecho en el juicio de amparo solo se puede usar en sentido positivo, para conceder la suspensión del acto reclamado, y no para negarla,[37] en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales también se debe usar en sentido negativo. Esto es, si se llega a la conclusión que no se da la referida apariencia, se debe negar la suspensión de la norma general impugnada.

Recordemos que, como ya se explicó, la regla general consiste en la improcedencia de la suspensión de normas generales, y la excepción se da cuando su aplicación implique o pudiera implicar vulneración de derechos humanos. Esto, como también ya se dijo, significa que en tal caso estaremos ante la presencia de la apariencia del buen derecho. Por tanto, si la violación o posible violación no se da, no ocurre la excepción y deberá aplicarse la regla general.

V. Los dos razonamientos y la apariencia del buen derecho en la *resolución madre*

De todo lo expuesto, resulta claro que para que se conceda la suspensión de una norma general, la Corte debe efectuar el siguiente procedimiento: de inicio, hacer un primer razonamiento de tipo general y abstracto; después, desarrollar el segundo razonamiento de carácter particular y concreto; y, por último, si el segundo es positivo, concluir que se da la apariencia del buen derecho.

Aquí es importante tener claro que, aunque la apariencia del buen derecho es una conclusión provisional o preliminar sobre la existencia del derecho humano y su violación por la norma impugnada, pues el estudio definitivo tendrá lugar en la sentencia de fondo. Sin embargo, debe ser producto de ese segundo razonamiento con las reglas rigurosas ya establecidas, a saber: una adecuada motivación, donde se expongan las circuns-

---

[36] Por supuesto que aquí estamos simplificando al máximo el objeto de estos medios de control y, por consecuencia, el contenido del fondo que se decidirá en las correspondientes sentencias. Su adecuado tratamiento requiere, como es natural, un estudio más acucioso.

[37] Esto se trató en el punto I.

tancias particulares del caso, con el desarrollo, implícito o explicito, de la reflexión silogística ya explicada, desarrollando, claro está, la correspondiente subsunción.

Es en la que hemos llamado *resolución madre*, dictada en el recurso de reclamación 32/2016, donde se llevó a cabo de manera perfecta ese procedimiento.[38]

De arranque,[39] se efectúa el primer razonamiento —general y abstracto— en el que se explican la regla general y en lo que consiste el caso de excepción. Esto, en los términos expuestos en los puntos II y III de este trabajo, a cuyas consideraciones nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.

Posteriormente, se desarrolla el segundo razonamiento, en el que, al ser particular y concreto, se precisan algunas de las características del caso real. La controversia constitucional[40] que originó el recurso de reclamación, fue promovida por los presidentes del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura, del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y del Tribunal Electoral, todos de Ciudad de México. La norma general impugnada, que se transcribe en la sentencia, consiste en la fracción XIII del artículo 121 de la Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Rendición de Cuentas de la Ciudad de México:

> Artículo 121. Los sujetos obligados, deberán mantener impresa para consulta directa de los particulares, difundir y mantener actualizada a través de los respectivos medios electrónicos, la información, por lo menos, de los temas, documentos y políticas siguientes:
> [...]
> XIII. La versión pública de los sistemas habilitados para ello, de las declaraciones patrimoniales, de intereses y fiscal de las personas servidoras públicas y colaboradores de los sujetos obligados, que deberán presentarlas de acuerdo a la normatividad aplicable.
> [...][41]

---

[38] Véase resolución del recurso de reclamación 32/2016-CA, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 22-29.

[39] Desde luego que la Sala no lleva a cabo el procedimiento con la secuencia que aquí vamos a desarrollar. Lo que haremos es tomar en cuenta el contenido íntegro de la sentencia y exponerlo de forma ordenada y resumida.

[40] Fue la 62/2016.

[41] Véase resolución del recurso de reclamación 32/2016-CA, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 24.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Enseguida, se hace referencia al derecho humano a la protección de los datos personales, contenido en el segundo párrafo del artículo 16, en relación con la fracción II del apartado A del artículo 6o., ambos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos:[42]

> Artículo 16. [...]
> Toda persona tiene derecho a la protección de sus datos personales, al acceso, rectificación y cancelación de los mismos, así como a manifestar su oposición, en los términos que fije la ley, la cual establecerá los supuestos de excepción a los principios que rijan el tratamiento de datos, por razones de seguridad nacional, disposiciones de orden público, seguridad y salud públicas o para proteger los derechos de terceros. [...]
> Artículo 6o. [...] A. Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:
> [...]
> II.- La información que se refiere a la vida privada y a los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes. [...]

Con base en lo anterior, la Sala llevó a cabo el ejercicio comparativo entre la norma general impugnada y los preceptos constitucionales que contienen el derecho humano de protección de los datos personales de los servidores públicos que laboran en los sujetos obligados, para concluir que aquella infringe o pudiera infringir éste. Incluso textualmente señala:

> [...] de aplicarse la norma secundaria, se podría vulnerar el derecho humano de protección de los datos personales al exigir a los sujetos obligados que publiquen en los sistemas habilitados para ello las declaraciones patrimoniales, de intereses y fiscales, sin otorgarles la oportunidad de decidir si ese es su deseo, conforme lo dispone la Constitución Federal.[43]

Es cierto que, de manera expresa, no se indica al silogismo como el medio de reflexión lógica; sin embargo, lo aplica. Así, tenemos la premisa ma-

---

[42] La transcripción de los preceptos se hace en las notas 5 y 6 de la resolución, por lo que debemos entender que forman parte de su contenido.

[43] Véase resolución del recurso de reclamación 32/2016-CA, dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 26.

yor, integrada por los preceptos constitucionales que contemplan el derecho humano; la premisa menor, constituida por la norma general impugnada, y la conclusión, consistente en la afirmación que la segunda infringe o pudiera infringir al primero. Claro está, tal conclusión va acompañada de la argumentación, de la explicación de los motivos y circunstancias en que se basa. Dicho de otra forma, de la debida motivación.

En virtud de que el resultado del segundo razonamiento resultó positivo, se concluye que se da la apariencia del buen derecho, en favor de los servidores públicos de los sujetos obligados, en especial de los que laboran en los órganos actores, el Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la Judicatura, el Tribunal de Justicia Administrativa y Tribunal Electoral, todos de Ciudad de México. Es verdad que la Sala no usó explícitamente el término "apariencia del buen derecho", pero de hecho lo es, como se explicó en el punto IV de este trabajo (a cuyas consideraciones nos remitimos). Incluso, en el voto particular efectuado por el ministro Javier Laynez Potisek, sí le da esa denominación.[44]

Como es lógico, todo lo anterior originó que se concediera la suspensión de la norma general impugnada.

VI. Deficiencias del segundo razonamiento en otras resoluciones y acuerdos

Existen otras resoluciones y acuerdos en que la Suprema Corte de Justicia de la Nación llevó de manera deficiente el procedimiento, sobre todo por lo que hace al segundo razonamiento. Nos referimos al acuerdo de suspensión en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018,[45] y a las resoluciones de la Segunda Sala en los recursos de reclamación 91/2018, 92/2018, 95/2018,[46] 145/2021,[47] 12/2022,[48] 18/2022[49] y 44/2022.[50]

---

[44] Véase voto particular del ministro Javier Laynez Potisek, respecto a la resolución dictada por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el recurso de reclamación 32/2016-CA, p. 6 y 7.

[45] Dictado por el ministro instructor Alberto Pérez Dayán.

[46] Estos tres surgidos de la citada acción de inconstitucionalidad.

[47] Surgido de la controversia constitucional 77/2021.

[48] Surgido de la controversia constitucional 218/2021.

[49] Surgido de la controversia constitucional 220/2021.

[50] Surgido de la controversia constitucional 1/2022.

ISSN (versión electrónica): 2448-4881
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18897

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En todos estos casos, las normas generales impugnadas consistieron en parte o la totalidad de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos[51] y/o el Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022.

Analizando dicho acuerdo y resoluciones, nos encontramos con que, el primer razonamiento, —general y abstracto—, se efectúa correctamente, como se explicó en los puntos II y III.[52]

En cuanto al segundo, se lleva a cabo, en todos los casos, de manera deficiente.[53] Ciertamente, señala el derecho humano de los servidores públicos a obtener una remuneración proporcional, adecuada y equitativa; esto es, a recibir un salario digno.[54] Sin embargo, a pesar que en esta par-

---

[51] Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de noviembre del 2018.

[52] Si se desea consultar los términos exactos en que se hizo, véanse: acuerdo de suspensión en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018 pp. 4-9, y resoluciones en los recursos de reclamación 91/2018 pp. 16-19, 92/2018 pp. 13-16, 95/2018 pp. 13-16, 18/2022 pp. 9-14, 44/2022 pp. 28-31, 145/2021 pp. 9-13 y 12/2022 pp. 21-22.

[53] Aquí es importante aclarar que el 20 de mayo del 2019, el Pleno de la Suprema Corte dictó la sentencia de fondo en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018. En esta determinó que resultaban inconstitucionales varios de los artículos de las normas generales impugnadas debido a que, básicamente, permiten la discrecionalidad en la fijación de los montos de las retribuciones de los servidores públicos, pues no contenían elementos, bases o metodología que permitan su determinación. Para una cabal comprensión de su contenido, se recomienda su consulta, sobre todo de las pp. 207-230. Ahora, este hecho en nada afecta el sentido del tema que abordamos en este trabajo, debido, entre otras, a las siguientes tres razones: primera, cuando se dictó el acuerdo, en el incidente de suspensión, así como las resoluciones en los recursos de reclamación que de él resultaron, 91/2018, 92/2018 y 95/2018, lógicamente aún no se dictaba la sentencia; segunda, no nos manifestamos ni a favor ni en contra de lo resuelto en la sentencia de fondo, pues ello requiere un trabajo especial; tercera, en las resoluciones y acuerdos de suspensión sujetos a estudio, no se argumentó nada parecido a lo dicho en el fondo.

[54] Indiscutiblemente ese derecho humano existe, aunque la Corte no haya indicado los preceptos en los que se contiene. Su previsión se desprende de la interpretación sistemática de los siguientes dispositivos: el cuarto párrafo del artículo 1o., en el que se prohíbe la discriminación por actos que atenten contra la dignidad humana; el tercer párrafo del artículo 5o., donde se establece que nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución; el inciso b) de la fracción XXVII del apartado A del artículo 123, en el que se indica que serán nulas las condiciones de trabajo en las que se fije un salario que no sea remunerador, a juicio de los tribunales laborales, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, numeral 1 del artículo 6o. del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que se establece el derecho de toda persona al trabajo, el cual debe posibilitar que lleve una vida digna y decorosa.

te la reflexión debe ir a lo particular y concreto, en ninguno de los casos hace referencia a disposición o disposiciones explicitas contenidas en las normas impugnadas, esto es, a preceptos de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos y/o del Presupuesto de Egresos de la Federación para el Ejercicio Fiscal 2022. Mucho menos transcribe algún precepto de tales dispositivos legales, ni en el cuerpo ni en notas a pie de página. Ante esa deficiencia, como consecuencia lógica, no se desarrolla una argumentación de las razones o circunstancias que lleven a afirmar que tal o cual precepto, o norma general impugnada, en lo particular y concreto, impliquen violación o posible violación de los derechos humanos en cuestión. No indica si la transgresión se da por la totalidad de la ley o cuerpo legal impugnado, o sólo por una parte de sus disposiciones y, de ser éste el caso, de cuáles en lo particular; esto es, no indica qué preceptos son los que resultan violatorios, ni explica o argumenta las razones que le lleva a esa conclusión. En suma, nos encontramos con una ausencia de motivación.

Sin embargo, aún con la falta de motivación, expresa varias "conclusiones" que, considero, en realidad son simples afirmaciones; indica que los promoventes solicitan la suspensión porque se encuentran en riesgo la vigencia de varios derechos fundamentales, como el de los servidores públicos a percibir una remuneración proporcional, adecuada, equitativa y suficiente,[55] y que, de no concederse la medida, se afectarían irreparablemente esos derechos;[56] además que, con ello, se les estaría entregando un salario menor al que les corresponde de acuerdo a las funciones que realizan y a las responsabilidades que conlleva el prestar el servicio público, con la calidad e independencia necesarias.[57] Todo esto en perjuicio de las y los trabajadores y sus familias.[58]

Ahora bien, debido a la ausencia de motivación, de argumentación o de explicación de los motivos o circunstancias que la llevaron a esas

---

[55] Acuerdo de suspensión en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, p. 2, último párrafo.

[56] Acuerdo de suspensión en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018, p. 9, primer párrafo.

[57] Recursos de reclamación 91/2018, p. 18, párrafo 40 de la resolución; 92/2018, p. 15, párrafo 36 de la resolución; y, 95/2018, p. 16, párrafo 36 de la resolución.

[58] Recursos de reclamación 18/2022, p. 13, párrafo 38 de la resolución; 44/2022, p. 31, párrafo 43 de la resolución; 145/2021, p. 12, párrafo 44 de la resolución; y, 12/2022, p. 21, párrafo 33 de la resolución.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

afirmaciones,[59] tampoco podemos decir que se haya utilizado la reflexión silogística, ni implícita y mucho menos explícita.[60] No encontramos situaciones en las que, aunque no se diga expresamente, se desprenda, como premisa mayor, el derecho humano de los servidores públicos a obtener una remuneración proporcional, adecuada y equitativa, esto es, a recibir un salario digno; como premisa menor, alguna o algunas disposiciones concretas contenidas en las normas generales impugnadas, y como conclusión, con la debida motivación, que ésta o éstas violan aquel.

Respecto a esas ausencias, solo a manera de ejemplo, podemos referirnos a la siguiente: en la fracción I del artículo 6o. de la ley impugnada, se establece que ningún servidor público puede recibir una remuneración o retribución por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, mayor a la establecida para el presidente de la República en el Presupuesto de Egresos de la Federación. Éste, que también constituye norma general impugnada,[61] señala que la retribución del titular del Ejecutivo Federal será de ciento doce mil ciento veintidós pesos mensuales.[62] Así pues, ante ese límite máximo, no se efectuó una argumentación, motivación o explicación de las circunstancias que lleven a afirmar que haya casos en los que sea necesario una percepción mayor para que no se viole el derecho humano que nos ocupa. Ya se dijo con anterioridad, no encontramos la reflexión silogística, explícita o implícita, que implique colocar, como premisa mayor, el derecho humano de los servidores públicos o recibir una remuneración proporcional, adecuada y equitativa, esto es, un salario digno; como premisa menor, los preceptos impugnados de los que se desprende la percepción neta mensual del presidente de la República y su consideración como límite máximo, y una conclusión, debidamente motivada, que lleve a afirmar que tales

---

59 No les podemos llamar conclusiones.

60 En esto debemos tener claro, como ya se dijo en otro momento, que existe una corriente de opinión que sostiene que, en las sentencias, y podemos hacerlo extensivo a resoluciones y acuerdos, no solo existe la forma de reflexión silogística, pues también el juez debe realizar un trabajo valorativo de naturaleza ética y político-social. Dicho de otra manera, no siempre se apega a los cánones estrictos del silogismo lógico. Si se desea un mejor entendimiento de la reflexión silogística, se recomienda ampliamente la consulta de Gutiérrez Sáenz (1996, p. 169-205).

61 Nos referimos al del ejercicio fiscal del año 2022.

62 Ello con base en su artículo 13 y el anexo 23.1.2. Esa retribución constituye la cantidad neta, ya habiéndosele efectuado el descuento del impuesto sobre la renta y las deducciones personales de seguridad social y seguros.

preceptos —y percepción mensual— implican violación o posible violación al referido derecho fundamental.

Vemos, con preocupación, que esa forma deficiente de llevar a cabo el segundo razonamiento se repite en otros casos en los que las normas generales impugnadas se refieren a diversas materias, a saber: el acuerdo de suspensión en la controversia constitucional 261/2023,[63] en que se impugnaron varias normas en materia electoral;[64] las resoluciones en los recursos de reclamación 17/2019,[65] referente al segundo párrafo de la fracción XXI del artículo 33 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, y 69/2020[66], cuyo fondo fue la fracción XXXVII *bis* del artículo 6o. del Estatuto Orgánico del Instituto Federal de Telecomunicaciones. Pero, incluso, podemos mencionar el acuerdo de suspensión dictado hace unos días,[67] en la acción de inconstitucionalidad 214/2023 y su acumulada 220/2023,[68] en la que la norma impugnada fue el párrafo segundo del artículo 224 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, a través del cual se eliminaron varios fideicomisos. Por supuesto que, por cuestiones de espacio, no podemos abordar esas resoluciones y acuerdos jurisdiccionales; abrigamos la esperanza de hacerlo en trabajos futuros.

Tengo la impresión de que la Suprema Corte, consciente o inconscientemente, para aparentar que los acuerdos y resoluciones a que nos hemos referido cuentan con una solvente argumentación jurídica, desarrolla amplia y acuciosamente el primer razonamiento, para omitir o efectuar deficientemente el segundo.

Dicho de otra forma, y a manera de corolario, en todos estos casos, a pesar de que no efectuó —o se hizo deficientemente el segundo razonamiento— tácitamente está afirmando que se da la apariencia del buen derecho

---

63 Dictado por el ministro instructor Javier Laynez Potisek.

64 Decreto por el que se reforma, adiciona y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales, de la Ley General de Partidos Políticos, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, y que expide una nueva Ley General de los Medios de Impugnación en Materia Electoral, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 2 de marzo de 2023.

65 La resolución la dictó la Primera Sala, siendo ponente la ministra Norma Lucia Piña Hernández. El recurso surgió de la acción de inconstitucionalidad 115/2018 y sus acumuladas 116/2018, 117/2018, 119/2018 y 120/2018.

66 La resolución la dictó la Segunda Sala, siendo ponente la ministra Yasmín Esquivel Mossa. El recurso surgió de la controversia constitucional 110/2020.

67 El 5 de diciembre de 2023.

68 Dictado por el ministro Instructor Javier Laynez Potisek.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

y, por tanto, se otorga la suspensión de la norma impugnada. Seguramente que en muchos de ellos se debió negar la medida cautelar.

VII. Conclusiones

Existe la regla general, consistente en que no se otorgará la suspensión en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales contra normas generales, y se dará el caso de excepción, cuando éstas impliquen —o pudieran implicar— vulneración irreversible de derechos humanos.

Para ello, la Suprema Corte debe efectuar dos razonamientos: el primero, general y abstracto, en que explique la regla general y el caso de excepción; y, el segundo, particular y concreto, consistente en que señale, en la situación particular sometida a su conocimiento, cuál es el derecho humano de que se trata y la norma general impugnada, y lleve a cabo la comparativa para, con la debida motivación, argumentación y explicación de las circunstancias especiales, concluya que la norma específica viola —o puede violar— el derecho humano en cuestión. Para ello desarrollará, implícita o explícitamente, una reflexión silogística con la correcta subsunción.

Si el resultado del segundo razonamiento es positivo, significa que, aunque no se diga expresamente, se da la apariencia del buen derecho.

En la que hemos llamado *resolución madre*, la Corte realiza correctamente los dos razonamientos y, en consecuencia, la conclusión, aunque no se diga expresamente, de que se da la apariencia del buen derecho. Existen otras resoluciones y acuerdos en los que no se efectúo, o se hizo deficientemente, el segundo razonamiento, pues no hace la comparativa del precepto concreto de la norma impugnada con el derecho humano de que se trate, para, de manera motivada, argumentada y con la explicación de las circunstancias particulares del caso, concluir que aquella infringe éste.

Como un ejemplo importante de lo anterior, tenemos que, en la fracción I del artículo 6o. de la Ley Federal de Remuneraciones de los Servidores Públicos, se establece que ningún servidor público puede recibir una remuneración o retribución por el desempeño de su función, empleo, cargo o comisión, mayor a la establecida para el presidente de la República en el Presupuesto de Egresos de la Federación. Éste, que también constituyó norma general impugnada, señala que la retribución del titular del Ejecutivo Federal será de ciento doce mil ciento veintidós pesos mensuales. Así pues, ante ese límite máximo, no se efectuó una argumentación, motivación o ex-

plicación de las circunstancias que lleven a afirmar que haya casos en los que sea necesario una percepción mayor para que no se viole el derecho humano que nos ocupa. Como ya se dijo con anterioridad, no encontramos la reflexión silogística, explícita o implícita, que implique colocar, como premisa mayor, el derecho humano de los servidores públicos a recibir una remuneración proporcional, adecuada y equitativa, esto es, un salario digno; como premisa menor, los preceptos impugnados de los que se desprende la percepción neta mensual del presidente de la República y su consideración como límite máximo; y, una conclusión, debidamente motivada, que lleve a afirmar que tales preceptos -y la percepción mensual- implican violación, o posible violación, al referido derecho fundamental.

Dicho de otra forma, no existe motivación, argumentación o explicación de las circunstancias especiales para afirmar que haya casos en los cuales percibir ciento doce mil ciento veintidós pesos mensuales, implique vulneración o posible vulneración del derecho humano obtener una remuneración proporcional, adecuada y equitativa, esto es, un salario digno.

Es preocupante que se estén dando tantos casos en los cuales la Corte otorgue la suspensión, omitiendo o efectuando de forma deficiente el segundo razonamiento; ello puede generar el fenómeno ominoso de que, indiscriminadamente, se otorgue la suspensión en acciones de inconstitucionalidad y controversias constitucionales contra normas generales.

Tengo la impresión de que la Corte, consciente o inconscientemente, para aparentar acuerdos o resoluciones con importante argumentación, aborda acuciosamente el primer razonamiento, para no realizar, o efectuar deficientemente, el segundo.

VIII. Referencias

Acuerdo de suspensión dictado por el Ministro Javier Laynez Potisek en la controversia constitucional 261/2023.

Acuerdo de sobreseimiento de la controversia constitucional 261/2023, dictado por el Ministro Javier Laynez Potisek.

Acuerdo de suspensión dictado por el Ministro Javier Laynez Potisek, en la acción de inconstitucionalidad 214/2023 y su acumulada 220/2023.

Acuerdo de suspensión dictado por el Ministro Alberto Pérez Dayan, en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018.

Armenta Calderón, G. (2003). *Teoría general del proceso*. Porrúa.

ISSN (versión electrónica): 2448-4881
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18897

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Arteaga Nava, E. (2009). *Garantías individuales*. Oxford.
Barnés Vázquez, J. (coord.) (1993). *La justicia administrativa en el derecho comparado*. Civitas.
Brage Camazano, J. (2005). *La acción abstracta de inconstitucionalidad*. UNAM.
Burgoa, I. (2008). *El juicio de amparo* (42a. ed.). Porrúa.
Burgoa, I. (2009). *Las garantías individuales* (41a. ed.). Porrúa.
Carbonell, M. (2015). *Los derechos humanos en México, régimen jurídico y aplicación práctica.* México. UNAM.
Castro y Castro, J. (2001). *Garantías y amparo* (15a. Ed.). Porrúa.
Cossío Díaz, J. (2008). *La controversia constitucional.* Porrúa.
Cossío Díaz, J. (2006). *Derechos del pueblo mexicano* (t. XIX). Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.
Cossío Díaz, J. (2007). Las partes en las controversias constitucionales. *Cuestiones constitucionales*, *1*(16), pp. 89-135. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2007.16.5789
Couto, R. (1957). *Tratado teórico práctico de la suspensión en el amparo*. Porrúa.
Chinchilla Marín, C. (1991). *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*. Civitas.
Chiovenda, G., (1977). *Principios de derecho procesal civil.* Reus, tomo I.
García de Esterría, E. (1992). *La batalla por las medidas cautelares*. Civitas.
Góngora Pimentel, G. (2003). *La suspensión en materia administrativa*. Porrúa.
González Chávez, H. (2006). *La suspensión del acto reclamado en el amparo, desde la perspectiva de los principios de las medidas cautelares*. Porrúa.
González-Varas Ibáñez, S. (1993). *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*. Civitas.
Gutiérrez Sáenz, R. (1996). *Introducción a la lógica*. Esfinge.
Izquierdo Muciño, M. (2001). *Las garantías individuales*. Oxford.
Mancilla Ovando, J. (2000). *Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal* (9a. ed.). Porrúa.
Martínez Morales, R. (2007). *Garantías constitucionales*. Iure Editores.
Moreno Cora, S. (1902). *Tratado del juicio de amparo conforme a las sentencias de los tribunales federales*. Tip. y Lit.
Ovalle Favela, J. (2007). *Garantías constitucionales del proceso* (3a. ed.). Oxford.

Ovalle Favela, J. (2011). Las controversias constitucionales y los órganos autónomos. *Cuestiones Constitucionales. 1*(25), 101.127. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2011.25.5968

Ovalle Favela, J. (2001). *Teoría general del proceso*. Oxford.

Pallares, E. (2015). *Catecismo de derecho procesal civil*. Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Resolución de la Primera Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 122/2023-CA, derivado controversia constitucional 261/2023.

Resolución de la Primera Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 126/2023-CA, derivado controversia constitucional 261/2023.

Resolución de la Primera Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 128/2023-CA, derivado controversia constitucional 261/2023.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 145/2021-CA, derivado de la controversia constitucional 77/2021.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 12/2022-CA, derivado de la controversia constitucional 218/2021.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 18/2022-CA, derivado de la controversia constitucional 220/2021.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 44/2022-CA, derivado de la controversia constitucional 1/2022.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 69/2020-CA, derivado de la controversia constitucional 110/2020.

Resolución de la Primera Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 17/2019-CA, derivado de la acción de inconstitucionalidad 115/2018 y sus acumuladas 116/2018, 117/2018, 119/2018 y 120/2018.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 91/2018-CA, derivado de la acción 105/2018 y su acumulada 108/2018.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 92/2018-CA, derivado de la acción 105/2018 y su acumulada 108/2018.

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 95/2018-CA, derivado de la acción 105/2018 y su acumulada 108/2018

Resolución de la Segunda Sala de la SCJN en el recurso de reclamación 32/2016-CA, derivado de la controversia constitucional 62/2016.

Resolución del Pleno de la SCJN en el recurso de reclamación 229/2004-PL, derivado del incidente de suspensión en la controversia constitucional 67/2004.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Sánchez Gil, R. (2008). La presunción de constitucionalidad. En E. Ferrer Mac-Gregor (Coord.). *La ciencia del derecho procesal constitucional*. UNAM. Tomo VIII.

Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo II, Segunda Parte-1, junio-diciembre de 1998, página 274, registro digital 230094.

Sentencia de la Segunda Sala de la SCJN en la contradicción de tesis 260/2023, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Segunda Región, con residencia en San Andrés, Cholula, Puebla, y el Cuarto Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, actual Tribunal Colegiado en Materias Penal y de Trabajo del Octavo Circuito.

Sentencia del Pleno de la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 71/2023 y sus acumuladas 73/2023, 89/2023, 90/2023, 91/2023, 92/2023 y 93/2023.

Sentencia del Pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 160/2021, entre las sustentadas por el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito.

Sentencia del Pleno de la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 105/2018 y su acumulada 108/2018.

Sentencia del Pleno de la SCJN en la contradicción de tesis 3/95, entre las sustentadas por los Tribunales Colegiados Tercero en Materia Administrativa del Primer Circuito y Segundo del Sexto Circuito.

Soberanes Díez, J. (2020). La suspensión de las normas generales en las acciones de inconstitucionalidad. *Cuestiones Constitucionales*, *1*(42), 409-424. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2020.42.14348

Suárez Camacho, H. y Montera Díaz, A. (2007). Reflexiones en torno a la controversia constitucional. *Cuestiones constitucionales.* México, *1*(17), 195-256. *1*(17). https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2007.17.5813

Tesis P./J. 5/2022 (11a.) (2022), *Semanario Judicial de la Federación*, Undécima Época.

Tesis 2a./J. 10/2014 (10a.) (2014). *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época.

Tesis P./J. 109/2004 (9a.) (2004). *Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época.

Tesis P./J. 15/96 (9a.) (1996). *Semanario Judicial de la Federación*.

Vázquez Acuña, F. (2023). Análisis de la jurisprudencia P./J. 5/2022 (11ª.), surgida de la contradicción de criterios 160/2021, en que se establece que la apariencia del buen derecho, de acuerdo con la ley de amparo vigente, no debe usarse para negar la suspensión del acto reclamado. *Revista de la facultad de derecho de México.* México, número 285, tomo LXXIII, enero-abril.

Voto aclaratorio del ministro Javier Laynez Potisek, respecto a la resolución dictada en el recurso de reclamación 145/2021-CA.

Voto particular del ministro Javier Laynez Potisek, respecto de la resolución dictada en el recurso de reclamación 95/2018-CA.

Voto particular del ministro Javier Laynez Potisek, respecto de la resolución dictada en el recurso de reclamación 92/2018-CA.

Voto particular del ministro Javier Laynez Potisek, respecto de la resolución dicta en el recurso de reclamación 91/2018-CA.

Voto particular del ministro Javier Laynez Potisek, respecto de la resolución dictada en el recurso de reclamación 32/2016-CA.

Zaldívar Lelo de Larrea, A. (2002). *Hacia una nueva ley de amparo*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Cómo citar

Sistema IIJ

Vázquez Acuña, Félix, "La apariencia del buen derecho en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales contra normas generales", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18897. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18897

APA

Vázquez Acuña, F. (2025). La apariencia del buen derecho en las acciones de inconstitucionalidad y en las controversias constitucionales contra normas generales. Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional, *26*(52), e18897. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18897

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La educación diferenciada por sexo. Derecho a la igualdad y el pluralismo en la educación en España

Education differentiated by sex. Right to equality and pluralism in education in Spain

Jhenny **Rivas Alberti**

https://orcid.org/0000-0002-2589-6742

Universidad de las Américas. Chile
Correo electrónico: rivasjhenny9@gmail.com

Alexander **Espinoza**

https://orcid.org/0000-0001-7600-3054

Universidad de las Américas. Chile
Correo electrónico: alexander.espinoza.rausseo@gmail.com

Recepción: 20 de mayo de 2024
Aceptación: 20 de septiembre de 2024
Publicación: 20 de noviembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19137

Resumen: El pluralismo del modelo educativo que se deriva del artículo 27 de la Constitución Española (CE) —que es, a su vez, una manifestación del pluralismo político que garantiza el artículo 1.1 CE— deja un amplio margen de libertad al legislador para que pueda configurar un modelo educativo en el que quepan opciones pedagógicas de muy diversa índole, con la única exigencia de que no sean contrarias a los derechos constitucionalmente consagrados. Se analiza la conformidad de la educación diferenciada por sexo con el derecho a la igualdad. La escuela diferenciada y la escuela mixta deben promover el desarrollo de todos los aspectos propios de la personalidad y excluir cualquier tipo de aprendizaje que perpetúe la asignación tradicional de roles en la sociedad.
Palabras claves: derecho a la educación; libertad de enseñanza; pluralismo educativo; derecho a la igualdad.

Abstract: The pluralism of the educational model derived from article 27 CE, which is, in turn, a manifestation of the political pluralism guaranteed by article 1.1 CE, leaves a wide margin of freedom to the legislator so that he can configure an educational model in which

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

there are very diverse pedagogical options with the only requirement that they are not contrary to the constitutionally enshrined rights. The conformity of sex-differentiated education with the right to equality is analyzed. The single-sex school and the mixed school must promote the development of all aspects of personality and exclude any type of learning that perpetuates the traditional assignment of roles in society.
Keywords: right to education; freedom of teaching; educational pluralism; right to equality.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *Antecedentes jurisprudenciales y legislativos de la educación diferenciada*. IV. *Derecho a la igualdad*. V. *La igualdad en el ámbito educativo*. VI. *Educación diferenciada y derecho a la igualdad*. VII. *Ideario educativo y derecho a la igualdad*. VIII. *Pluralismo educativo*. IX. *Sistema de ayudas del Estado en la educación*. X. *El derecho preferente de los padres sobre la educación de sus hijos*. XI. *Conclusiones*. XII. *Referencias*.

I. Introducción

En este artículo analizamos la evolución que ha tenido el tema de la educación diferenciada, tanto en el ámbito jurisprudencial como en la doctrina española. Con ese fin se revisan las diferentes legislaciones, y sus cambios a lo largo del tiempo, así como el cambio de criterio del Tribunal Constitucional de España, que, mediante sentencia 34/2023 del 18 de abril de 2023, declara constitucional la prohibición de ayudas estatales para escuelas diferenciadas por sexo. Analizamos el contenido del derecho a la igualdad y su aplicación en el ámbito educativo, así como la conformidad de la educación diferenciada con el derecho a la igualdad; el llamado ideario constitucional, previsto en el artículo 27 de la Constitución, y el derecho a la igualdad como parte de este ideario. Todo ello en el marco de un pluralismo educativo que el Estado debe garantizar, donde las ayudas estatales son uno de los mecanismos para hacer efectivo este pluralismo en la educación. Finalmente, se analiza el contenido del derecho preferente de los padres respecto de la educación de sus hijos.

II. Metodología

Esta investigación parte de establecer una base teórica sobre el contenido del derecho a la educación, con especial referencia a la educación diferen-

ciada y su conformidad tanto con el derecho a la igualdad como la libertad de enseñanza. Para ello se utiliza doctrina y jurisprudencia de España, Alemania y Estados Unidos. Estas bases teóricas permitirán desarrollar un análisis jurídico sobre los principales cuestionamientos que se hacen en la actualidad a la educación diferenciada como modelo pedagógico respecto de la igualdad de oportunidades y la superación de los roles tradicionales asignados a hombres y mujeres. La investigación se basa en una revisión documental de trabajos científicos, normativas, informes, recomendaciones, comunicaciones y directivas europeas. Se trata de una investigación de tipo documental con perspectiva analítica y reflexiva que completa el examen crítico; y del análisis de bibliografía especializada y de jurisprudencia, que destaca los antecedentes y la actual evolución en España, con referencias relevantes al derecho comparado.

III. Antecedentes jurisprudenciales y legislativos de la educación diferenciada

La educación diferenciada es un modelo pedagógico que consiste en la escolarización separada. Es decir, un modelo que busca escolarizar niños y niñas en distintos centros educativos, o por clases dentro de un mismo centro escolar (en todas o en algunas asignaturas). Se plantea que esta diferenciación podría acarrear mejores resultados académicos y formativos en general (González-Varas, 2013, p. 2).

Esta concepción de la educación diferenciada como modelo pedagógico también fue expuesta por el Tribunal Constitucional de España, en la sentencia 31/2018, en el siguiente tenor: "la separación entre alumnos y alumnas en la admisión y organización de las enseñanzas responde a un modelo concreto para el mejor logro de los objetivos perseguidos comunes a cualquier tipo de enseñanza" (FJ. 1).

Es importante notar que, hasta el año 2006, en la legislación educativa española el sexo no existía como causal de discriminación. La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), incorpora expresamente al sexo entre las causas de discriminación prohibidas para la admisión del alumnado en los centros educativos públicos o sostenidos con fondos públicos. También se establece la prioridad de los colegios coeducativos;[1] y la disposición

[1] LOE, artículo 84.3, que "en ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

adicional vigesimoquinta, de acuerdo con la cual "los centros que desarrollen el principio de coeducación en todas las etapas educativas serán objeto de atención preferente y prioritaria en la aplicación de las previsiones recogidas en la presente Ley". Ello con la finalidad de favorecer la igualdad de derechos y oportunidades y fomentar igualdad efectiva entre hombres y mujeres.

El Tribunal Supremo de Justicia[2] tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre esta modificación introducida por la LOE. Según el criterio del Tribunal Supremo, el artículo 84.3 LOE hace una mención expresa al sexo como un elemento que debe tomarse en consideración en la escolarización, pues la discriminación por razón de sexo sería un elemento previo de análisis para establecer el cumplimiento o no de las condiciones exigidas por la ley para la concertación educativa. Con esta interpretación del artículo 84 LOE, hecha por el Tribunal Supremo, la educación diferenciada por razón de sexo quedaba circunscrita al ámbito de los centros educativos íntegramente privados; y excluida, en consecuencia, de las otras dos redes educativas: la pública y la de los centros privados concertados.

La Sentencia 5492/2012, de 23 de julio, dictada por la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, resolvió el recurso de casación interpuesto por la Asociación de Padres de Alumnos "Torrevelo" del Colegio Torrevelo y la Asociación de Padres de Alumnos Peñalabra del Colegio Peñalabra contra la Sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia en la Comunidad Autónoma de Cantabria, de 22 de junio de 2011. Esta había desestimado el recurso contencioso-administrativo, promovido por las citadas Asociaciones de Padres, contra el Acuerdo del Consejo de Gobierno de Cantabria, de 13 de agosto de 2009, por el que se desestimaban los recursos de alzada interpuestos contra la Resolución de la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria, de 14 de abril de 2009. Esta resolución negó las solicitudes de dichos centros de acceso en unos casos y renovación en otros al régimen de concierto, basado en que el régimen de educación diferenciada contrariaba el referido artículo 84.3 LOE.

---

raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social".

[2] SSTS de 24 de febrero de 2010; 23 de julio de 2012; 24 de julio de 2012; 9 de octubre de 2012; 14 de enero de 2013; 22 de enero de 2013; 23 de junio de 2014; 16 de julio de 2014 y 18 de julio de 2014; todas ellas de la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo.

Adicionalmente, el Tribunal Supremo señala que no se está cuestionando la existencia de la educación diferenciada, sino que pueda quedar amparada en el sistema de enseñanza gratuita de centros concertados sostenidos con fondos públicos. En este sentido,

> Y ello porque esa es la opción legítima que adopta el legislador y que no contraría el artículo 27.9 de la Constitución, que dispone que "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". Estamos, pues, ante un derecho de configuración legal y, en concreto, el legislador estableció en 2006 que los centros docentes que opten por el modelo de educación diferenciada no pueden ser concertados, y por ello no pueden ser sostenidos con fondos públicos. (STS 5492/2012, de 23 de julio)

Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló que el artículo 27 CE "no establece un modelo educativo concreto sino una serie de principios informadores del sistema educativo que, en todo caso, habrán de ser respetados por el legislador estatal al que, en sus aspectos básicos, corresponde diseñar el modelo educativo", criterio antes expresado en la sentencia 184/2012 (FJ. 3).

El posicionamiento del Tribunal Supremo, a través de un conjunto de pronunciamientos sobre la conformidad de la educación diferenciada con el artículo 84.3 de la LOE, se puede resumir en tres aspectos básicos: (1) la libertad de enseñanza ampara la educación diferenciada por sexos; (2) de acuerdo con el artículo 27.9 CE, el régimen de los conciertos educativos queda en manos del legislador; y (3) el legislador estableció a partir de la LO 2/2006 la no discriminación por razón de sexo y , en consecuencia, la educación mixta como criterio para acceder a los conciertos.

Para el Tribunal Supremo la imposibilidad de obtener conciertos por parte de los centros docentes que optan por la educación separada por sexos no es contraria al derecho de los padres a la libre elección de los centros ni a la libertad de enseñanza (Salazar Benítez, 2016, p. 453).

Así, las discusiones en cuanto a la educación diferenciada se han referido fundamentalmente a la posibilidad de que los poderes públicos tomen la decisión de no establecer o renovar, según el caso, conciertos con establecimientos educativos privados, basados en que se trata de educación separada por sexo. Las diversas interpretaciones de la LOE y la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, de Mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), por parte del Tribunal Supremo, son muestra muy clara de este largo debate

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

(Vidal Prado, 2019, p. 2). No se cuestionaba la existencia de la educación diferenciada, sino el régimen de concierto para este tipo de educación.

En todo caso, siempre se ha garantizado y respetado la opción de que los centros docentes no estatales tuviesen ideario propio (LOECE, artículo 15; LODE, artículo 22; LOCE, artículo 73; LOE, artículo 115). Es de hacer notar que "ideario" y "carácter propio" se consideran sinónimos por parte del Tribunal Constitucional (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ. 81). Este ideario o carácter propio forma parte de la libertad de creación de centros (CE, artículo 27.6; Vidal Prado, 2019, p. 4).

Un sector de la doctrina considera que el artículo 84.3 no aportaba nada que no aportase ya la Constitución Española (artículo 14, en relación con artículo 9.2 fundamentalmente). Sin embargo, del análisis conjunto de los dos preceptos mencionados de la LOE se interpretó que dicha norma estaba dando preferencia a la coeducación (Vidal Prado, 2019, p. 3).

Por su parte, la LOMCE añadió dos nuevos párrafos al artículo 84.3 que pretendían resolver las controversias surgidas en relación con los centros concertados, que incluyen dentro de su proyecto educativo la educación diferenciada por sexos. Con el siguiente tenor: "que pretendían zanjar las controversias surgidas en relación con los centros concertados que incluyen dentro de su proyecto educativo la educación diferenciada por sexos". Así, tras la modificación de la LOE, llevada a cabo por la LOMCE en 2013, se regresa a la situación inicial, pues se admite de modo expreso a la educación diferenciada.

La LOMCE modificó el artículo 84.3 LOE, al indicar que

> no constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960.

Con ello se deja a salvo la conformidad de la educación diferenciada con la Constitución y su acceso al régimen de conciertos.

En este sentido pueden verse las varias sentencias del Tribunal Supremo español, todas ellas de 2017, y de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.[3]

[3] SSTS 2053/2017 (ECLI ES:TS:2017:2053); 1957/2017 (ECLI ES:TS:2017:1957), de 4 de mayo de 2017; 2049/2017 (ECLI ES:TS:2017:2049), de 8 de mayo de 2017.

Mediante estas sentencias se rechazó la posición de la Junta de Andalucía, que se negó a mantener conciertos con nueve centros de educación diferenciada. El Supremo reiteró que no puede invocarse la violación del principio de igualdad para rechazar el concierto. De acuerdo con la interpretación formulada por el Tribunal Supremo sobre la LOMCE, se le consideró conforme con el derecho a la igualdad previsto en el artículo 14 CE, así como con las normas internacionales en la materia. Incluso se llegó a afirmar que "no se puede asociar la enseñanza separada con la discriminación por razón de sexo" (SSTS 749/2017, FJ. 3).

No obstante, las sentencias del Tribunal Supremo no han estado exentas de críticas; en particular, por reducir el estado de la cuestión a un tema de configuración legal y no desarrollar un tema trascendental como es el derecho a un ideario educativo (González-Varas, 2013, p. 14; Nuevo López, 2014, p. 226). Pues la educación diferenciada es una opción metodológica que bien puede considerase como parte del proyecto educativo del centro, lo cual se relaciona en forma directa con la libertad de enseñanza y el ideario educativo del centro.

El tema de la educación diferenciada parecía resuelto, tanto con las sentencias del Tribunal Supremo, que ratificó la compatibilidad de los centros que optan por este modelo de educación con el principio de igualdad, como con el pronunciamiento de constitucionalidad de este modelo pedagógico, que considera a la educación diferenciada como una "opción pedagógica, de voluntaria adopción por los centros como parte del ideario educativo y de libre elección por los padres", y afirma el derecho de los centros que opten por este modelo a acceder a financiación pública en condiciones de igualdad (STC 31/2018 de 10 abril, FJ. 4; STC 74/2018 de 5 de julio, FJ. 4). Sin embargo, con la aprobación de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOMLOE), que prohíbe la financiación con fondos públicos a los centros educativos que separan por sexo, se reabre la controversia y la necesidad de un debate jurídico.

La LOMLOE prohíbe el acceso a financiación a los centros de educación diferenciada; el artículo 84.3 relativo a la admisión de alumnos, cuya nueva redacción ha suprimido el inciso que no consideraba discriminación por razón de sexo la organización de enseñanza diferenciada; y la disposición adicional 25.1, que señala que los centros sostenidos con fondos públicos desarrollarán el principio de coeducación y no separarán a los alumnos por su género. Con fecha 18 de abril de 2023, el Tribunal Constitucional

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

dictó la sentencia 34/2023, mediante la cual resolvió, entre otras cuestiones, la prohibición de financiación pública a los centros de educación diferenciada, con lo que cambió de criterio al declarar legítima la decisión del legislador de otorgar ayudas públicas sólo a los centros que no separen al alumnado por sexo (FJ. 3). Lo anterior tomando como fundamento que el legislador no tiene el deber constitucional de promover un modelo concreto, si considera que existe un modelo pedagógico conforme a la Constitución que se adecua más a los valores del ordenamiento jurídico del artículo 1.1 CE.

Este nuevo criterio del Tribunal Constitucional exige el análisis, entre otros elementos, del derecho a la igualdad de la conformidad de la educación diferenciada con el mismo. Y de si este modelo promueve y garantiza la formación en el respeto y la promoción de la igualdad; así como en cuanto a la superación de los estereotipos de género.

IV. Derecho a la igualdad

El artículo 1.1 de la Constitución de España consagra un conjunto de principios y valores que inspiran a todo el ordenamiento jurídico: "España propugna como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político". Estos valores se pueden considerar como proposiciones previas a la Constitución, que constituyen verdaderos cimientos de la estructura constitucional (Esteban y López Guerra, 1983, p. 51; González Casanova, 1984, pp. 458-459).

La noción de *igualdad* es filosófica e históricamente anterior a la llegada del Estado de derecho; jurídicamente, su desarrollo se produce hasta que el principio del Estado de derecho se consagra en el primer constitucionalismo. Es así como el significado del Estado de derecho, su sustancia, el conjunto de límites que se imponen al Estado para evitar cualquier forma de arbitrariedad, tiene como uno de sus ejes centrales la igualdad. Puesto que la idea originaria de la igualdad presupone que las leyes se apliquen a todos, sin que ninguna clase de condición o circunstancia personal pueda servir de base para alguna forma de privilegio. Y esta ley es una manifestación de la voluntad general (Baño León, 1987, p. 179).

Adicionalmente, Parejo Alfonzo (1983) se refiere a la igualdad como un principio de principios, por su carácter de totalidad. Un principio frente a otros principios (CE, artículo 9.3) que tan sólo se refiere a aspectos particulares dentro del ordenamiento jurídico (Peces Barba, 1984, p. 39).

La Constitución Española contiene varias disposiciones cuya interpretación permite establecer el alcance y contenido técnico jurídico del principio de igualdad. Así encontramos: *a)* el artículo 1.1 CE, que proclama la igualdad como valor superior del ordenamiento jurídico; *b)* como principio jurídico (es decir, como mandato de optimización), el artículo 9.2 consagra la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; *c)* como derecho fundamental, el artículo 14 CE establece que "los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social", a lo que se agrega el artículo 35.1 CE, que señala que todos los españoles tienen derecho a "una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia, sin que en ningún caso pueda hacerse discriminación por razón de sexo"; y *d)* por su parte el artículo 24.1 CE establece que este derecho goza de tutela judicial efectiva.

El artículo 14 CE exige un trato igual ante la ley (igualdad formal jurídica). Esto se refiere fundamentalmente a no ser tratados de manera diferente en el ámbito jurídico respecto de quienes se encuentran en la misma situación. Las implicaciones más importantes de este principio son que a situaciones de hecho iguales se aplicarán iguales consecuencias jurídicas, y exigir una justificación razonable para una diferencia de trato (Laporta, 1985, p. 14). Además, el artículo 14 CE consagra derechos fundamentales de igualdad en distintos sectores del articulado, algunos ya mencionados con anterioridad: artículo 23.2, artículo 31.1, artículo 32.1 (derechos y deberes ciudadanos), artículo 39.2 (principios rectores política social y económica), artículos 68.1 y 69.2 (sufragio universal) artículo 130.1, artíulo139.1, artículo 149.1 1a. CE (organización territorial del Estado).

El Tribunal Constitucional español ha señalado que el artículo 14 CE

> contiene en su apartado primero una cláusula general de igualdad de todos los españoles ante la Ley, habiéndose configurado este principio general de igualdad, por una conocida doctrina constitucional, como un derecho subjetivo de los ciudadanos a obtener un trato igual, que obliga y limita a los poderes públicos a respetarlo y que exige que los supuestos de hechos iguales sean tratados idénticamente en sus consecuencias jurídicas y que, para introducir diferencias entre ellos, debe haber una justificación suficiente para tal diferencia, que al mismo tiempo parece ser fundadas y razonables, de acuerdo con crite-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

rios y juicios de valor generalmente aceptados, y cuyas consecuencias no sean, en ningún caso, desproporcionadas.[4]

También señala esta decisión que no se impide al legislador valorar situaciones diferentes para regularlas de distinta manera, "siempre que entre aquellas diferencias y esta distinción se dé una relación razonable que explique o justifique el trato desigual".[5]

En este sentido, y en cuanto a la igualdad como derecho subjetivo, puede verse la STC 75/1983, de 3 de agosto (FJ. 2): "derecho subjetivo de los ciudadanos, evitando los privilegios y las desigualdades discriminatorias entre aquéllos, siempre que se encuentren dentro de las propias situaciones de hecho a las que deben corresponder un tratamiento jurídico igual". En todo caso corresponde al legislador establecer una adecuada opción legislativa, mediante la cual pueda establecer para los ciudadanos un trato diferenciado, en el caso de tener que aportar soluciones para resolver situaciones de hecho diferenciadas siendo necesario el establecimiento de una solución distinta, siempre que exista una justificación objetiva "de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados" (STC 75/1983, FJ. 2).

La igualdad tiene un valor propio a través de su configuración como derecho fundamental de la persona, al tiempo que es un parámetro de razonabilidad objetiva (González-Trevijano, 2020, p. 72). El artículo14 CE reconoce un "verdadero derecho fundamental vinculante y directamente aplicable por jueces y tribunales",[6] por lo que está garantizada la igualdad efectiva entre los individuos y los grupos del artículo 9.2 CE.

En cuanto a la diferencia entre discriminación y diferenciación el Tribunal Constitucional señala dos elementos objetivos que pueden servir a tales efectos: "el principio de igualdad exige no sólo que la diferencia de trato esté objetivamente justificada, sino que también pase un examen constitucional de proporcionalidad respecto de la relación entre la medida adoptada, el resultado producido y el fin perseguido".[7] En este sentido, "Lo que prohíbe el principio de igualdad jurídica es la discriminación [...], es decir, que la desigualdad de tratamiento legal sea injustificada por no ser razonable" (STC

[4] STC 200/2001 (FJ. 4).
[5] STC 200/2001 (FJ.14).
[6] STC 91/2019, de 3 de julio.
[7] STC 200/2001 (FJ. 4).

34/1981, de 10 noviembre). Por lo que, según el TEDH en relación con el artículo 14 del Convenio Europeo, no toda desigualdad es discriminación

> no prohíbe toda diferencia de trato en el ejercicio de los derechos y libertades: la igualdad es sólo violada si la desigualdad está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de dicha justificación debe apreciarse en relación a la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y la finalidad perseguida. (García-Cuevas, 2015, p. 248)

En este sentido, la sentencia STC 75/1983, de 3 de agosto, desarrolla la idea de la "igualdad como derecho subjetivo".

Es criterio reiterado que no todo trato diferente constituye un trato discriminatorio. El Tribunal Constitucional de España ha interpretado el artículo 9.2 CE en el sentido de una norma correctiva de la igualdad formal, consagrada en el artículo 14, por lo que se destaca la necesidad de que el legislador establezca tratos diferentes para aquellos individuos que se encuentran en situaciones distintas en la vida real: "lo proclamado en el artículo 9.2 puede exigir un mínimo de desigualdad formal para progresar hacia la consecución de la igualdad sustancial" (sentencias 114/1983, FJ. 2; 98/1985, de 29 de julio; 19/1988, de 16 de febrero). Adicionalmente, conforme se dispuso en la STC 65/1983,

> Este principio (el de igualdad) vincula a todos los poderes públicos incluido el legislativo [...], pero no prohíbe que el legislador contemple la necesidad o conveniencia de diferenciar situaciones distintas y darles un tratamiento diverso, siempre que no vulnere otros preceptos constitucionales y que no vaya contra la esencia del principio de igualdad.

También puede mencionarse la sentencia (STC 25/1989, de 3 de febrero, FJ. 3), que señala:

> Como este Tribunal viene declarando reiteradamente [...] el principio de igualdad (del artículo 14) no prohíbe toda diferencia de trato; dicho principio sólo puede entenderse vulnerado cuando la desigualdad denunciada está desprovista de una justificación objetiva y razonable, y la existencia de esta justificación ha de apreciarse en relación con la finalidad y efectos de la medida considerada, debiendo darse una razonable proporcionalidad entre medios y fines.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En este mismo sentido, tanto el Tribunal Constitucional español como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos han reiterado que una distinción será discriminatoria si carece de "justificación objetiva y razonable", si no persigue un "objetivo legítimo" o "si no existe relación razonable de proporcionalidad entre los medios empleados y el objetivo perseguido" (Martínez López-Muñiz, 2012, pp. 78-80).

Así las cosas, es necesario señalar que el derecho a la educación y la igualdad tienen una relación muy cercana. Y en su análisis conjunto se plantean una serie de variables y perspectivas, donde también deben considerase otros principios fundamentales del sistema democrático, y en particular con la libertad; así como con el pluralismo (Vidal Prado, 2021, p. 257). De esta interpretación conjunta, y de la adecuada ponderación entre la libertad y la igualdad en cuanto a la educación se refiere, resulta el hecho de que la educación del artículo 27 CE es una educación en libertad que promueve y garantiza los principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales.

En este mismo sentido, encontramos que la educación tiene por finalidad el desarrollo de la personalidad del individuo y que esto supone entre otros aspectos una educación plural que considere la diferencias religiosas, ideológicas, talentos y capacidades. En el caso de la Constitución Española se reconoce un ideario constitucional que inspira a todo el proceso educativo. Este ideario no produce como consecuencia la preponderancia de la vertiente prestacional del derecho a la educación sobre la libertad. En todo caso se trata de un marco que sirve de base para realizar la ponderación entre los diferentes derechos que consagra el artículo 27 CE (Vidal Prado, 2021, p. 259).

Ahora bien, en la ya mencionada tensión entre la igualdad y la libertad en cuanto al derecho a la educación nos cuestionamos si la educación diferenciada por sexo logra encajar en los principios que contiene este ideario constitucional educativo, y en particular respecto de la igualdad. La respuesta del Tribunal Constitucional español siempre fue la de considerar a la educación diferenciada conforme al derecho a la igualdad, y este criterio se mantiene también en la decisión (STC 34/2023).

De acuerdo con el artículo único de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, que modifica la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su artículo único, apartado *a*, se establece expresamente la prohibición de toda forma de discriminación "por razón de nacimiento, sexo, origen racial, étnico o geográfico, discapacidad, edad, enfermedad, religión o creencias, orientación sexual o identidad sexual o cualquier otra condición

o circunstancia personal o social". Por su parte, el apartado *b* hace referencia a la equidad para garantizar la igualdad de oportunidades, para un completo desarrollo de la personalidad, mediante la educación. Finalmente, destaca la modificación del apartado *l*, el cual hace expresa referencia al fomento de la igualdad efectiva entre hombres y mujeres, a "través del régimen de coeducación, la educación afectivo-sexual, adaptada al nivel madurativo, y la prevención de la violencia de género, así como el fomento del espíritu crítico y la ciudadanía activa".

Es así como se pueden identificar dentro de la Ley Orgánica 3/2020 un conjunto de medidas dirigidas a garantizar que el sistema educativo sea generador de igualdad, de equidad, en varios niveles, tanto desde la perspectiva de género, como de las desigualdades originadas por el origen social, geográfico, étnico o de discapacidad. El debate gira en torno a si sólo la educación mixta puede promover, garantizar y ayudar a superar las desigualdades, con especial referencia a las desigualdades basadas en el sexo. Para resolver estos cuestionamientos resulta relevante revisar la aplicación de la igualdad en el ámbito educativo.

V. La igualdad en el ámbito educativo

En cuanto a la concreción de la igualdad en el ámbito educativo encontramos, en primer lugar, (1) la igualdad de (o en el) acceso, conforme a la cual niños y niñas, independientemente de su grupo social, puedan ingresar al sistema educativo. Este acceso también supone la oportunidad real de que los padres y representantes puedan elegir el tipo de establecimiento educacional que prefieren para sus hijos y pupilos. En este sentido, puede verse a Farrell (1999).

En segundo lugar, (2) la igualdad en cuanto a la no deserción del sistema educativo, en particular en cuanto a los niveles obligatorios de educación, de las personas pertenecientes a distintos grupos sociales. Esto supone garantizar las condiciones para la consecución de los diferentes niveles educativos, lo que está asociado directamente a la igualdad de oportunidades. En cuanto a la igualdad de oportunidades, un análisis muy relevante es el presentado por Roemer (1999), quien establece dos enfoques de la igualdad de oportunidades: *a)* cómo "nivelar el campo de juego", esto es, hacer todo cuanto sea necesario, mediante acciones y medidas compensatorias, para que todos estén inicialmente en las mismas condiciones; *b)* la no dis-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

criminación de ninguna persona por sus características personales. A este mantenimiento en el sistema educativo también se le conoce como "igualdad de supervivencia" (*sustainability o survival*), en cuanto a las probabilidades de que los estudiantes permanezcan y terminen diferentes etapas escolares sin diferencias entre grupos sociales (Bolívar, 2005, p. 8; Farrell, 1997; Farrell, 1999).

En tercer lugar, (3) la igualdad en cuanto a la calidad del aprendizaje. Esto supone garantizar una buena educación para la generalidad del alumnado, lejos de cualquier forma de exclusión personal o social (Escudero, 2002). Esta buena educación comprende, ente otros factores, las estrategias de enseñanza y contenidos del currículum; el desarrollo de las necesidades de aprendizaje de los alumnos; infraestructura escolar y un conjunto de procesos de aseguramiento de la calidad; y, finalmente, un marco de política educativa que sirva de fundamento a lo anterior (Bolívar, 2005, p. 7).

En cuarto lugar, (4) la igualdad de consecuencias educativas. Esto quiere decir que alumnos con similares resultados educativos deben tener las mismas oportunidades para acceder al mercado de trabajo o a otras posiciones sociales.

Por último, (5) el reconocimiento del principio de igualdad de oportunidades —igualdad en el disfrute de la libertad, justa y equitativa igualdad de oportunidades— ha supuesto un importante avance en el afianzamiento de la dimensión material de la igualdad. En un principio, esta igualdad de oportunidades ha sido interpretada en el sentido de una eliminación de obstáculos, barreras o privilegios sociales. Sin embargo, su interpretación ha experimentado una evolución que ampara el hecho de que cada persona, sea cual fuere su lugar de origen, profesión, ocupación o posición social, posea iguales oportunidades para desarrollar plenamente su capacidad natural, tanto en el campo intelectual como en el plano físico (Pérez-Luño, 2005, p. 260).

Para mayor abundamiento sobre la noción de igualdad de oportunidades puede verse a Muntaner (2000), quien destaca la "confluencia entre las diferencias de los alumnos y el respeto a las diferencias, lo cual se traduce en que todos tengan idénticas posibilidades de aprendizaje, aunque no necesariamente de los mismos aprendizajes" (p. 8). Como principio general, el principio de igualdad de situar a todos los miembros se dirige a que todos los miembros de una determinada sociedad se encuentren en condición de participar en todo aquello resulte relevante de acuerdo con su proyecto de vida (Bobbio, 1983, p. 78).

Tanto la escuela mixta como la escuela diferenciada podrían transmitir una educación sesgada en cuanto al género. La sola existencia de la escuela mixta no garantiza la integración igualitaria de géneros. Se trata de una especie de "ilusión social", que consiste en pensar que sólo la copresencia de los sexos en las aulas, por sí misma, es una "igualador de oportunidades" (Páez Martínez, 2014, p. 129).

En todo caso, frente al reto de superar los estereotipos de género, garantizar y promover una educación en igualdad, parece que el debate debe superar la mera consideración de si es la educación mixta o la educación diferenciada la mejor forma de garantizar este objetivo (Parody, 2020, p. 80).

VI. Educación diferenciada y derecho a la igualdad

Buena parte de la doctrina, y el propio Tribunal Constitucional de España, ha negado que la educación diferenciada resulte contraria a la Constitución (Aláez Corral, 2018, p. 610; Aláez, 2009, p. 42; Vidal, 2019, p. 20; Esteve Pardo, 2013, p. 1; Celador, 2019, p. 32). En el caso de Alemania y Estados Unidos se afirma que no existe un conflicto entre el derecho a la igualdad y la educación diferenciada; en este sentido puede verse Esteve Pardo (2013, p. 5) y Calvo Charro (2013).

Tanto la escuela diferenciada como la escuela mixta deben brindar la misma calidad de educación; una visión plural del mundo en sus distintos ámbitos; promover el desarrollo de todos los aspectos propios de la personalidad, y excluir cualquier tipo de aprendizaje que perpetúe la asignación tradicional de roles en la sociedad, que se encuentren totalmente desfasados de la realidad actual.

En este sentido, resulta relevante la revisión de los criterios expuestos por la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto a los establecimientos educacionales; en particular, los centros de formación militar o enseñanza profesional sostenidos con fondos públicos. En el primero de ellos, *Mississippi University for Women v. Hogan*, de 1982, la Corte Suprema consideró inconstitucional a una escuela universitaria de enfermería reservada a mujeres, por no poder justificarse un fundamento razonable para la exclusión de hombres de la escuela. En la sentencia se confirma que tal limitación al acceso masculino se basaba en estereotipos arcaicos y colaboraba a "perpetuar el estereotipo de considerar la enfermería como un trabajo exclusivamente

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

femenino".[8] Resulta importante señalar que en este caso la Corte Suprema dejó abierta la opción de enseñanza diferenciada por el sexo, siempre que no sirvieran para "promover roles obsoletos y anticuados sobre las diferentes habilidades de hombres y mujeres" (Salomone, 2000).

También destaca la sentencia en el caso *United States v. Virginia* (1996), en la cual la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró inconstitucional la separación por sexo en un centro académico militar de Virginia en el que sólo se admitían hombres:

> Las generalizaciones sobre cómo son las mujeres o lo que se estima apropiado para la mayoría de las mujeres, no justifica en absoluto la posibilidad de negar la oportunidad a aquellas cuyos talentos y capacidades las sitúen fuera de la generalidad, perpetuando así los estereotipos. (Virginia, 518, U.S.)

En este caso la Corte Suprema de los Estados Unidos consideró que la exclusión de mujeres era inconstitucional, pues violentaba la cláusula de igualdad, y ofreció tres posibles soluciones:

> 1) admitir mujeres; 2) ofrecer a las mujeres formación equiparable en otro centro similar; y 3) transformarse en un centro estrictamente privado renunciando a todas las ayudas públicas, los centros privados pueden aplicar la separación por sexos sin que se cuestione su constitucionalidad. (*United States v. Virginia*, 1996)

Un hecho muy particular asociado a esta sentencia es que en el mismo año 1996 se creó una escuela pública femenina, Young Women's Lidership Academy (YWLA), en Harlem. Esta institución se presentó como una oportunidad para niñas afroamericanas de sectores vulnerables, con la finalidad de alcanzar una auténtica igualdad de oportunidades en el ámbito educativo. Tal circunstancia fue advertida por los miembros de la Corte Suprema; y, en particular, para quien representaba uno de los discursos más potentes en la lucha por la igualdad entre ambos sexos, la jueza Ruth Bader Ginsburg. Por lo que en *United States v. Virginia* (1996), si bien se consideró la exclusión de mujeres de un centro académico militar como inconstitucional, el Tribunal hizo ciertas matizaciones (Calvo Charro, 2013, p. 166).

---

[8] *Mississippi University for Women v. Hogan*, 1982, 458 U.S. 718-31.

Se sostiene que la educación diferenciada podría producir importantes beneficios educativos; y que la provisión de una opción para dicha educación fomenta la diversidad en los enfoques educativos. Ahora bien, las diferencias que se establezcan debido al sexo deben perseguir propósitos concretos en el ámbito estatal, lo que permitiría diversificar las opciones educativas. Estos propósitos, en definitiva, deben resultar beneficiosos para ambos sexos, o por lo menos no afectar la igualdad de oportunidades (*United States v. Virginia*, 1996; Calvo, 2013, p. 167).

En cuanto a la justificación expuesta por el Estado, este último debe demostrar que la diferencia establecida sirve a importantes objetivos gubernamentales y que los medios empleados están sustancialmente relacionados con el logro de esos objetivos. De igual forma, esta justificación no debe ser nunca demasiado general, en cuanto a los diferentes talentos, capacidades o preferencias de hombres y mujeres (*Wengler v. Druggists Mutual Insurance Company*, 2024, p. 150). A todo evento, las diferencias que se establezcan teniendo como base el sexo no pueden ser utilizadas para crear o perpetuar la inferioridad legal, social y económica de las mujeres (*Weinberger v. Wiesenfeld*, 1975, pp. 643, 648; Calvo Charro, 2013, p. 168).

Las diferencias entre hombre y mujeres son innegables. El problema está en identificar estas diferencias con desventajas; en el caso del ingreso a la Academia Militar de Virginia, con una incapacidad generalizada de las mujeres para superar el estricto régimen aplicado en la academia masculina (Sunstein, 1999, p. 165).

Sobre los parámetros para medir la igualdad, en la sentencia *Sweatt v. Painter* (1950), la Corte Suprema de los Estados Unidos señaló que la igualdad debe medirse en función de elementos tangibles e intangibles. Esto comprende elementos como la formación de los docentes, los recursos que las instituciones educativas reciben, infraestructura, desarrollo curricular y extracurricular.

En cuanto a la separación por sexo en la escuela pública, la Corte Suprema de los Estados Unidos nunca ha considerado que esta sea inconstitucional. Por regla general, siempre que pueda garantizarse una opción con características similares, esto es, la diferencia que se establezca debido al sexo, no puede tener consecuencias desventajosas (*United States v. Virginia*, 1996, n. 7; Calvo Charro, 2013, p. 168).

Sobre este planteamiento encontramos la opinión del Comisionado para los Derechos Humanos del Consejo de Europa, conforme al cual se señala que para que exista segregación debe constatarse "el daño serio a las

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

oportunidades de aprendizaje producido por el aislamiento o la carencia de inclusión en el sistema ordinario de enseñanza".[9] Este criterio ha sido reiterado por el Tribunal Constitucional de España, en la ya citada sentencia STC 31/2018, de 10 de abril (FJ. 4), la cual establece que

> Desde una perspectiva estrictamente literal del mismo, la separación de los alumnos por sexos en el proceso educativo institucionalizado constituye una diferenciación jurídica entre niños y niñas, en concreto en cuanto al acceso al centro escolar. Sin embargo, responde a un modelo o método pedagógico que es fruto de determinadas concepciones de diversa índole que entienden que resulta más eficaz un modelo de educación de esta naturaleza que otros. En la medida en que la Constitución reconoce la libertad de enseñanza (CE, artículo 27.1), resulta conforme a ella cualquier modelo educativo que tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertadas fundamentales que reconoce el artículo 27.2 CE.

Ahora bien, uno de los planteamientos sostenidos por la doctrina española se refiere a que la educación diferenciada no permite alcanzar los objetivos previstos por el ideario constitucional. En este sentido, puede verse Alaez Corral (2009, p. 59). Como ya hemos expresado, el llamado "ideario constitucional" constituye una base para la interpretación de los derechos del artículo 27 CE, por lo que debe realizarse la ponderación entre estos derechos en el caso concreto, tomando en consideración este marco constitucional.

VII. Ideario educativo y derecho a la igualdad

Ha sido un criterio reiterado por la jurisprudencia[10] y la doctrina española que el artículo 27.2 CE contiene un *ideario constitucional*. Con esta expresión se hace referencia al pleno desarrollo de la personalidad, la convivencia democrática y los derechos fundamentales, lo cual constituye un marco para todo proyecto educativo. En este sentido, la enseñanza ha de servir a unos determinados valores (principios democráticos de convivencia, etcétera)

---

[9] Council of Europe Commissioner for Human Rights. (2027). Fighting school segregation in Europe through inclusive education, Council of Europe. https://cutt.ly/LbVXibq

[10] STC 5/1981 con la que Tomás y Valiente acuñó la expresión "ideario educativo constitucional".

que cumplen una función de inspiración positiva. En el sentido de orientación y fines que debe tener la educación como proceso sistémico y complejo, al tiempo que también se imponen límites a las libertades educativas del artículo 27 CE (Aláez Corral, 2011, p. 93).

El artículo 27.6 CE, que establece la libertad de enseñanza, reconoce el derecho de los titulares de los centros privados a instituir un ideario educativo en el marco de los principios y declaraciones de la Constitución, pues esto forma parte de la posibilidad de dotar a estos centros de un carácter u orientación particular y propio. El proyecto educativo refleja también una ideología, así como un conjunto de criterios e ideas en cuanto a los aspectos más diversos de la vida, que pueden ir desde consideraciones morales, religiosas, o valores para la integración en sociedad (Duro Carrión, 2021, pp. 163-206).

La igualdad es una parte integrante de ese conjunto de principios y valores constitucionales que inspiran e integran los fines de la educación. La promoción, protección, garantía y formación en la igualdad y la equidad se derivan del ideario constitucional, pues es parte esencial de la democracia. Por lo tanto, la escuela diferenciada por sexo y la escuela no diferenciada están llamadas a la promoción, protección y formación en los principios y valores de la igualdad y equidad. Pues se trata de aquellos principios y valores democráticos que el Estado debe no sólo garantizar sino promover a través de la educación, sin que ello constituya vulneración de su obligación de neutralidad en la educación (Rivas Alberti y Espinoza, 2024).

Algún sector de la doctrina española (Salazar Benítez, 2016) afirma que la educación mixta forma parte del "ideario educativo constitucional" del artículo 27.2. Para este sector la "convivencia democrática" a la cual llama el artículo 27.2 de la Constitución Española es una convivencia democrática que admite variadas posibilidades, pero que "excluye modelos educativos que fuerzan inútilmente la desaparición de las diferencias personales o crean mundos separados en virtud de esas diferencias personales". Para el autor, la educación separada consiste en un modelo que, al separar a los niños por razón del sexo, trae como consecuencia la "renuncia a la convivencia democrática", lo que vulnera el artículo 27.2 CE.

Con respecto a este criterio resulta difícil establecer el fundamento constitucional de tal afirmación. El artículo 27.2 CE señala que la educación tiene por objeto "el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales". Esto está referido a la formación en principios y valores democrá-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ticos que la educación debe promover; entre ellos, por supuesto, la igualdad. Esto se extiende tanto a la educación diferenciada como a la educación mixta. Ambos modelos educativos deben promover una educación que supere cualquier contenido que desarrolle o perpetúe estereotipos basados en el sexo y cuyas consecuencias sean contrarias a la prohibición de discriminación. Un tema diferente, y que escapa del análisis jurídico, es si puede establecerse que alguno de estos modelos resulte más eficiente en este objetivo: "una educación que promueva la igualdad y supere cualquier estereotipo basado en el sexo, que constituya un obstáculo para alcanzar en todos los ámbitos de la vida". Podría incurrirse en la creencia de confundir la socialización entre niños y niñas con una educación en igualdad. Pues, tal como se explicó anteriormente, el eje debería estar en una educación que promueva el pensamiento crítico respecto de los temas de igualdad de género y no discriminación en razón del sexo, independientemente de que se trate de una educación mixta o diferenciada.

En este sentido, Esteve Pardo (2013) afirma que la educación mixta no es parte del ideario constitucional, pues no es un objetivo educativo, ni un valor o fin en sí mismo. Por el contrario, se trata de un modelo educativo con un fin instrumental para alcanzar determinados fines, pues no es un objetivo educativo. Es un medio instrumental, un modelo educativo con el que se pretenden alcanzar objetivos de enseñanza y formación humana que conforman ese mínimo común de objetivos educativos (Esteve Pardo, 2013, p. 11).

Resulta interesante hacer referencia a la sentencia del Tribunal Supremo de Brandeburgo, Alemania, mediante la cual se resolvía el recurso contra la resolución del Ministerio de Educación de Brandemburgo que no autorizaba la creación de una escuela privada monoeducativa, bajo el argumento que este tipo de educación no permitía alcanzar el objetivo educativo de interiorización por el alumnado del principio de igualdad de género, tal como se desarrolla por la legislación del *Land*.

El Tribunal de Primera Instancia anuló la resolución denegatoria del Ministerio de Educación. Contra esta sentencia se interpuso recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de lo Contencioso-Administrativo del *Land* de Brandemburgo, que también falló a favor de la entidad promotora de la escuela. Con posterioridad, el Ministerio de Educación, Juventud y Deporte planteó un recurso de casación ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de la Federación, que fue desestimado por la sentencia de 30 de enero de 2013.

El Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo estableció que tanto las escuelas públicas como las privadas deben cumplir unos determinados objetivos educativos que derivan de la Constitución. Es el Estado el ente encargado de garantizar el cumplimiento de estos objetivos por ello sus potestades de supervisión e inspección respecto del sistema educativo. Y esto abarca tanto a las escuelas públicas como privadas (sentencia de 30 de enero de 2013).

Entre los objetivos educativos el Tribunal introduce una distinción que ya había sido desarrollada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Se establece la diferencia entre los objetivos educativos de transmisión de conocimientos y cultura, así como aquellos objetivos dirigidos a la formación humana. En cuanto a los objetivos orientados a la transmisión de conocimientos, estos se plasman, en particular, en los planes de estudio que fija el Estado, los objetivos orientados a la formación humana que derivan de la propia ley fundamental. Estos bienes y valores presentes en la Constitución constituyen el mínimo común social. Como parte del proyecto educativo, cada escuela podrá desarrollar objetivos adicionales de formación, siempre que sean conforme con los bienes y valores constitucionales mínimos (sentencia de 30 de enero de 2013).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, del 16 de mayo de 1995, señaló que cualquier escuela, pública o privada, debe cumplir objetivos de transmisión de conocimientos y también objetivos orientados a la formación humana. Entre los objetivos de formación humana, que emanan directamente de la Constitución y han de ser interiorizados por el alumnado, se encuentra el de la igualdad de géneros.[11]

La Sentencia del Tribunal Supremo Federal alemán, de 30 de enero de 2013, afirma que no está en absoluto probado ni admitido por la comunidad científica del ámbito de la Pedagogía y la educación que la enseñanza e implementación del principio de igualdad de géneros no pueda lograrse con el método de enseñanza monoeducativa o de escuela diferenciada. La coeducación no es un objetivo educativo sino un método de educación. Darle el tratamiento de un objetivo educativo, sin tomar en consideración su carácter manifiestamente instrumental, privaría de sentido a la libertad de los centros privados en virtud del artículo 7.4 de la ley fundamental. En cuanto al concepto de *objetivos pedagógicos*, el sentenciador afirma que este concepto tiene un componente técnico y de contenido, por lo que en todo caso

[11] BVerwG, 1995, 16 de mayo.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

debe garantizarse que los conocimientos técnicos impartidos por la escuela privada y la educación general corresponden al nivel de las escuelas públicas de acuerdo con la legislación aplicable.[12]

Con respecto al ámbito de los "objetivos de la enseñanza", en el sentido de la frase 3 del párrafo 4 del artículo 7 de la ley fundamental, la responsabilidad del Estado no se limita a exigir las normas sobre cumplimiento de la formación técnica. Una escuela, en el sentido en que la Constitución la presupone en el artículo 7 de la ley fundamental, es, en su conjunto, sin perjuicio del derecho de los padres a educar a los hijos (ley fundamental, artículo 6.2, frase 1), una institución para el desarrollo de la personalidad y la difusión de valores (entre otras, puede verse BVerfG, decisión de la Sala, de 29 de abril de 2003-1, BvR 436/03, párr. 7).

Así las cosas, vemos que tanto en el caso de Estados Unidos como de Alemania esta intervención estatal en la libertad de enseñanza se justifica porque el titular de este derecho participa en el cumplimiento de una misión pública. En ese sentido, una vez reconocido que el Estado tiene como uno de sus objetivos educativos formar integralmente al individuo, ello supone la formación en principios y valores constitucionales, entre los que destacan la promoción de la igualdad de género y la prohibición de toda forma de discriminación; mientras que la educación de género resulta ser otra arista de ello. De esta manera el Estado puede establecer, tanto para la escuela pública como privada, la consecución de estos objetivos, en cuanto la educación no es

> una mera transmisión de conocimientos, enseñar valores éticos, cívicos, propios de la democracia y del Estado de derecho, teniendo como eje central la protección de los derechos fundamentales, debe ser una prioridad de todo sistema educativo. En particular de la escuela pública, aunque no se excluye por completo a la escuela privada. (Rivas Alberti y Espinoza, 2024)

Volviendo sobre la sentencia del Tribunal Supremo Contencioso Administrativo de Alemania, destaca la diferencia que establece el Tribunal entre el desarrollo de la personalidad —en cuanto a la competencia social hacia el sexo opuesto, esto es, como una habilidad social— y el objetivo educativo superior que se desprende de la Constitución —en cuanto a la igualdad de género y respecto del cual no existen informes científicos concluyentes

[12] BVerwG 6 C 6.12 OVG 3 B 24.09

que descarten la educación diferenciada como un modelo que no pueda alcanzar este objetivo educativo—.

La educación diferenciada no es contraria al derecho a la igualdad, en tanto no produzca un resultado desventajoso y siempre que se garantice la existencia de escuelas con las mismas características a uno y otro sexo. Tampoco es la educación diferenciada un modelo pedagógico respecto del cual sea imposible alcanzar los objetivos educativos del ideario constitucional, en particular, en cuanto a la promoción y defensa de la igualdad, donde la educación de género es una arista de ello. El debate abierto y plural sobre estos temas debe producirse, ya sea que se trate de una escuela mixta o diferenciada. Ni la sola separación por sexo, ni la educación conjunta de niños y niñas, garantiza una formación que supere los tradicionales patrones sesgados de género.

No obstante, la sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC 34/2023), mediante la cual se admite la constitucionalidad de la prohibición de financiar a las escuelas concertadas en modalidad educación diferenciada, se sustenta en la idea de que existen otros modelos que son más conformes con los objetivos de la Constitución. No existe en el análisis del Tribunal Constitucional elementos que permitan establecer cómo se llegó a esta conclusión, pues simplemente no se analiza la conformidad de estos modelos con el llamado ideario constitucional y se deja sólo como un asunto sobre el margen de configuración del legislador.

También establece el Tribunal Constitucional que no existe vulneración de los derechos educativos que consagra el artículo 27 CE. En este sentido, se concluye que la exclusión de las ayudas públicas a los centros que impartan educación diferenciada no lesiona la libertad de enseñanza (CE, artículo 27.1), ni el derecho al ideario del centro privado como derivación de la libertad de crear centros docentes (CE, artículo 27.6), ni el derecho de los padres a elegir la formación religiosa y moral de sus hijos (CE, artículo 27.3) —un derecho que también recoge el artículo 14.3 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea—. Pues se estima que no ofrecer ayudas públicas a establecimientos educativos, cuyos modelos no cumplen con los valores que el legislador quiere promover, no vulnera ninguno de los derechos educativos.

Sobre este particular consideramos que, si bien compartimos que el Estado no está obligado a satisfacer las necesidades particulares —pues los recursos públicos no han de acudir, incondicionadamente, "allá donde vayan las preferencias individuales" (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ. 6)—, es ne-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cesario recordar que dentro de la variedad de modelos educativos que pueden plantearse parece una obviedad que la educación diferenciada y la mixta son dos de los principales modelos. La educación diferenciada no constituye una opción especialísima y poco común, por lo que cuestionamos si la negativa del Estado a brindar apoyo a una de las principales opciones educativas puede considerase conforme al principio del pluralismo educativo. Más aún cuando la educación diferenciada, como afirma la propia sentencia, no es contraria al derecho a la igualdad, ni tampoco al ideario educativo tal como ha sido expuesto. Se elimina de facto una opción pedagógica importante, y se le niega el derecho a elegir esta opción a quienes tienen menos recursos económicos.

Consideramos esencial, en este punto, hacer referencia al principio del pluralismo educativo, el cual consideramos afectado con la prohibición de financiación a centros educativos de educación diferenciada.

VIII. Pluralismo educativo

El pluralismo del modelo educativo que se deriva del artículo 27 CE, que es, a su vez, una manifestación del pluralismo político que garantiza el artículo 1.1 CE, deja un amplio margen de libertad al legislador para que pueda configurar un modelo educativo en el que quepan opciones pedagógicas de muy diversa índole, con la única exigencia de que no sean contrarias a los derechos constitucionalmente consagrados.

De la interpretación del artículo 2 del Protocolo núm. 1 al CEDH, el Tribunal de Estrasburgo ha hecho referencia al pluralismo educativo como esencial para "preservar la sociedad democrática" (*Caso Folgerø y otros v. Noruega*, 2007, § 84 b; *Asunto Osmanoğlu y Kocabaş v. Suiza*, 2017, § 91; *Asunto Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen v. Dinamarca*, 1976; *Asunto Jiménez Alonso y Jiménez Merino v. España*, 2000).

También variadas referencias al pluralismo educativo se encuentran en los debates constituyentes sobre el 27 CE como una manifestación del pluralismo social y político; este último consagrado como "valor superior" del ordenamiento en el artículo 1.1 CE (sesión celebrada en el Congreso de los Diputados, el día 7 de julio de 1978, sobre el entonces artículo 25 del dictamen del proyecto de Constitución).[13]

[13] *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, 1978, número 106, pp. 4018 y ss.

En cuanto al pluralismo educativo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos conecta las nociones de sociedad democrática, libertad religiosa y pluralismo. En la sentencia *Kokkinakis c. Grecia*, del 25 mayo de 1993, conecta la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, como uno de los "pilares de cualquier sociedad democrática, en el sentido del Convenio [para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales]".

Así las cosas, el núcleo principal del pluralismo es el reconocimiento de la diversidad de concepciones:

> Su núcleo principal es el reconocimiento del hecho innegable de la diversidad de concepciones que sobre la vida individual y colectiva pueden formarse los ciudadanos en ejercicio de su libertad individual y la necesidad de establecer unas bases jurídicas e institucionales que hagan posible la exteriorización y el respeto de esas diversas concepciones.[14]

Cuando la noción de pluralismo se aplica a la educación como proceso complejo, que comprende no sólo la instrucción de conocimientos sino la formación integral de una persona en un marco democrático, encontramos que el pluralismo en la educación puede ser interno, en el sentido de que debe garantizarse el respeto a las ideas, creencias y valores de los alumnos, así como a la elección que han hecho los padres sobre la educación de sus hijos (Lozano Cutanda, 1995, p. 222). Por su parte, el docente debe presentar una idea completa de la realidad, en el marco de los principios y valores constitucionales, atendiendo a la dignidad humana y libre desarrollo de la personalidad de los estudiantes (Vidal Prado, 2017, p. 60); además, puede dar su opinión, pero también está en la obligación de mostrar las diversas opciones y punto de vista existentes, destacando en particular la contrariedad existente entre ellos. Y puede hacerlo con mayor intensidad mientras más elevado sea el nivel educativo en que se imparte docencia; y en el caso de un establecimiento educativo no estatal con ideario propio, respetar el contenido de este (Vidal Prado, 2017, p. 61).

También el pluralismo educativo hace referencia al pluralismo externo en cuanto a la diversidad de ofertas en centros educativos, que se logra a través de la libertad de creación de establecimientos educativos. Así, el plura-

[14] Sentencia del Tribunal Supremo de España 340, de 11 febrero 2009, número de recurso: 948/2008. Ponente: P. Ma. Lucas Murillo de la Cueva, FJ. 7.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

lismo educativo garantiza el respeto a las distintas concepciones ideológicas en la enseñanza, siempre que se respeten los principios y valores constitucionales, especialmente los del artículo 27.2 constitucional (Nuevo López, 2009). En cuanto al pluralismo interno y externo en la educación puede verse Salguero (1995, p. 544). En este mismo sentido, el pluralismo como valor superior y principio del ordenamiento comprende desde lo ideológico y religioso a lo pedagógico y a la diversidad de instituciones y centros educativos (Parody, 2020, p. 16).

Este pluralismo educativo tiene repercusiones directas en el establecimiento de un carácter propio para centros educativos no estatales. Este carácter propio se entiende como un elemento más del proyecto educativo que todo centro tiene derecho a fijar y establecer. Y este carácter propio va más allá de aspectos morales o religiosos (Díez Picazo, 2021, p. 488). En este mismo sentido se pronuncia la STC 77/85 (FJ. 8), en cuanto la elección del modelo de educación diferenciada es parte del carácter propio que los establecimientos educativos no estatales establecen como parte de su proyecto educativo.

Para Prieto de Pedro (1993) es necesario que el pluralismo quede reflejado en la actuación de los poderes públicos al diseñar el currículum educativo. Para este autor se puede hablar de "pluralismo curricular" (ideario constitucional) y "pluralismo organizativo" (enseñanza inclusiva); también en este sentido puede verse a Cámara (2021, p. 85).

La finalidad de toda educación es el desarrollo del estudiante en unos valores comunes, respecto de los cuales existe un consenso general (se requiere para ello un contexto de pluralidad educativa). Mientras que el objetivo para el que ha sido creada la enseñanza es "el desarrollo y la formación del carácter y el espíritu de los alumnos, así como su autonomía personal" (*Folgerø v. Noruega*, Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 29 de junio de 2007, párr. 55).

De acuerdo con la sentencia del Tribunal Constitucional de España (STC 77/1985, de 27 de junio, FJ. 11), no puede aceptarse que del artículo 27.9 CE "se desprende un deber de ayudar a todos y cada uno de los centros docentes sólo por el hecho de serlo, pues la remisión a la Ley que se efectúa en el artículo 27.9 de la CE puede significar que esa ayuda se realice teniendo en cuenta otros principios, valores o mandatos constitucionales".

Y cita como ejemplos de estos otros principios, valores o mandatos constitucionales, entre otros, "la promoción por parte de los poderes públi-

cos de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas" (CE, artículos 1 y 9).

Por lo que, al ser la educación mixta y la educación diferenciada dos importantes y tradicionales modelos educativos, entendemos que eliminar el apoyo estatal a la educación diferenciada, para tratar de forzar su transformación a educación mixta, trae como consecuencia la eliminación de esta opción para una parte de la población que, de acuerdo con sus convicciones, estima idónea esta elección educativa. Con ello se afecta al pluralismo educativo, un principio estructural de la educación tal como ha sido expresado por el propio Tribunal Constitucional de España (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ. 9). También puede verse en este sentido a Vidal Prado (2021, pp. 4 y 5) y Yarza (2021, pp. 8-13).

Esta generalización del modelo educativo de coeducación —como el único capaz de garantizar una educación con igualdad de género y de superar los estereotipos en los que se fundamenta la discriminación— tiene el grave riesgo de anular o limitar en forma importante el pluralismo educativo y el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos (García Gutiérrez, 2004, p. 474). En todo caso, consideramos necesaria la existencia de centros educativos diferentes con modelos pedagógicos distintos; porque hay también diversidad de pensamientos y percepciones de la realidad y, por ello, la existencia de medios de comunicación diferentes y de partidos políticos distintos (Fernández-Miranda y Sánchez Navarro, 1996, p.185).

IX. Sistema de ayudas del Estado en la educación

La Constitución Española, en su artículo 27.9, establece la existencia de "ayudas públicas" a centros privados, cuya concreción corresponde al legislador: "los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca". Según ha señalado el Tribunal Constitucional, (1) no existe un derecho a la subvención, puesto que la Constitución se remite a la ley (STC 195/1989, de 27 de noviembre, denegatoria del amparo solicitado); no obstante, (2) el 27.9 CE tampoco puede interpretarse como una "afirmación retórica" contraria a la fuerza vinculante de la Constitución establecida en el artículo 9.1. Para mayor desarrollo sobre el tema pueden verse las sentencias SSTC 77/1985, FJ. 11; 86/1985, FJ. 3; SSTC 31/2018, FJ. 4 b); 74/2018, FJ. 4 b); también, en este sentido, a Martínez-Candado (2022, p. 7).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En cuanto a los límites para el legislador en la configuración del sistema de ayudas, el Tribunal Constitucional, a través de diversas sentencias, ha aludido a la posibilidad de tomar en consideración "otros principios, valores o mandatos constitucionales" (STC 77/1985, FJ. 11) y a la obligación de "no [...] contrariar los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo" y garantizar "el principio de igualdad" (STC 86/1985, FJ. 3). Estas sentencias también han hecho referencia a la promoción de la libertad y la igualdad reales y efectivas (CE, artículo 9.2), y a la posibilidad de valorar la renta de los destinatarios finales de las ayudas (CE, artículo 40.1), pues las ayudas del artículo 27.9 CE se refieren "muy especialmente [a las familias] con menor capacidad económica" (STC 74/2018, FJ. 4).

Por su parte, la sentencia STC 34/2023, de 18 de abril, (FJ. 5), que modifica toda la interpretación que el Tribunal Constitucional había hecho sobre el financiamiento de la educación diferenciada, afirma que el legislador no tiene el deber constitucional de "promover un modelo concreto si considera que existe un modelo pedagógico conforme a la CE que se adecua más a los valores del Ordenamiento Jurídico del artículo 1.1 CE". Por otra parte, la citada sentencia señala que, a pesar de no ser la educación diferenciada discriminatoria y, por lo tanto, una opción constitucional, no supone para el legislador la obligación de financiar este modelo, por lo que, a criterio del legislador, existe otra opción que se adecua mejor a los valores del ordenamiento proclamados en el artículo 1.1 CE. También se hace referencia al margen de configuración del legislador en esta materia: "La CE otorga un margen de libertad al legislador para establecer sus opciones políticas, dentro del marco que la norma fundamental permita".

Aquí entra en discusión el margen de configuración que tiene el legislador respecto de estas ayudas en materia de educación. Pues es la educación de aquellas materias especialísimas donde los valores de libertad, igualdad y pluralismo deben ser garantizados. Y en el caso particular que nos ocupa este pluralismo se materializa en el principio del pluralismo educativo. Eliminar de facto las escuelas diferenciadas produce una afectación importante al pluralismo educativo, tanto en su vertiente de pluralismo interno como externo. Más aún cuando se reconoce que el modelo de educación diferenciada es constitucional. Y, como ya hemos desarrollado, alcanzar la igualdad de género y superar los estereotipos tradicionales de género va más allá de la selección de un modelo pedagógico, pues supone incorporar de manera transversal el respeto y la garantía del derecho a la igualdad, el debate abierto y crítico de los estereotipos de género y cómo garantizar la igualdad

de oportunidades. Y, respecto de ello, no existe evidencia científica concluyente de cual un modelo pudiera ser en todo caso más eficiente; por lo tanto, podemos partir de la base de que ambos pueden alcanzar estos objetivos.

En este sentido, las ayudas estatales a la educación son un medio más para procurar la efectividad del derecho a la educación, en el entendido que se trata de un derecho con elementos prestacionales y de libertad. Las ayudas garantizan la materialización de esta libertad, para que no se convierta en un privilegio de aquellos con recursos económicos. Por lo tanto, las ayudades estatales en materia educativa (los conciertos) constituyen una vía para conciliar los diferentes elementos del artículo 27 constitucional (Yarza, 2021, p. 10). También pude verse en este sentido la sentencia STC 86/1985 (FJ 3).

Para que los padres puedan elegir en libertad se deben garantizar ambos modelos en gratuidad, pues al eliminar el acceso a financiación a la educación diferenciada no se promueve un modelo concreto que se entiende más acorde a los fines que debe perseguir la educación; por el contrario, se impide la elección del otro modelo, y se limita la pluralidad educativa, la libertad de enseñanza y el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos (Báez Serrano, 2021, p. 274). Resulta deseable que el Estado garantice la neutralidad de las ayudas en aras del pluralismo educativo.

X. El derecho preferente de los padres sobre la educación de sus hijos

El artículo 27.3 de la Constitución Española de 1978 garantiza "el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones". Se trata, en efecto, de un derecho directamente relacionado con la libertad religiosa. Así puede verse en el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, pues la libertad de pensamiento, conciencia y religión incluye en la manifestación de las propias creencias mediante la enseñanza. En este mismo sentido se pronuncia el artículo 9.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Es evidente que este derecho no sólo se contrae a lo que ocurre dentro del hogar, sino que se extiende al ámbito escolar, pues una forma de materializar esta elección de la formación religiosa y moral es a través de la elección del centro educativo (Gómez Montoro, 2003, p. 404).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En el mismo tenor el artículo 26.3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos". Y de una forma más clara el artículo 13.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece que "los Estados parte en el presente Pacto se comprometen a respetar la libertad de los padres y, en su caso, de los tutores legales, de escoger para sus hijos o pupilos escuelas distintas de las creadas por las autoridades públicas". En cualquier caso, todos los centros educativos deben satisfacer el marco normativo establecido por el Estado.

Este derecho de los padres, tutores y representantes se presenta en un primer momento como un derecho de libertad y, por lo tanto, no prestacional (Gómez Montoro, 2003, pp. 404 y 405). Por lo que, en principio, no puede exigirse del Estado el establecimiento de un centro conforme al tipo de educación aspirado por los padres. Sin embargo, consideramos que el Estado debe garantizar una libertad suficiente para que los padres, tutores y representantes puedan elegir el tipo de educación que desean para sus representados. Se trata, en todo caso, de un parámetro mínimo de elección que debe ser posible de ejercer.

La política educativa debe estar al servicio del "hecho educativo". Este hecho educativo supone la conjunción perfecta entre la libertad de quien aprende y la del que enseña. Y este es el hecho al que la política educativa debe estar dirigida (García Gutiérrez, 2004, p. 477). En este sentido, puede verse la sentencia del Tribunal Constitucional mediante la cual resuelve el caso del llamado *homeschooling*, en la cual se afirma que la determinación por los padres del tipo de educación que habrán de recibir sus hijos comprende

> el reconocimiento prima facie de una libertad de los padres para elegir centro docente (ATC 382/1996, de 18 de diciembre, FJ. 4) y el derecho de los padres a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones (CE, artículo 27.3). (STC 133/2010, FJ. 5)

En cuanto a la naturaleza de este derecho, para Souto se trata de un derecho-libertad. Por lo que depende de las diferentes opciones legislativas favorecer y desarrollar el derecho-libertad, conforme a lo establecido en el artículo 9.2 de la CE, y en atención a consideraciones tanto de orden político como económicas, dentro de los criterios políticos y las posibilidades económicas del momento. Así, la evolución de este derecho-libertad en derecho-

prestación materializa una mayor oferta educativa privada gratuita (Souto, 2007, p. 415).

Como parte de este derecho los padres pueden elegir el centro educativo para sus hijos, así como también establecer los contenidos preferentes tanto en materia religiosa como moral. De esta libertad de elección no se desprende, en principio, el deber del Estado de crear centros educativos con tantas opciones pedagógicas como intereses dentro de la sociedad existan. No obstante, resulta importante plantearse si el Estado debe garantizar un mínimo de opciones educativas dentro del sistema público, con el fin de concretar el pluralismo educativo como principio estructural del derecho a la educación. Y la elección del centro educativo, como una posibilidad cierta, que no se limite a aquellos que tienen recursos económicos suficientes para elegir. Recordemos que este derecho preferente de los padres se ha vinculado de manera directa con el pluralismo en la educación, tal como ha sido expresado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: "el objetivo del artículo 2[15] es garantizar el pluralismo educativo, esencial en la preservación de la «sociedad democrática»" (*Caso Kjeldsen, Busk Madsen y Pedersen vs. Dinamarca*, STEDH 1976/5, de 7 de diciembre, ap. 50).

En todo caso, las convicciones ideológicas en las que los padres decidan formar a sus hijos deben respetar —no lesionar, de ningún modo— el derecho a la educación del niño o adolescente y su libertad de creencias. Por ello, cuando se plantee un conflicto de intereses entre el interés del hijo o representado y las convicciones de sus padres, los poderes públicos intervendrán en defensa del primero (Souto, 2007, p. 250). También en este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional de España:

> se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. (STC 141/2000, de 29 de mayo, F.J. 5)

[15] Artículo segundo del Protocolo Adicional Primero del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que dispone: "A nadie se le puede negar el derecho a la instrucción. El Estado, en el ejercicio de las funciones que asuma en el campo de la educación y de la enseñanza, respetará el derecho de los padres a asegurar esta educación y esta enseñanza conforme a sus convicciones religiosas y filosóficas"

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

No obstante lo anterior, la interpretación que se ha hecho del artículo 27.3 CE ha sido restrictiva y tradicional, en donde se entiende que este artículo comprende el derecho a elegir el tipo de educación en centros docentes, distintos de los establecidos por las administraciones públicas (Villamor, 2007, p. 182).

XI. Conclusiones

En cuanto al derecho a la educación, la interpretación conjunta de los principios de libertad e igualdad permite establecer que la educación del artículo 27 CE es una educación en libertad que promueve y garantiza los principios y valores constitucionales, así como los derechos fundamentales; al mismo tiempo que considera la diferencias religiosas, ideológicas, talentos y capacidades, entre otros aspectos.

La educación diferenciada por sexo es conforme con los principios y valores que contiene el ideario constitucional educativo. Y en particular es acorde con el derecho a la igualdad, en tanto que no produce un resultado desventajoso, y siempre que se garantice la existencia de escuelas con las mismas características a uno y otro sexo. Promover la igualdad efectiva, y superar los estereotipos de género, debe lograrse en todo tipo de centro educativo —público, privado, diferenciado o en coeducación—, pues la igualdad forma parte de ese conjunto de valores y principios constitucionales que deben ser enseñados en las escuelas, debatidos con pluralidad. Con ello, se muestran todas las diversas opiniones y perspectivas, y se promueve el pensamiento crítico entre los estudiantes. Pensamiento crítico que debe servir de base para una discusión libre y plural sobre los temas de actualidad; en particular, sobre aquellos que tienen un impacto directo en el desarrollo de la personalidad, entre otros, igualdad de género y no discriminación en razón del sexo.

La libertad de enseñanza (CE, artículo 27.1), comprende la elección de cualquier modelo educativo, siempre que este se mantenga dentro de lo límites constitucionales y legales. Ello supone que garantice el pleno desarrollo de la personalidad humana y el respeto a los principios y a los derechos y libertadas fundamentales. Tanto la escuela diferenciada como la escuela mixta deben brindar la misma calidad de educación; y garantizar la igualdad de oportunidades, por lo que cada persona, sea cual fuere su origen, profe-

sión, ocupación o estrato social, tendrá iguales oportunidades para desarrollar plenamente sus capacidades tanto físicas como intelectuales.

El carácter prestacional del derecho a la educación puede ser satisfecho por el Estado, al ofrecer plazas en centros públicos como mediante las ayudas correspondientes para el acceso a plazas privadas. La existencia de estos centros educativos públicos y privados garantiza el pluralismo que debe caracterizar a la educación, tanto en su vertiente de pluralismo interno, en cuanto a los contenidos, como en su vertiente externa, con la diversidad de centros educativos.

El artículo 27.9 CE es un mandato al legislador, quien está obligado a materializarlo teniendo como fundamento para ello el propio marco constitucional. La concreción que haga el legislador para hacer efectiva estas ayudas debe ajustarse al principio del pluralismo educativo, la libertad de enseñanza y la igualdad. La eliminación de las ayudas a centros de educación privada que ofrecen educación diferenciada afecta gravemente el pluralismo en la educación en su vertiente de pluralismo externo. Y, por otra parte, afecta el derecho preferente de los padres; un derecho de libertad que comprende la posibilidad efectiva de elección de un centro educativo por parte de los padres, tutores y representantes.

Finalmente, consideramos que el análisis de la constitucionalidad de la educación diferenciada por sexo es un debate abierto, tanto desde el punto de vista de su financiamiento por parte del Estado, como en cuanto a la inclusión de contenidos como la perspectiva de género en el currículum educativo, un aspecto no desarrollado en este trabajo y que podrá ser objeto de una futura investigación.

XII. Referencias

Aláez Corral, B. (2009). El ideario constitucional como fundamento de la exclusión de la educación diferenciada por razón de sexo de la financiación pública. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (86), 31-64. https://www.cepc.gob.es/publicaciones/revistas/revista-espanola-de-derecho-constitucional/numero-86-mayoagosto-2009/el-ideario-educativo-constitucional-como-fundamento-de-la-exclusion-de-la-educacion-diferenciada-por-2

Aláez Corral, B. (2018). Artículo 27 el derecho a una educación democrática, libre y plural. En C. Montesinos Padilla (Coord.), *Comentario a la*

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Constitución Española. 40 Aniversario 1978-2018. Tomo I (Preámbulo a artículo 96). Libro-homenaje a Luis López Guerra (pp. 601-619). Tirant lo Blanch.

Aláez Corral B. (2011). El ideario educativo constitucional como límite a las libertades educativas. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, (17), 91-129. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3774214

Báez Serrano, R. (2021). Hacia la consolidación de la constitucionalidad de la educación diferenciada. *Revista de Derecho Político*, (105), 251-278. https://doi.org/10.5944/rdp.105.2019.25274

Baño León, J. M. (1987). La igualdad como derecho público subjetivo. *Revista de administración pública*, (114), 179-198. https://www.cepc.gob.es/sites/default/files/2021-12/235491987114179.pdf

Bobbio, N. (1983). *Igualdad y libertad*. Paidós.

Bolívar, A. (2005). Equidad educativa y teorías de la justicia. *Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, *3*(2), 42-69. https://www.redalyc.org/pdf/551/55103205.pdf

Calvo Charro, M. (2013). Los colegios diferenciados por sexo en Estados Unidos: constitucionalidad y actualidad de una tendencia imparable. *Revista de Derecho Político*, (86), 159-194. https://doi.org/10.5944/rdp.86.2013.12133

Cámara, M. A. de la. (2021). La cláusula cultural en el derecho a la educación. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, *12*(2), 76-108. https://derechoycienciapolitica.uct.cl/index.php/RDCP/article/view/26/294

Celador, Ó. (2019). Educación diferenciada y modelo educativo. *Anuario de los Cursos de Derechos Humanos de Donostia-San Sebastián: Donostiako Giza Eskubideei Buruzko Ikastaroen Urtekaria*, (19), 27-56.

Díez Picazo, L. M. (2021). *Sistema de derechos fundamentales*. Tirant lo Blanch.

Duro Carrión, S. (2021). Ideario educativo versus neutralidad de la escuela pública. Un eterno debate en España. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, (36), 147-178. https://www.ugr.es/~redce/REDCE36/articulos/06_DURO.htm

Escudero, J. M. (2002). *La reforma de la reforma. ¿Qué calidad para quiénes?* Ariel.

Esteban, J. de, y López Guerra, L. (1983). *El régimen constitucional español*. Labor.

Esteve Pardo, J. (2013). Paradojas de la discriminación en materia educativa. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo Federal Alemán de 30 de enero de 2013 sobre el modelo de educación diferenciada. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, (37), 4-13.

Farrell, J. (1997). Social equality and educational planning in developing nations. En L. J. Saha (Ed.), *International Encyclopedia of the Sociology of Education* (pp. 473-479). Pergamon.

Farrell, J. (1999). Changing conceptions of equality of education: forty years of comparative evidence. En C. A. Torres, R. Arnove, y L. I. Misiaszek (Eds.), *Comparative education: the dialectic of the global and the local* (149-178). Rowman and Littlefield.

Fernández-Miranda, A., y Sánchez Navarro, A. (1996). Artículo 27. Enseñanza. En Ó. Alzaga Villaamil (Coord.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (pp. 157-272). Edersa.

García-Cuevas, E. (2015). La igualdad constitucional y la interdicción de la discriminación. *Revista de Derecho UNED*, (6), 239-274. https://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/view/15281/13386

García Gutiérrez, J. (2004). Igualdad de oportunidades entre los sexos y libertad de enseñanza. Una aproximación desde la política de la educación. *Revista Española de Pedagogía*, (229), 467-482. https://reunir.unir.net/handle/123456789/4110

Gómez Montoro, Á. J. (2003). Los derechos educativos: 25 años de experiencia constitucional. *Revista Española de Pedagogía*, (226), 397-414. https://reunir.unir.net/bitstream/handle/123456789/4140/LosDerechosEducativo.pdf?sequence=1&isAllowed=y

González-Varas, A. (2013). Régimen jurídico de la educación diferenciada en España. *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, (31), 1-14.

González Casanova, J. A. (1984). *Teoría del estado y derecho constitucional*. Vicens Vives.

Gonzalvo Cirac, M. E. (2023). Educación diferenciada: Un reto para la lucha por la igualdad en la educación. *Nuevos Horizontes del Derecho Constitucional*, (3), 69-85. https://www.fundacionmgimenezabad.es/es/documentacion/educacion-diferenciada-un-reto-para-la-lucha-por-la-igualdad-en-la-educacion

González-Trevijano Sánchez, P. (2020). *Los principios de igualdad y no discriminación, una perspectiva de derecho comparado*. Parlamento Europeo.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Laporta, F. (1985). El principio de igualdad: Introducción a su análisis. *Sistema Revista de Ciencias Sociales*, (67), 3-32. https://cv.uoc.edu/mat/03_001/Laporta1.htm

Lozano Cutanda, B. (1995). *La Libertad de cátedra*. Marcial Pons.

Martínez-Candado, J. (2022). La importancia de los pactos educativos. Obstáculos para su consecución. *Revista de Educación y Derecho*, (26). https://doi.org/10.1344/REYD2022.26.39771

Martínez López-Muñiz, J. L. (2012). Escolarización homogénea por razón del sexo y derecho fundamental a la educación en libertad. *Revista Española de Derecho Administrativo*, (154), 71-108.

Muntaner, J. (2000). La igualdad de oportunidades en la escuela de la diversidad. *Profesorado. Revista de Currículum y Formación del Profesorado*, *4*(1), 1-19.

Nuevo López, P. (2014). Derechos fundamentales e ideario educativo constitucional. *Revista de Derecho Político*, (89), 205-238. http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:DerechoPolitico-2014-89-6010/Documento.pdf

Nuevo López, P. (2009). *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*. Netbiblo; UNED.

Páez Martínez, R. (2014). Coeducación y educación diferenciada. Una opción por la igualdad de género en la escuela pública mixta. *Educación y Ciudad*, (27), 127-138. https://doi.org/10.36737/01230425.v.n27.2014.36

Parejo Alfonzo, L. (1983). *Estado social y administración pública los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Civitas.

Parody, J. A. (2020). *El derecho a la educación en igualdad. Una perspectiva jurídica.* Tirant lo Blanch

Peces Barba, G. (1984). *Los valores superiores*. Tecnos.

Pérez- Luño, A. (2005). *Dimensiones de la igualdad*. Dykinson.

Prieto de Pedro, J. (1993). *Cultura, culturas y Constitución*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Rivas Alberti, J., y Espinoza, A. (2024). La neutralidad ideológica del Estado y el derecho preferente de los padres en la educación de sus hijos. El caso de la formación ciudadana. Chile y España. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (166), 235-269. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2023.166.18912

Roemer, J. (1999). Igualdad de oportunidades. En J. M. Maravall (Ed.), *Dimensiones de la desigualdad; III Simposio sobre igualdad y distribución de la renta y la riqueza, vol. I* (pp. 15-32). Fundación Argentaria; Visor.

Salazar Benítez, O. (2016). Educación diferenciada por razón de sexo y derecho a la educación. Sobre la inconstitucionalidad de la reforma del artículo 84.3 de la Ley Orgánica de Educación. *Revista Española de Derecho Constitucional*, (106), 451-478. http://dx.doi.org/10.18042/cepc/redc.106.12

Salguero, M. (1995). Libertad de enseñanza, neutralidad y libertad de cátedra como formas de pluralismo institucionalizado. Derecho y Libertad: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 2(5), 543-552.

Salomone, R. C. (2000). Rich kids, poor kids and the single sex education debate. *Akran Law Review*, (34), 209-229.

Souto, J. A. (2007). *Comunidad política y Libertad de creencias*. Marcial Pons.

Sunstein, C. (1999). *One case at a time: judicial minimalism on the Supreme Court*. Harvard University Press

Vidal Prado, C. (2019). Educación diferenciada y Tribunal Constitucional single-sex education and constitutional court. *Revista General de Derecho Constitucional*, (29), 1-39.

Vidal Prado, C. (2017). *El derecho a la educación en España. Bases constitucionales para el acuerdo y cuestiones controvertidas*. Marcial Pons.

Vidal Prado, C. (2021). Educación y valores superiores del ordenamiento: igualdad y libertad. *IgualdadES*, (4), 255-285. https://doi.org/10.18042/cepc/IgdES.4.09

Villamor, P. (2007). La libertad de elección en educación, ¿finalidad o instrumento de las reformas educativas? *Revista Complutense de Educación*, *18*(2), 173-199. https://revistas.ucm.es/index.php/RCED/article/view/RCED0707220181A

Yarza, F. (2021). Los conciertos en la LOMLOE. Ruptura de un consenso constitucional. *Revista General de Derecho Constitucional*, (35), 1-32.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

Sistema IIJ

Rivas Alberti, Jhenny de Fátima y Espinoza, Alexander, "Educación diferenciada por sexo. Derecho a la igualdad y el pluralismo en la educación en España", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19137. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19137

APA

Rivas Alberti, J. de F., y Espinoza, A. (2025). Educación diferenciada por sexo. Derecho a la igualdad y el pluralismo en la educación en España. *Cuestiones Constitucionales*. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19137. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19137

Who watches the watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution

Quem vigia os vigilantes? Kelsen e Schmitt sobre o guardião da Constituição

Felipe **Alves da Silva**

https://orcid.org/0000-0001-5407-787X

Universidad de São Paulo. Brasil
Correo electrónico: felipealves_silva@yahoo.com

Recepción: 22 de enero de 2024
Aceptación: 28 de mayo de 2024
Publicación: 20 de noviembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18861

Abstract: This article analyses one of the most well-known debates in 20th-century political and legal theory between Carl Schmitt and Hans Kelsen. Although it dates back to the early years of the Weimar Republic, the discussion of the guardian of the constitution focused on the years 1928 and 1931, when the personalistic character of power took place within discussions of constitutional jurisdiction. This article proposes to analyze part of Schmitt's argument constructed during the 1920s that, to some extent, anticipates the arguments later developed in *Der Hüter der Verfassung*.
Keywords: sovereignty; control; power.

Resumo: O presente artigo analisa um dos debates mais conhecidos da teoria política e jurídica do século XX, qual seja, entre Carl Schmitt e Hans Kelsen. Ainda que remonte aos primeiros anos da República de Weimar, a discussão sobre o guardião da constituição se concentrou nos anos 1928 e 1931, ocasião em que o caráter personalista do poder tomou lugar no interior das discussões sobre a jurisdição constitucional. Sob tal pano de fundo, o presente artigo analisa parte do argumento schmittiano construído durante a década de 1920 que, em alguma medida, antecipam os argumentos posteriormente desenvolvidos em *Der Hüter der Verfassung*.
Palavras-chave: soberania; controle; poder.

Sumario: I. Introduction II. Situating the Kelsen-Schmitt's debate. III. Dictatorship in the Weimarian Constitution. IV. Conclusion. V. References.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

I. Introduction

The controversy over constitutional jurisdiction and the role to be played by constitutional courts was the culmination of a dispute between the two notable European jurists Carl Schmitt and Hans Kelsen.[1] As soon as Schmitt published *The Guardian of the Constitution in* 1931, Kelsen immediately responded by denouncing the nature of the thesis as being heir to the monarchical principle. "Since the true *political* objective of preventing an effective guarantee of the constitution could not be openly declared", Kelsen says of Schmitt's thesis of the guardian of the constitution, "it was masked by the doctrine that such a guarantee would be the task of the head of state" (Kelsen, 2003a, p. 241). For him, the political function of the constitution was to establish legal limits to the exercise of power, and the guarantee of the constitution meant precisely the security provided by the legal form that these limits would not be exceeded. For Kelsen, the Schmittian thesis makes use of two conceptions: that interpretative activity would consist of a subsumption task, that the judicial decision would already be contained in the law, "only 'deduced' from it through a logical operation" correspond-

[1] Although the aim is not to completely reconstruct the important debate between Schmitt and Kelsen, it's worth pointing out that there are several studies that focus more closely on it, and we're interested here in the particularity with which Schmitt uses the confrontation with Kelsen as a way of affirming his formulations. Among the specialists on Kelsen in Brazil, we would like to highlight the work of Alan Ibn Chahrur, whose doctoral thesis is one of the largest studies on the author (cf. Chahrur, A. I. *O positivismo crítico: continuidade e ruptura no pensamento de Hans Kelsen* [*Critical positivism: continuity and rupture in Hans Kelsen's thought*] Thesis (doctorate) – State University of Campinas, Institute of Philosophy and Human Sciences. Campinas, 2017; Chahrur. A importância teórica e prática da norma fundamental [The theoretical and practical importance of the fundamental norm]. In: Chahrur; Ramiro (Orgs.) *Labirintos da filosofia do direito: estudos em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior* [*Labyrinths of the philosophy of law: studies in honor of Oswaldo Giacoia Junior]*. São Paulo: LiberArs, 2018; on the debate with Schmitt, see also Chahrur. O guardião da constituição a partir da dualidade entre *politeia* e *nomoi*: o argumento de Hans Kelsen [The guardian of the constitution based on the duality between *politeia* and *nomoi*: Hans Kelsen's argument]. In: Ramiro, C. H. L.; Bueno, R. (Orgs.). *Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen* [*Dreams and nightmares of democracy in Weimar: tensions between Carl Schmitt and Hans Kelsen*]. São Paulo: LiberArs, 2017). At least one chapter of Schmitt's *Political Theology* was dedicated to this "tense and irreconcilable dialogue", as Giacoia Jr. (2018, p. 143-144) reminds us, around the concept of sovereignty. In fact, it's no coincidence that the presentation of the Brazilian translation of *The Guardian of the Constitution* was by Gilmar Mendes, a member of Brazilian's Supreme Federal Court, for whom – after all – Kelsen had "won" the debate.

ing to "jurisdiction as legal automatism"; and the conception that "subjective right is nothing other than a technical expedient for guaranteeing the state order" (Kelsen, 2003a, p. 273). By using the monarchical principle —according to which the natural guardian of the constitutional text would be the monarch— Schmitt was aiming to compensate for the loss of power that the head of state had experienced in the transition from absolute to constitutional monarchy. The aim, then, was to prevent the Constitution from being effectively guarded at least against violations by those who most threatened it, that is, the monarch himself or, more precisely, the government.

What to do when the legal system doesn't offer a way out in cases of extreme urgency is the problem to which Schmitt tries to provide answers, but Schmitt's gamble is not disconnected from his political thought, which is affiliated with a Catholic and counter-revolutionary tradition. The sovereign is beyond the limits of the legal, and the political decision to suspend the current order is beyond the reach of the normative order. Although it dates back to the early years of the Weimar Republic, the discussion of the guardian of the constitution focused on the years 1928 and 1931, and since this debate is one of the most well-known in 20th-century political and legal theory when the personalistic character of power took place within discussions of constitutional jurisdiction the repercussions are many and it ends up by influencing part of the political and philosophical debates of our days. This article analyses part of Schmitt's argument constructed during the 1920s that, to some extent, anticipates the arguments later developed in *Der Hüter der Verfassung*.

II. Situating the Kelsen-Schmitt's debate

Kelsen calls the attempt to conceal the character of the monarch's function to make possible this notion that only the government is the natural guardian of the constitution "remarkable audacity": the monarch is taken as a third instance, above the antagonisms, holder of a supposedly neutral power. "How could the monarch, holder of a large portion or even all of the state's power, be a neutral instance concerning the exercise of such power, and the only one with the vocation to control its constitutionality?", asks Kelsen (2003a, p. 241), and then goes on to say that it would be pointless to resort to the objection that this is a clear contradiction because in an "intellectual system whose deep kinship with theology is not ignored by anyone today, the prin-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ciple of contradiction no longer has a place. What matters is not whether the theses of such a constitutional theory are true, but whether they achieve their political goal" (Kelsen, 2003a, p. 242): a movement that seeks to place the monarch as guardian of the constitution and against the establishment of a constitutional court. Kelsen situates Schmitt as a member of this movement that marked the political atmosphere of the monarchy, showing surprise that in the debate on contributions to public law in a different epochal situation, there should be a publication that discusses the guardianship of the constitution in Schmitt's terms: "Even more surprising, however, is that this writing takes its oldest play from the dregs of the constitutional theatre [...] the thesis that the head of state, and no other body, is the competent guardian of the constitution [...]" (Kelsen, 2003a, p. 243).

Normativism considers the norm to be unrelated to the factual decision that establishes it, the guardianship of the constitutional text doesn't even appear as a problem because the legal order would be defended by the constitution itself, since a given law should be subsumed under a hierarchically superior norm, being under the guardianship of the constitution itself. This is the meaning of Kelsen's surprise at seeing in 1931 a question being asked about the guardianship of the constitutional text: for normativism, this would not be an object of tension, because if there were an incompatibility between a norm and the constitution, the former would be invalidated as a result of this collision, the stronger norm would defend and protect the weaker one. As we read in Schmitt's text, in the question about the guardian of the constitution, "it is a question of protecting the stronger norm concerning the weaker norm. For a normativist and formalist logic, this is not a problem at all, the stronger validity cannot be threatened or jeopardized by a weaker one" (Schmitt, 1931, p. 41). In the wake of Benjamin Constant, Schmitt (1931, p. 128) tries to give new contours to the notion of a neutral power, even though he recognizes the non-existence of the situation of the 19th-century constitutional monarchy, with its separation between state and society, politics and economics, and that, therefore, the categories of such a state could not be applied to the concrete Weimarian situation. However, even so, Kelsen considers that Schmitt tries to take up categories from, so to speak, monarchical constitutionalism, applying them to the Weimar constitutional text: "[...] it bears on its forehead its link to the time, its birth from a specific historical-political situation: the doctrine of the *neutral pouvoir of the* head of state! This formula of Constant's becomes, in Schmitt's hands, a capital instrument for his interpretation of the Constitution" (Kelsen, 2003a, p. 245).

By invoking Article 48 of the Weimar constitution, the *Reich* president now had the power to issue decrees with the force of law. Through what Kelsen calls an extensive interpretation of the constitutional provision, Schmitt was seeking to "extend the competence" of the president in such a way that he "does not escape becoming a sovereign master of the state, reaching a position of power that is not diminished by the fact that Schmitt refuses to designate it a 'dictatorship'" (Kelsen, 2003a, p. 246). In *The Judicial Control of Constitutionality*, writing about the broad interpretation of this provision, Kelsen foresaw the collapse of the regime: "The improper use of Article 48 of the Weimar Constitution [...] was the means by which the democratic character of the German Republic was destroyed and the advent of the National Socialist regime was prepared" (Kelsen, 2003b, p. 306).

> [Schmitt] states that in constitutional monarchy the danger of a violation of the Constitution came from the government, that is, from the sphere of the *executive,* a circumstance that should be completely eliminated by the idea of both a "neutral" power of the monarch in the function of head of government and of the executive, and of his vocation to act as guardian of the Constitution! Schmitt, here, recognizes the danger from the monarchical government in the 19th century only with the intention of being able to say that "today", that is, in the 20th century and in the democratic republic, the fear of a constitutional violation would be directed "above all against the legislator", that is, not against the presidential government, but against Parliament. As if *today* in Germany the question of the constitutionality of the activity that the *government*, consisting of president and ministers, carries out on the basis of Art. 48, was not a matter of life and death for the Weimar Constitution! (Kelsen, 2003a, p. 247)

Among Schmitt's interprets, in the wake of the argument defending the extension of the president's exceptional powers to combat the crises typical of the liberal-parliamentary state, Bueno shares Kelsen's view that the use of Article 48 and the extended interpretation given by Schmitt helped to undermine the Weimar regime – a view not accepted by some of Schmitt's interlocutors and commentators, such as George Schwab, for whom, on the contrary, the use of the provision was one of the causes of the regime's longevity, as it allowed economic and social crises to be dealt with: Schmitt would have been concerned about the conditions inherited in the wake of Germany's defeat in the Great War and the centrifugal forces emanating in the new republic, so as to seek ways to combat such changes (see Schwab,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

2005, p. xli; 2016, p. 88, especially *Schmitt and the Weimar Constitution: 1921-1933*).

In this sense, Schmitt's last efforts were to re-establish a state authority to the now non-existent Weimar Republic, since it had been undermined by the introduction of pluralism – which canceled out the political and transferred its monopoly to the parties – which involved directly strengthening the powers of the president, This resulted in the formulation of the concept of the total state in *Der Hüter der Verfassung*, ultimately advocating that the German state return to being a state "endowed with the specific instruments of state power, such as the army and the bureaucracy, as well as the power of exception in Article 48 of the Weimar Constitution" (Bercovici, 2003, p. 82). 82). Schwab would say that the point for Schmitt, at least from 1921 to 1924 – but extending throughout the 1920s and part of the following decade – was to combat the disintegration of the state machinery and "preserve the essential resources of the Weimar system. He therefore set himself the specific task of exploiting the legal possibilities that the Weimar Constitution offered to combat crises" (Schwab, 2016, p. 88).

In his reading of Kelsen, Schmitt seeks to demonstrate that the decision on the constitutionality of laws and the eventual decision that such laws are unconstitutional by a college —a supreme court, a constitutional court— would not be jurisdictional, something he believes to be mistaken, because it would imply thinking of the decision on the constitutionality of laws and their eventual annulment by the court as a *political* act, and therefore not properly jurisdictional. "If we see 'the political' in the resolution of conflicts of interest, in the 'decision' —to use Schmitt's terminology— we find in every judicial judgment, to a greater or lesser degree, a decisional element, an element of the exercise of power" (Kelsen, 2003a, p. 251). Contrary to Schmitt's reading, Kelsen believes that there is only a quantitative difference between the political character of legislation and that of jurisdiction, not a qualitative one. If there were no politics involved in the jurisdiction, international jurisdiction would be impossible for Kelsen: "Every legal conflict is a conflict of interest or power, and therefore every legal controversy is a political controversy, and every conflict that is qualified as one of interest, power or politics can be decided as a legal controversy" (Kelsen, 2003a, p. 252). The review of legislative acts by such an independent court would be a clear affront to state sovereignty.

For his part, Schmitt would not accept that the abstract control of norms was not a question of the application of norms, and therefore an operation

of the practice of judicial decision-making, since only "general rules are compared to one another, but not subsumed or 'applied' to one another" (Schmitt, 1931, p. 42) as if there were no link between norm and fact. "If constitutional justice were a justice of constitutional law over ordinary law," says Schmitt, "the justice of a norm as such would be the justice of a norm over another norm as such. *But there is no justice of the norm over a norm* [...]" (Schmitt, 1931, p. 41. Emphasis added). For an author who thought of law as fundamentally political, the supposed neutrality of Kelsenian positivism was nothing more than a "disguised reflection of liberal ideals in political and legal philosophy, aimed at guaranteeing the security and freedoms of the bourgeoisie vis-à-vis the state" (Mendes, 2007, p. xi). Schmitt rejects the normativist thesis of the identity between the legal order and the state, showing that the Kelsenian method is precisely the unfolding of the old liberal denial of the state through law. For Schmitt, the creation or even the recognition of a constitutional court acting as guardian of the constitution would imply the transfer of powers from legislation to the judiciary, "politicizing it and upsetting the balance of the constitutional system of the rule of law" (Mendes, 2007, p. xi).

Kelsen countered Schmitt by saying that the object of constitutionality control was not the subject matter of a given law, but the form, the constitutionality of its creation. "The *factual support* that must be subsumed under the constitutional norm when deciding on the constitutionality of a law is not a norm [...] but the production of the norm" (KELSEN, 2003a, p. 257). Kelsen rejects Schmitt's thesis that there is no jurisdiction of constitutional law over an ordinary law or jurisdiction of a norm over another norm, i.e., that a given law cannot be the guardian of another law. Schmitt disagreed with the attribution of the defense of the legal order invalidating rules that might conflict with the constitutional text —to the judiciary and judges. If the content of the constitution were the subject of discussion, only a body unbound by normative content —unlike judges who are bound by the normative hierarchy— could decide on its interpretation. The opposition to the thesis of the subsumption of "a stronger norm" to a "weaker norm" considers that normativism confuses the application of one norm to another with the application of a general norm to a singular fact: "The application of a norm to another norm is something qualitatively different from the application of a norm to a fact, and the subsumption of a law under another law [...] is something essentially different from the subsumption of a regulated fact under its regulation" (Schmitt, 1931, p. 42). Thus, the relationship between

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

stronger and weaker norms is not a matter of subsuming something singular to something universal, but of comparing two equally general norms, not the application of one norm to another, but "a comparison established between two norms whose normative content would have to be interpreted by a body that, in determining this same content, could not fail to decide without any normative link" (Sá, 2006, p. 315).

> Also, in deciding doubts and differences of opinion about whether there is a contradiction between two norms, one norm is not applied to the other, but – because the doubts and differences of opinion only concern the content of the constitutional law – a doubtful normative content is actually put beyond doubt and authentically verified. This is the removal of an obscurity about the content of constitutional law and thus the *determination of the content of the law, therefore in matters of legislation, and even constitutional legislation, and not justice*. (Schmitt, 1931, p. 45. Emphasis added)

Ultimately, what Schmitt is trying to show by opposing Kelsen's normativism is that a law cannot be the guardian of another law. To think of a court that guards the constitutional text as Kelsen conceives it would only be possible for Schmitt if one took the constitution as a contract or compromise. For Schmitt, a body that puts beyond doubt, authentically resolving the doubtful content of a law, would effectively play the role of legislator: anybody that authentically puts beyond doubt a doubtful legislative content, functions as a legislator in the matter. If it casts doubt on the dubious content of a constitutional law, then it functions as a constitutional legislator (Schmitt, 1931, p. 45). Commenting on this passage by Schmitt, Sá says that if the defense of the constitution could be entrusted to a judge, placing the courts as the guardians of the constitution, who would decide according to an original link to the constitution, it would mean that the constitution would interpret itself, "that its content would be unequivocal and indisputable, and that the judgment of the judge in charge of guarding it, the judgment of the court that would ensure its validity, would be nothing more than the expression of a simple self-interpretation of the constitution" (Sá, 2006, p. 316). "However," he continues, "since no law is unequivocal in its content, the constitution cannot interpret itself and, to that extent, it cannot appear as the guardian of the laws that constitute the legal order as a whole" (SÁ, 2006, p. 316). Consequently, since one law cannot be the guardian of another, and since the content of the constitutional text cannot fail to serve

as an object of dispute —it cannot fail to be constantly interpreted— "the body capable of protecting the constitution by interpreting its content inevitably emerges not as justice, in its original dependence on a law that binds it, *but as a legislative act by which the law itself, in its concrete content, is created*" (Sá, 2006, p. 316). This is the meaning of Schmitt's assertion that anybody that places itself above the constitutional text in a matter —which precisely removes doubt from a legislative content that, before that decision, appeared doubtful— plays the role of legislator. The debate on the guardianship of the constitution then finds itself in a situation that is summarized by Sá as follows: coming out of the liberal and democratic revolt against the state of government of the absolute monarchy, the legislative state, a state of law now understood as a constitutional state, found itself in a "fundamental difficulty" in determining the body that should ensure the guardianship or defense of its constitution.

The German constitutional situation would be characterized by the fact that many rules and regulations from the 19th century had been preserved, rules based above all on the separation of state and society. The 19th-century state was a neutral state that was guided by non-intervention, and the debate about the protection of the constitution was beginning to be contested against parliament and it will be expressed in laws. Political parties became strong structures, representing interests, classes, and religions, and Parliament was reduced to a stage of struggle and division that no longer guaranteed the unity of the will of the people, degenerating into a "pluralist state". The debate about the guardian of the constitution and the critical stance towards proposals such as Kelsen's for a constitutional court soon gave way to a diagnosis of a crisis —of decision, of state authority— and a bet on the last constitutional way (or answer, as Sá puts it): the strengthening of the president. Since the Weimar Constitution establishes the democratic idea of the homogeneous and indivisible unity of the entire German people, granted by the constituent power and by a political decision, "all interpretations and applications of the Weimar Constitution that endeavor to make it a contract, a compromise or something similar, are solemnly rejected as wounding the spirit of the constitution" (Schmitt, 1931, p. 62).

In a situation of total politicization, especially in the face of a widening of the state's duties and problems, Schmitt would say, perhaps the problem introduced by this new situation could be eliminated by the government, but certainly not by the judiciary. The problem of total politicization, the indistinction between state and society, goes through the problem of the guard-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ian of the Constitution and Schmitt's bet on the figure of the president as its protector, and not on a court as Kelsen defends, ignoring, as Kelsen reminds us, "the fact that legislative expansion also takes place, to a considerable extent, through the government's power of decree, particularly when, based on an interpretation of art. 48-2 [...] the government's power of decree takes the place of Parliament's legislative power" (Kelsen, 2003a, p. 275). Schmitt (2013) recognized and defended the idea that the second part of Article 48 allowed the *Reich* President to establish a commissar dictatorship. As a "neutral, intermediary, regulating and maintaining power" (Schmitt, 1931, p. 137), the *Reich* President would be the arbiter above conflicts and classes —which in Kelsen's view makes Schmitt's assertion that the President represents a neutral power, a figure independent of political parties and class interests, appears to be a fiction— invested with powers that make him independent of legislative bodies.

Incidentally, commenting on the constitutional history of the 19th century and Constant's doctrine of neutral, intermediary, and regulatory power, Schmitt (1931, p. 132-133) cites the Portuguese constitution and even refers to Brazil's first constitution, of 25 March 1824, as an example of a constitutional text in which this doctrine was incorporated quite literally (*ziemlich wörtlich*), quoting directly from article 98.[2] The point here is precisely to emphasize what is important to Schmitt in our constitutional text: the moderating power. The debate about guarding the constitution takes the form of a debate about the exercise of power. In Schmitt's view, Sá recalls, power "is either exercised directly as power, recognizing no other power to limit it, or, recognizing a higher power above it, it is not purely and simply power" (Sá, 2006, p. 103). In these terms, Kelsen's proposal to limit the power of the state ends up replacing it with another power that will act as the guardian of the law, not by limiting the power of the state, but by transferring it "into the hands of another representative of the state, that is, transferring the state itself to another body whose power now constitutes it as the guardian and founder of the realization of the law" (Sá, 2006, p. 103). The protection of the constitution, the highest function of the state, is a political function. The methodological mistake, says Schmitt, always remains the same, be-

[2] "Art. 98: The Moderating Power is the key to all political organization, and is delegated privately to the emperor, as Supreme Head of the Nation, and its First Representative, so that he may incessantly oversee the maintenance of the Independence, balance and harmony of the other Political Powers".

cause since it is always only men who can set themselves up as guardians of the laws, distrust of the guardian leads to the choice of others, which doesn't help at all.

Before setting up a court as the guardian of the constitution for highly political questions and conflicts —which could be overburdened and threatened by such politicization— we should remember the "positive content" of the Weimar constitution and its constitutional system: "[...] there is already a guardian of the constitution, namely the President of the Reich" (Schmitt, 1931, p. 158). The constitutional text took care to grant this: stability and permanence, independence from parliamentary majorities, the type of competence given to this body (since it is not an individual) – the dissolution of the *Reichstag* (art. 25), holding referendums (art. 73), protection of the constitution (art. 48) – all in the sense that it would have the power to protect the constitution. 48) – all to create a body that is neutral in terms of party politics due to its direct relationship with the state as a whole, and as such, "is the capable defender and guardian of the constitutional situation and the constitutional functioning of the supreme bodies of the *Reich*" which, in case of need, is "endowed with *effective powers* for the *active protection of the* Constitution" (Schmitt, 1931, p. 158). The Reich President occupies a central role of party-political neutrality and independence because he is built on a plebiscitary basis. In contrast to Schmitt's concern that setting up a court would imply a politicized, overburdened, and threatened jurisdiction, Kelsen asks: "How could jurisdiction be overburdened and threatened by constitutional jurisdiction, when the latter —as Schmitt unceasingly endeavored to demonstrate— is absolutely not *jurisdiction*?" (Kelsen, 2003a, p. 262). It's not that he wasn't also concerned about Schmitt's question regarding the limits of jurisdiction in general or constitutional jurisdiction. It is a problem that must also be dealt with, says Kelsen, and if one wished to restrict the power of the courts, thus limiting the political character of their function, "one must then limit as much as possible the margin of discretion that the laws grant to the use of that power" (Kelsen, 2003a, p. 262), and this is a concession that to some extent Schmitt would not be willing to make. Schmitt's gamble involves pure decision, an uninfluenced decision, distancing "the binding of the juridical from prior legal structures that determine it. Schmitt's proposal is therefore to link the occurrence of the juridical to the pure unconditioned will that emerges in the realm of the political" (Bueno, 2010, p. 1046).

This defense of the Reich president who, in his actions, carries with him the unity of the people, led Schmitt to defend Hitler's arbitrary acts

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

at the 1934 conference, establishing him as the protector of the law. It's worth a brief parenthesis: Alexandre Sá points out that until the end of 1932 Schmitt's endeavor was, to some extent, to curb National Socialism, in a movement against the Nazis, including public interventions in this direction. Roberto Bueno will say, however, that more elements bring him closer to the National Socialists than one or two points that might distance him.[3] It is the President of the *Reich* who protects the law and watches over the constitution. His reading of art. 48 allowed him, already in *The Dictatorship* and *Political Theology, to* consider that this provision established the sovereign character of the president, but the fact that it proclaimed the "state of exception" under some control of parliament still corresponded, for Schmitt, to the tendencies of the liberal rule of law that tries to exclude the problem of sovereignty by distributing competences and providing for reciprocal controls – in the limit: mitigating sovereign power in a proceduralism. About Hitler's actions, Schmitt says, "[...] the *Führer*'s action was an exercise of legitimate jurisdiction. His action was not subordinate to justice, but constitutes supreme justice" (Schmitt, 1934, p. 946), establishing him as the guardian of the constitution and defender of the law, as the sovereign through whom the acclamation of the people materializes, unlike parliament, which manifests itself as the expression of a will divided by partisan interests that aim for totality.

The state must take precedence over other institutions. The defense of such a strong state is linked to the need to overcome the classic liberal tripartition of powers, precisely because the state cannot be fragmented into autonomous powers, opposing each other[4]. The possibility of suspending the prevailing order, partially or totally, takes place in the bowels of the legal system itself, based on an essentially political decision. The president

---

[3] The expanded interpretation of the Weimar constitution would have allowed Schmitt to use the constitutional text against the internal upheavals of the republic, under the veil of safeguarding the regime and defending constitutional provisions, bringing the president closer to a dictator commissioner of action. "The *Führer* protects the law from the worst kind of abuse when, at the moment of danger, he immediately creates law by virtue of his leadership [...]. Justice comes from leadership" (Schmitt, 1934, p. 946), he said in his 1934 speech *The Führer protects the law,* the purpose of which was to support Hitler's actions in persecuting political opponents. In moments of threat to order, the *Führer* intervenes, acting as supreme judge, distinguishing friend from foe, taking the necessary measures to stop the chaos.

[4] (2013, p. 58), "the *Führer* [...] would absorb legislative functions (through measures, decrees, legislative delegations, etc.) and judicial functions. The *Führer* would then be the very guardian of the Constitution".

of the *Reich* acts as an extraordinary lawmaker, and it is up to the sovereign to determine what public order and security are, even when they are threatened. Wolin states that granting this "dictatorial character" to sovereign power implies solving certain ontological problems that plague its structure, above all the apparently unbridgeable chasm between universal and particular, abstract and concrete, a concern of *Lebensphilosophie* in the key of the Schmittian variant. The state of exception would represent the prospect of an existential transformation of life in its "everydayness": "[...] the norm must be 'destroyed' insofar as it represents the reign of the merely 'conceptual', the 'abstract', the substance of life in its 'pulsating fluidity' is prevented from coming to the surface" (WOLIN, 1990, p. 398). "The cardinal virtue of the exception", in this reading of political existentialism – to use Wolin's term, but which was first used by Marcuse in 1934 to refer to Schmitt's theory of the total-authoritarian state and the demand for new anthropology – is that it "explodes the routinization to which life is subjected under conditions of juridical normality" (WOLIN, 1990, p. 398). Standing above individuals, the state, in its decision-making capacity, is considered the final arbiter on questions of "concrete indifference": it is the state that must ultimately *decide*. Among the commentators, Bueno sees in these arguments the announcement of the devaluation of liberal institutions, characteristic of a considerable part of Schmitt's work in the 1920s. According to him, by subordinating the autonomy of the legal sphere to the reasons of the state, Schmitt removes any potential for opposition from civil society. It is worth noting, however, that the president's actions as a dictator are not uniformly seen by commentators as an affront to the constitutional text; on the contrary, they would be precisely its guarantee.

III. Dictatorship in the Weimarian Constitution

In his 1924 text, *The Dictatorship of the Reich President under Article 48 of the Weimar Constitution,* Schmitt gives a reading of presidential prerogatives that does not hide his defense of far-reaching emergency measures. It is in this vein that Sá is trying to clarify a point of debate: whether, in his actions, the president acts as a *commissar* dictator or a *sovereign* dictator. But the point is that the dictatorial character of the president is not denied, linked to a notion of a privileged relationship that the leader would have with the sovereign people due to his direct election by the entire German people,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

being able to act on their behalf, as their supreme representative, assuming, in case of need, the *status of a dictator*. Such a dictatorship would never be a sovereign dictatorship, but a commissariat dictatorship, and such confusion would simply mean canceling the Weimar Constitution. The internal coherence of the Schmittian argument demands that the president be treated as distinct from the sovereign dictator, rather a commissar dictator who is bound to the order he aims to secure, acting as if he were, but not as sovereign. In the 1920s, dictatorship was a topic close to Schmitt's heart, and he took on other fronts from *Political Theology in* strengthening the president within the constitutional text, a suitable means of restoring sovereignty in an era undermined by the neutralization of conflict, the mechanisms of political pluralism, such as parliament, and the submission of the political.

Schmitt's political anti-liberalism is linked to decisionism: the decision is aimed at strengthening state authority, hence the glorification of political will without restriction of content and direction. One of the central phrases of *Political Theology* is that "all the concepts [...] of modern state doctrine are secularized theological concepts" (Schmitt, 1979, p. 49), to reintroduce a strong "personal" element into modern politics, an element that had fallen by the wayside with the eclipse of political absolutism. Hence the emphasis on the "personal" aspect of the exceptional decision. This relationship that Schmitt makes between the concepts of modern state doctrine and secularized theological concepts —understanding political concepts in the light of a meaning provided to them by the reference of the spiritual world or the metaphysical structure that underpins them— implies that the exception plays a role in modern politics comparable to that of the miracle in theology: by secularizing theological concepts, the transubstantiation of the degraded political body is sought, a feat, moreover, that can only be accomplished by a strong sovereign figure, analogous to the monarch whose sovereign power came from divine providence. The exception defines the normal situation under which the law originates. In stating that the state of exception has a meaning analogous to the miracle in theology, Schmitt goes beyond Donoso Cortés. It is the sovereign who defines whether there is an abnormal situation and decides on the exception; the legitimacy of his action is given by concreteness.

In *Die Diktatur,* Schmitt transposes the exception from the legal sphere into the realm of political theory, setting the tone for an argument whose developments permeated his political thought throughout the 1920s: the political must take precedence over the legal. Schmitt did not welcome the Western

ideal of a constitutional government, or at the very least, the notion that there is a certain set of normative principles, embodied in the constitution as a legal basis, which limit the actions of the sovereign. Even though the dictator's actions are limited in time, in this text there is already the notion that the *situation of things*, a term often used by Donoso Cortés, can lead to the use of extraordinary means to preserve the state against internal disorders as well as external threats. The form this takes in *Political Theology* emphasizes that it is the exception, and not the constitutional text, that forms the substratum of the state: only the state retains the final decision-making power to suspend the conditions of political normality by declaring a state of exception. However, it's important to say that Schmitt seeks to distance the concept of dictatorship from despotism, formulating a distinction between the aforementioned concepts of "commissar dictatorship" and "sovereign dictatorship": the commissar dictatorship enters the scene with specific political objectives, while the sovereign dictatorship provides unlimited powers, resembling the original constituent power, creator of the order. In any case, although the internal movement of the texts differs between the works *Die Diktatur* and *Politische Theologie,* what underlies both is still the valorization of emergency powers and their superimposition on the legal – which leads to a "latitudinarian" interpretation of art. 48 of the Weimar Constitution, especially in the defense of emergency powers free from any constitutional restrictions. Neumann (2009, p. 43) recalls that the "idea of the totalitarian state arose from the demand that all power be concentrated in the hands of the president", identifying Schmitt, as "the most intelligent and reliable of all the National Socialist constitutional lawyers" (p. 49), as one of the ideologues of National Socialism. Like self-defense, dictatorship involves not only action but also counter-action (*Gegenaktion*). "The commissarial dictatorship suspends the Constitution *in concreto* to protect the Constitution itself *in* its concrete existence" (Schmitt, 1964, p. 136), a peculiar means that protects the constitutional text against an attack that threatens to destroy it.

> Dictatorship protects a given constitution against an attack that threatens to suppress that constitution. [...] The dictator's action must create a situation in which the law can be realized, because every legal norm presupposes, as a homogeneous means, a normal situation in which it is valid. Therefore, dictatorship is a problem of concrete reality, without ceasing to be a legal problem. *The Constitution can be suspended without ceasing to be valid, since suspension only means a concrete exception*. Therefore, it is also necessary to explain that

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> the Constitution can only be suspended for certain districts of the state. [...] within the state constituted by the Constitution as a legal concept there is no circumscribed territorial space that can be deprived of its validity, nor any period of time in which it should not be in force, nor any determined circle of people who, without ceasing to be citizens of the state, should be treated as "enemies" or "rebels" without rights. *But exactly such exceptions belong to the essence of dictatorship and are possible because it is a commission of action determined according to the situation of things*. (Schmitt, 1964, p. 136-137. Emphasis added)

The long quotation is justified precisely because the way Schmitt constructs the argument will reappear the following year in a very similar way – but no longer under the veil of the defense of the dictatorship. By saying that the suspension in whole or in part of the constitutional text, which implodes the validity of fundamental rights and guarantees, does not make the constitution invalid, but without validity for as long as the exceptional state lasts, he reappears in full in *Political Theology*. Resorting to the situation of things as a justification for a sovereign free of restraints is something that will accompany him throughout the Weimarian period —serving as the basis for his later defense of an authoritarian government under a strong state. What is important to note at the moment is that in the sovereign dictatorship, instead of relying on a right based on it —therefore constitutional— he seeks to create a situation that makes a new constitution possible, in other words, he invokes "not an existing constitution, but one that must be brought into being" (Schmitt, 1964, p. 137). Making use of passages from *Die Diktatur* in which Schmitt states his understanding of the impossibility of having both a constitutional text and a sovereign dictatorship – because while the commissar dictator is authorized by a constituted body and has his provision in the existing constitutional text, the sovereign dictatorship derives immediately from the constituent power which, being original, *establishes* a new constitution – Bendersky says that it was not in Schmitt's objectives to elevate the president to the level of sovereign dictator, being above the constitution (see Bendersky, 1983, p. 76). Bendersky supports this thesis because, during an exceptional state, the president assumes the functions of a commissar dictator to preserve the constitutional order in force —dictatorship as a commission for action— and even though he can suspend part of the constitutional text, such measures would be temporary and the constitution would have to be restored to its original form after the moment of crisis. However,

in this interval in which the law is removed, there is no limitation on sovereign power. Although Schmitt recognizes, as Bendersky says, the impossibility of changing the form of government from a republic to a monarchy, as well as partially revoking or revising the constitutional text via article 48, when commenting on the dictatorship in the rule of law – through the figure of the state of siege – the constitutional provision states that the Reich president could take all necessary measures, at his discretion, according to the situation – he could even, referring to a speech by the then Reich Minister of Justice, Eugen Schiffer, in the Constitutional Assembly before the promulgation of the Weimar constitution, "cover cities with poisonous gases if, in the specific case, this is the necessary measure for the re-establishment of security and order" (Schmitt, 1964, p. 201).

In this way of reading the text on the dictatorship, we can see the presence of an open interpretation of article 48, to the limit, that there would be no obstacle to what the situation might demand in restoring the normal situation, something that will also appear in *Politische Theologie*. For such unlimited powers not to mean a dissolution of the entire existing legal order – moreover, to say that it is something constitutional – with the transmission of absolute sovereignty to the Reich President, Schmitt says that it would be necessary to take into account that such measures only apply to factual measures as a result of the positive force of the constitution, interference in the sphere of constitutionally guaranteed freedoms would always manifest itself factually. For Bendersky (1983, p. 35), this statement by Schmitt is prudent, as it would run counter to future interpretations of Schmitt's work as one that intentionally undermined the Weimar constitution and opened the way for a totalitarian dictatorship, a reading that to some extent is shared by the way Bueno seeks to present Schmittian thought in Brazil. According to Bendersky, at this point in the text, Schmitt would be opposing Schiffer's understanding – who inferred from article 48 that there were no limitations, that the power granted was unlimited – arguing that such an inference would be valid in itself only for de facto measures, for legislation and the administration of justice, by a provision in the constitutional text, i.e. the constitution fully provides for the provision, the power granted could not be unlimited precisely because of a limitation of principle.

According to Schmitt (1964, p. 202), if legislative acts were to fall under the power granted to the president by Article 48, it would be an "unlimited delegation and [...] a contradiction that still does not suspend the constitution." Schmitt adds, "the president, or the *Reichstag,* would be-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

come the bearer of a *pouvoir constituant,* and the constitution, being part of the constituted order, would remain a provisional and precarious solution." The control that parliament exercises over the Reich President would make it impossible, according to Bendersky, to speak of unlimited power. It should be remembered that the text on dictatorship was published in 1921, *Political Theology* in 1922, and *The Historical and Spiritual Situation of Current Parliamentarianism* in 1923, so Schmitt's critique of parliament had not yet been fully developed, which is perhaps why he bets on parliament as a limiter of absolute sovereign power. The contradiction pointed out by Schmitt in the constitutional text arises because in addition to the general power of action to achieve the restoration of public security and order, the president could temporarily suspend the validity, in whole or in part, of the fundamental rights established in the legal provisions relating to personal liberty (art. 114), inviolability of the home (art. 115), secrecy of correspondence (art. 117), freedom of the press (art. 118), freedom of assembly (art. 123), freedom of association (art. 124), just as he relativized private property (art. 153).

> As opposed to the unlimited power granted [...], here the power is limited in the sense that the fundamental rights susceptible to interference are enumerated exhaustively. [...] the enumeration in no way signifies a delegation of legislative power, but only an empowerment for de facto action, by virtue of which it is not necessary to take into account the rights that, in the concrete case, oppose such action. The fundamental rights listed are, of course, numerous and their content is so general that the empowerment hardly contains a delimitation [...]. Despite this, it remains a strange regulation, since it first grants the power to suspend the entire existing legal order, including Article 159, and then lists a limited number of fundamental rights that can be suspended. It makes no sense to allow the Reich President to cover cities with poisonous gases, threaten the death penalty and express himself through extraordinary commissions, while on the other hand having to guarantee [...] that he can allow the civil authorities, for example, to ban periodicals. The right to life and death is granted implicitly, while the right to suspend freedom of the press is granted explicitly. (Schmitt, 1964, p. 202-203)

Schmitt was not surprised by these contradictions in the Weimar constitutional text, precisely because they were the result of the combination of sovereign dictatorship and commissarial dictatorship. In the transition

from royal absolutism to the bourgeois rule of law, it was assumed that from then on the unity of the state would be definitively guaranteed, that "security could be altered by riots and mutinies, but homogeneity would not be seriously threatened by social groups within the state" (Schmitt, 1964, p. 203), as if it were possible to calculate and regulate in advance the actions of individuals or a group of individuals aimed at altering the existing legal order. The 1921 text already contained the outline of the argument developed in *Politische Theologie* that such a limitation via regulation could perhaps jeopardize the end to be achieved. Readings such as Bendersky's indicate that Schmitt, at the beginning of the Weimar Republic, was concerned about the possible development of a dictatorship along the lines of what would become National Socialism – something also present in the 1923 text, when he said that the dictatorship seemed to him to be an interruption in the continuity of development, a mechanical intervention in organic evolution (see Schmitt, 2017, p. 68) -, contributing to the interpretation that Schmitt was not fully focused on developing an elaborate totalitarian theory at the beginning of the 1920s. Bendersky considers Schmitt an opportunist who, taking advantage of the influence of National Socialism on the development of his intellectual career, was concerned, "like the Nazi *Kronjurist*, [with] establishing a constitutional framework for the Third *Reich*" (Bendersky, 1983, p. 242). In his reading, Schmitt saw National Socialism as an early movement that required a better development of its political and legal theoretical foundations: "His attempt to provide such foundations along the lines of a traditional authoritarian regime was abandoned and he [Schmitt] succeeded only in helping to consolidate a totalitarian dictatorship" (Bendersky, 1983, p. 242). Bendersky comments that members of the party hierarchy welcomed his support in the early stages of the regime – because of his reputation which lent respectability to the movement – but as soon as Schmitt tried to exert any real influence, an internal struggle began to eliminate him: "In 1936, the *Deutsche Briefe* aptly summarized its situation in Schiller's phrase: '*The Moor has done his duty, the Moor can go*'" (Bendersky, 1983, p. 242; Bendersky, 1979, pp. 309-328). Even so, Bendersky is reluctant to recognize a totalitarian potential in Schmitt's work, which Bueno defends and credits Schmitt's work not only with being receptive to dictatorships but also with having its ultimate development in the realization of the totalitarian state in the Third Reich.

As presented in *Political Theology,* Schmittian decisionism demands the superiority of the state over the law, which is why in the exception the or-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

der subsists, even though it is not a legal order. The concrete situation brings this separation to light. The origin of law is through decision and not based on a norm, because "a general norm, as the current legal norm presents itself, can never cover an absolute exception and therefore never fully justify the decision that there is a real case of exception" (Schmitt, 1979, p. 11). Only the sovereign decision can guarantee order. The sovereign creates and guarantees the situation as a whole, holding a monopoly on this decision. Hence Schmitt's assertion that the case of exception reveals more clearly the essence of state authority. Ultimately, this relates to the problem of the unpredictability of the law in subsuming all exceptional situations. It is precisely because the norm has gaps that it is necessary to recognize the decision, not a decision delimited by the norm, but a decision that creates the norm, not a strictly legal decisionism that originates exclusively from the rule, but a political decisionism that nevertheless creates the rule.

Schmitt starts from the concrete emergency case to explain normality: the exception reveals the legal element of the decision in its absolute purity. For what he calls the "philosophy of concrete life", the exception is more important than the rule because the rule itself only lives from the exception. The source of all law therefore lies in the authority and sovereignty of a final decision. The element of the decision precedes the moment when the legal order is established and is unattainable by the order once it has been created. Law consists of the unification of the *Führer*'s will in the form of law, with subjects unconditionally subject to the politically unified will of the leader. The liberal state's tendency to regulate the state of exception represents an attempt to circumscribe the case in which the law suspends itself, which is why Schmitt questions where the law creates this *vigor* or force, and how it would be logically possible for a norm to be valid except for a concrete case that it cannot factually fully cover? Cases of extraordinary danger to security and order require such treatment as to remove normative bindings. The essence of sovereignty involves both deciding what is an exception and taking the measures appropriate to this exceptional situation, and is understood not as a monopoly on force, but as a monopoly on the ability to decide on the exception and also on normality. Designating something as an exception involves saying something about the nature and quality of the rule. The decision on the exception is above the normative framework insofar as it consists of the temporary suspension of legal restrictions on sovereignty, while the exception is what defines the condition of possibility for the right to exist. This is the meaning of the statement: "It cannot be clearly indicated

when there is a case of emergency, nor can it be enumerated in terms of content what can be done in such cases, when it really is an extreme emergency case that must be eliminated" (Schmitt, 1979, p. 12). The rule of law has no competence to deal with the content of the state of exception.

According to Schmitt, all the trends in the development of the modern rule of law were aimed at eliminating a sovereign whose power was not limited by the legal order, but whether or not the extreme exceptional case could be eliminated was not a legal question. The essence of sovereignty —and the entire legal order— is revealed in and through the exception: "[...] situated at the extremity of the legal order, [the state of exception] is what makes the essence of normality intelligible, because sovereignty as supreme *potestas* is not defined by the monopoly of force, but by the monopoly of *decision*" (Giacoia Jr., 2018, p. 149). Schmitt will criticize the defense of the decentralization of decision-making, the attempt to limit what we could see as a certain arbitrariness of the sovereign's decisions —since they are unlimited by the norm. The author is opposed to normativism, which seeks to deny the possibility of defending a sovereign decision that decides without normative limits.

IV. Conclusion

The discussion about who should be the guardian of the Constitution revolves around the concept of sovereignty. Kelsen sees law as a logical system of hierarchically arranged rules, with consistency, coherence, and completeness. It would be important for him to define sovereignty in an inextricable relationship with the concept of norm, in such a way that "a man or a group of men is given the predicate 'sovereign' only insofar as it is assumed that they represent a norm (or group of norms) as supreme" (Giacoia Jr., 2018, p. 145). It is precisely in this sense that Kelsen would claim that the sovereign state is a supreme order, which is not derived from any other higher order and which is presupposed as supreme.

The truth content of sovereignty depends on positive law: an order can only be said to be sovereign if it is not included in any other order, from which it follows that the concept of sovereignty necessarily refers to the world legal order. According to Schmitt, under Kant emergency law would no longer even be considered law, which is why he finds it understandable that a neo-Kantian like Kelsen would not systematically know what to do

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

with a state of emergency. However, according to Schmitt, even rationalists should be interested in the fact that the legal order could foresee the exceptional case and suspend itself. It is in this vein that Schmitt, treating this as an "old liberal denial", states that Kelsen solves the problem of the concept of sovereignty simply by denying it. It is a doctrine of identity between the state and the legal order so that the state is neither the author nor the source of the legal order. According to Kelsen, Schmitt continues, all these notions would be personifications and hypostases, duplicates of the uniform and identical legal system for different subjects. "The state, that is, the legal order, is a system of attributions to a final point of attribution and an ultimate fundamental norm" (Schmitt, 1979, p. 28). This debate also includes violence: while Kelsen excludes it from the limits of purely juridical rationality, Schmitt, on the other hand, places it at the heart of the norm, because no norm subsists in chaos. Hence, if there is no order, no law dominates and prevails – an order that, in turn, can only be created violently. "In the essence of law lies a victorious decision: the implementation and securing of an order, which, in crisis situations, must be defended with all violence" (Giacoia Jr., 2018, p. 215).

What to do when the legal system doesn't offer a way out in cases of extreme urgency is the problem to which Schmitt tries to provide answers, but Schmitt's gamble is not disconnected from his political thought, which is affiliated with a Catholic and counter-revolutionary tradition. "Schmitt saw the dangers of democratic suicide. As an antidote, he advocated a strong leader, reinforced by a strong bureaucracy, who should ban radical movements and rule by decree" (Müller, 2003, p. 36). For Bueno, such an alternative involves "allowing the [sovereign] power to respond with the necessary means, whatever they may be, so that effectiveness, measured by the restoration of normality, is achieved" (Bueno, 2010, p. 1140). The sovereign is beyond the limits of the legal, and the political decision to suspend the current order is beyond the reach of the normative order. The implications are internal and external: in the first case, his power translates into the power to decide on the exception and the suspension of the current legal order; on the external level, it implies recognizing in the sovereign the ability to decide on the friends and enemies of the state, more specifically, to decide on the possibility of war, requiring citizens to be exposed to danger and ready to kill. Despite the internal divergences in Schmitt's studies in this regard, it is against this backdrop that Schmitt was able to conclude the work dedicated to the search for a guardian of the constitution with the bet on the *last* and *only* in-

stance capable of confronting pluralism, of saving the state from the power complexes that dispute the state totality and the monopoly of the political.

Published as a book in 1931, *Der Hüter der Verfassung* inaugurated the discussion on the total state and the attempt to account for a concrete situation in which state authority was undermined in the bowels of the Weimarian state itself, at the limit, a state dedicated to the satisfaction of private aspirations, whose power and sovereignty dissolves in the management of the relationships of groups that endeavor to submit it to their service. A weak state that is constantly threatened with dissolution; a state that is no longer sovereign, but a complex of disputed powers whose administration depends on organized economic and social interests: a state that is total not because of its strength, but because the demands and compromises between parties and organizations forced it to increase its intervention exponentially, while at the same time subordinating its strength. Behind the debate about the guardianship of the constitution —whether it should fall to a court or the president— lies a dialogue about power, whether centralized or not, a debate that is still of fundamental importance for contemporary political and legal theory.

In any case, our aim was simply to make a brief note of the importance of this constitutional debate today, that is, in circumstances marked by populism, political conflicts of all kinds and, even more so, increasingly marked by direct action by the judiciary, not just in Brazil, but throughout the world. This is not to say that we should simply follow the lines laid down by Schmitt; on the contrary, we need to understand his criticisms of the Rule of Law in order to strengthen it and remain vigilant against any attempt to destroy it. He is an important author who has by no means gone unnoticed by 20th century authors who have looked at issues relating to law, politics, liberalism and the problems that the rule of law and liberal-parliamentary democracy routinely and continuously face. In the wake of the question raised by Jean-François Kervégan's work, entitled « *Que faire de Carl Schmitt ?* », well, perhaps we can do anything but neglect him. The ostracism and condemnation of this "subject" on account of his political choices in 1933 —which were completely and utterly reprehensible—, in no way nullifies his singular contribution and the questions he raised —from which we cannot easily escape.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

V. References

Bendersky, J. (1979). The Expendable Kronjurist: Carl Schmitt and National Socialism, 1933-36. *Journal of Contemporary History*, *14*(2), 309-328. http://www.jstor.org/stable/260061

Bendersky, J. W. (1983). *Carl Schmitt: theorist for the Reich*. Princeton University Press, 1983.

Bercovici, G. (2003). *Entre o Estado total e o Estado social: atualidade do debate sobre direito, Estado e economia na República de Weimar*. Tese de Livre-Docência – Universidade de São Paulo.

Bercovici, G. (2003). Carl Schmitt, o Estado total e o guardião da constituição. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, (1).

Bueno, R. (2011). *Uma interpretação conservadora revolucionária do político e da ditadura: o potencial totalitário de Carl Schmitt*. 1558 f. Tese (Doutorado em Direito). Faculdade de Direito da UFPR. Universidade Federal do Paraná.

Bueno, R. (2013). Carl Schmitt e a crítica à democracia liberal. *Revista de Estudos Jurídicos da UNESP*, *16*(24). https://doi.org/10.22171/rej.v16i24.645

Bueno, R. (2014). Schmitt: pensando a exceção desde uma crítica à democracia parlamentar weimariana. In: *Filosofia & política: tensões entre liberdade, poder e democracia*. Uberlândia-MG; EDUFU; Dykinson.

Bueno, R. (2016). Carl Schmitt y la corrosión del Estado de Derecho por la cultura totalitaria. *Daimon Revista Internacional de Filosofia*, (69), 23-38. https://doi.org/10.6018/daimon/214791

Bueno, R. (2018). *Uma interpretação conservadora-revolucionária de Carl Schmitt. O potencial totalitário em gestação: Weimar e o nacional-socialismo*. Vol. 1. Uberlândia; Dykinson; Fapemig.

Bueno, R. (2018a). Schmitt em Weimar: o intelectual na história e o espectro da ditadura. In: Chahrur, A. I.; Ramiro, C. H. L. *Labirintos da filosofia do direito. Estudos em homenagem a Oswaldo Giacoia Junior*. LiberArs.

Giacoia Jr., O. (2018). *Agamben: por uma ética da vergonha e do resto*. N-1 Edições.

Ramiro, C. H. L., & Bueno, R. (2007). *Sonhos e pesadelos da democracia em Weimar: tensões entre Carl Schmitt e Hans Kelsen*. LiberArs.

Ramiro, C. H. L. *Em nome da ordem: Carl Schmitt, Francisco Campos e a apocalíptica da constituição*. 2022. 308 f. Tese (Doutorado em Direito). Universidade de Brasília.

Ramiro, C. H. L.; Martins, A. (2022b). Teologia política e constituição da ordem: Carl Schmitt e a filosofia de Estado da contrarrevolução. *Princípios*, v. 29, pp. 103-130.

Schmitt, C. (1931). *Der Hüter der Verfassung*. Verlag von J. C. B. Mohr.

Schmitt, C. (1934). Der Führer schützt das Recht. *Deutsche Juristen-Zeitung*, v. 39, p. 945-950.

Schmitt, C. (1964). *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* [1921]. Dritte Auflage. Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1964a). Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Artikel 48 der Weimarer Verfassung. In: *Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf* [1921]. Dritte Auflage. Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (1979). *Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*. Duncker & Humblot.

Schmitt, C. (2013). La dictadura del presidente del *Reich* según el artículo 48 de la constitución de Weimar [1924]. In: *Ensayos sobre la Dictadura (1916-1932)*. Tecnos.

Schmitt, C. (2017). *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. 10. Aufl. Duncker und Humblot.

Kelsen, H. (2000). Essência e valor da democracia. In: *A democracia*. Martins Fontes.

Kelsen, H. (2003a). Quem deve ser o guardião da constituição? In: *Jurisdição constitucional*. Martins Fontes.

Kelsen, H. (2003b). O controle judicial da constitucionalidade. In: *Jurisdição constitucional*. Martins Fontes.

Macedo Jr., R. P. (2013). *Carl Schmitt y la fundamentación del derecho*. Fontamara.

Mendes, G. F. (2007). Apresentação. In: Schmitt, Carl. *O guardião da constituição*. DelRey.

Müller, J.-W. (2003). *A Dangerous Mind: Carl Schmitt in Post-War European Thought*. Yale University Press.

Sá, A. F. de. (2001). Soberania e poder total. Carl Schmitt e uma reflexão sobre o futuro. *Revista Filosófica de Coimbra*, (20), 427-460.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Sá, A. F. de. (2003). Sobre a justificação racional do poder absoluto: racionalismo e decisionismo na teologia política de Carl Schmitt. *Revista Filosófica de Coimbra*, v. 23.

Sá, A. F. de. (2006). *O poder pelo poder: ficção e ordem no combate de Carl Schmitt em torno do poder*. Dissertação de Doutoramento em Filosofia. Faculdade de Letras da Universidade de Coimbra.

Neumann, F. (2009). *Behemoth: The structure and practice of national socialism. 1933-1944*. Oxford University Press.

Schwab, G. (2016). *The Challenge of the Exception: an introduction to the Political Ideas of Carl Schmitt between 1921 and 1936*. Greenwood Press.

Schwab, G. (2005). Introduction. In: Schmitt, C. *Political Theology: four chapters on the concept of sovereignty*. University of Chicago Press.

Vita, L. (2017). ¿Quién debe ser el guardián de la Constitución? Una relectura del debate entre Kelsen y Schmitt a la luz del caso Prusia contra Reich de 1932. *Lecciones y Ensayos*, (99), 131-166.

Wolin, R. (1990). Carl Schmitt, political existentialism, and the total state. *Theory and Society*, *19*(4), 389-416. https://doi.org/10.1007/BF00137619

Cómo citar

Sistema IIJ

Alves da Silva, Felipe, "Who watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18861. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18861

APA

Alves da Silva, F. (2025). Who watchmen? Kelsen and Schmitt on the guardian of the Constitution. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e18861. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18861

Agua embotellada: contemplaciones sanitarias entre el derecho humano a la salud y la industria privada

Bottled water: health considerations between the human right to health and the private industry

Luis Fernando **Zepeda Rodríguez**

https://orcid.org/0009-0003-2140-9657
Universidad Autónoma de Nayarit, México
Correo electrónico: zepeda51@hotmail.com

Jordan Vladimir **Tello Ibarra**

https://orcid.org/0000-0002-8643-4701
Universidad Autónoma de Nayarit, México
Correo electrónico: vladimir.tello@uan.edu.mx

Recepción: 9 de enero de 2024
Aceptación: 21 de junio de 2024
Publicación: 21 de octubre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19558

Resumen: El presente artículo tiene el objetivo de analizar el consumo del agua embotellada, entre las dinámicas del agua, como derecho humano o mercancía de consumo. Parte de una metodología cualitativa, enfocada en el análisis de contenido, tomando como insumos de investigación informes nacionales e internacionales de organizaciones no gubernamentales, el marco jurídico nacional e internacional, así como resultados de investigaciones empíricas realizadas en el contexto mexicano en las últimas décadas. Los resultados se entrelazan en una reflexión académica, desde las funciones esenciales de la salud pública. Las conclusiones apuntan a la concepción del agua como un bien de consumo, antes de un derecho humano, pues la industria privada genera millones de pesos anuales por la explotación y venta del recurso público; los conflictos de intereses e intromisión en las políticas regulatorias dan evidencia de la falta de políticas de Estado para garantizar el derecho humano al agua: una vía indispensable para fortalecer el derecho humano a la salud.
Palabras clave: agua embotellada, derecho al agua, derechos humanos, industria privada, salud pública.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Abstract: The present article aims to analyze the consumption of bottled water within the dynamics of water as a human right or a consumer commodity. It is based on a qualitative methodology focused on content analysis, using as research inputs national and international reports from non-governmental organizations, the national and international legal framework, as well as results from empirical research conducted in the Mexican context in recent decades. The results are intertwined in an academic reflection from the essential functions of public health. The conclusions point to the conception of water as a consumer good rather than a human right, as the private industry generates millions of pesos annually from the exploitation and sale of the public resource; conflicts of interest and interference in regulatory policies provide evidence of the lack of state policies to guarantee the human right to water: an indispensable means to strengthen the human right to health.
Keywords: bottled water, right to water, human rights, private industry, public health.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Visión general del estado del agua en México y el mundo: el nacimiento de la industria del agua embotellada*. III. *El mercado del agua embotellada*. IV. *Concesiones a trasnacionales*. V. Los *impactos socioambientales del consumo de agua embotellada*. VI. *Consideraciones finales y recomendaciones*. VII. *Referencias*.

I. Introducción

En algunos países, y sobre todo en países en vías de desarrollo, el Estado no ha logrado garantizar, de manera universal, el suministro de agua potable a sus pobladores; ya sea por la falta de recursos financieros suficientes para mantener el servicio, o por la deficiencia en sus políticas para el aprovechamiento de los recursos hídricos. Este contexto —capitalista y neoliberal— favorece a las grandes empresas, para comercializar el agua embotellada y convertirlo en un negocio altamente lucrativo, con ganancias que generan 330 veces la inversión. Lo anterior se puede argumentar con datos empíricos, pues México es uno de los países que mayor cantidad de agua embotellada consume en el mundo, generando un negocio de 45,000 millones de dólares anuales. En México, el costo de un litro de agua embotellada es 1000 veces mayor al costo de 1 litro del grifo, lo que genera un impacto en los bolsillos de las personas. Hoy en día, el Estado, al no tener el suficiente abastecimiento de la red pública de agua potable, ve como una solución el aumento del consumo del agua embotellada, no garantizando así, el derecho humano al agua, y dejando esta problemática fuera de la agenda pública del país. Por lo anterior, el presente artículo plantea como supuesto de investigación que:

El derecho humano al acceso al agua potable se ve afectado por intereses económicos de la industria privada del agua embotellada, y por la negligencia del Estado para garantizar su suministro. Ese panorama afecta el derecho humano a la salud de la población, por las implicaciones en el consumo de agua no potable, y la asequibilidad para la obtención de agua inocua para beber, higienizar y preparar alimentos.

Las dinámicas comerciales de la industria privada forman parte del modelo de desarrollo neoliberal, donde los derechos humanos fundamentales se transforman en bienes de consumo (Tello-Ibarra y Fernández-Arguelles, 2017). Las ganancias que generan las trasnacionales de la venta de agua embotellada en México son de 45,000 millones de dólares anuales. Es un negocio altamente lucrativo, ya que el precio para la compra del líquido es de alrededor de 0.0186 pesos, y lo comercializan en 6 pesos, generando una ganancia 330 veces su valor, siendo México uno de los países de mayor consumo de agua embotellada en el mundo (Villanueva, 2021).[1]

De manera retrospectiva, en 2015 la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) señaló que el costo de un litro de agua embotellada es de 1000 veces mayor al costo de un litro del grifo (el 90% del costo es derivado de la botella, la etiqueta y el tapón), lo que genera un impacto en los bolsillos de las personas. El derecho humano al agua se encuentra marginado, dado que no se percibe como un problema en la agenda pública, debido a las fuertes influencias económicas y políticas de la industria embotelladora. Aunque la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establecen el acceso al agua potable como un derecho humano, este derecho está en peligro debido a la falta de políticas públicas que aborden el problema sanitario del acceso de la población al agua segura para el consumo.

II. Visión general del estado del agua en México y el mundo: el nacimiento de la industria del agua embotellada

A nivel global, aproximadamente 2000 millones de individuos no cuentan con acceso seguro a servicios de agua potable, mientras que 3600 millones

[1] El agua embotellada no sólo se refiere a la presentación de botellas de un litro, también hace referencia a los garrafones habituales de consumo en el hogar de 19 litros.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

carecen de servicios de saneamiento y 2300 millones no disponen de instalaciones básicas para el lavado de manos. Como resultado de esta situación, se estima que alrededor del mundo fallecen cerca de 446,000 niños menores de 5 años debido a enfermedades diarreicas, asociadas al consumo de agua contaminada (Delgado Ramos, 2014; Banco Mundial, 2022). Proyecciones indican que para 2050, aproximadamente 3500 millones de personas enfrentarán la carencia de acceso a servicios de agua potable a nivel global (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016). Ello refleja un problema de salud pública, asociado al incumplimiento del derecho humano al agua potable.

La situación del agua en México es alarmante. Desde 2016, el sistema de recolección y suministro no satisface las necesidades actuales, dejando a cerca de 12 millones de personas sin acceso a agua potable. Además, de los 653 mantos acuíferos en el país, 102 están sobreexplotados. La red de abastecimiento no está a la altura de la demanda, ya que un 46% del agua se pierde en estas redes. Adicionalmente, se estima que un 80% de los cuerpos de agua en el país sufre algún grado de contaminación debido a descargas industriales. Por último, sólo se capta uno de cada 100 litros de lluvia para su uso (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016).

A lo largo de la historia, el negocio del agua embotellada ha evolucionado, desde su uso inicial con propósitos terapéuticos, hasta convertirse en una de las industrias más lucrativas a nivel global. A finales del siglo XVIII y principios del XIX, la producción de agua embotellada en Europa estaba arraigada en una práctica artesanal con fines curativos, ya que se creía que el agua de manantial poseía propiedades sanadoras. Los principales centros de producción se encontraban en países como Alemania, Italia y Francia. En estos lugares, el agua era recolectada manualmente directamente de la fuente y luego envasada en frascos de cerámica, barro o vidrio. Posteriormente, se sellaban con cera y se transportaban en cajas de madera en diligencias para su venta en farmacias.

A medida que avanzó el siglo XIX, la industria del agua embotellada experimentó notables avances tecnológicos. Se introdujeron mecanismos automáticos para el llenado y envasado, se perfeccionó el sellado hermético y se implementó el tapón corona o chapa hermética (corcho con lata). Estos adelantos posibilitaron una mayor producción, una mejor conservación del producto y facilitaron su transporte a distancias más extensas.

Con la llegada de la Revolución Industrial, se observó un crecimiento de las ciudades —urbanización— que, como resultado, generó un aumen-

to de problemas de salud y una disminución en el suministro de agua. Esto fue aprovechado por empresas de gran envergadura, especialmente en países como Alemania, Francia e Italia, que, con el apoyo del marketing, introdujeron el agua embotellada como una alternativa más saludable y accesible que el agua corriente. Entre las marcas más destacadas de esa época se encuentran Perrier, Evian y Vittel en Francia, Apollinaris en Alemania y Sanpellegrino en Italia (Jalomo-Aguirre, Torres-Rodríguez, Ávila-De Alba y Álvarez-Cortázar, 2014).

El auge del agua embotellada en Europa realmente despegó en la década de 1960, cuando se logró expandir el negocio, estableciendo puntos de venta en el extranjero y posteriormente adquiriendo y explotando manantiales en otros países. La llegada del capitalismo y la introducción de nuevas tecnologías, como el plástico y los envases de PET (Polietileno Tereftalato), junto con el continuo proceso de urbanización, dieron lugar a nuevos estilos de vida. Esto, combinado con una eficaz campaña de marketing que promovía el agua embotellada como un producto de mayor calidad y más saludable en comparación con el agua del grifo, convirtió al agua embotellada en un elemento común en la vida cotidiana de las personas (Jalomo-Aguirre, Torres-Rodríguez, Ávila-De Alba y Álvarez-Cortázar, 2014).

En la actualidad, cuatro grandes corporaciones controlan aproximadamente el 50% del mercado global de agua embotellada. Estas empresas son Nestlé (Suiza), Danone (Francia), Coca-Cola (Estados Unidos) y PepsiCola (Estados Unidos) (Jalomo-Aguirre, Torres-Rodríguez, Ávila-De Alba y Álvarez-Cortázar, 2014; Sánchez, 2017), las cuales han logrado esta dominación al adquirir de manera progresiva compañías locales productoras y distribuidoras, expandiendo así sus redes de distribución.

III. El mercado del agua embotellada

En las últimas dos décadas, el mercado del agua embotellada se ha posicionado como una de las tres principales mercancías más lucrativas a nivel mundial, sólo superada por el petróleo y el café (Dinares, 2011). El aumento en su consumo se atribuye a tres factores que provienen del consumidor, según describe Dinares en su investigación:

1) La preocupación por la calidad del agua de la llave.
2) La conveniencia.
3) Las preferencias y percepciones en cuanto al sabor.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Según Dinares (2011), los consumidores consideran que el agua embotellada tiene un sabor superior al del agua de la llave —que puede tener un regusto a cloro— y les brinda la seguridad de ser de una pureza óptima. Tanto la producción como el consumo han experimentado un notable incremento en los últimos años, especialmente en países donde la calidad del agua no es considerada satisfactoria, como es el caso de México. Incluso, en naciones donde el agua es de buena calidad, como en Estados Unidos y Canadá, se ha observado un aumento significativo en el consumo. En la actualidad, el agua se ha convertido en un negocio de gran envergadura, estimado en alrededor de 400,000 millones de pesos. Este sector abarca tecnología, recursos naturales (como los mantos acuíferos), sistemas de alcantarillado y tratamiento de aguas (Cruz, 2009; Carbajal, 2022).

El Banco Mundial ha promovido el proceso de privatización en los cinco continentes, alentando la inversión extranjera directa en países en vías de desarrollo. Así, el Banco Mundial, las agencias de las Naciones Unidas y diversos gobiernos, han implementado el concepto de asociación público-privada en el sector del agua (Montero, 2006). La tradición de consumir agua embotellada ha prevalecido en países europeos por muchos años. En América del Norte y Asia, su popularidad se disparó a partir del año 2000, y ha presentado una tendencia en aumento desde la década de 1999 al 2009.

Para 2024, se estima que el mercado de agua embotellada alcanzará los 336.21 mil millones de dólares y los 452.90 mil millones de dólares en 2029, creciendo a una tasa anual del 6.14% durante este periodo. Las restricciones globales por el coronavirus generaron desafíos logísticos en el sector. A pesar de esto, los fabricantes tomaron medidas para apoyar el crecimiento del mercado durante la pandemia. Por ejemplo, en septiembre de 2020, PepsiCo donó 35,000 botellas de agua y refrescos a trabajadores en los Estados Unidos, en colaboración con Draw a Smile. La demanda de agua embotellada aumentó inicialmente por el almacenamiento preventivo de los consumidores, pero disminuyó con la caída del turismo. La demanda está impulsada por el miedo a enfermedades por agua del grifo contaminada y la comodidad del agua embotellada. Sin embargo, la contaminación por plástico y los riesgos para la salud del agua embotellada son desafíos para el Estado y el mercado (Mordor Intelligence, 2024).

En muchos países, la escasez de agua se ha abordado a través de la participación de empresas privadas. En ocasiones, esto se realiza en colaboración con el Estado o mediante la privatización del sector. Se argumenta que, a nivel municipal, existe una limitación tanto en recursos financieros como

en infraestructura para proveer agua potable a la población. Esta situación es común tanto en países desarrollados como en vías de desarrollo. En México, de acuerdo con la Comisión Nacional del Agua (Conagua), la refresquera más grande del mundo, Coca-Cola, tiene permitido extraer 52,800 millones de metros cúbicos de agua al año; Pepsi, 32,000 millones; Danone, 15,400 millones, Nestlé, 9700 millones, y Aga, 5,200 millones (Carbajal, 2022).

Las grandes trasnacionales apuntan sus estrategias hacia los países emergentes, donde el acceso y la calidad del agua son insuficientes, como es el caso de América Latina y Asia, que han encontrado la facilidad en cuanto a su crecimiento, adquiriendo empresas locales para la producción y distribución del producto, haciendo con esto, que el mercado del agua embotellada en estos países se eleve de manera considerable. En 2024, se espera que el tamaño del mercado de agua embotellada alcance los 336.21 mil millones de dólares (Mordor Intelligence, 2024).

IV. Concesiones a trasnacionales

El crecimiento de la población mundial va en aumento, mientras los recursos naturales, como el agua, se agotan gradualmente. Mientras tanto, las corporaciones trasnacionales están explotando estos recursos al formar alianzas en nuevos países, con empresas locales o a través de la privatización del sector. A finales del siglo XVIII, se documentó la primera licencia de explotación en Francia: el manantial de Evian. Esta concesión fue otorgada por el reino de Sanboya-Piamonte. En 1854, Vittel también comenzó a adquirir fuentes de los pobladores locales. Estos acontecimientos históricos marcaron el inicio de las concesiones de agua a nivel global (Jalomo-Aguirre, Torres-Rodríguez, Ávila-De Alba y Álvarez-Cortázar, 2014).

En los últimos años, la participación de corporaciones multinacionales en el suministro público de agua ha experimentado un aumento exponencial. Estas empresas poseen un poder económico considerable para influenciar a los gobiernos locales, logrando que estos inviertan y participen en el negocio de la venta y distribución de agua.

En México, según el artículo 14 *bis* 5 de la Ley de Aguas Nacionales, se establece que el uso público del agua para centros de población tiene prioridad sobre otros usos. A pesar de esto, las concesiones otorgadas por Conagua no siempre cumplen con esta disposición, permitiendo que los intereses de capitales trasnacionales, como mineras y agroindustrias, tiendan a preva-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

lecer sobre otros (Vázquez-García, Pérez-Olvera y Muñoz-Rodríguez, 2014; Carbajal, 2022).

Hacia mediados de 2008, un grupo independiente de la sociedad civil recopiló datos del Registro Público de Derechos de Agua (Repda) relativos a los derechos de agua de las empresas embotelladoras en México. Descubrieron la existencia de 608 franquicias dedicadas al envasado de agua, refrescos y cerveza, las cuales representan casi el 10% de las concesiones otorgadas para uso industrial. De estas 608 concesiones, 366 fueron asignadas a embotelladoras asociadas a Coca-Cola, Cervecería Cuauhtémoc, PepsiCo, Danone, Nestlé y Grupo Modelo. Según el Registro, el volumen total de agua concedido a estas empresas asciende a 48,890,000 metros cúbicos anuales (Cruz, 2009). Actualmente, a nivel global, Danone S.A., PepsiCo Inc., The Coca-Cola Company, Otsuka Pharmaceutical Co. Ltd. y Nestlé S.A. son las principales empresas que operan en el mercado de agua embotellada (Mordor Intelligence, 2024).

En México, la Conagua emite y regula los permisos y concesiones para el uso del agua a través de la Ley de Aguas Nacionales. Cualquier entidad, ya sea persona física o jurídica, puede solicitar un permiso para la extracción. La Conagua otorga concesiones en función de la cantidad de agua solicitada y la disponibilidad en las zonas hidrológicas seleccionadas. Según la legislación, una concesión puede tener una duración mínima de 5 años y máxima de 30 años, con la posibilidad de ser prorrogada (Comisión Nacional del Agua, 2015).

Aunque las concesiones especifican un volumen máximo permitido de extracción y el artículo 29 de la Ley de Aguas Nacionales obliga a los titulares a instalar medidores para regular la cantidad de agua extraída anualmente, la realidad es que las empresas extraen más agua de la permitida según las concesiones otorgadas por la Conagua (Flores, 2022). Eso refuerza el supuesto de investigación planteado: ¿por qué el Estado prioriza las concesiones del mercado para el aprovechamiento hídrico frente a las necesidades poblacionales de consumo de agua potable?

Existen empresas multinacional y sus filiales que poseen un total de 51 concesiones según el Repda. Esto incluye 23 concesiones para extracción, 13 para descarga de aguas residuales y 7 para uso de suelo federal. Productos Gerber, por su parte, tiene 2 concesiones para extracción y una para descarga de aguas residuales, mientras que Manantiales la Asunción cuenta con 3 concesiones para extracción y dos para descarga de aguas residuales. Desde hace 10 años la cantidad total extraída en conjunto asciende a 8.96 millo-

nes de metros cúbicos de agua al año (Delgado Ramos, 2014), la tendencia de explotación sigue en aumento.

El volumen anual total extraído por Nestlé, exclusivamente de aguas subterráneas y en caso de no exceder las cuotas concesionadas, equivaldría a abastecer a una población de 89,881 habitantes. Esto considerando una asignación de 250 litros por habitante al día, una cantidad significativamente mayor que la recomendada por la Organización Mundial de la Salud (OMS) de 20 litros por habitante al día para satisfacer las necesidades básicas de higiene y alimentación (Delgado Ramos, 2014).

En cuanto a Coca-Cola, posee 104 concesiones distribuidas en 28 estados de México, abarcando específicamente 65 municipios. Estas concesiones corresponden a la extracción de agua de 48 acuíferos, totalizando una extracción de 28,841,710 metros cúbicos anuales. Además, se tiene constancia de la extracción en otros 6 acuíferos de los cuales no se dispone de datos precisos (Delgado Ramos, 2014).

En la actualidad, en México no existe una efectiva coordinación entre los distintos niveles de gobierno, lo que ha resultado en la falta de una estrategia para abordar el problema del suministro de agua potable. Esta desarticulación entre el gobierno y los organismos operadores ha llevado a que, desde 1989, cuando los municipios asumieron el control de los sistemas de tratamiento y disposición de aguas residuales, solamente 1200 de los 2445 municipios cuentan con dichos organismos para brindar servicios de abastecimiento y alcantarillado. Esto significa que no siempre se dispone de la capacidad para ofrecer agua potable en condiciones óptimas para el consumo directo del grifo (Camacho, 2017; Magaña, 2015).

La escasez de agua agrava varios problemas que afectan directamente a la población. Según datos de la Encuesta Nacional de Ingresos y Gastos de los Hogares (ENIGH) de 2022, el 93 % de las viviendas en México tienen acceso a agua entubada. Los hogares destinan un promedio anual de 1643.16 pesos al servicio de agua potable, sin embargo, este pago no garantiza un suministro continuo y de calidad. De acuerdo con la ENIGH, el 33 % de las viviendas con acceso al agua no reciben un suministro diario, lo que obliga a incurrir en gastos adicionales como la compra de agua en pipas, agua embotellada o la instalación de sistemas de purificación (López, 2023).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

V. Los impactos socioambientales del consumo de agua embotellada

1. *El uso del PET*

A. *Impacto económico*

Los plásticos son compuestos por polímeros ampliamente empleados en diversos sectores, incluyendo la industria de la salud y la alimentación, gracias a sus propiedades que los convierten en productos duraderos y económicos. En 2018, la producción global de plástico alcanzó los 359 millones de toneladas, mostrando un rápido incremento en los últimos años (Plastics Europe, 2019).

Para 2020, se observó un marcado aumento en la producción de plástico, llegando a los 367 millones de toneladas métricas, lo que se traduce en un total de 29 millones de toneladas métricas de residuos plásticos. Según datos de Plastics Europe (2021), solo el 9% de estos 29 millones de toneladas fueron recicladas, el 12% se sometió a incineración, mientras que el resto fue depositado en vertederos o en el entorno natural, generando así un grave problema de salud pública debido a las consecuencias asociadas con los residuos plásticos (Plastics Europe, 2021).

Los plásticos se pueden clasificar en dos categorías: primarios y secundarios. Los plásticos primarios comprenden productos industriales o comerciales como pinturas, cosméticos o adhesivos. Por otro lado, los plásticos secundarios son el resultado de residuos plásticos más grandes que han envejecido. Entre los materiales plásticos más utilizados se encuentran el Tereftalato de polietileno (PET), polietileno (PE), polipropileno (PP), poliestireno (PS), policarbonato (PC), poliuretano (PU), entre otros (Gambino, Bagordo, Grassi, Panico y Donno, 2022).

La mayoría de los residuos de estos plásticos se descargan en el entorno natural, como se mencionó anteriormente, y al descomponerse, son absorbidos por los humanos de diversas formas: a través del contacto dérmico, la exposición al aire y la ingestión (Bos y Meinardi, 2000). La ingestión se produce al consumir alimentos contaminados y es la principal vía de absorción. Hay numerosos estudios que demuestran la presencia de contenido plástico en una variedad de productos como pescado, moluscos, frutas, hortalizas, sal de mesa y especialmente en alimentos envasados industrialmente. Esto conlleva, en primer lugar, daños ambientales y, en segundo lugar, enfermedades en el cuerpo humano (Schwabl, Koppel, Konigshofer, Bucsics, Trauner, Reiberger y Liebmann, 2019).

En este contexto, se abordará en este trabajo el PET (Tereftalato de polietileno), ya que es uno de los plásticos más empleados en la fabricación de botellas para el almacenamiento de agua. Su producción implica todo un proceso de contaminación. El reciclaje o la incineración de las botellas de agua conlleva un consumo de energía y la liberación de partículas tóxicas que afectan el agua, el aire y otros elementos del entorno (Nemer, 2010).

En su estudio, Reyes (2009) señala que, para producir 1 kilogramo de PET, se requieren 1.9 kg de petróleo crudo. De ese kilogramo de PET, el 64% es petróleo crudo, el 23% son derivados líquidos de gas natural, y el 13% es aire. En Estados Unidos, se generan alrededor de 1.5 millones de toneladas de residuos de plástico al año. Esta cantidad de plástico demanda 178 millones de litros de petróleo al año para su producción (Díaz, Caraballo, Villarreal, Lobo, Rosario, Briceño, Gutiérrez, Díaz, 2007).

No obstante, se podría suponer que el mayor impacto ocurre cuando los plásticos son vertidos en el agua. Sin embargo, esto no es así. El impacto ambiental más significativo tiene lugar durante la fabricación de botellas de PET, específicamente en el proceso de ensamblaje, como señala Nemer (2010). Esto se debe a la alta demanda de combustible y minerales utilizados, como hierro, piedra caliza, KCl, bauxita, azufre y NaCl. Durante el proceso de ensamblaje, se emite una gran cantidad de gas metano a la atmósfera, lo que provoca una contaminación significativa del aire. Posteriormente, estos plásticos se convierten en nanopartículas y se mezclan con las gotas de lluvia, dispersándose en océanos, ríos, suelos y áreas de cultivo.

Por otro lado, la eliminación de las botellas de PET está directamente relacionada con el nivel de consumo de agua embotellada. Las empresas multinacionales producen anualmente alrededor de 500,000 millones de botellas de plástico, y se adquieren un millón de botellas en todo el mundo cada minuto. En 2019, Coca-Cola generó 230,000 millones de envases, de los cuales 124,000 millones eran botellas de plástico, y el 97% eran de un solo uso (Soto, 2021).

Una botella de plástico tarda 500 años en degradarse, durante los cuales permanece por largos periodos en los océanos, siendo ingerida por animales marinos, lo que a menudo resulta en su captura o incluso en su muerte, al confundirla con comida. Un estudio llevado a cabo en México, en el estado de Baja California Sur, reveló que en el 20% de los 755 peces muestreados se encontraron plásticos en sus estómagos. La mayoría de estos peces termina siendo consumida por humanos, lo que provoca enfermedades endocrinas y cancerígenas debido a los contenidos plásticos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

B. *Riesgos a la salud*

La desconfianza de los consumidores hacia el agua del grifo se origina por la incapacidad de los gobiernos para garantizar un suministro de agua potable en los hogares (Ramírez, 2003), lo que ha conducido a un incremento del consumo de agua embotellada, del 35% a nivel global (Cruz, 2009). En la actualidad, México se ha convertido en el mayor consumidor de agua embotellada en el mundo, experimentando un aumento del consumo del 152% durante la década de 2008 a 2018 (Vega A, 2020).

El auge de la demanda de agua embotellada como principal producto de consumo se registró a partir de la década de los noventa, coincidiendo con el terremoto de 1985 y el brote de cólera en 1990 (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016). Esto llevó a que la percepción del agua del grifo fuera negativa, como Paullier lo describió en 2015: "La falta de confianza en los sistemas operativos de agua, el aumento del acceso al agua embotellada y la ausencia de una estructura regulatoria que supervise esta industria en crecimiento han impulsado el aumento del consumo de agua embotellada" (Paullier, 2015).

De acuerdo con los datos del Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI) obtenidos a través del Módulo de Hogares y Medio Ambiente (Mohoma), se evidenció que el 69% de la población mexicana prefería el agua embotellada por considerarla más saludable, el 20% no apreciaba el color o sabor del agua de la red pública, y el 5% la utilizaba como única fuente de agua para beber, como se ilustra en la gráfica 1 (INEGI, 2018).

Gráfica 1.
Distribución porcentual de los hogares según motivos
para beber agua embotellada en 2017



FUENTE: INEGI, 2018.

La Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (Condusef) indicó que México se ubica en el puesto 106 en cuanto a calidad de agua entre 122 países, siendo el peor clasificado en América Latina, según la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (Hormiga, 2016).

Según el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI) a través de la Encuesta Nacional de Hogares (ENH) de 2016, de los 32 millones de hogares en el país, el 93% cuenta con acceso a agua potable, aunque no necesariamente de manera diaria. Únicamente el 68% de la población en México recibe agua a diario, mientras que el 13% la recibe cada tercer día, y el 7% no tiene acceso al agua potable (INEGI, 2018).

Debido a lo mencionado, el INEGI reportó que, en 2018, la preferencia por el suministro de agua embotellada en los hogares para beber aumentó en 5 puntos porcentuales entre 2015 y 2017, llegando a un 76.3%. Esto contrasta significativamente con el 19.6% que utiliza la red pública de agua (INEGI, 2018).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Gráfica 2.
Distribución porcentual de los hogares según fuente de abastecimiento del agua para beber en 2017



FUENTE: INEGI, 2018.

En cuanto a los hogares de las zonas rurales y las zonas urbanas, existe una preferencia en ambas por el agua embotellada; pues en comparación con el 2015, en el 2017 existió un aumento de 5 puntos para la zona urbana y de casi 10 puntos para la zona rural, aclarando la preferencia del consumidor por el agua embotellada.

Según datos de la Condusef, en 2016, el consumo per cápita de agua embotellada en México fue de 174 litros al año, superando a países como Estados Unidos (165 litros) y China (50 litros). En promedio, en México, el gasto semanal para el consumo de agua embotellada fue de 51.74 pesos, lo que resulta en un gasto anual promedio de 2,483.52 pesos. Para las zonas urbanas, el gasto semanal fue de 52.61 pesos y, para las zonas rurales de 6.38 pesos (INEGI, 2018) (Culora, 2020; The Food Tech, 2020). En el país, las empresas pagan en promedio 0.0182 pesos por litro de agua y lo venden a 6 pesos, obteniendo una ganancia 330 veces mayor a su valor (Vega, 2015). Esto representa un fuerte impacto en el bolsillo de las personas y un negocio altamente rentable para las empresas; también refleja la desigualdad económica respecto al acceso, asequibilidad y disponibilidad de agua potable.

Existe preocupación por parte de los investigadores en conocer la calidad microbiana que hay en el agua embotellada. Hasta el momento se tiene el conocimiento de que existen bacterias en el agua embotellada, que tienen su origen al tomar el agua de su fuente natural o que pueden ser introducidas durante el procesado y embotellamiento (forma más común), como lo describen diversos autores (Díaz, Caraballo, Villarreal, Lobo, Rosario, Briceño, Gutiérrez, Díaz, 2007).

Sin embargo, otros estudios revelan que, el mayor incremento de microrganismos no es durante el embotellamiento, sino cuando el producto ya está finalizado —sellado— y posteriormente es almacenado en medios no adecuados, como la exposición al sol, o lugares con alto nivel de temperatura. Así, si el agua en un principio contenía pocos microorganismos, los factores anteriores propician un medio adecuado para aumento exponencial del número de bacterias (Díaz, Caraballo, Villarreal, Lobo, Rosario, Briceño, Gutiérrez, Díaz, 2007).

Los establecimientos de agua purificada, al igual que las grandes embotelladoras de agua, están regulados por la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios (Cofepris), vinculada al Departamento de Regulación y Fomento Sanitario de la Secretaría de Salud, quien especifica las normas que se deben cumplir, así como los parámetros fisicoquímicos y biológicos, por medio de la NOM 179-SSA1-2020 Agua para uso y consumo humano. Control de la calidad del agua distribuida por los sistemas de abastecimiento de agua, establece la calidad, el control, evaluación y monitoreo del agua distribuida por medios públicos y privados (NOM-179-SSA1-2020) y la NOM-201-SSA1-2015, Productos y servicios. Agua y hielo para consumo humano, envasados y a granel. Especificaciones sanitarias. Donde se especifican las características y especificaciones que deben cumplir los productos (NOM-201-SSA1-2015).

Se ha comprobado que, a medida que avanza el tiempo de almacenamiento, las botellas hechas de PET aumentan la contaminación del agua con antimonio (Sb), una sustancia responsable de enfermedades pulmonares como el cáncer de pulmón y enfermedades cardíacas (Agencia de Sustancias Tóxicas y el Registro de Enfermedades, 2019). Las concentraciones de antimonio recomendadas por la OMS son de 2000 ng/L. Un estudio llevado a cabo en Perú en 2017 demostró que el agua almacenada durante al menos 2 meses —febrero-marzo— en condiciones de aire ambiente, con exposición al sol, mostró un aumento considerable de antimonio, de 40 ng/L a un rango de 2260 ng/L a 2440 ng/L, superando lo recomendado por la OMS (Apesteguia, 2017).

Con base en lo anterior, concluimos que la exposición a los plastificantes añadidos al PET es perjudicial para la salud, ya que son disruptores hormonales, como los ftalatos, que son sospechosos de ser cancerígenos y tienen efectos tóxicos en el hígado, riñones y órganos reproductivos (Montero y Cardoso, 2016). Finalmente, en las fuentes donde se recolecta el agua para su posterior embotellamiento, existe una gran cantidad de microorganis-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mos. Se encuentra una flora muy variada, que incluye *Achromobacter spp*., *Aeromonas spp*., *Flavobacterium spp*., *Alcaligens spp*., *Acinetobacter spp*., *Cytophaga spp*., *Moraxella spp*., *y Pseudomonas spp*. Estas bacterias están presentes en pequeñas cantidades, pero se multiplican rápidamente durante el envasado y almacenamiento del agua (Montero y Cardoso, 2016).

2. *El derecho humano al agua y a la salud*

Existe una relación intrínseca entre la salud y el agua potable. Junto con la vacunación, la potabilización del agua ha marcado un hito histórico en las políticas de salud pública para mejorar la salud poblacional en el mundo. Por ello, desde el marco legal, el artículo 4o. de la Constitución política de México establece que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. Para ello, la Constitución menciona que es el Estado el que garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

El Instituto Nacional de Salud Pública manifiesta, como principales problemas sanitarios asociados al consumo de agua, la escasez de plantas de tratamiento de aguas residuales con sistemas de tratamiento terciarios. Este tipo de tratamiento asegura una mejor calidad del agua residual tratada. Hay falta de programas de vigilancia epidemiológica, basados en el análisis de la calidad biológica y química del agua. Los riesgos a la salud relacionados con el agua se distribuyen desigualmente entre la población (Rodríguez Dozal, Álamo Hernández, Cortez Lugo, de la Sierra de la Vega, Farías Ferra, Riojas Rodríguez, Martínez Avilés, Félix Arellano y Schilmann Halbinger, 2021).

Por ello, el derecho humano al agua emerge como un tema crucial, intrínsecamente vinculado a los estándares de una vida digna. Su conceptualización ha evolucionado en dos corrientes principales: una, que lo percibe como una condición esencial para otros derechos, los cuales no pueden realizarse plenamente sin un acceso equitativo a las necesidades básicas de agua potable, y otra, que lo fundamenta como un derecho autónomo, independiente de su conexión con la realización de otros derechos humanos (Valdés de Hoyos y Uribe Arzate, 2016).

En el plano internacional, existen ejemplos contundentes sobre el agua como derecho humano, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 30 de marzo de 2010, también reconoce derechos directamente vinculados al derecho al agua. Incluso, en su preámbulo, la Carta reafirma los valores de los pueblos europeos al afirmar que "la Unión está fundamentada en los valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y el Estado de Derecho". Los artículos primero y segundo garantizan, respectivamente, el respeto a la dignidad humana y a la vida. Queda claro que el acceso al agua es esencial para una vida digna (Nascimento, 2019).

En ese contexto, es pertienente la pregunta planteada por Pacheco-Vega en 2015: "¿Cómo es posible que una actividad comercial cuyo fundamento es la extracción y empaquetamiento del recurso no renovable y altamente escaso, se considere una industria no solamente viable sino también legítima?" (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016). Sería apropiado añadir a esta pregunta: ¿qué ocurre con el derecho humano al agua?

En el párrafo anterior se cuestiona la legitimidad de la actividad de las empresas de agua embotellada. Aunque en la pregunta también se pueda inferir el derecho al agua, es crucial dejar en claro que este derecho es fundamental y que de él se derivan todas las demás consideraciones. El agua ya no es considerada un bien público, al que podemos acceder libremente. Ha pasado a ser un bien privado, comercializable e intercambiable, al que solo podemos acceder pagando un precio.

Según la OMS y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), el agua potable es aquella que se utiliza para fines domésticos, consumo humano e higiene personal.

El agua potable salubre se define como aquella que está libre de microorganismos y cumple con las características físicas y químicas que establecen las pautas de la OMS o las normas nacionales sobre calidad del agua. La OMS establece que se considera que se tiene acceso al agua potable cuando esta se encuentra a menos de un kilómetro de distancia del lugar de utilización y se obtienen al menos 20 litros diarios por cada miembro de la familia (Tejado Gallegos y Olmos Pérez, 2014).

En México, el artículo 4o., párrafo sexto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que: "[t]oda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible[...]".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En cuanto al servicio de agua potable y alcantarillado para los usuarios, esta responsabilidad recae en los municipios, tal como se establece en el artículo 115, inciso III, de la Constitución mexicana, que menciona: "[l]os Municipios tendrán a su cargo las funciones y servicios públicos siguientes: *a)* Agua potable, drenaje, alcantarillado, tratamiento y disposición de sus aguas residuales[...]".

El derecho humano al agua es esencial para vivir con dignidad; por lo tanto, este recurso debe considerarse como un bien social y cultural, no sólo económico. En este sentido, la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU) reconoció el derecho al agua potable y al saneamiento como derechos humanos fundamentales el 28 de julio de 2010 (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016).

Además, es importante recordar que en 2011 se llevó a cabo una reforma al artículo 1o. de la Constitución de México, que establece que todas las personas tienen derecho a los derechos consagrados en la Constitución y como en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte. Asimismo, el Estado tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, siguiendo los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad (Tejado Gallegos y Olmos Pérez, 2014).

En países como los Estados Unidos de América (EUA) y Canadá, hay activistas que están llevando a cabo acciones contundentes para promover el derecho humano al agua. En los EUA, la empresa Nestlé ha sido objeto de fuertes críticas por parte de activistas debido a su gran extracción de agua, sin pagar un costo adecuado por ello. Como resultado, las campañas contra la industria del agua embotellada han ganado visibilidad y, en algunos casos, han tenido éxito (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016). En Quebec, Canadá, existe una política de no privatización del agua, y la administración de los servicios de agua es responsabilidad municipal. Sin embargo, esta política no se ha implementado al 100%, ya que aún hay empresas privadas involucradas para brindar apoyo y asesoramiento debido a la falta de experiencia del Estado canadiense en este sector (Montero, 2006). En México, diversas organizaciones han expresado su preocupación por el cumplimiento del derecho humano al agua. Sin embargo, aún no han logrado tener un impacto suficiente para que esta problemática se convierta en parte de la agenda pública. Para que la problemática del agua embotellada adquiera relevancia en la agenda política pública, es necesario que se

alineen tres corrientes, como lo explica (Ros Moreno, Romano Mendoza y López Sánchez, 2016):

1) La identificación del problema.
2) Los elementos políticos relacionados.
3) Los componentes de la política pública.

En el caso del agua embotellada, existe un problema real, que radica en el aumento del consumo de la misma. Sin embargo, el activismo ambiental aún no ha logrado concretar el reconocimiento del derecho humano al agua. Además, no se ha desarrollado una corriente política que implemente soluciones de manera efectiva. Por esta razón, actualmente este tema no se refleja en la agenda pública, ya que la administración gubernamental podría no percibirlo como un problema. Asimismo, podría considerar que el agua embotellada representa una alternativa para paliar el deficiente suministro y abastecimiento de la red pública de agua potable.

Finalmente, es imperativo que se apliquen de manera efectiva las concesiones, y se regulen los precios de compra y venta del agua. Esto se hace necesario en aras de lograr un abastecimiento equitativo y en beneficio de la población, tal como lo estipula el artículo 27 de la Constitución:

> La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, con objeto de hacer una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.

VI. Consideraciones finales y recomendaciones

Entendemos que, en la actualidad, la responsabilidad del suministro y mantenimiento de las redes de agua potable recae en los gobiernos municipales. Sin embargo, la mayoría de ellos carece de los recursos suficientes para garantizar este servicio. Las grandes empresas multinacionales han sabido capitalizar esta oportunidad, creando un negocio lucrativo a expensas de la escasez de servicios públicos y las necesidades de aquellos que carecen de un abastecimiento adecuado de agua en sus hogares. El Estado ha tenido

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

una omisión en sus políticas para garantizar el agua potable a toda la población; particularmente en México, el consumo de agua embotellada —garrafón— es preponderante para beber y preparar alimentos.

Actualmente, persisten lagunas en el cumplimiento de las leyes y regulaciones, con un nivel aún elevado de residuos plásticos en el medio ambiente. Observamos un incremento en el consumo de agua embotellada y preocupaciones por la calidad del agua comercializada que pueden derivar en enfermedades graves. Nos enfrentamos a un problema de múltiples aristas: el negocio lucrativo e intervención de las empresas para la explotación de los recursos hídricos, la carente vinculación de políticas regulativas para evaluar la calidad del agua potable en comercialización y la carencia de agua potable en diversas regiones del país. En ese escenario, el derecho humano al agua y por ende a la salud, se encuentra en vilo.

Por consiguiente, es crucial emprender acciones de mejora en los tres niveles de gobierno —federal, estatal y municipal— para asegurar que todos tengan acceso a un suministro de agua regular y con las características necesarias para generar confianza en los consumidores, y hacer valer el derecho humano al agua. Se hace imperativo modernizar y reconstruir la red de agua, dado que la mayoría de las instalaciones son obsoletas y requieren actualización. También es esencial concientizar a la población sobre el consumo de agua embotellada. En este sentido, se deben llevar a cabo campañas informativas sobre salud ambiental, un tema de vital importancia en la actualidad debido a los acontecimientos recientes.

Finalmente, el Estado debe focalizar sus esfuerzos en comprender el problema actual del agua y otorgarle prioridad en la agenda pública, implementando estrategias para mejorar esta situación. A continuación, se presentan algunas recomendaciones desde las funciones esenciales de la salud pública:

a) Fomentar la colaboración intersectorial entre los tres niveles de gobierno —federal, estatal y municipal— con el fin de mejorar el acceso al agua potable y poner en la agenda pública el derecho humano al agua, asegurando su disponibilidad en áreas actualmente desprovistas de este servicio.
b) Asignar mayores recursos financieros para la inversión en infraestructura de agua potable a nivel municipal. Esto implica la construcción, modernización y mantenimiento de la red de suministro, garantizando propiedades físico-químicas adecuadas para el consumo humano y, de esta forma, restaurar la confianza de los consumidores. Asimismo, esta

inversión puede reducir los gastos personales y generar ingresos para los municipios.

c) Vigilar el cumplimiento de las leyes y regulaciones que rigen a las empresas de agua embotellada, estableciendo una supervisión, evaluación, verificación y monitoreo más rigurosos de los establecimientos en este sector, para garantizar el cumplimiento de estándares de higiene y prevenir riesgos de enfermedades.
d) Fomentar la recuperación del uso de contenedores de vidrio, ya que se ha demostrado que, su empleo para almacenar agua, reduce la presencia de microorganismos en comparación con las botellas de plástico. Además, el vidrio no transfiere posibles contaminantes químicos. En términos de reciclaje, el vidrio también resulta más amigable con el medio ambiente que el plástico.
e) Establecer nuevas tarifas de extracción de agua para las empresas, ajustándolas a los costos reales de explotación, tal como exige la legislación vigente.
f) Desarrollar estrategias para promover empresas social y ambientalmente responsables. Se pueden proponer iniciativas al gobierno que incentiven a las empresas a adoptar prácticas ambientales, como la instalación de fuentes de agua en escuelas y organismos gubernamentales, así como la reducción de la venta de productos embotellados en estos espacios.
g) Llevar a cabo una campaña de concientización sobre el impacto ambiental del consumo de agua embotellada. Esto implica difundir información en los medios de comunicación sobre la utilidad del agua del grifo, el cuidado del recurso y prácticas sanitarias para el consumo de agua potable. La campaña puede implementarse a través de anuncios en radio y televisión, podcasts, publicidad en redes sociales, entre otros medios, así como la realización de talleres en escuelas, centros de salud e instituciones gubernamentales.
h) Reforzar y diseñar programas educativos sobre la protección del medio ambiente. Con la colaboración entre la Secretaría de Salud y la Secretaría de Educación Pública, se deben incluir en los planes de estudio materias que aborden el cuidado del entorno natural.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

VI. Referencias

Agencia de Sustancias Tóxicas y Registro de Enfermedades (2019). *Antimonio*. https://www.atsdr.cdc.gov/es/toxfaqs/es_tfacts23.html

Apesteguia, J. A. (2017). Determinación de antimonio en agua embotellada en envases de Polietileno Tereftalato (PET) de venta ambulatoria. Revistas de Investigación UNMSM, *20*(1), 21–24. https://doi.org/https://doi.org/10.15381/ci.v20i1.14317

Banco Mundial (2022). *Agua*. https://www.bancomundial.org/es/topic/water/overview

Bos, J. D. y Meinardi, M. (2000). The 500 Dalton rule for the skin penetration. *Exp Dermatol*, *9*(5), 165-169. https://doi.org/10.1034/j.1600-0625.2000.009003165.x

Camacho, H. (2017). *Regulación de los servicios de agua potable y saneamiento en México*. https://www.ptonline.com/articles/how-to-get-better-mfi-results

Carbajal, B. (2022). Acaparan 3 mil 300 empresas 20 por ciento del agua en el país. *La Jornada*. https://www.jornada.com.mx/notas/2022/04/27/economia/acaparan-3-mil-300-empresas-20-por-ciento-del-agua-en-el-pais/

Comisión Nacional del Agua. (2015). Derechos y Obligaciones de los Usuarios de Aguas Nacionales y sus Bienes Públicos Inherentes. 1-12. www.conagua.gob.mx

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (28/11/2022). https://mexico.justia.com/federales/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos/titulo-primero/capitulo-i/#articulo-4o

Cruz, M. (2009). *Encadenados al agua embotellada*.

Delgado, C. (2012). *El negocio de bebidas y agua embotellada*.

Delgado Ramos, G. C. (2014). *Apropiación de agua, medio ambiente y obesidad. Los impactos del negocio de bebidas embotelladas en México*. http://computo.ceiich.unam.mx/webceiich/docs/libro/Apropiacion de agua.pdf

Díaz, J., Caraballo, H., Villarreal, M., Lobo, H., Rosario, J., Briceño, J., Gutiérrez G., Díaz, S. (2007). *¿El agua embotellada es adecuada para nuestro consumo? VI*(11), 2-12.

Dinarès, E. (2011). *El comercio internacional del agua embotellada - La hidromafia*. 1-8. https://fnca.eu/biblioteca-del-agua/directorio/file/1420-1306271428-33-velazquez

Flores, K. (2022, julio 23). ¿Quién explota el agua? *SinEmbargo*. https://www.sinembargo.mx/23-07-2022/4225745

Gambino, I., Bagordo, F., Grassi, T., Panico, A. y Donno, A. (2022). Occurrence of Microplastics in Tap and Bottled Water: Current Knowledge. https://doi.org/10.3390/ijerph19095283

Hormiga, G. (2016). Hidrata tu bolsillo, 36-37.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). (2018a). Comunicado de prensa Núm. 132/18, 20 de marzo del 2018, 1-5.

Instituto Nacional de Estadísticas y Geografía (2018b). Comunicado de prensa núm. 262/18, 5 de junio de 2018.

Jalomo-Aguirre, F., Torres-Rodríguez, A., Ávila-De Alba, J. P. y Álvarez-Cortázar, L. T. (2014). La industria del agua embotellada en Europa. siglos XIX-XX. *Agua y Territorio*, 4, 108-124. https://doi.org/10.17561/at.12.4069

Culora, J. (2020). *Actualización 2020 de la Industria del Agua Embotellada*. https://agualatinoamerica.com/2020/09/15/actualizacion-2020-de-la-industria-del-agua-embotellada/

López, S. (2023, septiembre 7). Escasez de agua y sequía en México: Crisis actual. *IMCO*. https://imco.org.mx/escasez-de-agua-y-sequia-en-mexico-crisis-actual/

León Magaña, E. (2015). Agua-n&n y salud pública. *Mundo Nano. Revista Interdisciplinaria En Nanociencias y Nanotecnología*, *8*(14), 92-103.

Montero, D. (2006). El agua embotellada en América del Norte: Un negocio jugoso de pocas empresas. *Denairus*, (12), 189-220. https://denarius.izt.uam.mx/index.php/denarius/article/view/263

Montero, D. y Cardoso, J. (2016). El agua embotellada y los contenedores de plástico ¿Qué tan confiables son? *Boletín de la Sociedad Química de México*, 22–26. http://bsqm.org.mx/pdf-boletines/V10/V10N2/7_Agua_Potable_2016_2.pdf

Mordor Intelligence. (s.f.). Tamaño del mercado de agua embotellada y análisis de participación, tendencias de crecimiento y pronósticos (2024-2029). https://www.mordorintelligence.com/es/industry-reports/bottled-water-market

Nascimento, G. A. R. do (2019). El derecho humano al agua en España: reconocimiento y accesibilidad económica como elementos clave para su efectividad. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *52*(156), 1671-1691. https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2019.156.15166

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Nemer, A. (2010). Mitigación de impactos ambientales ocasionados por residuos de PET provenientes de botellas de agua descartadas. Universidad de Sonora. http://www.repositorioinstitucional.uson.mx/handle/20.500.12984/6948

NOM-179-SSA1-2020, Agua para uso y consumo humano. Control de la calidad del agua distribuida por los sistemas de abastecimiento de agua. (2020). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5603318&fecha=22/10/2020#gsc.tab=0

NOM-201-SSA1-2015, Productos y servicios. Agua y hielo para consumo humano, envasados y a granel. Especificaciones sanitarias. (2015). *Diario Oficial de la Federación*.

Paullier, J. (2015). Por qué México es el país que más agua embotellada consume en el mundo. BBC. https://www.bbc.com/mundo/noticias/2015/07/150722_mexico_consumo_agua_embotellada_jp

Plastics Europe. (2019). Plastics - the Facts 2019. (14), 35. https://www.plasticseurope.org/en/resources/market-data

Plastics Europe. (2021). Plastics - the Facts 2021.

Ramírez, M. L. (2003). Distribución y producción de agua embotellada en México: ¿Agua para todos? Centro de Investigación y Formación Social ITESO.

Reyes J. (2009). Estudio de factibilidad para la instalación de una planta recicladora de envases PET. Instituto Politécnico Nacional. https://tesis.ipn.mx/handle/123456789/4504

Rodríguez Dozal, S. L., Álamo Hernández, U., Cortez Lugo, M., de la Sierra de la Vega, L. A., Farías Ferra, P., Riojas Rodríguez, H., Martínez Avilés, J., Félix Arellano, E. E. y Schilmann Halbinger, A. (2021). *Agua y Salud Pública: Síntesis sobre políticas de salud*. Instituto Nacional de Salud Pública.

Ros Moreno, A., Romano Mendoza, E. L. y López Sánchez, M. (2016). *El Agua en México. Actores, sectores y paradigmas para una transformacion social-ecológica*. Friedcrich Ebert Stiftung (Vol. 5). https://accedacris.ulpgc.es/bitstream/10553/253/1/495.pdf

Sánchez Fermín, S. (2017, 28 de julio). Estas son las empresas que más ganan con el negocio del agua embotellada. Expansión. https://agua.org.mx/estas-son-las-empresas-que-mas-ganan-con-el-negocio-del-agua-embotellada/

Schwabl, P., Koppel, S., Konigshofer, P., Bucsics, T., Trauner, M., Reiberger, T. y Liebmann, B. (2019). Detection of various microplastics in human

stool: A prospective case series. Annals of Internal Medicine, *171*(7), 453-457. https://doi.org/10.7326/M19-0618

Soto J. (2021). Impacto ambiental del agua embotellada.

Tejado Gallegos, M. y Olmos Pérez, A. (2014). El derecho humano al agua potable y saneamiento. Comisión Nacional de Los Derecho Humanos, 1-24.

Tello-Ibarra, V. y Rogelio Fernández-Arguelles, R. (2017). La salud: desafío y obligación constitucional del Estado mexicano. *Revista Iberoamericana de Ciencias*, *4*(4), 40-45.

The Food Tech. (2020). Mercado de agua embotellada en China crecerá 58% en 2019. https://thefoodtech.com/historico/mercado-de-agua-embotellada-en-china-crecera-58-en-2019/

Valdés de Hoyos, Elena Isabel Patricia y Uribe Arzate, Enrique. (2016). El derecho humano al agua. Una cuestión de interpretación o de reconocimiento. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(34), 3-25. https://doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.07.001

Vázquez-García, V., Pérez-Olvera, M. A. y Muñoz-Rodríguez, C. (2014). Desarrollo, género y el derecho humano al agua: Un estudio comparativo en Hidalgo, México. *Agricultura, sociedad y desarrollo*, *11*(3), 295-314. http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-54722014000300003&lng=es&tlng=es

Vega A. (2020). *El mercado de agua embotellada en Hermosillo*. El Colegio de Sonora. https://www.colson.edu.mx/nota.aspx?nx=3557

Vega, R. P. (2015). Agua embotellada en México: de la privatización del suministro a la mercantilización. *Espiral. Estudios Sobre Estado y Sociedad*, *22*(63), 221-263. https://doi.org/https://doi.org/10.32870/espiral.v22i63.1671

Villanueva, D. (2021). México, el mayor consumidor de agua embotellada en el mundo. *La Jornada*. https://www.jornada.com.mx/notas/2021/04/02/economia/mexico-el-mayor-consumidor-de-agua-embotellada-en-el-mundo/

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

Sistema IIJ

Zepeda Rodríguez, Luis Fernando y Tello Ibarra, Jordan Vladimir, "Agua embotellada: contemplaciones sanitarias entre el derecho humano a la salud y la industria privada", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19558. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19558

APA

Zepeda Rodríguez, L. F. y Tello Ibarra, J. V. (2025). Agua embotellada: contemplaciones sanitarias entre el derecho humano a la salud y la industria privada. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19558. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19558

Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia

Extraordinary powers of the president of the republic and judicial review: Expansion of the executive's competences during the COVID-19 pandemic in Colombia

Mario Alberto **Cajas Sarria**

https://orcid.org/0000-0003-4070-0135
Universidad Icesi. Colombia.
Correo electrónico: mcajas@icesi.edu.co

Juan Pablo **Sarmiento Erazo**

https://orcid.org/0000-0002-7303-3300
Universidad de la Sabana. Colombia.
Correo electrónico: juan.sarmiento3@unisabana.edu.co

Recepción: 31 de enero de 2023
Aceptación:13 de marzo de 2024
Publicación: 13 de septiembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.17754

Resumen: Este artículo sostiene que, con el propósito de amparar la seguridad y la salubridad durante la pandemia por COVID-19, los tribunales constitucionales y de legalidad flexibilizaron el control judicial, permitiendo así una mayor expansión y concentración de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo, bajo el entendimiento de que estas medidas serían más eficientes para controlar la propagación del virus y salvar vidas humanas. Para probar este argumento, se examinan los principales fallos de control de constitucionalidad y legalidad que fortalecieron el poder presidencial en Colombia, a costa de la facultad de control y configuración legislativa, así como de los espacios de deliberación democrática, para encontrar allí las subreglas que prueban la prevalencia de los criterios de eficiencia, sobre las libertades y el equilibrio de poderes.

Palabras clave: COVID-19 y medidas de policía, facultades extraordinarias del presidente, control inmediato de legalidad, control constitucional a los estados de excepción, pandemia y estado de emergencia.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Abstract: This article argues that, in order to protect safety and health during the COVID-19 pandemic, the constitutional and legality courts made judicial review more flexible, allowing the expansion and concentration of regulatory powers under the understanding that these measures would be more efficient in controlling the spread of the virus and saving human lives. To prove this argument, it examines the main rulings of judicial review of constitutionality and legality that strengthened the presidential power in Colombia, at the expense of the authority and legislative configuration, as well as the spaces of democratic deliberation, to find there the Sub-rules that prove the prevalence of efficiency criteria over freedoms and the balance of powers.
Keywords: COVID-19 and police measures, emergency powers of the president, immediate judicial review of legality, judicial review of states of exception, pandemic and emergency powers.

Sumario: I. Introducción, discusión y metodología. II. Antecedentes de las "facultades implícitas" y el amplio margen de poder reglamentario del presidente de la República. III. Incremento del poder presidencial y pandemia de covid-19 por medio del control constitucional y de legalidad. IV. La prevalencia de los criterios de eficiencia sobre las libertades y el equilibrio de poderes en las decisiones de control constitucional y de legalidad. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Introducción, discusión y metodología

La experiencia de Colombia, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos, se caracteriza por un autoritarismo militarista como alternativa de poder, que se ha estatuido desde momentos fundacionales. Esta forma de constituir lo político permitía romper el vínculo de cada gobierno con liderazgos precedentes y autorizaba el ejercicio de un "poder fuerte", que prometía el anhelado control del orden público comprometido por una sucesión de crisis bélicas.

Esta tradición política favoreció que los gobiernos ejercieran el poder, desconociendo las libertades públicas y los derechos, de modo que viciaban la propia democracia y la convertían en un reducido medio de participación y mediación política (Sarmiento, 2018). En este sentido, Linz señala que cuando decimos que un régimen es una democracia consolidada, no excluimos la posibilidad de que quiebre en el futuro. Sin embargo, esa quiebra no se relacionaría con la debilidad o los problemas específicos del proceso histórico que consolida la democracia, sino con una nueva dinámica en la que el régimen democrático no puede resolver un conjunto de problemas. Una alternativa no democrática gana importantes apoyos y los exleales al ré-

gimen democrático comienzan a comportarse de un modo desleal o semileal respecto de la Constitución (Linz y Stepan, 1996).

Desde el punto de vista histórico, sólo en pocas oportunidades la política se ha conocido y se ha hecho realidad. La política y la libertad van unidas, y la tiranía, en palabras de Arendt, "es la más propiamente antipolítica, recorre como un hilo rojo el pensamiento y la acción de la humanidad europea hasta la época más reciente". Los estados autoritarios o totalitarios y sus correspondientes ideologías han cercenado la libertad, entendiendo que ésta debe ser sacrificada para garantizar el desarrollo histórico cuyo proceso "puede ser obstaculizado por el hombre, únicamente si éste actúa y se mueve en libertad". Los Estados autoritarios o totalitarios han descubierto, para la autora citada, los medios políticos para "sumergir al hombre en la corriente de la historia, de modo que quedara atrapado tan exclusivamente por la libertad de ésta que ya no pudiera frenar su libre fluir, sino al contrario, convertirse él mismo en un momento de su aceleración" (Arendt, 2008, pp. 154 y ss.).

El autoritarismo militarista colombiano exacerbó la confusión de poderes y permitió que el Ejecutivo abordara competencias que normalmente no le correspondía, como la emisión de leyes o actos administrativos que materialmente eran leyes (Barreto, 2012 y 2017; Cajas, 2015; González, 2015). En otras ocasiones, en especial, en aquellas materias que tenían reserva legislativa, el legislador optó por el "blanqueo" de normas de excepción emitidas por el Ejecutivo. Esta práctica supuso que el Congreso de la República, a petición del presidente de la República, extendiera la influencia y los efectos del estado de emergencia y los prolongara en el tiempo, convirtiendo a los decretos legislativos de excepción, en legislación permanente por medio de leyes ordinarias promulgadas por el Congreso (Iturralde, 2008).

La Asamblea Constituyente de 1991 en buena medida surgió como un rechazo a los excesos del Ejecutivo, aunque paradójicamente esta pudiera surgir en parte por la expedición de dos decretos de estado de sitio dictados por el presidente de la República (Dávila, 2002). La Asamblea intentó limitar los excesos autoritarios del Ejecutivo recortando sus facultades bajo los estados de excepción y confiando a una ley estatutaria (Ley 137 de 1994) la fijación de un marco legal respetuoso de los derechos. La jurisprudencia de la Corte Constitucional, en general mantuvo una postura garante de los derechos y estableció restricciones a esos estados, en especial al de conmoción interior y de emergencia económica y social. No obstante, la llegada de la pandemia de COVID-19 en el año 2020 y luego el estallido social

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

del año 2021 (paro del 2021) mostró que el diseño institucional de la Constitución vigente se preocupó más por limitar la excepcionalidad como factor fundamental para frenar el poder presidencial, y menos en los límites a los poderes de policía del Ejecutivo. De este modo, dichas facultades ordinarias fueron las que en últimas le permitieron al gobierno de Iván Duque Márquez (2018-2022) enfrentar ambos fenómenos, con el desbordante poder y comprometiendo los derechos fundamentales y las libertades públicas. En suma, un regreso a la trayectoria de incremento del poder presidencial que ha caracterizado al régimen político colombiano.

Y es que el "enemigo interno" —y algunas veces externo— (Sarmiento, 2013) jugó un papel constitutivo del romanticismo autoritario y del militarismo que definió la manera en que se constituyó y ejerció el poder, especialmente el Ejecutivo. En efecto, la historia institucional colombiana del siglo XX y XXI da cuenta del ejercicio antagónico del poder, construido bajo la sombra del enemigo que amenazaba la "unidad nacional", a quien se le adjudicaba todos los males de la "patria". En los años recientes, los gobiernos de Álvaro Uribe, Juan Manuel Santos e Iván Duque centraron su discurso electoral en la "seguridad democrática", la "recuperación" del territorio dominado por grupos armados ilegales y la derrota militar de esas estructuras. Con todo, el segundo mandato del presidente Santos fue un paréntesis a esa narrativa belicista, en tanto negociaba un acuerdo de paz con las FARC, el grupo guerrillero más poderoso de la segunda mitad del siglo veinte en Colombia. No obstante, en su estrategia de adición y legitimación de los acuerdos, convocó a un plebiscito en el año 2016, que revivió la guerra —y el rechazo a los grupos armados— en el discurso político, y finalmente condujo a la presidencia a Duque (2016-2022). Este sucesor ideológico y expreso del expresidente Uribe prometía el retorno de la seguridad democrática, la derrota de las disidencias de las FARC y los grupos armados organizados (GAO),[1] y por supuesto "sanear" la traición de Santos al legado uribista.

Tanto los veinte años (2002-2022) de "seguridad democrática", así como la implementación del acuerdo de paz por medio de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso al presidente en una reforma constitucional transitoria (Acto Legislativo 01 de 2016), condujeron a una ampliación notable del Ejecutivo, por medio de una diversidad de fuentes que no eran equiparables a las facultades del estado de excepción, sino que constituían legislación permanente (Botero y Cajas, 2021).

[1] Véase La Silla Vacía (2021) y France 24 (2022).

Este modelo constitucional y administrativo se puso a prueba y extendió las facultades reglamentarias del Ejecutivo en el gobierno de Iván Duque, quien había perdido rápidamente el apoyo del Congreso, dada la pobre agenda legislativa que propuso, conjugada con algunas propuestas legislativas para reversar lo avanzado en el acuerdo de paz con las FARC (Sarmiento, 2020). En efecto, la pandemia del virus SARS-CoV-2 (COVID-19) le permitió al gobierno nacional declarar dos estados de emergencia, y con ello ganar facultades semiparlamentarias transitorias. Entretanto, el Ejecutivo, por medio de decretos ordinarios que se amparaban en las facultades ordinarias de policía establecidas en el Código Nacional de Policía y Convivencia (Ley 1801 de 2016), reglamentó un amplio espectro de materias en el marco de una emergencia sanitaria que rigió entre el 12 de marzo del 2020 y el 30 de junio de 2022.

Aunque las primeras medidas gubernamentales se dirigieron a confinamientos y limitaciones a la movilidad, luego se extendieron a otras materias, de modo que durante un poco más de dos años, el Ejecutivo pudo prescindir del Congreso y ejercer distintas potestades normativas.[2] Lo antedicho se vio reforzado por la acción —o la inacción— del Consejo de Estado.[3] En efecto, el tribunal rápidamente identificó que las normas que expedía el presidente eran parte de su potestad reglamentaria y atribuciones como primera autoridad de policía, de modo que declaró improcedente el control inmediato de legalidad en la mayoría de casos, pues en su criterio no desarrollaban decretos legislativos expedidos en el marco de un estado de excepción. Con esto, se configuró una verdadera deferencia del máximo órgano de la justicia administrativa hacia el poder presidencial.

Según el Consejo de Estado, los actos administrativos proferidos en ejercicio de competencias ordinarias, a pesar de haber sido expedidos en el contexto mismo del estado de excepción, e incluso cuando con éste se adopten

[2] Sobre el desafío que supuso la pandemia para la separación de poderes en perspectiva comparada, véase Gisburg y Versteeg (2021), con la aclaración de que no aborda el caso de la revisión judicial por la Corte Constitucional de Colombia. En cuanto a los retos de la emergencia global para el funcionamiento de la rama legislativa en distintos países, véase Ittai Bar (2020). Un estudio comparado de las medidas de policía para enfrentar la pandemia en Meško (2021) y Maskaly et al. (2021). Para el caso de los Estados Unidos ver: Yoo (2022).

[3] Véase, por ejemplo, Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión Veintitrés, (C. P.) José Roberto Sáchica Méndez, sentencia del 10 de septiembre de 2020. Radicación número: 11001-03-15-000-2020-03726-00. Demandado: Resolución N. 0000914 del 11 de junio de 2020.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

medidas para conjurar las circunstancias críticas que le dieron origen, si dichos actos, en todo caso, se producen bajo el despliegue de competencias como la indicada, no sería procedente el control inmediato de legalidad. De este modo, el control de legalidad automático pasó a ser un control rogado según el cual las inconformidades sólo podrían tramitarse por medio de acciones contencioso—administrativas que deberían activar los ciudadanos y cuyo procedimiento no es preferente y, por cuenta de la mora judicial, podrían tomar años en resolverse. De hecho, a modo de ejemplo, al momento en que escribimos este texto aún no se conocen las decisiones sobre las acciones presentadas en contra de decretos que establecieron los primeros confinamientos en abril del año 2020, al inicio de la llegada de la pandemia al país.[4]

Con esta postura jurisprudencial, el Consejo de Estado volvió en el tiempo y distinguió entre actos del Ejecutivo relativos al dominio reglamentario y aquellos sin control, derivados del dominio legislativo. Este comportamiento estratégico le permitió eludir el control sobre este último, en tanto el estudio de su validez corresponde a una Corte especializada. Con ello, se evita el impacto político más importante, con distinciones connaturalmente formales, que han guiado al juez a atribuir el carácter legislativo o reglamentario a los actos del gobierno desbordado, no susceptible de recursos, mostrándose el juez administrativo más prudente y pragmático frente a órganos políticos preeminentes dentro del Estado (Lochak, 1972).

Más allá de los debates jurídicos que se puedan producir con ocasión del control judicial de actos administrativos con un alto contenido normativo, se resalta la estrategia que muchas veces exhibe el juez administrativo y constitucional, al rechazar las cuestiones de validez de los actos jurídicos mencionados, debido a la gravedad de las consecuencias políticas que su anulación podría provocar, bajo el manto de un discurso aparentemente apolítico o formalista. Las decisiones se construyen en la ambigüedad, en la medida en que la más de las veces, es el mismo juez quien le confiere a esos actos administrativos el valor legislativo, reusándose así a efectuar un control de validez, sin otro motivo jurídico que aquel impuesto por la misma jurisdicción (Lochak, 1972).

[4] Para un análisis de la constitucionalidad de las restricciones a algunos derechos y libertades bajo la pandemia, con especial acento en la obligatoriedad de la vacunación, véase Cajas y Sarmiento (2022).

Para desarrollar este argumento, se reconstruirá brevemente el contexto iushistórico sobre las "facultades implícitas" en el control judicial colombiano, lo cual permitirá ilustrar la continuidad en la narrativa constitucional de un poder presidencial fuerte de cara a la intervención del orden público, para luego analizar el universo de decisiones judiciales emitidas por el Consejo de Estado en el marco del control inmediato de legalidad, junto a los fallos de la Corte Constitucional sobre el control automático y posterior de los decretos que declararon el estado de emergencia social, ambiental y económico y los decretos legislativos que se emitieron en el marco de cada estado de emergencia, a propósito de la pandemia de COVID-19. De esta forma, pretendemos evidenciar la expansión de las facultades normativas en la presidencia de la República y la renuncia de las cortes de su competencia para resolver conflictos constitucionales de cara a la extensión de aquellas "facultades implícitas" de policía, que finalmente amplió la potestad reglamentaria a una amplia gama de materias en el bienio de la mencionada pandemia.

El texto iniciará con una breve exposición sobre el fenómeno de la acumulación del poder en el Ejecutivo, en perjuicio del poder legislativo y el abandono del control judicial, y desde una perspectiva historicista, con un acento en la expansión de las medidas de policía expedidas bajo la sombra de las facultades implícitas y el amplio margen de configuración reglamentaria (1), para luego demostrar la manera en que los tribunales —Corte Constitucional y Consejo de Estado— replegaron las herramientas de control judicial automático o inmediato (2).

II. Antecedentes de las "facultades implícitas" y el amplio margen de poder reglamentario del presidente de la República

El incremento del poder presidencial en la trayectoria del régimen político colombiano es uno de los fenómenos más examinados por la literatura.[5]

[5] Esa acumulación en el caso de América Latina es uno de los objetos de estudio más recurrentes, tanto desde la ciencia política, la filosofía política, la historia política como por el Derecho Constitucional, principalmente bajo la categoría del "hiperpresidencialismo. A modo de ejemplo, encontramos literatura especializada que lo aborda desde distintas perspectivas en Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, México y Perú. No obstante, esta categoría es problemática e incluso hay posturas que ponen en duda su utilidad para dar cuenta de las dinámicas políticas contemporáneas: Por ejemplo, la dificultad para entender las "interrupciones presidenciales" de las últimas décadas en varios países latinoamericanos, pese a que se sostenga que

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Como dijimos antes, nuestro trabajo sostiene que la flexibilización de los controles de constitucionalidad y legalidad favorecieron la expansión de los poderes del presidente de la República y de la rama ejecutiva durante la pandemia de COVID-19, de modo que reaparecieron rasgos de dicha trayectoria, pese a los intentos de moderación de esos poderes en la Constitución de 1991.[6]

La trayectoria institucional colombiana se caracteriza por haber elegido el modelo de gobierno presidencial, salvo los casos de las juntas de gobierno del primer constitucionalismo neogranadino (1811-1815), el gobierno colegiado de 1863 (mientras se redactaba la Constitución de Rionegro) y la junta militar que permitió la transición de la dictadura del general Rojas Pinilla al gobierno civil del llamado Frente Nacional. En este sentido, coincidimos con Botero y Cajas (2021) en que el presidencialismo está atado a la historia constitucional y a las costumbres políticas colombianas, de tal manera que hace parte de un constitucionalismo histórico.

Sin duda uno de los puntos más altos de concentración del poder presidencial en dicha trayectoria lo marca la Constitución de 1886, bajo la cual el presidente gozó de una amplia facultar de creación normativa, en especial bajo el estado de sitio, cuestión que además ha sido ampliamente tratada por la literatura. Es así como desde los orígenes de dicha Constitución se analiza el carácter autoritario de estos, que incluso le daban al jefe de Estado la capacidad para dictar decretos que derogaban las leyes incompatibles con el estado de excepción (Barreto, 2017).

Si bien hubo intentos normativos para limitar ese poder, estos contrastaban, o bien con otros elementos de esa arquitectura institucional que daba rienda suelta al Ejecutivo, o por la deferencia de los otros órganos del poder público, hacia la autoridad presidencial. Por ejemplo, la reforma de 1910 determinó que el presidente sólo podría "suspender" las leyes contrarias al estado de sitio, y que él y sus ministros serían políticamente responsables cuando

---

los presidentes son "súper poderosos". Al respecto puede verse: Olivares et al. (2022). Para el caso de Argentina, véase Serrafero (1999). Para Brasil, Abranches (1988 y 2018); Limongi (1998 y 2006); Mainwaring (1999); Limongi y Figueiredo (1998); Mainwaring (1999). En el caso chileno, Palma (2002 y 2012). El caso ecuatoriano, Córdova (2013); Guerrero (2018) y Celi (2020). El caso del Perú contemporáneo, García (2019). Para México, el referente obligado es Carpizo (1978).

[6] La reconstrucción histórica emblemática del incremento del poder presidencial en Colombia en: Vázquez (1979). Para trabajos más recientes, Botero (2011), Arango (2019) y Cajas y Botero (2021).

lo declararan sin que hubiera lugar a ello, o por los abusos que se cometieran bajo tal régimen. De igual modo, al establecer una acción pública que facultaba a cualquier ciudadano a demandar la inexequibilidad de las leyes y decretos ante la Corte Suprema de Justicia, posibilitó el control de los decretos de estado de sitio.

Más adelante, la reforma constitucional de 1968 pretendió fijar más límites al establecer que dichos decretos serían revisados automáticamente por la Corte, y con el propósito de evitar los abusos del estado de sitio, creó un segundo régimen de excepción: el estado de emergencia económica. No obstante, una revisión de la trayectoria de la justicia constitucional muestra que el control que ese tribunal ejerció sobre tales medidas tendió a favorecer al Ejecutivo en detrimento de la carta política, por supuesto de los poderes legislativo y judicial, y en muchos casos de los derechos y libertades.[7]

De este modo, aún con las reformas, el régimen de estado de sitio le permitió al Ejecutivo expedir una amplísima gama de disposiciones de excepción que abarcaban las más diversas temáticas; algunas de ellas encaminadas a la represión de la oposición política y el disenso, aunque también al control del orden público y la seguridad ciudadana. Por ejemplo, con el argumento de garantizar la seguridad del país, sometió a los civiles a la justicia penal militar. En general, si bien esas medidas de excepción lograron en algunos casos desarticular temporalmente estructuras subversivas, con frecuencia fueron utilizadas para neutralizar al disidente, y produjeron graves violaciones a los derechos y libertades. Cabe anotar que la misma Constitución incluía una cláusula que le permitía al gobierno ordenar la aprehensión de cualquier persona contra la que hubiese indicios de "atentar contra la paz pública", sin requerir orden judicial, herramienta que junto a las medidas de estado de sitio solía constituir un elenco altamente represivo.

Dentro de la trayectoria de los decretos de estado de sitio y el escaso control sobre ellos, fue notable el caso del sometimiento de dirigentes del Partido Conservador a la justicia penal militar acusados por presuntamente haber participado en el intento de golpe militar al presidente liberal Alfonso López Pumarejo en 1944. Al decidir la constitucionalidad de las medidas, la Corte Suprema de Justicia integrada por una mayoría de magistrados de origen liberal, sentó el peligroso precedente según el cual bajo el estado de sitio el Ejecutivo podía suspender cualquier libertad o garantía

[7] Un balance del control constitucional de los estados de excepción bajo la carta de 1886, en una perspectiva política, en Cajas (2015).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

con excepción del derecho la vida, dado que la pena de muerte estaba proscrita por la Constitución.

La década de los setenta del siglo XX marcó el auge del estado de sitio, así como del juzgamiento de civiles por la justicia penal militar. El temor al "avance comunista" que crecía luego del triunfo de la revolución cubana, la mayor intensidad de la Guerra Fría en la región y el surgimiento de distintos movimientos subversivos en la región produjo como respuesta el uso de instrumentos, políticas e ideologías que se manifestaron tanto en lo militar, como en lo político y lo "jurídico" bajo el manto de la Doctrina de la Seguridad Nacional (DSN). Estas prácticas se impusieron en desmedro de los derechos y garantías de las personas, y en Colombia tuvieron una de sus mayores expresiones en el Decreto 1923 de 1978, o estatuto se seguridad, cuya inmensa mayoría de reglas fueron declaradas constitucionales por la Corte Suprema el 30 de octubre de 1978 (Cajas, 2017).

Por supuesto, también hubo algunos pocos ejemplos de ejercicio robusto del control sobre esos decretos, como es el caso del fallo de la Corte Suprema de Justicia, integrada por una mayoría conservadora, que en 1935 declaró inconstitucional la creación de tributos por parte del gobierno liberal de López Pumarejo, que se había visto forzado a dictar tal medida ante el bloqueo conservador en el Congreso. Para la Corte, no era admisible que un presidente usara un estado de sitio declarado para una región del país años atrás, con el fin de enfrentar la guerra con el Perú (1932), e hiciera una reforma tributaria por vía de decreto con aplicación a todo el territorio nacional. Cabe anotar que este precedente fue olvidado en los futuros juicios de constitucionalidad a decretos de estado de sitio.

Ahora bien, junto con los estados de excepción, el presidente gozó de un amplio poder reglamentario. Hay casos representativos como el fallo sobre el decreto de Alta Policía Nacional de 1928, que sin duda inauguró una postura de la Corte deferente con el Ejecutivo. El gobierno y el Congreso conservadores de la época sentían amenazado el orden por el naciente movimiento obrero y el fortalecimiento de los partidos socialistas en el país, y crecía la movilización social en contra de la pobreza y en busca de mejores condiciones laborales y económicas. La "cuestión social" se trató como un asunto de orden público y se respondió a ella con medidas severas de policía que limitaban los derechos y libertades, como las ordenadas por el Decreto 707 de 1927, que se dictó ante las sospechas de que el 1o. de mayo de ese año habría una gran revolución comunista impulsada por el movimiento obrero.

Un ciudadano demandó el decreto porque consideraba que violaba la Constitución y amenazaba derechos y libertades. La Corte, si bien aceptó que el gobierno carecía de competencias legales para expedirlo, recurrió a la doctrina de las "facultades implícitas", según las cuales la carta política al confiarle la seguridad y el orden público al presidente de la República, lo revestía de facultades para dictar decretos como el de Alta Policía Nacional. El uso de la doctrina estadounidense fue selectivo, como bien lo denunciaron los salvamentos de voto de los magistrados liberales. Para el tribunal, no era necesario contar con una autorización legal o que el Congreso regulara aspectos como el del orden público y la seguridad, para que el gobierno ejerciera su facultad reglamentaria, pues estaba emanaba directamente de la carta política (Barreto, 2017).

Ahora bien, la intención de limitar el poder presidencial se mantuvo durante varias décadas del siglo XX y se cristalizó parcialmente en la carta política de 1991, como dijimos al inicio. En efecto, la Asamblea Constituyente intentó desligarse del historicismo institucional y avanzar hacia un presidencialismo moderado, de modo que planteó un modelo de gobierno intermedio entre el hiperpresidencialismo (presidencialismo con el máximo poder de concentración en el presidente) y el atenuado (presidencialismo con el mínimo nivel concentración en el presidente). En otros términos, estableció un sistema de ramas y órganos con funciones diferenciadas (ya no tanto de división de poderes), pero con preeminencia política del Ejecutivo frente a las demás ramas y del presidente dentro del Ejecutivo (Botero y Cajas, 2021). En esta misma línea, el Legislativo recuperó gran parte de las funciones que había ido cediendo en favor del Ejecutivo, se limitó el poder presidencial bajo los estados de excepción, se fortaleció el control constitucional, e incluso se incorporaron algunos elementos propios del modelo parlamentario, como es el caso de la moción de censura del Congreso a ministros y otros altos funcionarios del Ejecutivo (Faivre, 2011).

Pero este modelo normativo tardó muy poco en experimentar sus primeros desarreglos. El gobierno de César Gaviria (1990-1994), que había impulsado el cambio constitucional,[8] promovió reformas a la carta políti-

[8] Incluso la propia Constitución de 1991 dejó abiertos espacios para el ejercicio de un amplio poder presidencial "transitorio", pues le entregó facultades extraordinarias al Ejecutivo para dictar decretos que regularon decenas de materias. Estos decretos debían contar con la aprobación de una Comisión Legislativa Especial ("Congresito"), que estaba compuesta por treinta y seis miembros, la mitad de ellos delegatarios a la propia Asamblea Constituyente y la otra propuesta por los partidos representados en dicha asamblea. Este órgano carecía de

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ca que contaron con la aprobación del Congreso, cuya trayectoria seguiría con los siguientes gobiernos, de modo que se fueron acercando al modelo presidencial que rigió bajo la autoritaria y centralista Constitución de 1886 (Botero, 2012).

Como dijimos arriba, el incremento del poder presidencial fue notable bajo los dos gobiernos de Uribe (2002-2010) y Santos (2010-2018) por distintos motivos. El primero para concentrar el poder y enfrentar por la fuerza a los alzados en armas, y el segundo para negociar y aprobar el acuerdo de paz con la guerrilla de las FARC. Uribe logró que se aprobara la reforma constitucional que le permitió aspirar a un segundo período consecutivo en el año 2004, que alteró el sistema de pesos y contrapesos de la carta de 1991. La enmienda, que fue respaldada por la Corte Constitucional (sentencia C-1040 de 2005), no cambió los períodos de los órganos de control y de otros altos cargos del Estado, de modo que se igualaron al del período presidencial, con lo cual se facilitó la injerencia del Ejecutivo en los órganos que podían servirle de contrapeso, minando así el modelo del presidencialismo moderado que ya venía resquebrajado por las reformas previas.

Así las cosas, el incremento del poder del presidente de la República fue notable por su mayor injerencia de la conformación de la Comisión Nacional de Televisión, la Junta Directiva del Banco de la República, la Corte Constitucional, la Procuraduría General de la Nación, la Defensoría del Pueblo, la Fiscalía general de la Nación y así de todos lo demás órganos estatales de carácter nacional. A esto se suman las enormes posibilidades transaccionales de los gobiernos frente al Congreso, para cooptarlo por la vía de prácticas clientelistas. En suma, una acumulación de poder normativa y otra fáctica, que se combinan entre sí (Botero, y Cajas 2021).

El presidente Santos, quien logró elegirse para dos períodos consecutivos, también gozó de los beneficios del incremento del poder presidencial que le permitió la reforma reeleccionista de la era Uribe. Las mayorías en el Congreso permitieron la aprobación de reformas constitucionales del fast-track, que modificaba el procedimiento para tramitar actos legislativos y leyes relacionadas con el acuerdo de paz con las FARC y, además, facultaba ampliamente al gobierno para dictar decretos en la misma línea. El amplio apoyo del Congreso también le sirvió para sacar adelante el mencionado

---

iniciativa legislativa y se limitaba a aprobar o improbar las propuestas del presidente Gaviria (artículos 6 y 7 transitorios de la Constitución de 1991).

acuerdo, tras la derrota en el plebiscito de 2016. Todas las enmiendas, en general recibieron fallos favorables de la Corte Constitucional.[9]

En esta misma línea es pertinente recordar un fenómeno que, sin ser nuevo, fue más evidente en el mandato del presidente Duque: lograr que sus amigos y cercanos llegaran a altos cargos del Estado, en particular a los órganos de control, bien por decisión directa del Ejecutivo o por la posibilidad de influenciar las elecciones de otros poderes públicos (Uprimny, 2020; El Espectador, 2020). A modo de ejemplo, ternó como fiscal general de la nación (2020-2024) a quien se desempeñaba como su consejero presidencial de derechos humanos, al defensor del pueblo (2020-2024), quien al igual que el fiscal egresó de la misma universidad del presidente; a la procuradora general de la nación (2021-2025), quien fue su ministra de justicia poco antes de ser elegida por el Senado,[10] y al contralor general de la República (2018-2022), quien llegó al cargo gracias a la coalición de partidos de gobierno que respaldaron su nombre.

Tal situación del gobierno de Duque incluso despertó la preocupación de Transparencia Internacional, ONG que en un comunicado del 30 de septiembre de 2020 habló de la "alarmante concentración del poder en Colombia".[11] A todo esto, también habría que agregar que el presidente

---

9 La literatura sobre el impacto del fast-track en el constitucionalismo colombiano es amplia. Una síntesis puede encontrarse en Botero y Cajas (2021); Smela y Cruz (2021) y Landau (2020). Una lectura según la cual la Corte Constitucional sí limitó el poder presidencial en los casos de la reelección y del proceso de paz, en Benítez (2022).

10 "El sistema funciona de manera que el presidente pueda poner amigos en los órganos de control. A Duque le ayudó jugársela con candidatos que no dependían de su capacidad de conseguirles los votos. Tras la elección, ayer en el Senado, de la exministra de Justicia Margarita Cabello como nueva procuradora general, quedó aún más fuerte este contraste: el presidente Iván Duque pasó de no tener peso en el Congreso, de que le hundieran ahí su anhelado proyecto de objeciones a la Jurisdicción Especial de Paz JEP y prácticamente le tumbaran a su ministro de Defensa; a tener aliados en tres de los órganos de control más importantes del Estado. Se quedó 'con todo', como se leía ayer en las redes, para destacar que el presidente cuenta con su mejor amigo, Francisco Barbosa, en la Fiscalía General; su aliado Carlos Camargo en la Defensoría del Pueblo y, ahora, su exalta funcionaria Cabello en la Procuraduría. Eso sin contar que la elección del Contralor, Felipe Córdoba, también fue bien vista en Palacio. La situación es claramente cierta y encuentra explicación en el sistema que, en estos momentos, le permite al presidente poner la terna completa para Fiscal (que elige la Corte Suprema) y Defensor del Pueblo (elige la Cámara de Representantes) y postular a uno de los tres candidatos a la Procuraduría (que elige el Senado)" (La Silla Vacía, 2020, agosto 28).

11 "Si bien, en el diseño institucional colombiano el poder ejecutivo cuenta con una amplísima capacidad de decisión, su poder ha aumentado en forma preocupante en meses recientes. Una de las razones ha sido la creciente cercanía del gobierno a las mayorías en el

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

logró que una de sus exfuncionarias fuera elegida por el Senado como magistrada de la Corte Constitucional en noviembre del 2020. En efecto, la magistrada fue superintendente en su gobierno y luego el fiscal general (amigo del presidente) la nombró como fiscal delegada (Asuntos Legales, 2020).[12]

Por último, también podríamos agregar el amplio uso de medidas policiacas que hizo el gobierno Duque ya casi al final de su mandato, con motivo del paro del 2021, que terminó en un estallido social en varias ciudades del país. El fenómeno inició con protestas masivas de ciudadanos que se manifestaron en contra de una reforma tributaria y otras causas diversas, que devino en cierres de vías, tomas de calles, disturbios y hechos de vandalismo que se prolongaron casi por dos meses. El gobierno nacional enfrentó la situación con severas medidas de orden público, pero se abstuvo de recurrir al estado de emergencia (conmoción interior). Estas medidas provocaron tensiones con los mandatarios distritales y municipales en entidades territoriales con respecto al manejo del orden público y la contención de la protesta social en los territorios, quienes, junto a medios de comunicación, reportaron múltiples violaciones a los derechos humanos atribuibles a autoridades policiales.

Este estallido social, sin precedentes bajo la Constitución de 1991, puso en evidencia que el presidente de la República, al igual que en la pandemia de COVID-19, no necesitaba de mayorías en el Congreso para gobernar y mucho menos para sortear la crisis. Además, puso en evidencia las amplias facultades ordinarias con que cuenta el Ejecutivo para restringir de-

---

Congreso. Adicionalmente, el estado de excepción de emergencia económica declarado, que se requería para la atención de la pandemia, lo convirtió en legislador transitorio [...] A lo anterior se suma el riesgo de pérdida de autonomía de los órganos que deben ejercer control sobre el ejecutivo. Durante 2020 se han elegido personas cercanas al gobierno para dirigir la Fiscalía General de la Nación, la Procuraduría General de la Nación, y la Defensoría del Pueblo, situación ante la cual se corre el grave riesgo de afectar la independencia que debe tener dichos órganos externos de control frente al poder ejecutivo. 'Durante la pandemia se ha identificado una tendencia de aumento de la discrecionalidad del Poder Ejecutivo en muchos países, sin embargo, nos genera una profunda preocupación que el sistema de pesos y contrapesos en Colombia se vea afectado también por cuestionamientos a la independencia de instituciones que precisamente deben vigilar y controlar su acción', indicó Delia Ferreira, presidenta de Transparencia Internacional".

[12] "Que Duque pueda ternar ahora no es asunto menor, porque da la oportunidad de mantener la presencia conservadora (junto a los magistrados Cristina Pardo y Jorge Enrique Ibáñez) en una Corte con tendencia liberal (línea en la que se inscriben los togados Alejandro Linares, Antonio José Lizarazo, Gloria Stella Ortiz, Alberto Rojas, José Fernando Reyes y Diana Fajardo)" (El Nuevo Siglo, 2020).

rechos y libertades. De este modo, permitió apreciar que la carta política se concentró en limitar el poder presidencial bajo los estados de emergencia, pero tal vez descuidó la regulación de las facultades ordinarias; que por cierto luego también el legislador convalidó y la Corte Constitucional respaldó. En suma, tanto el paro del 2021 como la pandemia pusieron a prueba dichos límites constitucionales y comprobaron que la trayectoria del poder presidencial en el constitucionalismo colombiano sigue vigente en la contemporaneidad.[13]

III. Incremento del poder presidencial y pandemia de COVID-19 por medio del control constitucional y de legalidad

Aunque la llegada del virus del COVID-19 a Colombia se registró el 6 de marzo de 2020 y los casos de la enfermedad eran relativamente pocos, el 17 de ese mes el presidente Iván Duque Márquez (2018-2022) declaró el estado de emergencia social, económica y Ecológica mediante el Decreto 417, por el término de 30 días. Posteriormente, y como consecuencia de la prolongación y profundización de la situación económica y social producida por la pandemia, se expidió el Decreto 637 el 6 de mayo del mismo año, que declaraba nuevamente, el estado de emergencia social, económica y ecológica por el mismo término. En el marco de las dos emergencias decretadas se expidieron 115 decretos legislativos orientados a conjugar la situación (Corte Constitucional, 2020).

Con todo, sólo siete decretos legislativos fueron declarados inexequibles porque las medidas podían haberse adoptado en el marco de las funciones ordinarias del presidente,[14] y sólo algunas no guardaban conexidad

[13] Una de las medidas más controvertidas fue la que ordenó la asistencia militar a varias ciudades del país, mediante el Decreto 575 del 28 de mayo de 2021, que fue suspendido provisionalmente mediante sentencia de tutela de la Sección Cuarta del Consejo de Estado, que luego la Sección Segunda revocó en fallo del 21 de octubre de 2021 por considerar improcedente dicho mecanismo. Posteriormente, la Corte Constitucional en sentencia C-100 del 22 de marzo de 2022, M. P. José Fernando Reyes, declaró constitucional el artículo 170 de la Ley 1801 de 2016, que faculta al Gobierno nacional para ordenar tal asistencia. Dos magistradas salvaron su voto y pusieron de presente que la ley concentraba el poder en el presidente, y que ponía en peligro derechos y libertades. Sobre el paro, véase Álvarez (2022) y Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021).

[14] Barrera (2020) indica que en este grupo se encontraban decretos legislativos que disponían la suspensión de desembarque, prevención, diagnóstico y tratamiento de la COVID-19,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

con la situación que provocaba la crisis.[15] En otras palabras, lo antedicho indica que los estados de emergencia resultaron innecesarios y quedaron en un segundo plano, en tanto las facultades derivadas del hiperpresidencialismo y las facultades de policía eran suficientes para conjugar la situación, como ciertamente ocurrió.

En efecto, el Ministerio de Salud y Protección Social declaró la emergencia sanitaria por medio de la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, que fue prorrogada en múltiples ocasiones, hasta la Resolución 000666 del 28 de abril de 2022 y el Decreto 655 del 28 de abril de 2022, cuando el Ministerio de Interior declaró finalizada dicha emergencia a finales de junio del 2022. El sustento de esta emergencia sanitaria residía en las facultades ordinarias de policía, y no en el estado de emergencia. Por esta razón, la norma dominante en materia de emergencia sanitaria y disposiciones en el marco de las facultades de policía fue el Decreto 418 del 18 de marzo de 2020, acto administrativo ordinario, cuyo primer mandato fue la jerarquización de las disposiciones y medidas de policía, en el gobierno nacional, de manera prevalente sobre las disposiciones que adoptaran gobernaciones y alcaldías. Derivado de las citadas medidas, se expidieron entre otros, los decretos ordinarios 457 del 22 de abril de 2020, Decreto 531 del 8 de abril de 2020, Decreto 593 del 24 de abril de 2020, Decreto 636 del 6 de mayo de 2020, Decreto 749 del 28 de mayo de 2020, Decreto 990 del 9 de julio del 2020, Decreto 1076 del 28 de julio del 2020, Decreto 1168 del 25 de agosto de 2020, Decreto 039 del 14 de enero de 2021, y Decreto 206 del 26 de febrero de 2021.

Estos decretos centraban sus efectos en restricciones de movilidad y otras disposiciones orientadas a conseguir el aislamiento preventivo de todos los ciudadanos. Dichas normas encontraron su base competencial y fun-

---

servicio público de transporte e infraestructura, fortalecimiento del Fondo Nacional de Garantías, acceso de hogares más vulnerables a productos básicos, liquidación del Presupuesto General de la Nación, creación de una subcuenta para la gestión del riesgo, operación del Centro de Logística y transporte (p. 81).

[15] En el estudio realizado por Barrera, se trató de Decretos Legislativos que fueron declarados inexequibles en la medida en que se referían al financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos del Fondo de Regalías, sector infraestructura y transporte, descapitalización del régimen pensional y apoyo económico para las notarías. Para Barrera, no se comprende la razón por la cual se decide brindar un apoyo económico a las notarías del país, o cómo el financiamiento de proyectos de inversiones públicas con recursos de regalías pueda ayudar a conjurar la situación de crisis declarada (Barrera, 2020, p. 81).

cional en las facultades ordinarias del presidente, definidas en el numeral 4o. del artículo 189, artículos 303 y 315 de la Constitución Política de Colombia, y el artículo 199 de la Ley 1801 de 2016. Los citados artículos constitucionales se refieren a las facultades del presidente de la República para conservar el orden público y restablecerlo, así como la jerarquización y la centralización en esta materia, en tanto enfatizan que el gobernador es agente del presidente de la República para el mantenimiento del orden público (artículo 303 de la carta), así como el alcalde es primera autoridad de policía de la entidad territorial, de conformidad a las instrucciones del presidente y el respectivo gobernador (artículo 315 de la Constitución).

Las consecuencias de la normalización de estas atribuciones de policía son notables, en tanto carecen de límites temporales, su control judicial es rogado y posterior y no se rigen por una ley estatutaria o un marco superior, más allá de la razonabilidad y proporcionalidad en la restricción de derechos fundamentales. Por su parte, el control automático que realiza la Corte Constitucional al decreto que declara el estado de emergencia, junto a los decretos legislativos (artículo 215 de la Constitución), así como los límites temporales y materias definidos por la ley estatutaria —Ley 137 de 1994— hubiesen contado con unas prohibiciones formales y materiales, sin duda, más garantistas para las libertades públicas, la separación de poderes y el control material de los actos del gobierno nacional.

Los efectos inmediatamente comentados se extendieron a los decretos que desarrollarían los decretos legislativos expedidos en el marco del estado de emergencia. El legislador estableció, en la Ley Estatutaria 137 de 1994 y la Ley 1437 de 2011, un control inmediato y automático de legalidad a las medidas de carácter general, que sean dictadas en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción. Este control inmediato de legalidad se realiza por los tribunales administrativos si se tratare de entidades territoriales, o del Consejo de Estado si emanaren de autoridades nacionales, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su expedición. Si no se efectúa el envío, la autoridad judicial competente aprehende de oficio su conocimiento.

No obstante, se subraya, el control inmediato y automático de legalidad sólo se predica de los actos administrativos que se expiden para desarrollar decretos legislativos. En la medida en que los decretos que establecían las restricciones de movilidad y tomaron otras decisiones en materia de aislamiento y orden público se matricularon en las facultades ordinarias del presidente de la República, el control de legalidad y de constitucionalidad

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

se marginó a aquellas medidas que se tomaron exclusivamente en el marco de los estados de excepción que fueron declarados. Lo antedicho, agravado además por la suspensión de términos judiciales que estableció el Consejo Superior de la Judicatura, que incluía los procesos de nulidad por inconstitucionalidad y nulidad simple.[16]

La situación jurídica enunciada condujo incluso a que la ONG Dejusticia solicitara a la Corte Constitucional, que asumiera oficiosamente los decretos de aislamiento obligatorio, en tanto, opinó la ONG, la medida de aislamiento sólo podría ser expedida por el Congreso o en el marco de las facultades que otorgaría la declaratoria de un estado de emergencia económica, social y ecológica. La solicitud, que finalmente fue negada por la Corte en la sentencia C-145 de 2020, hacía hincapié en el déficit de control de constitucionalidad y legalidad de las disposiciones, que "materialmente" tenían fuerza de ley.[17] Para el tribunal, estos decretos eran objeto de control por la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, mecanismo que en principio se ha dispuesto por el ordenamiento constitucional y legal para su control. Incluso, la Corte sugirió que, como mecanismo excepcional y para casos en concreto, la acción de tutela podría operar como mecanismo transitorio y expedito para la garantía de los derechos fundamentales como la salud, trabajo, la igualdad, entre otros.

El déficit de control se profundizó por medio de otra estrategia formalista que se consignó en varios decretos legislativos, que establecieron su vigencia "mientras est[uviese] vigente la emergencia sanitaria". De este modo, algunos de estos decretos estuvieron vigentes en un término superior al indicado en el artículo 215 de la Constitución, pues, de hecho, su permanencia en el orden jurídico se vinculó a una condición y no a un plazo. A Modo de ejemplo, el Decreto Legislativo 491 de 2020 cambió los términos para resolver peticiones, modificando así lo dispuesto en la ley estatutaria (1755 de 2015), y su vigencia se sujetó a la emergencia sanitaria, que como se indicó en líneas anteriores, corresponde a facultades ordinarias sin límites temporales ni formales. Como consecuencia de la anterior, el Decreto 491 mantuvo vigencia del 28 de marzo de 2020 hasta que el legislador, dos años después, expidió la Ley 2207 del 17 de mayo del 2022, derogando el decreto legislativo y restaurando los términos definidos por el legislador estatutario. El decreto fue revisado de manera automática por la Corte Constitucional por medio

[16] Acuerdo PCSJA20-11532 del 11 de abril de 2020

[17] Dejusticia (2020).

de la sentencia C-242 de 2020, que la consideró ajustada a la carta, en tanto interpretó que su vigencia no era indefinida, pues estaba sujeta a la declaración de emergencia sanitaria. En otros términos, la Corte Constitucional nos ofreció una versión contemporánea de las "facultades implícitas".

El efecto de la anterior decisión resulta evidente: el gobierno nacional obtuvo una facultad extraordinaria sin límites temporales, pues la vigencia del decreto legislativo estaría vinculada a la condición declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Empero, la sentencia indicada no hace referencia a esta consecuencia fáctica, que, como se señaló, se vio manifestada con varios decretos legislativos que, en la práctica, estuvieron vigentes por más de dos años.

Como consecuencia del diseño institucional antes descrito, el control de constitucionalidad y legalidad se encontró en un laberinto formalista que finalmente, ante los desafíos de la pandemia, autorizó por defecto, la expansión de las atribuciones del presidente de la República. Lo anterior, como se procederá a exponer, se flexibilizó aún más en el marco de las decisiones judiciales que replegaron por medio de otros argumentos, el control inmediato de legalidad y el control automático de constitucionalidad.

IV. La prevalencia de los criterios de eficiencia sobre las libertades y el equilibrio de poderes en las decisiones de control constitucional y de legalidad

En este título se expondrán los resultados del análisis jurisprudencial en la Corte Constitucional y el Consejo de Estado. De esta manera, se dará cuenta del "juicio atenuado" en el control de las emergencias por la Corte Constitucional (1), para luego exponer el repliegue del control automático de legalidad que parecería haber realizado el Consejo de Estado (2).

1. *El "juicio atenuado" en el control de las emergencias por la Corte Constitucional*

Como se anticipó, en el marco de las dos emergencias decretadas durante el año 2020, se expidieron 115 decretos legislativos, orientados a conjurar la crisis.[18] El balance cuantitativo arroja como resultados una escasa minoría

[18] Para una síntesis del test constitucional del decreto que declara la emergencia económi-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de decretos que no superaron el juicio de constitucionalidad automático de la Corte Constitucional, pues solo 7 fueron declarados inexequibles, mientras que 51 fueron declarados exequibles de modo condicionado. Las inexequibilidades recayeron sobre los decretos: 802, 811, 797, 580, 567, 558 y 487 de 2020.[19] De los 766 artículos que contenían los decretos examinados, la Corte declaró exequibles 707, es decir el 79.89% de los artículos emitidos por el Ejecutivo; declaró inexequibles 98, es decir el 11.07%, mientras que declaró 80 artículos condicionados o expresiones inexequibles, es decir el 9.04% (Corte Constitucional, 2020).[20]

Es oportuno precisar que, un análisis detallado del contenido de los fallos de la Corte que juzgaron los 115 decretos dictados bajo el estado de excepción, ameritaría un trabajo aparte, dado que se impone una revisión de cada uno de los criterios formales y materiales, así como el "test constitucional" que la Corte le aplicó a los mismos. Por tanto, el estudio crítico de las decisiones será objeto de una próxima entrega en el marco de la investigación adelantada y que da lugar a esta publicación. No obstante, en las siguientes líneas de nuestra exposición presentamos un muestreo del control de constitucionalidad que ejerció el tribunal durante las dos emergencias, de modo que no sólo se puede apreciar la diversidad de materias y el contenido amplio de las medidas que dictó el Ejecutivo, sino también aquellos casos más notorios donde la Corte afirmó las facultades implícitas que amparaban dichas medidas.

En cuanto a las sentencias C-145 y C-307 de 2020, que revisaron los dos estados de emergencia declarados por el gobierno, coincidimos con Robledo (2021) cuando afirma que hubo una flexibilización del juicio de constitucionalidad por parte de la Corte. En efecto, el tribunal asumió que la situación de la pandemia de COVID-19 era inédita en la historia del país y que sus elementos mostraban una crisis multinivel, de modo que no era comparable con otras situaciones ocurridas bajo la Constitución de 1991 —la mayoría

---

ca social y ecológica, con los dos escrutinios, de requisitos formales y materiales, basada en las sentencias C-145 y C-307 de 2020, ambas relacionadas con la pandemia de COVID-19, véase Quinche (2022, p. 108).

[19] Las sentencias son: C-416, C-308, C-409, C-256, C-193, C-258 y C-201, de 2020.

[20] Se destaca la participación de distintas personas y entidades en el juicio de los decretos, pues según la Corte se registraron 2450, de modo que fueron 21 por decreto. Corte Constitucional, micrositio sobre control de constitucionalidad de decretos expedidos durante el Estado de Emergencia, Social, Económico y Ecológico. https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia

de ellas por causa de desastres naturales—, y por tanto, de entrada le concedió facultades implícitas y con ello, amplios espacios para la configuración normativa al gobierno Duque. Por ejemplo, sobre la afectación de la salud, dijo la Corte:

> La situación ocasionada por la pandemia sobrepasa las permanentes dificultades ordinarias del sistema de salud colombiano, no solo por la imprevisibilidad e impredecibilidad, sino también, como se ha insistido, por la facilidad y velocidad de propagación, los altos niveles de gravedad y la inexistencia de vacuna o tratamiento específico" (sentencia C-145, 2020, consideración 69).

En el caso de la sentencia C-145, la corporación aplicó un "juicio atenuado" de constitucionalidad (Robledo, 2021). En cuanto al presupuesto valorativo de la gravedad e inminencia de los hechos que motivaron la declaratoria, que según el precedente debía aplicar el tribunal, este estimó que "[...] dicho presupuesto se cumple al verificarse la presentación de los efectos mencionados, por lo que no se incurrió en una arbitrariedad ni en un error manifiesto al calificar los hechos detonantes de la emergencia [...]".[21] Con respecto al juicio de subsidiariedad,[22] determinó que el gobierno había hecho uso de las medidas ordinarias que estaban a su alcance, pero que la magnitud de la pandemia desbordaba su capacidad y por tanto el uso de las medidas de excepción era la herramienta más eficaz para enfrentarla:

> El tamaño de la crisis, las implicaciones sanitarias, económicas y sociales, y la extensión de sus efectos son circunstancias que exigían la adopción de medidas de impacto general más profundas que las que podrían adoptarse en desarrollo de la facultad reglamentaria o en despliegue de las funciones regulares administrativas (sentencia C-145, 2020, consideración 99).

---

[21] "El juicio de gravedad e inminencia comprende el impacto y las consecuencias sobre la economía y la sociedad de los hechos que motivaron la declaratoria de emergencia. El criterio para su medición actual o potencial está dado por la afectación de los derechos constitucionales, sin que el examen busque suplantar, alterar o suprimir la facultad de valoración del Gobierno" (sentencia C-145, 2020).

[22] "[...] que indaga por i) la existencia de medidas ordinarias, ii) su utilización por parte del Gobierno nacional y iii) la insuficiencia de estas para conjurar la situación e impedir la extensión de los efectos" (sentencia C-145, 2020, consideración 99).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cabe anotar que dos magistrados discreparon parcialmente del fallo y plantearon que la Corte debió considerar la falta de intervención del Congreso, que no se pudo pronunciar por encontrarse en cuarentena, así como la voz de la oposición. De igual modo, que las medidas de aislamiento preventivo obligatorio tomadas por el Ejecutivo bajo el poder ordinario de policía debían ser objeto de control del tribunal, pues su contenido materialmente era el de una ley que limitaba derechos fundamentales.

En cuanto a la sentencia C-307 de 2020, que examinó la constitucionalidad del Decreto 637 de 2020, el juicio también fue atenuado, aunque el tribunal afirmó que debía analizar con extremo cuidado el margen de apreciación del Ejecutivo sobre la naturaleza de la crisis y las medidas para enfrentarla. Así, pese a la similitud de su postura con el precedente y este anuncio, el juicio de sobreviniencia puso de presente que el escalamiento de la pandemia a nivel global hacían difícil enfrentarla en el plano doméstico con medidas ordinarias, pese a que ya previamente el Ejecutivo había declarado otra emergencia con motivo de la misma pandemia (Robledo, 2021). Dijo la corporación:

> Este tribunal no puede ser indiferente a dichas circunstancias, ni a lo que ellas implican al momento de establecer si los hechos sub examinen son o no sobrevinientes. Como lo señala el Ministerio Público, la crisis del COVID-19 no se enmarca en una situación ordinaria, crónica o estructural, cuya ocurrencia sea normal y previsible en la vida social. Se trata, por el contrario, de una situación extraordinaria, que implica un importante desafío, de alcance global, ante el cual es muy difícil encontrar, con el conocimiento y experiencia hasta ahora disponible, una solución que garantice la inocuidad del virus (sentencia C-307, 2020).

La Corte agregó que la situación de la pandemia y del país no había variado mucho con respecto al momento en que revisó la primera emergencia, e incluso que algunos factores de la crisis se habían agravado:

> La pandemia del COVID-19 sigue siendo una crisis sanitaria global, con mayores números de personas contagiadas y muertas. Frente a ella sigue habiendo un alto grado de incertidumbre, pues todavía no se sabe cómo tratarla de manera exitosa ni se dispone de una vacuna que haya superado todas las fases experimentales, ni se puede saber, en realidad, hasta cuándo deberán mantenerse las medidas sanitarias básicas, como la del distanciamiento social. Además,

los precios del petróleo no han tenido una mejora destacada, el mercado mundial de valores sigue afectado y todavía no se han superado todas las deficiencias del sistema de salud" (sentencia C-307, 2020).

Así, para el tribunal:

> Dada la proximidad temporal entre la primera y la segunda declaración, no hay entre ambas un margen adecuado para acumular experiencias suficientes, para tener una mayor y mejor respuesta institucional. [...] La crisis del COVID-19 fue calificada por este tribunal, en la Sentencia C-145 de 2020, como grave calamidad pública con efectos devastadores. Frente a esta valoración, y dada la agravación rápida e inusitada de la situación de la emergencia sanitaria, en buena parte debido a la incertidumbre que existe en torno al comportamiento del virus y a su manejo y a la prolongación de la medida de aislamiento social, con su correspondiente severo impacto sobre la economía, considera la Sala que la valoración de la gravedad de los hechos y de su inminencia, por parte del Gobierno, no es arbitraria ni obedece a un error manifiesto de apreciación.

Cabe anotar que uno de los magistrados aclaró su voto y echó de menos una revisión más a fondo de esta segunda declaratoria, pues a su juicio debía prevalecer un criterio de regreso a la normalidad constitucional pese a la crisis, y debían exigirse al Ejecutivo más sustentos para justificar la excepcionalidad:

> [...] un mayor grado de escrutinio sobre la segunda declaratoria del estado de excepción, un estímulo institucional (nudge) al restablecimiento de la normalidad constitucional y una función de garantía de las medidas estructurales para superar los retos también estructurales que afronta el país, han debido estar en el centro de las deliberaciones de la Corte Constitucional (sentencia C-397, 2020).

Regresando a los decretos legislativos dictados en el marco de las dos emergencias, también es importante señalar que, incluso en los casos de los fallos que declararon la inexequibilidad o la constitucionalidad condicionada, las medidas alcanzaron a estar vigentes y a producir plenos efectos durante varios meses antes de que la Corte Constitucional se pronunciara. Si bien esto en una gran medida se debió a la alta carga de trabajo que supuso la revisión de semejante tamaño de producción normativa gubernamen-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tal, es un aspecto que también pone en evidencia el amplio poder que tuvo el Ejecutivo para ejercer sus facultades bajo el estado de excepción.[23]

De modo general, el análisis de la corporación a los 115 decretos legislativos se centró en el test de constitucionalidad en los juicios de finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y no discriminación.[24]

Veamos entonces de modo sintético la diversidad de materias y los alcances de los espacios regulatorios en los cuales el Ejecutivo desplazó al Congreso, y algunos de los fallos de la Corte Constitucional.[25]

En primer lugar, una de las decisiones más controvertidas, en especial al momento de publicarse el comunicado de la Corte, fue la sentencia C-242 del 9 de julio de 2020, (M. P.) Luís Guillermo Guerrero y Cristina Pardo, que declaró la constitucionalidad condicionada del decreto 491 del 17 de marzo de 2020, en especial por las dudas que generaron los efectos del fallo en diferentes ámbitos. Una de las medidas del decreto autorizaba el funcionamiento virtual o no presencial del Congreso de la República, y se originaba en una petición del presidente del Senado al gobierno nacional tan pronto se declaró la emergencia sanitaria, en momentos en que se cuestionaba la posibilidad de operar en una modalidad diferente a la presencial, dada la interpretación que muchos hacían sobre el reglamento del Congreso (Ley 5 de 1992) (Senado, 2020). La corporación había iniciado su legislatura de modo normal el 16 de marzo de 2020, y volvió a sesionar el 13 de abril de ese mismo año en modalidad virtual (MOE, 2020).

Para la Corte, si bien las facultades extraordinarias atribuidas al Ejecutivo eran el "único camino" para enfrentar la pandemia con "acciones contundentes y expeditas", también era necesario fijarle límites con respecto a las demás ramas del poder público, en especial del Congreso, como órgano

---

[23] "Al cabo de 53 Salas Plenas virtuales y de 115 Sentencias, la Corte Constitucional concluyó el control automático de los Decretos Legislativos emitidos por el Gobierno Nacional con el fin de contener la Emergencia ocasionada por el COVID-19". Boletín núm. 155 (2020, octubre 26).

De las 115 Sentencias que fueron pronunciadas en ejercicio del control automático de Constitucionalidad, 73 corresponden a la primera Declaratoria de Emergencia, y 42 a la segunda (Ámbito Jurídico, 2020a).

[24] Véase, por ejemplo, sentencia C-420 (2020). También la sentencia C-330 (2020).

[25] Sobre los criterios que ha determinado la Corte para ejercer el control de los decretos que declaran la emergencia, así como también los decretos legislativos que dicta el gobierno en el marco de esta, véase Robledo (2021, p. 583).

encargado de vigilar al Ejecutivo: "[...] aún si se admitiera que las medidas [...] fueran indispensables para proteger la salud personal de los empleados y servidores del Legislativo y la salud pública en general, la Corte insiste en que la manera de sesionar del Congreso es un asunto que únicamente le incumbe a la rama Legislativa y con arreglo a lo que permite su propio reglamento [...]". No obstante, agregó que[26]

> [...] la posibilidad de sesionar virtualmente no es contraria a la Constitución en circunstancias excepcionales como la presente, aunque sigue vigente la regla general de que el funcionamiento del Congreso y de las demás corporaciones públicas de elección popular se rige por la presencialidad. Ello por cuanto esta regla es el mecanismo más adecuado para dar cabida a una democracia vigorosa mediante la posibilidad de un debate intenso, de una participación activa y libre y de la expresión de todas las corrientes de opinión en circunstancias de mayor facilidad [...] Por supuesto, es razonable que excepcionalmente se acuda a la virtualidad para asegurar el permanente funcionamiento de la democracia, aun con el déficit que estas tecnologías muestran frente al mejor camino de la presencialidad para una corporación tan numerosa y diversa como lo es el Congreso de la República; sin embargo, en tal caso es necesario que se garantice que aquellos miembros que así lo consideren, bajo medidas de seguridad sanitarias, puedan asistir a los sitios de deliberación ordinarios para el ejercicio de sus funciones.

---

[26] Cabe anotar que el Consejo de Estado se pronunció en sede de nulidad electoral en la que se demandaba la elección del presidente y el secretario del Senado de la República realizada el 20 de julio de 2020, que los accionantes consideraban debía declararse nula por no haberse realizado de manera presencial. Según el Consejo, la elección gozaba de plena validez porque la sesión no presencial tenía fundamento en el mencionado Decreto 491: "[...] norma que, aunque fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional mediante sentencia C-242 de 2020, no fue por razón de la materia o contenido, sino por un "juicio de necesidad" y por violación del "principio de separación de poderes". Además, estaba vigente al momento de la realización de la sesión que se censura, pues, sabido es que los fallos proferidos por la Corte Constitucional rigen hacia futuro [...] Por consiguiente, para esta Sala las condiciones especiales impuestas por el estado de emergencia sanitaria para la época en que fueron expedidos los actos de elección demandados justificaban que el Senado de la República acudiera a las normas vigentes sobre sesiones virtuales, a partir de la remisión e integración normativa que hace su propio reglamento, con el fin de evitar que se vieran afectadas sus atribuciones de naturaleza legislativa y de control político, sobre todo durante un estado de excepción que demanda de la Rama Legislativa especial vigilancia sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas que adopta el Ejecutivo" (sentencia 10/06/2021).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cabe anotar que, el 10 de junio del 2021, el Consejo de Estado se alineaba con el fallo de la Corte Constitucional en el sentido de respaldar las medidas tomadas por el Ejecutivo con respecto al funcionamiento "virtual" del Congreso, y por supuesto también le daba un espaldarazo a este último, en una clara lectura de las potestades presidenciales bajo el estado de emergencia. En efecto, no accedió a la solicitud de declarar la nulidad de la elección del presidente y el secretario del Senado de la República que esa Cámara había realizado de modo virtual bajo las reglas del mencionado Decreto 491 el 20 de julio de 2020. Según los accionantes, la elección debió realizarse de modo presencial, pero el tribunal consideró que la elección era válida por cuenta de que el fallo de la Corte tenía efectos hacia el futuro, además, porque dicha corporación había tomado tal decisión no por razón de la materia o contenido del decreto sino por un "juicio de necesidad" y por violación del "principio de separación de poderes". De igual modo, el Consejo dijo que

> las condiciones especiales impuestas por el estado de emergencia sanitaria para la época en que fueron expedidos los actos de elección demandados justificaban que el Senado de la República acudiera a las normas vigentes sobre sesiones virtuales, a partir de la remisión e integración normativa que hace su propio reglamento, con el fin de evitar que se vieran afectadas sus atribuciones de naturaleza legislativa y de control político, sobre todo durante un estado de excepción que demanda de la Rama Legislativa especial vigilancia sobre la conveniencia y oportunidad de las medidas que adopta el Ejecutivo (sentencia 10/06/2021).

Regresando al análisis de las decisiones de la Corte Constitucional, en la sentencia C-206 del 25 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes Cuartas, declaró constitucional la adición por más de 9 billones de pesos al presupuesto general de la nación, que ordenó el Decreto Legislativo 572 del 15 de abril del mismo año, pero declaró inconstitucional su liquidación, pues consideró que no cumplía el requisito de "necesidad jurídica" por cuenta de que el gobierno tenía facultades ordinarias para tomar tal medida.

En la C-200 del 25 de junio de 2020, M. P. Diana Fajardo, la Corte encontró que el Decreto 492 del 28 de marzo del mismo año, relacionado con la tarifa notarial para la capitalización, era constitucional en cuanto a las medidas adoptadas en materia de recursos de crédito para las micro, pequeñas y medianas empresas, como para trabajadores independientes. No obstante, declaró inexequible el artículo 8 del decreto, por no superar el juicio de necesidad jurídica, pero difirió sus efectos por tres meses:

> [...] [el] Presidente no tenía necesidad de acudir a sus facultades extraordinarias, al amparo de un estado de excepción, para regular una materia que bien pudo haber previsto mediante un decreto reglamentario [...]. Esto conduce, entonces, a la conclusión de que el artículo 8 es inconstitucional, debido a que no supera el requisito de necesidad jurídica.

En la sentencia C-201 del 25 de junio de 2020, M. P. Alejandro Linares Cantillo, declaró inexequible el Decreto 487 del 27 de marzo del mismo año, que dictaba medidas relacionadas con la extradición, pero determinó que no afectaba la suspensión de términos por 30 días de dichos trámites de las personas requeridas para el cumplimiento de condenas en firme, en los que ya se había proferido resolución ejecutoriada ordenando la extradición para la fecha de expedición del decreto. Esto por cuanto estimó que no se podía propiciar la desprotección y vulneración de derechos fundamentales a las personas que se encontraban en esa situación, teniendo en cuenta la posible afectación del derecho de defensa y sus consecuencias para la libertad. Así, para el tribunal, el decreto no satisfizo "los juicios de ausencia de arbitrariedad, no contradicción específica, y proporcionalidad".

Con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, en la sentencia C-193 del 24 de 2020 declaró inexequible el Decreto 567 del 15 de abril del mismo año, que asignaba funciones judiciales transitorias a los procuradores judiciales de familia, con el fin de que adelantaran los procesos de adopción de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA). Para el tribunal, investir a esos funcionarios de tales competencias desconocía los principios definitorios del estado social de derecho, alteraba las funciones constitucionales de la Procuraduría General de la Nación y violaba las cláusulas de derechos fundamentales. Según el tribunal, las medidas eran desproporcionadas y podrían poner en riesgo los derechos de los niños y adolescentes debido a la alteración de las competencias de los jueces:

> [...] Para la Corte, el exceso en el que incurren las medidas tomadas por el decreto —que muestra la falta de congruencia entre la magnitud de la emergencia y las disposiciones adoptadas— es visible en dos facetas: el impacto en el diseño institucional del Estado y en varias cláusulas de derechos. En efecto, como ya se explicó, la normativa altera la división de poderes, desconoce la necesidad de buscar el fortalecimiento de la Rama Judicial antes de despojarla temporalmente de sus competencias y desnaturaliza las funciones de un órgano de control, vital en momentos de anormalidad institucional. De otro lado, desconoce

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

que los diseños procedimentales y las competencias en cabeza de los jueces son parte de las garantías procesales de los NNA y genera un tratamiento procesal desigual para ellos.

En la sentencia C-184 del 17 de junio de 2020, con la ponencia de José Fernando Reyes Cuartas, la Corte declaró inexequibles el artículo 1o. del Decreto 516 del 2020, que adoptó medidas para la prestación del servicio de televisión abierta radiodifundida y declaró exequibles los artículos 2o. y 3o. del mismo. Para la corporación, la norma que reducía la cuota de pantalla nacional durante el estado de emergencia desconoció los juicios de finalidad, conexidad, necesidad fáctica, motivación suficiente y proporcionalidad. Según el tribunal, el gobierno no expuso las razones que para fijar el porcentaje que determinó el decreto, y la medida tampoco era necesaria dado que había otras opciones menos gravosas frente a los derechos a la cultura y la identidad nacional, para lograr el cumplimiento de la cuota de pantalla nacional.

Uno de los fallos que produjo mayor expectativa fue el que juzgó el Decreto Legislativo 568 del 15 de abril de 2020, dado el debate sobre su constitucionalidad que se originó desde el momento en que se conocieron sus medidas. El decreto estableció un impuesto solidario, que gravaba a servidores públicos, contratistas del estado y pensionados que percibieran ingresos por más de $10 millones mensuales, cuyos recursos se destinaban al Fondo de Mitigación de Emergencias (FOME) creado para atender la pandemia. La medida fue rechazada por distintos sectores, entre ellos funcionarios y empleados de la rama judicial. El proceso de revisión de la constitucionalidad del decreto incluso se solicitó la suspensión del mismo, cuestión que la Corte negó por considerar que no procedía en el control automático de los decretos legislativos (Semana Dinero, 2020a).

En la sentencia C-293 del 5 de agosto de 2020, con la ponencia de Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo, la Corte declaró inexequible el Decreto 568, es decir luego de que este llevaba más de 3 meses vigentes y el gobierno había recaudado $ 240 mil millones (La República, 2020).

Dentro de sus consideraciones, el tribunal estableció que el decreto no superó el juicio de no contradicción específica, porque no cumplió con el principio de generalidad del tributo y desconoció el principio de equidad e igualdad tributaria, en su dimensión horizontal. Dijo la Corte que "[...] creó una medida impositiva destinada a un cierto grupo de personas y excluyó a los trabajadores particulares y funcionarios públicos que están en iguales condiciones, en términos de capacidad contributiva", de modo que "des-

conoció los principios de equidad e igualdad tributaria y de generalidad del impuesto". En cuanto al desconocimiento de los principios de equidad e igualdad tributaria, consideró la Corte que "se trataba de un impuesto directo que, en su estructura, confundió el concepto de capacidad tributaria con el ingreso". Asimismo, que "excluyó injustificadamente a los trabajadores del sector privado y a algunos funcionarios, específicamente los miembros de la Fuerza Pública, que tienen la misma capacidad contributiva y que, en virtud del mencionado postulado, debían estar cobijados por la norma y obligados a tributar".

De igual modo, que el impuesto solidario no superó el juicio de no discriminación, pues

> [e]l Gobierno ha otorgado amplios beneficios tributarios para no afectar la liquidez en la economía y, pese a ello, en el decreto legislativo bajo examen no se justificó suficientemente por qué debía gravar a los servidores públicos, a las personas naturales vinculadas mediante contrato de prestación de servicios profesionales y de apoyo a la gestión pública y a quienes reciben una pensión equivalente o mayor a los diez millones de pesos ($10´000.000)–, sin analizar alternativas diferentes que no impacten los ingresos de quienes los perciben y podrían invertirlos para lograr el objetivo de reactivar la economía".

Según la corporación, el impuesto trataba de manera desigual situaciones que son iguales o equiparables, distinción que no fue justificada por el gobierno. Asimismo, que no acreditó el presupuesto de motivación suficiente, pues "no asumió la carga argumentativa cualificada requerida para justificar la medida impositiva", dado que el tribunal consideraba que el principio de legalidad tributaria protegía el debate y deliberación democrática en materia tributaria como pilar que garantizaba "el postulado de que no existe tributo sin representación, pues para su adopción debe mediar una amplia participación de la sociedad". Así, aunque si bien reconoció que en los estados de excepción no era exigible la deliberación democrática, esto no implicaba que desapareciera "la obligación constitucional de justificar la medida impositiva".

Para la Corte, el impuesto tampoco superó el juicio de necesidad fáctica, porque: "[e]l Gobierno Nacional no demostró la inexistencia o insuficiencia de medidas presupuestales alternativas y menos gravosas para la obtención de recursos que financien los programas de atención a la clase media vulnerable y a los trabajadores informales".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por último, cabe anotar que la corporación estableció efectos retroactivos a su fallo, de modo que los valores pagados por los contribuyentes gravados por el decreto se convirtieron en abonos al impuesto de renta de la vigencia 2020 que debía pagarse en el 2021. La Corte también decidió que, en caso de que el contribuyente tuviera un saldo a favor en ese impuesto de renta, le podría solicitar la devolución al gobierno únicamente a partir del 1o. de julio de 2021, o sea, casi un año después de producirse el fallo. De este modo, con esa modulación no se desfinanció de inmediato el FOME, pues el tribunal le dio tiempo al gobierno para obtener recursos que reemplazarían los del impuesto solidario que se dejarían de percibir, y además, no ordenó la devolución del valor de dicho impuesto ya pagado, sino que ordenó un cruce de cuentas en materia tributaria.

Otro de los fallos de inconstitucionalidad que tuvieron trascendencia político y alto debate jurídico y en los medios fue la sentencia C-258 del 23 de julio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo, que declaró inexequible el decreto 558 del 15 de abril del mismo año, que en términos generales, disminuyó la cotización al Sistema General de Pensiones del 16 % al 3 % para los períodos de abril y mayo de 2020, y estableció un mecanismo especial de pago a cargo del Fondo Público de Pensiones, COLPENSIONES, de las mesadas de los pensionados de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías (entidades privadas), que reciben una mesada pensional equivalente a un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado.

Dentro de las consideraciones para declarar la inexequibilidad, la Corte estimó que la primera de las medidas del Decreto 558 no cumplía el requisito de no contradicción específica, pues

> (i) Desmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo; (ii) Dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y, (iii) No asegura la sostenibilidad financiera del sistema en relación con el reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, para efectos de completar las 1150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a las 1300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media.

En cuanto a la segunda medida, estimó que no cumplía con los requisitos de conexidad material, de motivación suficiente, ni de no contradicción específica.

Vale la pena mencionar que la Corte fijó efectos retroactivos al fallo, pues consideró que las medidas adoptadas por el Ejecutivo

> desbordan ampliamente el ámbito de sus competencias en el Estado de Emergencia, en cuanto, como ya se señaló, además de otras causales de inconstitucionalidad, desconocen la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, disponen de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y no aseguran la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo cual impone la necesidad de otorgarle efectos retroactivos a la decisión de inexequibilidad y garantizar, de esa manera, la recuperación de los montos dejados de percibir en el sistema como consecuencia de las medidas.

Para la corporación, de no hacerlo, "se consolidaría la afectación de los derechos, la indebida destinación de los recursos y la sostenibilidad financiera, no obstante, las expresas reglas constitucionales diseñadas precisamente para impedirlo".[27]

En la C-171 del 10 de junio de 2020, M. P. José Fernando Reyes, la Corte juzgó el Decreto 488 del 27 de marzo del mismo año, que establecía unas medidas para proteger el empleo con motivo de la pandemia, y lo condicionó en cuanto al retiro de cesantías, pues consideró que este también debía cubrir a toda entidad que administre cesantías, como es el caso del Fondo Nacional del Ahorro.

En la C-169 del 10 de junio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo, la Corte condicionó la constitucionalidad del artículo 1o. del Decreto Legislativo 461 del 22 de marzo 2020, que autorizaba temporalmente a los gobernadores y alcaldes para reorientar rentas y reducir tarifas de impuestos territoriales. Según la Corte, dicha facultad era para reorientar rentas de destinación específica, pero no autorizaba a los gobernadores y alcaldes para modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos de creación o modificación de ta-

[27] Más adelante, en la sentencia C-308 del 12 de agosto de 2020, el M. P. Antonio José Lizarazo, declaró inexequible el decreto 802 del 4 de junio de 2020, que modificó el decreto 558. En su fallo, la Corte consideró que las medidas adoptadas no superaban el juicio de conexidad material, ni el de motivación suficiente, ni el de necesidad, ni el de incompatibilidad. (Ámbito Jurídico, 2020b).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

les rentas, y que solo podía ejercerse mediante la modificación del presupuesto de la actual vigencia fiscal. En cuanto al artículo 2o., lo condicionó en el entendido de que la facultad para reducir las tarifas de los impuestos no autorizaba a los mencionados mandatarios a modificar las leyes, ordenanzas ni acuerdos que las fijaron y que dejarían de regir al término de la siguiente vigencia fiscal en caso de que no se señale un término menor.

En cuanto a la sentencia C-161 de 2020, la Corte condicionó el artículo 1o. del Decreto Legislativo 467 del 2020, que determinó auxilios para los beneficiarios del ICETEX, en el entendido que la medida denominada "periodo de gracia" prevista en el numeral primero no causa durante su vigencia intereses sobre los créditos. Asimismo, declaró exequibles los artículos 2o. y 3o. del decreto. A juicio de la corporación, la norma ofrece un alivio urgente y necesario para ayudar a los beneficiarios de créditos educativos del ICETEX cuya capacidad de pago se ha visto disminuida como consecuencia de la pandemia. En tal sentido, aseguró que estos alivios constituyen una medida que se ajusta a la Constitución. Sin embargo, en las actuales circunstancias y de cara a los difíciles momentos que atraviesan las familias colombianas, es indispensable velar porque los beneficios sobre los créditos educativos se traduzcan en un verdadero alivio y no simplemente en el aplazamiento de sus obligaciones. Por ello, el alto tribunal juzgó como desproporcionado que, en las actuales circunstancias, se sigan causando intereses a los estudiantes que se acojan a la medida del numeral primero del artículo 1o, por eso la condiciona.

En la sentencia C-205 del 25 de junio de 2020 (M. P. José Fernando Reyes Cuartas) declaró exequible la unificación de competencia para expedir protocolos de bioseguridad bajo la pandemia, pues consideró que dichos instructivos buscaban controlar el contagio y minimizar los riesgos a los que se veía expuesta la población ante la reactivación de la economía, la sociedad y la administración pública, con posterioridad al aislamiento preventivo obligatorio. Para el tribunal, el Decreto 539 del 13 de abril de 2020 no desconocía el principio de autonomía territorial, pues se trataba de la aplicación del principio de coordinación entre la nación y las autoridades regionales y locales para determinar la apertura de algunos sectores.

En la sentencia C-204 del 25 de junio de 2020, M. P. Cristina Pardo, declaró exequible el Decreto 561 del 15 de abril 2020, que dictó medidas transitorias para apoyar con incentivos económicos a los artistas, creadores y gestores culturales que demostraran vulnerabilidad como resultado de la pandemia o que estuvieran en situación de discapacidad, con cargo a los re-

cursos del impuesto nacional al consumo con destino a la cultura. En general, estimó que el impacto del aislamiento ordenado por el gobierno había afectado a dicho gremio y por tanto que era necesaria la expedición de una norma que modificara el artículo 512-2 del Estatuto Tributario y así permitir que el citado impuesto se destinara a la inversión social en cultura el pago de ayudas económicas para garantizarles el mínimo vital a los artistas.

En la sentencia C-203 del 25 de junio de 2020, M. P. Diana Fajardo, declaró exequible el Decreto 528 del 2020, que estableció una serie de alivios financieros para el pago de servicios públicos de acueducto, alcantarillado y aseo. Según el tribunal, las condiciones de aislamiento restringían la actividad económica y afectaban la capacidad de pago y el cumplimiento de obligaciones por parte de los usuarios, el alto tribunal avaló la creación de estrategias para dar alivios financieros y, así mismo, asegurar la estabilidad financiera de los prestadores de estos servicios públicos, aun sin el pago oportuno del usuario. De igual modo, encontró que se ajustaba a la Constitución la medida que ordenaba que recursos del Fondo de Solidaridad y Redistribución del Ingreso de los mencionados servicios en los municipios pudiera destinarse a financiar los mencionados incentivos.

En la sentencia C-202 del 25 de junio de 2020, M. P. Antonio José Lizarazo, la Corte determinó que los alivios tributarios para el sector agropecuario ordenados en el Decreto 573 del 15 de abril del mismo año se ajustaban a la carta. Según la corporación, se trataba de

> [...] medidas tributarias cuya finalidad es legítima desde el punto de vista constitucional; tienen una justificación suficiente; evidencian una relación directa tanto con la situación fáctica que dio origen a la declaratoria de emergencia, como con las consideraciones que sirven de sustento al decreto; son medidas idóneas y adecuadas a la consecución de la finalidad constitucional perseguida; constituyen medios necesarios en el contexto de la crisis de emergencia para beneficiar al sector productivo de alimentos y con ello garantizar la seguridad alimentaria de todo el país; constituyen medios que no contradicen la Constitución Política sino que, por el contrario, la desarrollan, promoviendo el abastecimiento de elementos básicos como el alimento y, por tanto, la seguridad alimentaria.

En la sentencia C-157 del 3 de junio de 2020, M. P. Diana Fajardo Rivera, declaró la exequibilidad de una de las medidas que causó mayor debate por la posible vulneración de derechos, como el de libre circulación, además por la remisión a sanciones penales y administrativas a quienes vio-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

laran la prohibición. Se trataba del Decreto 439 del 20 de marzo del mismo año, que dentro de sus medidas suspendió temporalmente, y de modo general, el desembarque con fines de ingreso o conexión en territorio colombiano de pasajeros procedentes del exterior por vía aérea. De modo general, la Corte consideró que las medidas cumplían con la finalidad, conexidad material, motivación suficiente, ausencia de arbitrariedad, intangibilidad, no contradicción específica, incompatibilidad, necesidad, proporcionalidad y de no discriminación. Para el tribunal la prohibición si bien era general no era absoluta y planteaba "[u]na excepción amplia para que las personas que quieran regresar, siendo nacionales o extranjeras residentes en Colombia, puedan hacerlo bajo el supuesto de que se encuentran en una situación de fuerza mayor, caso fortuito o emergencia humanitaria".

Otro de los decretos que tuvo gran notoriedad mediática, y fue motivo de intensa controversia jurídica, fue el 806 del 24 de septiembre de 2020, que reguló ampliamente las actuaciones judiciales por medio de tecnologías de la información y las comunicaciones, que lo revisó en la sentencia C-420 de 2020, M. P. Richard Ramírez. Luego de un extenso fallo, la Corte lo declaró exequible, aunque condicionó algunas normas relacionadas con el envío y recibo de mensajes por correo electrónico. Para el tribunal, el paquete de medidas no vulneraba la carta política, por ejemplo porque había precisado el alcance de los juicios de finalidad, motivación suficiente, conexidad material, incompatibilidad y necesidad, y las medidas adoptadas estaban "directa y específicamente relacionadas con el Estado de excepción", y eran

> idóneas y necesarias para (i) garantizar la prestación del servicio de administración de justicia, (ii) proteger la salud de los servidores y usuarios de la administración de justicia, (iii) agilizar el trámite de procesos judiciales y reducir la congestión de los despachos judiciales y (iv) reactivar el sector económico que depende de la prestación del servicio de justicia.

Por último, aparte de los juicios de constitucionalidad relacionados con los decretos legislativos, es oportuno resaltar otros fallos de la Corte Constitucional, esta vez en sede de tutela, que se produjeron varios meses después de la coyuntura crítica de la pandemia, cuando muchas de las medidas ordinarias y de emergencia habían perdido su vigencia. Se trata de fallos de revisión de tutela tardíos, que también ayudan a mostrar el déficit de protección real de los derechos fundamentales que supuso la crisis. Tan sólo a modo de ejemplo, en primer lugar, tenemos la sentencia T-337 del 26

de septiembre de 2022, M. P. Cristina Pardo, que revisó varios fallos de tutela dictados entre el 2021 y el 2022 relacionados con la exigencia de portar un carné o certificado digital de vacunación como requisito de ingreso a ciertos lugares y eventos, contenida en los decretos 1408 y 1615 de 2021, y 655 de 2022, dictados por el gobierno en ejercicio de sus facultades ordinarias. La Corte estimó que había una carencia de objeto para pronunciarse, dado que las medidas ya no estaban vigentes, pues el fallo se profirió casi un año después de producidos los hechos que motivaron las tutelas. No obstante, determinó que estas superaban los respectivos test y por tanto no vulneraban derechos fundamentales, pues "[...] restringir el ingreso de las personas no vacunadas contra el Covid-19 a determinados establecimientos puede reducir el riesgo de que el virus se transmita, independientemente del estado de vacunación de las personas", aunque al mismo tiempo señaló que tal restricción no era la única alternativa eficaz para enfrentar la pandemia, de modo que, dados los casos concretos que examinó, "hizo un llamado para que las autoridades se aseguren de que la decisión de las personas en lo que respecta a su vacunación contra el Covid-19 sea libre, autónoma y espontánea; no derivada de impactos y sobre su esfera iusfundamental".

En la misma línea del fallo previo, otra sentencia llegó mucho tiempo después de ocurridos los hechos, cuando ya las medidas no regían, fue la T-143 del 26 de abril de 2022, M. P. Alejandro Linares Cantillo, que revisó la tutela presentada el 27 de noviembre de 2020 en contra del Ministerio de Salud y el Instituto Nacional de Salud, la Aeronáutica Civil y otras entidades, por personas que consideraron que la aplicación Coronapp, que debía descargarse y diligenciarse para poder uso del transporte aéreo en el país, vulneraba varios derechos fundamentales. La corporación declaró la "carencia actual de objeto", porque ya la medida no estaba vigente, pero previno al gobierno y demás instituciones a adoptar las reglas de la legislación estatutaria en materia de datos personales y habeas data, pues estas debían ser compatibles con la emergencia declarada.

2. *El Consejo de Estado y el repliegue del control automático de legalidad*

La suerte del control inmediato de legalidad fue similar al "control atenuado" de constitucionalidad que acaba de exponerse, con argumentos quizá más formales que materiales. En la búsqueda realizada en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se encontraron 125 decisiones relativas

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

a este medio de control automático, entre las que se decidía la procedibilidad del control inmediato y aquellas tomaban decisión de fondo. En su mayoría (108), el Consejo declaró improcedente el control inmediato, en tanto afirmó que los presupuestos de procedibilidad que se indican a continuación no se cumplían, a saber, la procedibilidad del medio de control inmediato de legalidad está determinada por los siguientes supuestos facticos: i) se trate de una medida de carácter general; ii) dictada en ejercicio de la función administrativa, y iii) en desarrollo de un decreto legislativo expedido durante los estados de excepción de que tratan los artículos 212, 213 y 215 de la Constitución.[28] Cuando el acto administrativo no superaba los criterios formales antes indicados, el Consejo de Estado procedió a declarar improcedente el control inmediato y se abstenía de asumir conocimiento, "independientemente de que sea expedido en el contexto mismo del estado de excepción, e incluso cuando con éste se adopten medidas para conjurar las circunstancias críticas que le dieron origen" (sentencia 10/09/2020, José Roberto Sáchica Méndez). Para el Consejo de Estado, la emergencia sanitaria y cualquier acto administrativo de carácter general expedidos en el marco temporal y fáctico de los estados de excepción, que se limita a desarrollar las funciones que legal y constitucionalmente le han sido atribuidas previamente a la entidad, eluden el control automático de legalidad (sentencia 10/09/2020, José Roberto Sáchica Méndez). Con base en lo anterior, de las 125 decisiones adoptadas, sólo 17 avocaron conocimiento y resolvieron el asunto por medio del control inmediato de legalidad.

De esta manera, el Consejo de Estado realizaba el examen inmediato de legalidad sólo respecto a aquellos asuntos que superaban los requisitos formales indicados por el artículo 136 del CPACA. Para el control material, el Consejo realiza un control de constitucionalidad y legalidad centrado en los juicios de proporcionalidad, finalidad, necesidad, intangibilidad de ciertos derechos y no discriminación, conexidad y juicio de legalidad. Este último, indica un análisis integral, pero "no completo ni absoluto del or-

[28] V. gr. Sentencia del 07/07/2021, Rad. 11001-03-15-000-2021-04108-00. C. P.: Martín Bermúdez Muñoz. Sentencia del 14/10/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-04174-00. C. P.: Oswaldo Giraldo López. Sentencia del 01/10/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-04088-00, C. P.: Hernando Sánchez. Sentencia del 04/09/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03896-00, C. P.: Nubia Margoth Peña Garzón. Sentencia del 28/08/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03792-00, C. P.: Nubia Margoth Peña Garzón. Sentencia del 27/08/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-03692-00, C. P.: Oswaldo Giraldo López. Sentencia del 18/08/2020, Rad. 11001-03-15-000-2020-02436-00, C. P.: Hernando Sánchez.

denamiento jurídico", que finalmente, puede resultar laxo, en tanto, afirma el Consejo de Estado, las reglas constitucionales y estatutarias que orientan los estados de emergencia, no establecen lineamientos estrictos sobre los medios para conjurar la situación excepcional (sentencia del 14/12/2021). La anterior es quizá, la versión contemporánea elaborada por el Consejo de Estado de las "facultades implícitas" en materia de policía administrativa.

El control inmediato de legalidad cuenta con varias características determinadas por el mismo Consejo de Estado, enfatizado en varios de los fallos analizados, a saber: el control es automático e inmediato, porque tan pronto se expide el acto administrativo general debe ser enviado para que se ejerza el control correspondiente y, en caso de que no se envíe dentro de las 48 horas siguientes a la expedición, la autoridad judicial competente debe asumir, de oficio, el control de tal acto (artículo 136 C. P. A. C. A.). Es autónomo, pues es posible adelantar el control antes de que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la constitucionalidad del decreto que declara el estado de excepción y de los decretos legislativos que lo desarrollan. Es integral, por cuanto es un juicio en el que se examina la competencia de la autoridad que expidió el acto, la conexidad de la decisión con los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción, la sujeción a las formas y la proporcionalidad de las medidas adoptadas para conjurar la crisis e impedir que se extiendan los efectos del estado de excepción. Finalmente, indica el Consejo, la sentencia que decide el control de legalidad hace tránsito a cosa juzgada relativa, en tanto es compatible con las acciones públicas de nulidad simple y nulidad por inconstitucionalidad, según sea el caso (sentencia del 04/08/2020).

De esta manera, como se expuso en los asuntos observados, la Sala declaró improcedente el control inmediato de legalidad del acto administrativo objeto de estudio en 108 de los 125 casos, al encontrar que no cumplían la condición normativa consistente en desarrollar un decreto legislativo dictado en un estado de excepción, en los términos indicados en los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 de Ley 1437 de 2011. Algunas normas, como el Decreto 1320 de 1 de octubre de 2020,[29] fueron examinados de fondo,

[29] El decreto contiene reglas generales sobre las líneas de crédito directas o de redescuento con tasa compensada de FINDETER y BANCÓLDEX, con recursos del FOME y el reconocimiento y transferencia de los recursos del fondo requeridos por dichas entidades financieras estatales para subsidiar la tasa de interés de las líneas de crédito priorizadas en el marco de lo establecido en el artículo 5o. del Decreto Legislativo 444 de 2020. ii) Dictado en ejercicio de la función administrativa.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

al desarrollar el Decreto Legislativo 444 de 2020 (sentencia del 14/12/2021). No obstante, sólo dos asuntos declararon la ilegalidad del acto administrativo, de los 17 analizados llamaron nuestra atención: el fallo del 7 de febrero de 2022 y el 4 de agosto de 2020, como se expondrá a continuación.

Un importante grupo de asuntos fueron relativos decisiones que resolvieron la legalidad de actos administrativos que habilitaba o autorizaba trabajo remoto o presencial.[30] En estos casos, el Consejo de Estado indicó que, si bien la medida tiene relación con la pandemia, y en el caso de la modalidad de trabajo, desarrollaba la Ley 2088 de 2021, así como regular la atención presencial de usuarios y fijar el horario de trabajo presencial y en casa, no son desarrollo de decretos legislativos expedidos en vigencia de la emergencia económica, social y ecológica declarada por el Gobierno nacional con ocasión de la pandemia asociada con el COVID-19, razón por la cual no procede el control inmediato de legalidad en los términos del artículo 136 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.[31]

Otro grupo de decisiones se enmarcaron en la adopción de medidas para garantizar la atención y la prestación de los servicios a su cargo y proteger a los servidores públicos y contratistas en el marco de la emergencia. En estos casos, llama la atención la ponderación realizada por el Consejo de Estado, que acogiendo el principio de efecto útil, profirió una decisión interpretativa más favorable a la conservación del acto administrativo. Así, el Consejo dio aplicación al principio de conservación de las normas y del "principio de hermenéutica de 'efecto útil de interpretación de las normas' reconocido especialmente por la jurisprudencia constitucional" por medio de "sentencias interpretativas o de condicionamiento de legalidad", disponiendo no retirar del ordenamiento jurídico una norma o disposición —de actos administrativos generales— cuando de ella es posible y válido predicar una interpretación acorde con el ordenamiento jurídico superior y por lo tanto, "no se justifica retirarla o expulsarla del ordenamiento jurídico por el hecho de que habría otra interpretación que conduce a concluir su ilegalidad sino, que debe preferirse aquella que permite mantener la norma bajo el con-

[30] En la Sentencia del 14 de diciembre de 2021, C. P.: Nubia Margoth Peña Garzon. En este caso, el Consejo de Estado declaró la nulidad de la Resolución 00780 de 2020 del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en tanto restringía la posibilidad de trabajo en casa y uso de los medios tecnológicos para las personas naturales que tengan contratos de prestación de servicios personales, profesionales y de apoyo a la gestión.

[31] Ver por ejemplo, Sentencia del 7 de julio de 2021, C. P.: Martín Bermúdez Muñoz.

dicionamiento de legalidad que haga y establezca el juez en el respectivo juicio de legalidad".[32]

Con todo, no todas las decisiones fueron favorables para la legalidad de los actos administrativos expedidos en desarrollo de los decretos legislativos. Ejemplo de esto fue el Decreto 1754 del 22 de diciembre de 2020, por el cual se reglamenta el Decreto Legislativo 491 del 28 de marzo de 2020, en lo relacionado con la reactivación de las etapas de reclutamiento, aplicación de pruebas y periodo de prueba en los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, en el marco de la emergencia sanitaria (sentencia del 16/06/2022). Para el Consejo de Estado, el Decreto 1754 no superó el juicio de conexidad ni de proporcionalidad, en la medida en que la reanudación de los procesos de selección para proveer los empleos de carrera del régimen general, especial y específico, así como de los periodos de prueba en vigencia de la emergencia sanitaria, si bien cuenta con un fundamento constitucional para su expedición, no se justifica en tanto no lograría, opina el Consejo, los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción y a los previstos en el Decreto Legislativo 491 de 2020, que se profirió como desarrollo de la declaratoria de emergencia. Para el Consejo, el artículo 14 del Decreto Legislativo 491 de 2020 ordenó el aplazamiento de los concursos de mérito que se estuvieren adelantando, con la advertencia de que estos debían reanudarse una vez fuere superada la emergencia sanitaria decretada por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, en esta decisión, el Consejo decidió la nulidad del citado decreto, considerando que la norma no contiene un medio idóneo para asegurar el principio del mérito en la función pública, así como salvaguardar el derecho a la salud de los servidores públicos y/o ciudadanos que se encuentren en alguna de las etapas de estos procesos. El Consejo adopta así una decisión donde la norma de excepción prevaleció sobre el mandato constitucional, al indicar que el mérito en la función pública es un fin "constitucionalmente legítimo", sin embargo, realizar el concurso y proveer los cargos es "la medida desconoce abiertamente la restricción impuesta por el legislador extraordinario" (sentencia del 16/06/2022).

Otro caso en el que el control inmediato de legalidad también contó con espacios afirmativos de control, ante claros excesos en la reglamentación de decretos legislativos fue el juicio a la Resolución núm. 167 del 26 de junio de 2020, expedida por la Corporación para el Desarrollo Sostenible

[32] Véase por ejemplo, Sentencia del 7 de febrero de 2022, M. P. Fredy Ibarra Martínez.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

del Norte y el Oriente Amazónico —CDA—. Este acto administrativo reducía el término para el trámite de concesión de aguas subterráneas, de 15 días a 5 días, para atender (i) la oposición u oposiciones si las hubiere y (ii) si es procedente o no, otorgar la concesión solicitada, mientras se mantenga la vigencia de la emergencia sanitaria declarada por el Ministerio de Salud y Protección Social. El exceso en la decisión de la Corporación Autónoma fue evidente y por ello, el Consejo de Estado decidió la anulación con efectos ex tunc, de manera que las obras de perforación para prospección y exploración de aguas subterráneas que se encuentren en curso en el área de influencia de la CDA y sin los debidos permisos de las autoridades ambientales, debieron ser suspendidas de manera inmediata, hasta que los interesados obtengan el permiso correspondiente (sentencia del 04/08/2020).

V. Conclusiones

Desde la perspectiva del historicismo se puede diagnosticar que el constitucionalismo colombiano ha dado preminencia al poder presidencial, y que en buena medida la trayectoria del país ha estado marcada por el autoritarismo.

El diseño institucional y las posturas de las distintas ramas del poder público bajo la carta política de 1886 le permitieron al Ejecutivo ejercer amplísimas facultades en detrimento del poder legislativo, y con un control laxo por parte de la Corte Suprema de Justicia. Este órgano incluso permitió el sometimiento de los civiles a la justicia penal militar durante varias décadas. De igual modo, el Ejecutivo hizo uso de facultades ordinarias, como las de policía, con poco control del juez de legalidad.

Si bien la Constitución de 1991 intentó moderar ese poder presidencial al recortar las facultades del Ejecutivo en estados de excepción y en buena parte al fortalecer las funciones del Congreso y el control constitucional, desde los mismos artículos transitorios, y las primeras reformas constitucionales, se concedieron poderes a los presidentes, que terminaron incrementados por las enmiendas reeleccionistas. Tales reformas permitieron que un presidente enfrentara por la vía armada a la subversión, pero también que otro gobierno lograra un acuerdo de paz con las FARC, no sin antes obtener un gran poder de configuración normativa que le delegó el Congreso.

El gobierno de Iván Duque enfrentó la pandemia de COVID-19 por medio de dos emergencias económicas y sociales que le dieron gran capacidad

normativa, a expensas del Congreso. La amplia gama de materias de los decretos legislativos, sumado a que la mayoría de estos gozaron del respaldo de la Corte Constitucional, pone de presente la continuidad de la preminencia del poder presidencial en dicha trayectoria.

Como dijimos al inicio, es necesario analizar las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en la revisión automática que realizó a cada uno de los 115 decretos legislativos dictados por el gobierno Duque durante la pandemia para así poder ofrecer un balance completo de dicho ejercicio, asunto que será objeto de un trabajo posterior. No obstante, en una perspectiva cuantitativa es diciente que solo siete de esos decretos, en medio de la amplia capacidad normativa de que gozó el Ejecutivo, no hayan sobrevivido al juicio de la Corte.

En el muestreo de sentencias de la Corte Constitucional que presentamos se aprecia la diversidad de materias y la amplitud de regulación de los decretos legislativos dictados por el Ejecutivo bajo el régimen de excepción, y el control constitucional un tanto flexible que se ejerció sobre ellos. El tiempo en que estos decretos se mantuvieron vigentes mientras el tribunal los examinaba, así como algunos condicionamientos a los efectos de los fallos de inconstitucionalidad, también dan cuenta de tal práctica judicial, que en últimas contribuyó al reforzamiento del poder presidencial.

Las facultades ordinarias de policía que le confirió la Constitución, pero también la ley, sumadas a la inacción del control de legalidad por el Consejo de Estado, le permitieron al Ejecutivo ejercer un gran poder de regulación en tiempos de la pandemia de COVID-19. Por esto, también se puede hablar de un poder presidencial con escasos límites de los demás poderes en esa coyuntura (2020-2022). En efecto, la normalización de estas atribuciones de policía provocó un importante impacto en el orden constitucional y el sistema de pesos y contrapesos, pues atribuir esas "facultades implícitas", junto a un "control atenuado" y el repliegue del control automático de legalidad condujo a que dichas atribuciones carecieran de límites temporales; su control judicial fuese rogado y posterior y no se guiaren por una ley estatutaria o un marco superior más allá de la carta fundamental.

Por su parte, el control automático que realizó la Corte Constitucional al decreto que declara el estado de emergencia, junto a los decretos legislativos (artículo 215 de la Constitución política), así como los límites temporales y materiales definidos por la Ley Estatutaria —Ley 137 de 1994— parecerían haberse relajado de cara a superar una situación inédita, pero que ha llevado a una ampliación de las materias regidas por las facultades semi parla-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mentarias transitorias. Así, junto a los decretos ordinarios que se amparaban en las facultades de policía que tenía el Presidente, establecidas en el Código Nacional de Seguridad y Convivencia (Ley 1801 de 2016), el Ejecutivo se vio investido de unas facultades implícitas e intemporales para reglamentar un amplio espectro de materias por medio de decretos ordinarios, en el marco de una emergencia sanitaria, que no estado de emergencia, y que rigió en un espacio temporal mucho más amplio que el estricto límite constitucional del artículo 212 a 215 de la carta (que regulan los estados de excepción).

Por último, estimamos que son necesarios los análisis que combinen la revisión de las posturas de los tribunales constitucionales, pero también de los jueces de legalidad en asuntos como el poder presidencial, pues esto permite tener una visión de conjunto sobre el incremento de esa dinámica institucional. En ese sentido, este trabajo quisiera proponer caminos que contribuyan a un diálogo más fecundo en campos en los que suelen predominar miradas aisladas: bien desde el derecho constitucional o el derecho administrativo. Este artículo procuró avanzar en esa vía, que esperamos seguir en próximos trabajos.

VI. Referencias

Abranches, S. (1988). Presidencialismo de coalizão: o dilema institucional brasileiro. *Dados-Revista de Ciências Sociais*, *31*(1), 5-34.

Abranches, S. (2018). "Presidencialismo de coalizão: raízes e evolução do modelo político brasileiro", Companhia das Letras.

Álvarez, A. (2022). El Paro nacional del 2021 en Colombia: estallido social entre dinámicas estructurales y de coyuntura: la relevancia de la acción política y del diálogo en su desarrollo y transformación. *Prospectiva*, 33.

Ámbito jurídico (2020a). Coronavirus: Conozca todas las decisiones de la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos, 8 de julio de 2020.

Ámbito jurídico. (2020b). Coronavirus (COVID-19) Corte explica por qué declaró inexequible el decreto sobre traslado de recursos a Colpensiones, 27 de agosto de 2020. https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/coronavirus-covid-19corte-explica-por-que-declaro-inexequible-el-decreto-sobre

Arango, A. C. (2019). Mutaciones del presidencialismo. La transformación del poder presidencial en Colombia (1974-2018). *Estudios Constitucionales*, 17, 91-120.

Arendt, H. (2008). *La promesa de la política*. Paidós Ibérica.

Ariza, L. (1997). Estados de excepción y razón de Estado en Colombia. En *Estudios Ocasionales del Cijus*, (v. 1 fasc. 1). Uniandes.

Asuntos Legales. (2020). Exfiscal Paola Meneses fue elegida como nueva magistrada de la Corte Constitucional, 11 de diciembre de 2020. https://www.asuntoslegales.com.co/actualidad/exfiscal-paola-meneses-fue-elegida-como-nueva-magistrada-de-la-corte-constitucional-3100207

Barrera, P. J. (2020). Dos efectos de la Covid-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo. *Derecho y Realidad*, *18*(36), 59-88. https://doi.org/10.19053/16923936.v18.n36.2020.12158

Barreto, A. (2012). La generación del Estado de sitio: el juicio a la anormalidad institucional colombiana en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991. *Precedente. Revista Jurídica*, 1, 9-48.

Barreto, A. (2017). La Corte Suprema de Justicia y el estado de sitio: línea jurisprudencial sobre las doctrinas de las facultades implícitas y de las atribuciones constitucionales del gobierno. En M. Castro (Coord.), *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*, 302-322. Ediciones Uniandes.

Benítez, V. (2022). La limitación al poder presidencial en Colombia por medio del control de reformas constitucionales: la política judicial detrás de las sentencias de reelección presidencial y paz. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, *26*(1), 323-353. https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8473362

Boletín núm. 155 (2020, octubre 26). https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?Con-115-sentencias,-la-Corte-Constitucional-concluye-el-control-automatico-de-los-Decretos-Legislativos-por-el-COVID-19-8995

Botero, A. (2012). Una presidencia sin ejecutivo y sin Estado: la concentración del poder público colombiano en la contemporaneidad. En M. Londoño (Coord.), *La cuadratura del círculo* (pp. 93-120), Universidad de Medellín.

Botero, A. y Cajas, M. (2021). El hiperpresidencialismo colombiano y el Acuerdo de Paz de la Habana. *Vniversitas*, 70, 1-28. https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.hcap

Cajas, M. (2015). *La historia de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, 1886-1991*. Uniandes y Universidad Icesi.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cajas, M. (2017). El juicio al Estatuto de Seguridad de 1978 o uno de los peores casos en la historia de la Corte Suprema de Justicia. En M. Castro (Coord.), *Gaceta Judicial: 130 años de historia jurisprudencial colombiana*, 263-301. Ediciones Uniandes.

Cajas, M. y Sarmiento, J. (2022). Proporcionalidad y razonabilidad de la vacunación obligatoria contra la COVID-19: aproximaciones desde el constitucionalismo contemporáneo. *Vniversitas*, 71.

Carpizo, J. (1978). Notas sobre el presidencialismo mexicano. *Revista de Estudios Políticos*, *3*, 19-36.

Castillas, C. (2001). Gobierno dividido en México: entre la pluralidad y la eficacia. Revista de Estudios Políticos, (113), 75-99.

Celi, I. (2020). Del correísmo al anti-correísmo. Constitucionalismo autoritario, radicalismo y cambio político en Ecuador. *Sur Academia*, *7*(13), 85-102.

Cerbone, P. (2021a). El hiperpresidencialismo: una aproximación desde la perspectiva de la teoría política. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, *20*(1), 1-15.

Cerbone, P. (2021b). El hiperpresidencialismo como resultado de la interacción entre presidencialismo fuerte y populismo. *RIPS: Revista de Investigaciones Políticas y Sociológicas*, *20*(1).

Córdova, H. (2013). *Derechos sin poder popular, presente y futuro de la participación, comunicación e Información*. Editorial del Centro Andino de Estudios Estratégicos y Universidad Central del Ecuador.

Corte Constitucional (2020). Micrositio sobre control de constitucionalidad de decretos legislativos expedidos por el Gobierno Nacional durante el Estado de Emergencia Social, Económico y Ecológico. https://www.corteconstitucional.gov.co/micrositios/estado-de-emergencia/estadisticas.php

Dávila, Andrés (2002). *Democracia pactada*. Alfaomega Grupo Editor.

El Espectador. (2020). ¿Por qué se habla de concentración de poder en el gobierno Duque? https://www.elespectador.com/politica/por-que-se-habla-de-concentracion-de-poder-en-el-gobierno-duque-article

El Nuevo Siglo (2020). ¿Qué pasa si Paola Meneses es elegida magistrada? https://www.elnuevosiglo.com.co/politica/que-pasa-si-paola-meneses-es-elegida-magistrada

Faivre, C. (2011). Colombia: un régimen presidencial bajo la tentación del parlamentarismo. *Revista Derecho del Estado*, 27, 23-46.

France 24. (2022). Iván Duque centró su periodo en la seguridad, pero deja una Colombia más violenta. https://www.france24.com/es/am%C3%A9rica-latina/20220615-iv%C3%A1n-duque-centr%C3%B3-su-periodo-en-la-seguridad-pero-deja-una-colombia-m%C3%A1s-violenta

García, I. (2019). La parlamentarización peruana (2001-2016). Presidencialismo y sistema de partidos. *Espiral*, *26*(74), 127-163. https://doi.org/10.32870/espiral.v26i74.7050

Ginsburg, T. y Versteeg, M. (2021). The bound executive: Emergency powers during the pandemic. *International Journal of Constitutional Law*, *19*(5), 1498-1535. https://doi.org/10.1093/icon/moab059

González, J. (2015). *Estados de excepción y democracia liberal en América del Sur: Argentina, Chile y Colombia (1930-1990)*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.

Guerrero, E. (2018). Narrativas de la legalidad en el hiperpresidencialismo constitucionalizado ecuatoriano. *Eunomía, Revista en Cultura de la Legalidad*, (14), 175-190.

Ittai Bar, S. (2020). Covid-19 meets politics: the novel coronavirus as a novel challenge for legislatures. *The Theory and Practice of Legislation*, *8*(1-2), 11-48. https://doi.org/10.1080/20508840.2020.1800250

Iturralde, M. (2008). Estado de derecho vs. Estado de emergencia. Hacia un Nuevo Derecho Constitucional, Universidad de los Andes.

Landau, D. (2020). The causes and consequences of a judicialized peace process in Colombia. *International Journal of Constitutional Law*, *18*(4), 1303-1323. https://doi.org/10.1093/icon/moaa087

La República (2020). La Corte Constitucional tumbó el impuesto solidario que se estableció en el Decreto 568 de 2020. https://www.larepublica.co/economia/la-corte-constitucional-tumbo-el-impuesto-solidario-del-decreto-568-de-2020-3041856

La Silla Vacía (2020). Coalición y candidatos con lazos políticos, clave de Duque para quedar con todo. https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/coalicion-y-candidatos-con-lazos-politicos-clave-de-duque-para-quedar-con-todo

La Silla Vacía (2021). Duque repotencia la seguridad con más de lo mismo, en un empaque para el 2022. https://www.lasillavacia.com/historias/silla-nacional/duque-repotencia-la-seguridad-con-mas-de-lo-mismo-en-un-empaque-para-el-2022

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Limongi, F. (2006). Presidencialismo, coalizão partidária e processo decisório. *Novos Estudos*, 76, 17-41.
Limongi, F. y Figueiredo, A, (1998). Bases institucionais do presidencialismo de coalizão. *Lua Nova*, 44, 81-106.
Linz, J. y Stepan, A. (1996). Hacia la consolidación democrática. *La Política, Revista de estudios sobre el Estado y la sociedad*. Paidós Ibérica.
Lochak, D. (1972). *Le Rôle Politique du Juge Administratif Français*. Université de Paris, LGDJ.
Mainwaring, S. (1999). Multipartidismo, federalismo robusto y presidencialismo en Brasil. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, *1*(2), 58-120.
Maskaly, J., Kutinjak et al. (2021). Policing the covid-19 Pandemic: Exploratory Study of the Types of Organizational Changes and Police Activities Across the Globe. I*nternational Criminal Justice Review*, 20. https://doi.org/10.1177/10575677211012807
Melo, J. (2014). Los tiempos del populismo. devenir de una categoría polisémica. *Colombia Internacional*, *1*(82),71-98. https://doi.org/10.7440/colombiaint82.2014.04
Mendonça, D. de. (2014). El populismo como voluntad democrática. *Colombia Internacional*, *1*(82), 51-70. https://doi.org/10.7440/colombiaint82.2014.03
Meško, G. (2021). Police, Policing and covid-19 Pandemic. European Journal of Crime, *Criminal Law and Criminal Justice*, *29*(3-4), 183-188. https://doi.org/10.1163/15718174-29030001
MOE, Observatorio de Justicia Electoral (2020). El Congreso de la República bajo pandemia: informe de seguimiento legislativo. Análisis de los temas político-electorales: legislatura 2019-2020. https://www.moe.org.co/wp-content/uploads/2020/07/20201707_Informe-VF-Congreso-de-la-Repu%CC%81blica.pdf
Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2021). El Paro Nacional 2021: lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho a la reunión pacífica en Colombia. https://www.colectivodeabogados.org/wp-content/uploads/2021/12/Colombia_Documento-lecciones-aprendidas-y-observaciones-Paro-Nacional-2021-2.pdf
Olivares, A. et al. (2022). Presidencialismo en América Latina: algunas consideraciones para el debate. *Iberoamericana*, *XXII*(79).
Oviedo, E. (2021). Hiperpresidencialismo y democracia delegativa: una mirada desde El Dictador. *Democracia, gobernanza y populismo*.

Palma, E. (2012) *Estado constitucional liberal católico en Chile (1812-1924). Nueva Historia Constitucional*. Facultad de Derecho Universidad de Chile.

Palma, E. (2002). ¿Gobierno portaliano o gobierno conservador autoritario?: de los mecanismos constitucionales para garantizar la eficacia del ejercicio del poder en la Constitución de 1833. *Revista de Derecho*, 13, 45-64.

Petersen, G. y Somuano, F. (2021). Mexican De-Democratization? Pandemic, Hyper-Presidentialism and Attempts to Rebuild a Dominant Party System. *Revista de ciencia política (Santiago)*, *41*(2), 353-376. https://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2021005000118

Quinche, M. (2022). *Los Tests constitucionales*. Temis.

Robledo, P. (2020). El control de constitucionalidad de la Corte Constitucional colombiana a los estados de emergencia ocasionados por la pandemia de la Covid-19 en el 2020. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, *25*(2), 579-591.

Sarmiento, J. (2013). Populismo constitucional y reelecciones, vicisitudes institucionales en la experiencia sudamericana. *Revista Estudios Constitucionales*, *11*(1).

Sarmiento, J. (2018). *La justicia administrativa entre dictaduras. Una crítica a la construcción del derecho administrativo en Colombia*. Ediciones Uniandes.

Sarmiento, J. (2020). Una agenda Legislativa regresiva en 2020. *Revista de Derecho*, (53).

Semana Dinero (2020a). Corte Constitucional negó solicitud de suspender "Impuesto Solidario". https://www.semana.com/que-viene-luego-de-la-inconstitucionalidad-del-impuesto-solidario/295021/

Semana Dinero (2020b). Gobierno alcanzó a recaudar $240.000 millones del impuesto solidario. https://www.semana.com/que-viene-luego-de-la-inconstitucionalidad-del-impuesto-solidario/295021/

Sentencia C-100. (2022, marzo 17). M. P. José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional.

Sentencia (2021, junio 10). M. P. Luís Alberto Álvarez. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Radicación: 1001-03-28-000-2020-00073-00 (Principal) 11001-03-28-000-2020-00074-00.

Sentencia (2021, julio 7). C. P. Martín Bermúdez Muñoz. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala Séptima Especial de Decisión. Rad. 11001-03-15-000-2021-04108-00. Norma Demanda-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

da: Resolución 0000301 de 2021 (18 de junio), Corporación Autónoma Regional del Atlántico.
Sentencia (2021, diciembre 14). C. P. Nubia Margoth Peña Garzón. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sala 8 Especial de Decisión. Rad.: 11001-03-15-000-2020-04339-00.
Sentencia C- 157 (2020, junio 3). M. P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional.
Sentencia C-161 (2020, junio 4). M. P. Diana Fajardo. Corte Constitucional.
Sentencia C-169 (2020, junio 10). M. P. Antonio José Lizarazo Ocampo. Corte Constitucional.
Sentencia C-171 (2020, junio 10). M. P. José Fernando Reyes. Corte Constitucional.
Sentencia C-193 (2020, junio 24). M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Corte Constitucional.
Sentencia C-200 (2020, junio 25). M. P. Diana Fajardo Rivera. Corte Constitucional.
Sentencia C-201 (2020, junio 25). M. P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.
Sentencia C-202 (2020, junio 25). M. P. Antonio José Lizarazo. Corte Constitucional.
Sentencia C- 203 (2020, junio 25). M. P. Diana Fajardo. Corte Constitucional.
Sentencia C-204 (2020, junio 25). M. P. Cristina Pardo. Corte Constitucional.
Sentencia C-205 (2020, junio 25). M. P. José Fernando Reyes. Corte Constitucional.
Sentencia C-206 (2020, junio 25). M. P. José Fernando Reyes Cuartas. Corte Constitucional.
Sentencia C-242 (2020, julio 9). M. P. Luís Guillermo Guerrero y Cristina Pardo. Corte Constitucional.
Sentencia C-258 (2020, julio 23). M. P. Antonio José Lizarazo. Corte Constitucional.
Sentencia C- 308. (2020, agosto 12). M. P. Antonio José Lizarazo. Corte Constitucional.
Sentencia C-420 (2020, septiembre 24). M. P. (E). Richard S. Ramírez Grisales. Corte Constitucional.
Sentencia T-143 (2020, abril 26). M. P. Alejandro Linares Cantillo. Corte Constitucional.
Sentencia T-337 (2020, septiembre 26). M. P. Cristina Pardo. Corte Constitucional.

Sentencia (2020, agosto 4). C. P. Myriam Stella Gutiérrez Arguello. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad.: 11001031500020200348500.

Sentencia (2020, agosto 18). C. P. Hernando Sánchez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-02436-00. Norma Demandada: Resolución 241 del 6 de mayo de 2020.

Sentencia (2020, agosto 27). C. P. Oswaldo Giraldo López. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03692-00. Norma Demandada: Resolución 276 del 5 de junio de 2020.

Sentencia (2020, agosto 28). C. P. Nubia Margoth Peña Garzón. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03792-00. Norma Demandada: Resolución 6450 del 8 de junio de 2020.

Sentencia (2020, septiembre 4). C. P. Nubia Margoth Peña Garzón. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03896-00. Norma Demandada: Resolución 249 del 1 de septiembre de 2020.

Sentencia (2020, septiembre 10). C. P. José Roberto Sáchica Méndez (2020). Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-03726-00. Norma Demandada: Resolución 0000914 del 11 de junio de 2020.

Sentencia (2020, octubre 1o.). C. P. Hernando Sánchez. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-04088-00. Norma Demandada: Resolución núm. 262 de 15 de septiembre de 2020.

Sentencia (2020, octubre 14). C. P. Oswaldo Giraldo López. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Rad. 11001-03-15-000-2020-04174-00. Norma Demandada: Decreto 1105 de 10 de agosto de 2020.

Sentencia C-293. (2000, agosto 5). M. P. Gloria Stella Ortiz y Cristina Pardo Schlesinger. Corte Constitucional.

Serrafero, M. (1999). Presidencialismo argentino: ¿atenuado o reforzado? *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política y Humanidades*, *1*(2), 121-154.

Smela D. y Cruz D. (2021). El "fast track": ¿un mecanismo de flexibilización de la Constitución de 1991? *Rev. Derecho Estado*, 48.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Transparencia Internacional. (2020). Alarmante concentración del poder en el ejecutivo en Colombia. Comunicado de prensa 004-2020, Berlín-Bogotá, septiembre 3 de 2020. https://transparenciacolombia.org.co/2020/09/03/alarmante-concentracion-del-poder-en-el-ejecutivo-en-colombia/

Uprimny, R. (2020). Un Duque que quiere reinar. *Dejusticia*. https://www.dejusticia.org/column/un-duque-que-quiere-reinar/

Varela, P. (2020). Dos efectos de la COVID-19 en Colombia: profundización de la desigualdad y retorno al hiperpresidencialismo. *Derecho y Realidad*, *18*(36), 59-88.

Vázquez, A. (1979). *El poder presidencial en Colombia: la crisis permanente del derecho constitucional*. Ediciones Enrique Dobry.

Yoo, J. (2022). Emergency Powers during a Viral Pandemic. *New York University Journal of Law & Liberty*, *15*(3), 822-858.

Cómo citar

Sistema IIJ

Sarmiento Erazo, Juan Pablo y Cajas Sarria, Mario Alberto, "Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e17754. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.17754

APA

Sarmiento Erazo, J. P. y Cajas Sarria, M. A. (2025). Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e17754. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.17754

Derechos de la naturaleza en el Ecuador: el reto constitucional

Rights of nature in Ecuador: the constitutional challenge

Johanna Elizabeth **Jiménez Torres**

https://orcid.org/0000-0002-0807-7446

Universidad Técnica Particular de Loja. Ecuador
Correo electrónico: jejimenez30@utpl.edu.ec

Recepción: 23 de febrero de 2024
Aceptación: 16 de abril de 2024
Publicación: 17 de septiembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18955

Resumen: La presente investigación es de tipo descriptivo-explicativa, con enfoque cualitativo, sobre el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución de la República del Ecuador de 2008, lo que representa un hito innovador para la teoría del derecho desde la perspectiva de autores como Zaffaroni, Ávila Santamaría, Melo y Gudynas. Se trata de un reconocimiento que presenta retos en su materialidad. Metodológicamente se utilizaron métodos de investigación cualitativa, pero también métodos propios de la investigación jurídica, como el método hermenéutico. El objetivo de la investigación consiste en realizar un análisis teórico-doctrinal sobre la forma en que se han desarrollado los derechos de la naturaleza en el contexto internacional y en el caso específico ecuatoriano. La hipótesis que se presenta es la necesaria adopción del paradigma biocéntrico para la protección de la naturaleza en el Ecuador, y, como consecuencia, la necesidad legislativa de desarrollar mecanismos para su protección.
Palabras clave: derechos, naturaleza, interpretación, constitución, Ecuador.

Abstract: This is descriptive-explanatory research, with a qualitative approach, on the recognition of nature as a subject of rights in the 2008 Constitution of the Republic of Ecuador, an innovative milestone for the theory of law from the perspective of authors such as Zaffaroni, Ávila Santamaría, Melo and Gudynas. This recognition presents challenges in its materiality. Methodologically, research methods were used; qualitative, as well as methods proper to legal research such as the hermeneutic method. The goaled research is to carry out a doctrinal analysis on the theoretical compilation on the way in which the rights of nature have been developed in the international context and in the specific Ecuadorian case. The hypothesis presented is the necessary adoption of the biocentric paradigm for the protection of nature in Ecuador and so the legislative need to develop mechanisms for its protection.
Keywords: rights, nature, interpretation, constitution, Ecuador.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Sumario: I. *Introducción*. II. *Metodología*. III. *El activismo animalista y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos*. IV. *Los derechos de los animales y derechos de la naturaleza.* V. *Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación desde el* sumak kawsay. VI. *Jurisprudencia ecuatoriana de los derechos de la naturaleza*. VII. *Consideraciones finales*. VIII. *Referencias.*

I. Introducción

Los procesos de reforma constitucional en Latinoamérica incluyeron importantes reformas y reconocimientos formales que reivindican la lucha social de los invisibilizados históricamente. En Colombia se reconoce la multiculturalidad con la carta magna de 1991 y, a partir de esta, inicia un importante desarrollo jurisprudencial. En Ecuador, tras la Asamblea Constituyente de 2007 y con la participación de activistas sociales, ambientales, pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas se logró el reconocimiento de la plurinacionalidad e interculturalidad como principios y características del Estado, así como el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Así, se tiene que el Estado se caracteriza como intercultural y plurinacional, lo que conlleva a entender que, en la diversidad, existen distintos sistemas e ideologías. Por primera vez en la historia del derecho, la naturaleza adquiere la calidad de *sujeto* que en la Constitución de la República del Ecuador (CRE) se establece en los artículos 10, 71 y 72.

En contraste, en el caso boliviano el artículo 1o. de la Constitución incorpora la declaración del Estado como plurinacional. Esa declaración hace que tanto la Constitución ecuatoriana como la boliviana se configuren a su vez en los dos referentes más importantes para el constitucionalismo andino. Como parte del constitucionalismo andino, además, Ecuador reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos, configurándose en el referente para dar solución a conflictos jurídicos que la involucren. Así, por ejemplo, altas cortes como la Corte Constitucional Colombiana mediante distintas sentencias, ha declarado que

> Ciertos elementos de la naturaleza son sujetos de derecho: Río Atrato (Corte Constitucional, Sentencia T 622 de 2016); Oso Chucho (Corte Suprema de Justicia), Amazonas colombiano (Corte Suprema de Justicia, STC 4360 de 2018); Páramo de Pisba (Tribunal Administrativo de Boyacá); Ríos Combeima, Cocora y Coello (Tribunal Administrativo del Tolima); Río Cauca (Tribunal Supe-

> rior de Medellín); Río Pance, (Juzgado tercero de ejecución de penas y medidas de seguridad); Río Otún (Juzgado cuarto de ejecución de penas y medidas de seguridad) ; Río la Plata (Juzgado Único Civil Municipal de la Plata-Huila); Río Magdalena (Juzgado Primero Penal de Neiva) (Amaya Arias, 2020, p. 156).

De igual forma, ese reconocimiento de derechos a la naturaleza ha tenido eco en legislaciones como la de Nueva Zelanda, país que en marzo de 2017, a través de su Parlamento, "convirtió en ley la propuesta Te Awa Tupua (la demanda del río Whanganui). Mediante esta ley, el río Whanganui y su ecosistema adquirieron personalidad legal y derecho propio con el fin de garantizar su "salud y bienestar" (Kothari y Bajpai, 2018, p. 32). Pero en Ecuador el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos no implicó sólo un hecho aislado, sino que también incorporó, en el contexto socio jurídico, términos como el *sumak kawsay*, que representa "una concepción de rango andino, que ha logrado sobrevivir hasta nuestros días en muchas comunidades indígenas, en que *sumak* hace referencia a lo bueno, lo bello, mientras que *kawsay* hace alusión a la vida digna y en armonía" (Kowii, 2005).

Esta concepción andina se encuentra muy ligada al biocentrismo, una corriente que alcanza uno de sus mayores auges justamente con el reconocimiento de derechos a la naturaleza. En ella, el ser humano deja su ideología antropocentrista para pasar hacia una visión biocéntrica-ecocéntrica, en la que

> La Naturaleza vale por sí misma, independientemente de la utilidad o de los usos que le den los seres humanos, y esto es lo que representa una visión biocéntrica. Estos derechos no defienden una Naturaleza intocada que necesite dejar de lado el desarrollo de prácticas agrícolas, como: los cultivos, la pesca o la ganadería; estos derechos más bien se posesionan en la defensa de los sistemas de vida, los conjuntos de vida. (Acosta, 2011, pp. 353-354)

Desde esta ideología se incorporó dentro del texto constitucional ecuatoriano al *sumak kawsay* —la justicia indígena—, por lo que se realiza la modificación clásica de los poderes del Estado y se reconoce a la naturaleza como sujeto de derechos. De estos elementos se infiere que la intención del constituyente fue romper con la tradición europea, adaptándose a una realidad cercana y social que reconociera sus orígenes y raíces. Estos nuevos términos, aunque controversiales por su ruptura con la ideología antropocentrista establecida como *statu quo*, invitan a la reflexión dentro de la teoría

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

del derecho, abriendo la posibilidad del reconocimiento de culturas ancestrales y su diversidad. Sin embargo, al mismo tiempo pasan a ser un reto constitucional que amerita materializarse, pues, como señala Gargarella (2018), "si bien las constituciones contienen declaraciones de derechos, estas no tienen las condiciones de posibilidad (materiales, políticas y legales)" (p. 117). Esas posibilidades deben traducirse en políticas públicas, "activismo judicial, independencia judicial, academia, normativas orgánicas, entre otras acciones" (Medici, 2024). La presencia de minorías en la Asamblea Constituyente de 2007 en Ecuador, además, logró el consenso nacional que reconoce el pluralismo jurídico y la interpretación constitucional, considerando la diversidad, problemas y conflictos entre diferentes posturas que, en realidad, constituyen un punto de encuentro entre las perspectivas occidentales y las expresiones de las naciones originales y pueblos indígenas en las Américas (Gudynas, 2009, p. 43).

Es decir, dicha ruptura con la ideología antropocéntrica "implica romper con el criterio antropocéntrico" (Melo, 2013, p. 43), que hace referencia a

> Un modo de ser en el mundo; es un concepto más amplio que expresa las relaciones que discurren entre las personas y de éstas con la Naturaleza. Bajo el antropocentrismo todas las medidas y valoraciones parten del ser humano, y los demás objetos y seres son medios para sus fines. Es una postura profundamente cartesiana, desde la cual se construyó la dualidad que separa la Naturaleza de la Sociedad. (Gudynas, 2011, p. 259)

En otras palabras, la transición del antropocentrismo al biocentrismo juega un rol esencial en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza como sujeto de derechos, puesto que esa ruptura con la ideología tradicional invita a la colaboración para el éxito del nuevo constitucionalismo, que, de acuerdo con John Rawls (como se citó en Gargarella, 2010), el éxito de una Constitución "requiere modificaciones amplias y consistentes que alcancen no sólo a las diversas áreas de la constitución como la orgánica o la dogmática sino también el resto de (lo que Rawls, denominaría) la estructura básica de la sociedad" (p. 47). Esto se debe a que el reconocimiento en el texto constitucional ecuatoriano que se hace a la naturaleza de "sus derechos es jurídicamente posible, [...] y responde a una necesidad práctica" (Stuntzin, 1984, p. 97). Se trata de una necesidad que obedece a un "paralelismo jurídico de proyecto emancipador en el que se reconocen derechos de minorías, como los de los pueblos indígenas" (Medici, 2024). De tal forma que la nor-

ma no sólo cumpla con "requisitos de validez, sino que además sea justa" (Bobbio, 1977, p. 300). Norma que logra ser justa, válida y legítima al reconocer y legitimar la relación de los pueblos y nacionalidades indígenas con la Pachamama, y al promover el respeto a su cosmovisión mediante la Constitución ecuatoriana desde su preámbulo.

Pero a ese reconocimiento se suma la denominación del Estado como *plurinacional* e *intercultural*, que viene a romper no sólo con la ideología tradicional del monismo jurídico y el antropocentrismo, sino que se convierte para la sociedad en una oportunidad para dinamizar sus interrelaciones. Con ello se otorga un estatus jurídico que se ha hecho "extenso a la Naturaleza, mediante su consagración constitucional de sujeto de derecho" (Ramírez, 2012, p. 34); pues "la visión occidental-europea y sus teorías no serán suficientes para entender que la Naturaleza sea un sujeto de derechos" (Ramírez, 2012, p. 34). Empero, debe tenerse presente que una Constitución "no puede florecer en cualquier contexto y mucho menos en contextos políticos, legales, sociales o económicos que les sean hostiles" (Gargarella, 2010, p. 47). Por lo anterior es que, el Estado y el derecho constitucional, deben crear los espacios o condiciones —como los llama Gargarella— para que la consagración de los derechos de la naturaleza se vuelvan materiales; por ejemplo, a partir de precedentes que sancionen el incumplimiento de su respeto o reparación, así como crear políticas públicas que permitan la participación de la ciudadanía —no sólo en su defensa a través de colectivos, sino desde crear una cultura de biocentrismo, respeto y cuidado de la madre naturaleza—, logrando así aquella relación armoniosa que deben tener las personas con ella, conforme lo establece el texto constitucional ecuatoriano, dentro de su preámbulo, llevándonos a "construir una nueva forma de convivencia, en armonía con la Pachamama" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, p. 1).

Esa construcción se podría lograr a través de la exigencia de "toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad [...] [d]el cumplimiento de los derechos de la naturaleza" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 71). Asímismo, el artículo 71, inciso segundo, de la Constitución de la República del Ecuador expresa que el Estado "incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema". En efecto, el bienestar de la naturaleza urge al Estado crear las condiciones para que la población pueda disfrutar de su derecho "a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir, *sumak kawsay*" (art. 14).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por otra parte, para proteger los derechos de la naturaleza y la población, el texto constitucional ecuatoriano prevé garantías jurisdiccionales para reclamar la reparación frente a su vulneración, dado que "no es suficiente que se considere a la Naturaleza como un «bien jurídico» y la proteja como tal, en lugar de reconocerla como sujeto de derechos" (Campusano, 1984, p. 102). Claramente, al considerar a la naturaleza únicamente como un bien jurídico, esta se verá siempre subordinada a intereses económicos y políticos; tal denominación reitera una postura antropocéntrica, con visiones ambientales, más no ecológicas y biocéntricas. Ahora bien, cabe señalar que la transición del antropocentrismo al biocentrismo requiere de una visión holística de lo humano.

Metodología

La presente investigación es descriptivo-explicativa. El enfoque de investigación jurídica es cualitativo. Las técnicas que se utilizan son la observación, recolección de datos e información, así como el análisis de las obras de autores como Zaffaroni, Gudynas, Acosta, Melo, Ávila Santamaría; y del mismo texto constitucional, en torno a los derechos de la naturaleza y el impacto sobre la sociedad civil y jurídica en el Ecuador, usando el método cualitativo. Dicho método permitió realizar la selección de fuentes teóricas como fundamento para entender la terminología respecto de los derechos de la naturaleza, así como el reto constitucional que resulta su reconocimiento como sujeto de derechos y los obstáculos para su materialización en el contexto ecuatoriano. Asimismo, se reflexionó sobre el diseño investigativo, utilizando como técnica el análisis documental y el contraste entre los criterios y argumentos de los autores. Mientras que para interpretar los textos jurídicos en torno a la temática, así como los precedentes emitidos por la Corte Constitucional Ecuatoriana, se utilizó el método hermenéutico, de tal forma que permita construir conclusiones que aporten a la investigación contribuyendo con ello a la comunidad científica y académica.

III. El activismo animalista y el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos

¿Es innovador el acierto de reconocer en el campo jurídico a la naturaleza como sujeto de derechos?

Aunque el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en la Constitución coloca al Ecuador como pionero en el plano jurídico, paradójicamente dicho reconocimiento se da en un Estado que, histórica y económicamente, es explotador de recursos no renovables; un Estado que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha declarado responsable por violar los derechos de pueblos y nacionalidades indígenas, como en el *Caso Sarayaku* y el *Caso Pueblos Indígenas en Aislamiento Voluntario Tagaeri y Taromenane* que "afectan sus territorios, recursos naturales y modo de vida" (OEA, 5/10/2020).

La incorporación de los derechos de la naturaleza en la palestra constitucional no sólo es un logro de activistas socioambientales y de los pueblos indígenas, sino que marca un hito en la historia jurídica mundial. Autores como Zaffaroni y Galeano han visto con buenos ojos esta incorporación; mientras que autores como Wolkmer y Medici consideran que los derechos de la naturaleza contribuyen al nuevo derecho crítico en torno a un proyecto de derecho emancipatorio y alternativo que ve más allá de la sola legislación. Esto es así puesto que la interpretación del derecho "necesita de un marco teórico, en que el derecho requiere una interpretación dinámica social, más allá de los códigos y la legislación" (Wolkmer, 2023). Sin embargo, ese reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho en el Ecuador acarrea tres cuestiones: primero, la garantía; segundo, el respeto, y tercero, la protección de los derechos de la naturaleza relacionados con la interculturalidad, la plurinacionalidad, el buen vivir, y sobre todo el *sumak kawsay*. Estos principios, incorporados en la Constitución ecuatoriana, definen al Estado y son pilares fundamentales para el desarrollo del neoconstitucionalismo andino. Esa incorporación, tal como lo afirma Suárez (2013) (como se citó en Jaramillo, 2022), es "más que un hito mundial, se trata de un aporte sin precedentes al constitucionalismo, y un ejemplo a imitar por otros países" (Suárez, 2013, p. 5).

Para que ese reconocimiento no sea irrespetado por la plutocracia —que por sus características tiende a ver a la naturaleza desde una visión antropocéntrica al servicio del hombre bajo el argumento de que "mayor explotación para mayor satisfacción de las demandas sociales"— y para que prime la supremacía constitucional, se requiere que esos tres elementos que incluyen dicho reconocimiento no se queden en la formalidad. Por el contrario, deben verse reflejados en el accionar del propio Estado ecuatoriano, respetando decisiones como las de la consulta sobre el Yasuní y el Chocó Andino, o bien, cumpliendo con "los puntos resolutivos de la sentencia emitida por la Corte

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

IDH, [respecto a Sarayaku] que diez años después de su emisión no han sido ejecutados" (Veintimilla y Chacón, 2023, p. 26). Ello se debe a que los derechos de la naturaleza se relacionan con los derechos de los pueblos y nacionalidades indígenas, implicadas en casos como los mencionados.

Aunque el Proyecto sobre los Derechos de la Madre Tierra exponga en su artículo 1, numerales 1 y 4, que "la madre tierra es un ser vivo" y que "los derechos inherentes de la Madre Tierra son inalienables en tanto derivan de la misma fuente de existencia" (Portal Rio+20, 2012), lamentablemente, al igual que el Proyecto de Ley Marco de los Derechos de la Madre Tierra, de Cuenca en el Ecuador, son sólo proyectos y no poseen por ende fuerza vinculante para los Estados. Pero aún si la poseyeran, ello no se daría debido a los obstáculos para la materialización de los mismos. No obstante, el Estado boliviano cuenta con una Ley de los Derechos de la Madre Tierra, de 2010, para la preservación popular del planeta y la ecología. En el Ecuador no existe una ley, y la madre tierra es llamada Pachamama, que es la naturaleza misma y que se conoce como el lugar "donde se produce y realiza la vida" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 71). Por su parte Mamami y Clavero (2010), consideran a Pachamama como "el nombre más universalizado de Madre Tierra, usualmente utilizado en quechua, en aymara e incluso en castellano" (Barié, 2010, p. 9).

En el plano del derecho internacional, aunque encontramos instrumentos como la Declaración de Estocolmo de 1972, la Declaración de Río de Janeiro de 1992 y la Declaración de Río+20 de 2012,

> El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derecho no tiene su origen en los instrumentos internacionales sobre la protección del medio ambiente, sino en el contexto particularmente fructífero para la innovación como fue el proceso constituyente de 2008 en el Ecuador. (Acosta, 2010, p. 1)

Dicha innovación conllevó —en relación con los principios de interpretación y aplicación de los derechos humanos sobre los derechos de la naturaleza— a declarar que "la naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución" (Constitución de la República del Ecuador, 2008, art. 10).

Por otra parte, diferenciar al medio ambiente y los derechos de la naturaleza resulta fundamental, pues en el primer caso se refiere a condiciones del ambiente que hagan propicia la vida y bienestar del ser humano (visión antropocentrista), mientras que, al colocar a la naturaleza al mismo nivel

que la persona (visión biocéntrica) se le otorga a ésta la calidad de persona. Calidad que para los detractores resulta una posición errónea, "porque el Derecho nació para regular las conductas humanas y la sociedad" (Camacho y Chávez, 2023, p. 9). Esas posturas claramente responden a una visión positivista, en extremo colonizadora, divorciada en su totalidad de la perspectiva regional. En cambio, se requiere de una visión constitucional de derechos, pluralista, descolonizadora, horizontal; un "postulado orientador, nos permite acercarnos con una intención crítica que depende de las condiciones y circunstancias sociohistóricas que nos acercan a un verdadero pluralismo jurídico en el que convergen diversas ideologías, incluida la andina" (Medici, 2024).

Otra de las miradas que se han considerado en la interpretación de la naturaleza como sujeto de derechos es el ecocentrismo, que podrá resultar la más coherente para autores como Zambrano. Sin embargo, para autores como Toca Torres (2011) el ecocentrismo sólo supone el uso y explotación de la naturaleza con el respeto de sus ciclos, es decir, un "equilibrio aceptable entre la sociedad y el ecosistema natural" (p. 196). Mientras que el biocentrismo "pretende el reconocimiento del valor intrínseco de las especies, permitiendo el uso de la naturaleza, pero no su explotación o la denominación" (Toca Torres, 2011, p. 95).

Pero más allá de estas perspectivas, Narváez y Narváez (2012) consideran "la importancia de las concepciones bioecocéntricas y de cómo éstas encajan perfectamente con las cosmologías de los pueblos indígenas andinos y amazónicos, o interpretaciones integrales de todos los elementos y fuerzas que conforman el mundo que habitan" (p. 182). Esa importancia sirve de guía en la protección de la naturaleza como sujeto de derechos, que a su vez permite procurarles el goce de sus derechos a los pueblos indígenas respecto de su ideología. Como manifiesta Badillo Salgado (2018), el reto ante el cual nos encontramos es el

> Poder utilizar las nuevas herramientas legales que tiene el ordenamiento jurídico ecuatoriano, para poder hacer efectiva la tutela de los derechos de la naturaleza, para lo cual, es indispensable tener el conocimiento para la temática y entender el cambio de visión biocéntrica y, sobre todo, no hacer caso omiso de los conflictos socioambientales, sino poder asumirlos de manera informada y con la debida racionalidad ambiental. (Badillo, 2018, p. 2)

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Es decir, conjugar la protección del medio ambiente y de la naturaleza como dos derechos distintos, pero relacionados, en que dichas herramientas legales son las fuentes del derecho, como la jurisprudencia —en la que se debe enfatizar— y las acciones ciudadanas mediante mecanismos de participación. Puesto que

> El reconocimiento de los derechos de la naturaleza, lejos de atentar contra los derechos humanos, constituyen una garantía de que estos derechos se valoren en su significado y alcance y de que se resguarden ante las presiones de una tecnocracia deshumanizada. (Stutzin, 1984, p. 98)

Este reconocimiento se complementa con el argumento de Badillo Salgado (2018), quien señala que "el reconocer que la naturaleza sea sujeto de derechos implica reconocer que es titular de un derecho subjetivo" (p. 13). Esto, según Narváez y Narváez (2012), implica declarar a su vez, "la facultad de un sujeto, o persona, para hacer o exigir algo" (p. 233). El reconocerle derechos a la naturaleza, entonces, "consiste en reconocer a la Naturaleza como parte interesada en los conflictos ambientales y permitirle asumir en nombre propio la defensa del mundo natural" (Stutzin, 1984, p. 98). Estas posturas concuerdan con lo que los artículos 10, inciso segundo, y 71 de la Constitución ecuatoriana establecen.

Al respecto, Zaffaroni (2011), en su obra *La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia*, presenta una visión sobre los problemas filosóficos, jurídicos y éticos que podría presentar el hombre y su entorno, en cuanto al reconocimiento de la naturaleza como persona, la ética y la cuestión ecológica. Zaffaroni cuestiona que el hombre vea como cosas y objetos a los animales, y les establece atributos propios del ser humano, separando el alma del cuerpo, por ejemplo.

En todo caso, ha de considerarse que la naturaleza se relaciona directamente con los derechos de los animales como parte de esta, tal como lo ha declarado la Corte Constitucional ecuatoriana a través de su jurisprudencia.

IV. Los derechos de los animales y derechos de la naturaleza

En la Modernidad, la ciencia ha comprobado que algunos animales poseen *sintiencia* y pueden experimentar sufrimiento, tristeza e incluso miedo, puesto que científicos como Hawking han reconocido que "los animales

no humanos tienen conciencia y sustratos neuro anatómicos, neuroquímicos y neurofisiológicos de los estados de la conciencia junto con la capacidad de exhibir conductas intencionales" (como se citó en Martínez y Porcelli, 2018, p. 3). Contrariamente, la justicia subhumana de Herbert Spencer clasificaba los derechos y establecía jerarquías. Más tarde, esta postura spenceriana daría lugar al denominado "biologismo organicista" como un atroz antecedente de los grandes genocidios de los siglos XIX y XX. Por su parte Descartes, Kant y Jobs delimitaban la ética y el derecho a los humanos. Así, se tiene que en el campo penal los animales únicamente ganaron protagonismo como cosas cuya agresión trastoca el derecho de los dueños sobre su propiedad.

Por otro lado, el papel de los activistas ambientales y animalistas ha sido sumamente relevante en el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, puesto que el activismo animalista se aliaría con grupos ambientalistas y ecologistas, y ramificaría su actuación a nivel global, en tanto que la defensa de los animales se presenta en la Edad Moderna. Peter Singer consideraba que negar los derechos de los animales configura una forma de discriminación que él denomina "especismo", el cual es paralelo al racismo, pero por razones de especie. En esta misma línea, el gran salto del activismo se daría en 1970 precisamente con Singer, a través de su obra *Animal liberation*. Y es que Jürgen Habermas (1987) "ve en los movimientos sociales una reacción a la creciente racionalización de la vida moderna, donde la industrialización propone un cambio en los esquemas mentales de mucha gente" (p. 455). Ese cambio en los esquemas mentales tendría su razón en la incorporación formal de la naturaleza dentro del derecho como sujeto de derechos; y, por ende, la incorporación de los animales como parte de esta. Se trata de un producto de los valores posmateriales que menciona Inglehart;[1] aunque en América Latina este cambio resultaría infértil debido a las condiciones socio económicas y culturales. Esos cambios en los esquemas mentales, ideológicos y reflexivos son producto del ecocentrismo que, desde una mirada holística de lo humano, propone y se convierte en el medio para pasar del antropocentrismo al biocentrismo a través de cuestionar la "idea antropocéntrica del daño y, con ello, nuestra exclusividad como sujetos de derechos". Esos cuestionamientos, sin duda, se reflejaron en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009), sirviendo como base

[1] Sugiero revisar la teoría de los valores posmateriales de Inglehart, así como Melucci, Turner, Illia, Zald, McCarthy, Touraine y Diani.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

para la Corte IDH en el reconocimiento del ambiente sano como un derecho autónomo. Zambrano (2021) considera que

> Este derecho, conforme lo señala la Corte IDH, busca proteger a la naturaleza como un bien en sí mismo, aun en ausencia de riesgo para el ser humano. Concentra el daño en la naturaleza y cuestiona con ello la consideración del ser humano como el único sujeto de protección al que se referiría el artículo 1.2 de la Convención. (Zambrano, 2021, p. 508)

Sin embargo, Zambrano cree que esta consideración de los DDHH desde el ecocentrismo podría interpretarse como no viable, aunque puede resultar un importante acierto si se consideran dos motivos, uno estratégico y otro sustantivo. Para Acosta (2009, p. 115) la naturaleza, vista desde la dialéctica, pasa a tener protagonismo y un accionar activo y pasivo con el hombre. De este modo, para Gudynas (2010) el ecocentrismo,

> Sin desconocer al antropocentrismo, permite abrir las puertas a otro tipo de discusión en el derecho, la política y la gestión, donde, en espacios de colisión entre intereses humanos y derechos la naturaleza, ya no sea necesario "demostrar que preservar montañas o selvas es útil para el ser humano, o es rentable para las empresas, sino que las fundamentaciones por su valoración intrínseca serán tan importantes como los análisis costo beneficio de los economistas". (Gudynas, 2010, p. 53)

Ahora bien, una de las maneras en que se puede extender el alcance de los derechos de la naturaleza a los derechos de los animales es a través del desarrollo jurisprudencial. Ejemplo de ello es la sentencia núm. 253-20-JH/22 de la Corte Constitucional ecuatoriana que resuelve sobre los derechos de naturaleza y animales como sujetos de derechos, también denominado el caso "Mona Estrellita". Así mismo, en la sentencia núm. 1149-19-JP/21 la Corte Constitucional ecuatoriana declaró que las concesiones mineras en el Bosque Protector "Los Cedros" han vulnerado los derechos de la naturaleza. Estas sentencias se convierten en precedentes con carácter vinculante. Por otra parte, los derechos de la naturaleza, como se señaló, tienen sus cimientos en la lucha social y el activismo animal en el Ecuador, que se presenta en tres etapas como se explica en la siguiente tabla.

Tabla 1
Etapas del activismo en Ecuador

Etapas del activismo en Ecuador			
Etapa	Primera etapa	Segunda etapa	Tercera etapa
Año	1984-1994	2000-2010	2010 en adelante
Hechos	Creación de la Asociación Ecuatoriana Defensora de Animales y Fundación Trato Ético de los Animales (bases del animalismo por vías legales).	Procesos sociopolíticos. Materializar sus exigencias en la normativa (Asamblea Constituyente).	Criminalización de actos lesivos contra los animales. Defensa de la naturaleza.
Identidad	Bienestarista	Pragmática	Fundamentalista y pragmática

FUENTE: elaboración propia, con base en Ponce León, J. J. (2020).

Para comprender la ideología de los activistas animalistas y su repercusión en el ámbito jurídico es necesario conocer cómo se clasifican sus posiciones. Según Jasper y Nelkin, primero están "los *fundamentalistas*, quienes afirman radicalmente los derechos animales sin concesiones ni negociaciones; los *pragmáticos*, quienes tienen los mismos objetivos políticos de los fundamentalistas, pero utilizan medidas graduales bienestaristas en el orden institucional". Finalmente, los *bienestaristas* que buscan mejorar las condiciones en que los animales son explotados apelando a una "matanza humanitaria y crueldad innecesaria" (Ponce, 2020, p. 193). Como sea, las ideologías animalistas pueden ser radicales o moderadas; "en Loja [como en el resto del Ecuador] es de corte abolicionista, con una ideología bio céntrica, y cuyo accionar se ve influenciado por redes trasnacionales que giran en torno a temas sociales conflictivos relativos a la protección de los animales" (Jiménez y Celi, 2023, p. 20). No obstante, es en la segunda etapa en que los movimientos activistas, pueblos y nacionalidades indígenas ecuatorianas hicieran sus exigencias al Poder Constituyente en 2007; esto en gran parte contribuiría al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. Con ello se da una ruptura con la "cultura jurídica imperante" (Ávila, 2011). Este evento, de acuerdo con Leff, tiene por objeto mostrar al mundo que "otros modos de vida son posibles" (2010, p. 79). Pues "en varios países del mun-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

do se ha venido argumentando y deseando conseguir a través de las exigencias de movimientos sociales un cambio político-jurídico" (Ramírez, 2012, p. 66).

Por otro lado, el derecho a un medio ambiente sano tiene antecedentes en las constituciones de Uruguay (1966), Brasil (1998) y Venezuela (2007). En efecto, algunos países legislaron en materia ambiental —aunque no de manera fuerte— simplemente para establecer condiciones de hábitat para el ser humano, mas no para proteger a la naturaleza y su simbiosis con el hombre. Por ende, el reconocimiento jurídico de la naturaleza como sujeto de derechos constituye un hito propio del constitucionalismo ecuatoriano.

V. Reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación desde el *sumak kawsay*

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos dentro del texto constitucional ecuatoriano, como señala Melo (2011), es el "avance más audaz de la Constitución gestada en Montecristi" (Melo, 2011, p. 43). Ese avance conlleva el reconocimiento de atributos que son propios de la naturaleza, con la finalidad de garantizarle su protección por medio de una interpretación por parte del órgano constitucional que obedezca y tome en consideración al principio del *sumak kawsay*, tal como lo sugieren Barahona y Añazco (2020). Así, los derechos de la naturaleza se encuentran interrelacionados con una cosmovisión indígena.

Es importante considerar, por lo tanto, el enfoque con que se mira a la naturaleza. Desde un enfoque antropocéntrico —que involucra aquella situación anterior a la CRE de 2008— la naturaleza es vista como un objeto de consumo, la cual se asume está al servicio del hombre. De allí que el derecho ambiental plantee la obligación del hombre de reparar la naturaleza, pero únicamente para seguir beneficiándose de ella y contar con recursos suficientes para asegurar su propia vida. Dicha visión es utilitarista y excluyente.

En contraste, la transición —ecocentrismo— se dio no solamente con el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos a través de la Constitución de 2008, sino también con la adopción de principios como la plurinacionalidad e interculturalidad, el buen vivir y el *sumak kawsay*, —biocentrismo—. En efecto, de acuerdo con Lecaros, "el ecocentrismo engloba un conjunto de éticas «que creen en el valor inherente de toda la naturaleza y consideran moral e integralmente a los ecosistemas, a la biosfera

y a la Tierra»" (Toca Torres, 2011, p. 201). Mientras que el biocentrismo se refiere a "un conjunto de éticas "que se centran exclusivamente en la consideración moral del ser vivo" (Toca Torres, 2011, p. 201).

La Constitución ecuatoriana de 1998 reconocía la diversidad étnica y la multiculturalidad. Sin embargo, la interculturalidad "reconoce el entramado de relaciones que tienen lugar entre las diversas culturas y propicia su convivencia sobre la base de la igualdad sin des caracterizar los elementos que configuran su identidad" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia núm. 113-14-SEP-CC). Asimismo, debe comprenderse que "el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos toma distancia de los fundamentos del humanismo, y en su lugar incorpora otros como el *sumak kawsay*, la *Gaia* de J. Lovelock, la Ética de la Tierra de A. Leopold, la Ecología Profunda de J. Bentham" (Pazmiño, 2023, p. 4). Por otro lado, la plurinacionalidad "reconoce, respeta y articula las diversas formas de organización social, política y jurídicas que deben coexistir, sin jerarquización, bajo un proyecto político común que es el Estado constitucional" (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia núm. 0008-09-SAN-CC). La interculturalidad se refiere a la interrelación entre culturas; y la plurinacionalidad hace alusión a las diferencias, por lo que "refuerza el nacionalismo" (Santos, 2010, p. 22).

Para la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) la plurinacionalidad implica

> la construcción de una verdadera interculturalidad que permita impregnar e intercambiar valores, prácticas, conocimientos, sabidurías, modos de ver el mundo, en un diálogo equitativo y sin imposiciones. Es un reconocimiento mutuo de la diversidad y la riqueza del país. (CONAIE, 2007)

El enfoque "biocentrista (incorporación formal e ideológica tras la CRE de 2008) equipara a la naturaleza con el hombre" (Gudynas, 2010, p. 102). Este enfoque responde a la escuela de Frankfurt, en que impera una dialéctica entre el hombre y la naturaleza. El biocentrismo propuesto por Gudynas (2010) reivindica el valor de la vida y cuestiona las dinámicas ecológicas entre hombre y naturaleza que implican depredación; aunque los animales y las personas no sean iguales, tienen los mismos derechos a la vida y a la protección. También hace énfasis en que cuando a los animales se les reconoce personalidad jurídica no se pretende dotarles humanidad sino derechos (Gudynas, 2010, pp. 47-71). Ahora bien, aunque en el Ecuador existe un plan de desarrollo sostenible y sustentable —lo que pareciera dar cabida al ecocentris-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mo en todo su esplendor—, existen áreas protegidas y territorios ancestrales que bajo ningún argumento pueden ser explotados, ni siquiera bajo la premisa de cuidado extremo de reforestación, preservación o regresión a su estado natural. Es en estas áreas en que el derecho opera bajo la visión puramente biocéntrica. En concordancia con ello, la incorporación del principio de interculturalidad, como una característica del nuevo Estado constitucional de derechos y justicia en Ecuador, trajo consigo un nuevo concepto respecto de la naturaleza, bajo el cual ésta es un medio que permite la vida del ser humano. En tal sentido, los administradores de justicia requieren interpretarla con una óptica que ya no sólo garantice su respeto, sino que promueva su protección y reparación en aras del reconocimiento formal a través del texto constitucional, y de construir una ideología más consciente con la Gaia.[2]

Según los artículos 82 y 427 de la Constitución, respectivamente, conforman la seguridad jurídica, requieren ser interpretados con una perspectiva del *sumak kawsay*, que intente ir más allá del socialismo estatista hacia un socialismo del siglo XXI, de la mano con la ecología y el buen vivir, que se traduce a la transformación de valores que descrita por Inglehart (1977) viene siendo un cambio de las sociedades avanzadas pues en "los países occidentales están dejando de dar importancia al bienestar material [...], tornando sus predilecciones hacia la mejora de su *calidad de vida*" (Díez, 1991, pp. 11-31). La ecología y el medio ambiente no son sinónimos, ya que ambas visiones conciben a la naturaleza de forma distinta. Una visión ambientalista concibe a la naturaleza como un objeto para uso del hombre. Mientras que ecología hace referencia a "una ética a que los seres no humanos deben poseer un valor moral como parte del todo biótico" (Sosa, 1994, p. 121).

En resumen, el principio de *sumak kawsay* invita a que la interpretación de la naturaleza se realice desde una mirada biocéntrica. El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en Ecuador engloba tres dimensiones: el reconocimiento formal, la protección y la reparación. De este modo, el Estado debe operar a través de la normativa, la tutela y más políticas públicas y acciones eficaces encaminadas a cumplir esos tres parámetros. Así mismo, para llevar al plano de la materialidad esas dimensiones se requiere considerar el aspecto desde el que se lo aborde: ya sea desde

[2] Gaia es el nombre de la diosa griega de la tierra. El término Gaia se refiere a la hipótesis con la que James Lovelock define a la madre tierra o planeta, a la que concibe como un ente viviente, independiente y en el que el ser humano se desarrolla, que tiene vida propia y por ende tiene ciclos de vida y renovación en pro de oxigenarse para protegerse. Es una hipótesis vinculada a las teorías de Varela y Maturana.

el antropocentrismo (no recomendable), el biocentrismo o el intercultural, cuyo objetivo es conjugar ambos enfoques, dado que la protección de la naturaleza es indispensable para la subsistencia humana. Ello en virtud de que actualmente "la aplicación de estos derechos ha sido errática y el desarrollo jurisprudencial ha sido lento, debido, entre otras razones, a la ausencia de una teoría jurídica adecuada" (Ávila, 2023, p. 2).

1. *La Gaia en el derecho constitucional*

Gaia es sinónimo de Pachamama, que a su vez es sinónimo de naturaleza. Con la figura de la Gaia, Lovelock propone un modelo mediante el cual se interpreta la presencia de la vida en la Tierra y las condiciones para el mantenimiento de la biósfera, que incluye considerar la termodinámica en la Tierra en relación con otros planetas. Un ciclo vital propio de la Tierra, muy relacionado o sinónimo del modo en que la cosmovisión ve a la madre tierra. Así, la Gaia en el contexto latinoamericano, realiza su entrada en el derecho, mediante el neoconstitucionalismo andino, con países como Ecuador (2008) y Bolivia (2009). En el caso boliviano, a través de texto constitucional, en sus artículos 33 y 34, aunque desde una óptica ambiental y refiriéndose a otros seres vivos; allí el cuidado de la naturaleza se da desde una óptica antropocentrista y por eso se refiere al medio ambiente.

En todo caso, ambas legislaciones son contrarias al monismo y colonialismo jurídico implantado en América, cuya hegemonía desconoce todo saber, postulado o teoría por fuera del positivismo. Ciertamente, el constitucionalismo andino y el biocentrismo son contrarios al positivismo puro, ya que "el positivismo jurídico desde sus variantes —excluyente, incluyente y axiológico— es incapaz para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad Constitucional" (Atienza y Ruiz, 2007, p. 7). Además, "la constitución debe concebirse como previa al Estado, lo privado, lo público y lo estatal deben vivir juntos y cada generación tiene la obligación de vivirla y configurar de nuevo Estado-triada" (Diaz, 2011, p. 61). Pues, como decía Tomás Paine (1989), "nuestras generaciones no tienen derecho a imponerle a las generaciones futuras nuestras concepciones".

De tal modo que la configuración del Estado, que considere otras miradas y paradigmas, es totalmente válida; y mucho más si toma en cuenta a otros seres como sujetos de derechos. Es por ello por lo que, para Zaffaroni (2011), "al reconocerle a la naturaleza el carácter de sujeto de derechos, ésta adquiere la condición de tercero agredido cuándo se le ataque" (p. 23).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Lo que la faculta, tal como establece y bajo lo prescrito en la Constitución, a proponer las acciones jurisdiccionales respectivas.

Aunque "algunos pensarán que reconocer a la Naturaleza derechos es una herejía jurídica pues «los derechos son para los humanos, no para las cosas»" (Melo, 2009, p. 52), debe entenderse que ese reconocimiento va más allá de la visión del ser humano sólo como persona. Significa comprender al humano como un ser parte de un todo, de la diversidad cultural. Por ello, para Zaffaroni la negación o reducción de la Pachamama o Gaia a un arquetipo no es más que la negación del propio elemento cultural que debe tener la renovación de la doctrina de la teoría del Estado (Zaffaroni, 2011, p. 23). Esa doctrina del Estado no puede carecer del elemento cultural, porque ello significaría la discriminación de las culturas del texto constitucional. El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos es, por ende, un reconocimiento conexo de la cultura indígena que por años ha sido invisibilizada.

Finalmente, el reto constitucional de la materialización del reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos está en el desarrollo normativo que existe en la Constitución y se conjuga con la ley ambiental, con la jurisprudencia, las acciones y políticas públicas y con el accionar ciudadano y su participación en velar por los derechos de la naturaleza mediante la activación de las acciones jurídicas y jurisdiccionales respectivas. Por lo tanto, "reestructurar la cultura jurídica, el sistema legal y jurisprudencial del Estado ecuatoriano desde un criterio humanocéntrico, hacia uno de tipo biocéntrico, constituye sin duda el principal desafío científico jurídico de los poderes del Estado" (Fuentes, 2002, p. 1). Ese desafío —entre los cuales destaca el tan arraigado monismo jurídico— aún presenta un camino largo por recorrer; sin embargo, ha dado inicio con acciones concretas, como algunas de las expuestas en el presente escrito.

VI. Jurisprudencia ecuatoriana de los derechos de la naturaleza

El primer antecedente de jurisprudencia en torno al reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos se dio en el *Caso Sierra Club vs. Morton* del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, en el que el juez "Douglas reconociera el derecho de los árboles a actuar ante los tribunales, mediante el propio hombre como su representante" (Crespo, 2003, pp. 12-28).

En el plano internacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 21, numeral 1, sobre el derecho a la propiedad privada, establece que "la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social" (CADH, 1969, art. 21). Esa declaración hace una clara referencia a la tierra, aspecto sobre el cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ido ampliando su concepto, para referirse la tierra como un derecho que protege los derechos de los miembros de las comunidades indígenas, en el marco de la propiedad comunal en la que se ha destacado la interconexión cultural y espiritual que tienen los pueblos con la tierra y sus territorios, de tal manera que se debe asegurar su protección y conservación. Cabe destacar que el reconocimiento por primera vez del derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas se dio en 1987, con la Constitución de Nicaragua.

A continuación, se exponen los principales precedentes jurisprudenciales emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en torno al derecho a un ambiente sano de los pueblos y nacionalidades indígenas. Ello en aras de comprender que el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos en el Ecuador es un hito que tiene que ver, como ya se dijo, con los derechos de estos, y que además se encuentran intrínsecamente relacionados con su cultura y cosmovisión.

Tabla 2
Jurisprudencia de la Corte IDH: del derecho a un ambiente sano

Caso	*Año*	*Jurisprudencia desarrollada*
Awas Tigni vs. Nicaragua	2001	La Corte IDH reconoce el derecho a la propiedad comunitaria y su estrecha relación con la tierra.
Comunidad Moiwana vs. Surinam	2002	La Corte IDH consideró que cultura de los miembros de las comunidades indígenas corresponde a una forma de vida particular de ser, ver y actuar en el mundo, constituido a partir de su estrecha relación con sus territorios tradicionales y los recursos que allí se encuentran porque constituyen un elemento integrante de su cosmovisión, religiosidad y, por ende, de su identidad cultural.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Caso	*Año*	*Jurisprudencia desarrollada*
Sarayaku vs. Ecuador	2012	La Corte IDH tomó en cuenta que la propiedad indígena toma importancia con sus elementos que son la tierra el territorio y la naturaleza en la cosmovisión de los pueblos originarios y su relación con su identidad cultural.
Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina	2020	La Corte IDH por primera vez declara la violación directa y autónoma del derecho a un medio ambiente sano y además establece que el agua es un derecho.

FUENTE: elaboración propia, con base en Pazmiño Freire (2023).

Ahora bien, partiendo del desarrollo jurisprudencial en el plano internacional, que inició con una mirada kantiana y que —considero— se encuentra caminando hacia el ecocentrismo, en el contexto ecuatoriano con la Constitución de 2008 se pasó de una visión antropocéntrica a una visión biocéntrica tras el reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos. A partir de ese momento, la Corte Constitucional del Ecuador (CCE) ha emitido 10 sentencias, específicamente de 2015 a 2023. Desde luego, esa transición obtuvo viabilidad a través del ecocentrismo. De manera general, en dichas sentencias la CCE se ha pronunciado sobre el sentido jurídico de la naturaleza como sujeto de derechos, sus relaciones con los seres humanos y la justicia de los derechos de la naturaleza. Y pese a que queda mucho por hacer, a través de sentencias como la núm. 218-15-SEP-CC, núm. 1149-19-JP/21 o núm. 22-18-IN/21 la Corte Constitucional ha conceptualizado a la naturaleza como un sujeto de derechos complejo; también ha determinado que el reconocimiento constitucional de la naturaleza como sujeto de derechos no debe entenderse de forma meramente nominal o abstracta, sino desde una perspectiva sistémica, señalando que esta "no es un objeto inerte o insensible" (Corte Constitucional, sentencia núm. 22-18-IN/21, párr. 26).

Así mismo, la Corte Constitucional Ecuatoriana señaló que

> La naturaleza está conformada por un conjunto interrelacionado, interdependiente e indivisible de elementos bióticos y abióticos (ecosistemas). La naturaleza es una comunidad de vida. Todos los elementos que la componen, incluida

> la especie humana, están vinculados y tienen una función o rol. Las propiedades de cada elemento surgen de las interrelaciones con el resto de los elementos y funcionan como una red. Cuando un elemento se afecta, se altera el funcionamiento del sistema. Cuando el sistema cambia, también afecta a cada uno de sus elementos (Corte Constitucional, sentencia núm. 22-18-IN/21, párr. 27).

El trabajo realizado por la Corte Constitucional ecuatoriana indudablemente representa un significativo aporte a la jurisprudencia como una de las fuentes del derecho; pero además significa un aporte que repercute en el contexto ambiental —una cuestión relacionada con las condiciones idóneas para el ser humano— ya que "en esta época de crisis ambiental y cambio climático, reconocer que la naturaleza tiene derechos es una forma de cambiar radicalmente el paradigma jurídico y político dominante" (Ávila, 2023, p. 2). Ese cambio del paradigma incluye el compromiso de contribuir con el buen vivir. Para una mejor comprensión en cuanto a la jurisprudencia ecuatoriana se detallan las diez sentencias y el aspecto resuelto por la Corte.

Tabla 3
Jurisprudencia sobre los derechos de la naturaleza en el Ecuador

Nombre	*Año*	*Aspecto resuelto*
065-15-SEP-CC	2015	Vulneración al derecho a la seguridad jurídica dentro de un proceso sobre posesión de tierras comunitarias.
166-15-SEP-CC	2015	Vulneración a la garantía de la motivación en un proceso relacionado con un presunto daño ambiental provocado por actividades camaroneras.
218-15-SEP-CC	2015	Vulneración a derechos de la naturaleza por explotación de material pétreo.
20-12-IN/20	2020	Inconstitucionalidad del Acuerdo Ministerial núm. 080 expedido por el Ministerio del Ambiente.
32-17-IN/21	2021	Inconstitucionalidad de arts. 86 y 136 del Reglamento Ambiental de Actividades Mineras.
22-18-IN/21	2021	Inconstitucionalidad de varias normas del Código Orgánico del Ambiente y su reglamento.
1149-19-JP/21	2021	Derechos de la naturaleza del Bosque Protector Los Cedros.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Nombre	*Año*	*Aspecto resuelto*
1185-20-JP/21	2021	Reconocimiento de titularidad de derechos de la naturaleza al río Aquepi y declaración de su vulneración por parte del Estado.
253-20-JH/22	2022	Vulneración de la naturaleza por hechos que terminaron en la muerte de la mona chorongo "Estrellita".
2167-21-EP/22	2022	Reconocimiento de titularidad de derechos de la naturaleza al río Monjas y la declaración de su vulneración.

FUENTE: elaboración propia, con base en la Guía jurisprudencial constitucional de la Corte Constitucional Ecuatoriana. Derechos de la Naturaleza, actualizada a 2023.

La interpretación debe tener presente que equiparar el *sumak kawsay* con el buen vivir, resulta contradictorio, ya que, para Hidalgo y Cubillo (2014) (como se citó en Barahona y Añazco, 2020),

> Dicho buen vivir constitucionalmente se definiría a partir de patrones occidentales y despoja la dimensión espiritual propia de las culturas ancestrales además que podría ser discriminatoria en cuanto al lenguaje y el reconocimiento que este realiza en el ámbito social. (Barahona y Añazco, 2020, p. 49)

Cabe cuestionarse si ¿la explotación de recursos naturales sin obtención del consentimiento libre previo e informado de los pueblos y nacionalidades indígenas, así como la transgresión a los derechos de identidad, al territorio, ambiente sano, vida digna, dignidad humana cumple con ese fin? No se puede hablar de "vida digna" cuando sus aguas se contaminan, sus territorios se invaden, se tala la flora, y son víctimas de la criminalización en procesos de protesta;[3] o peor, cuando estos han muerto por defender sus territorios. La invitación que el nuevo paradigma constitucional realiza es que se haga una lectura de la naturaleza, tomando en consideración el *sumak kawsay* como principio rector, en el que se pueda conjugar con la cosmovisión andina, en pro del pluralismo jurídico usando como herramienta el diálogo

[3] Recordemos que 17 comuneros ecuatorianos del sector Palo fueron criminalizados por el gobierno por ejercer su derecho a la protesta pacífica y resistencia. https://www.instagram.com/reel/C56Pgz2rOx9/?igsh=MWx4bTllMWhmdHU1eg==

intercultural.[4] Como señala Ávila Santamaría (2009), existen algunos pueblos indígenas como los waoranis para quienes "la relación con la naturaleza es íntima e indisoluble, tanto así que tienen un profundo conocimiento desde la historia y desde el ambiente de la selva de las plantas de sus procesos de conocimiento y de animales" (Ávila, 2009, p. 66). Esa relación explica su lucha constante por protegerla y conservarla.

Si realizamos una mirada sistémica a los derechos de la naturaleza y al reconocimiento de ésta como sujeto de derechos, requeriremos replantearnos el abordaje de los derechos humanos, en términos en los que la relación del Estado para con la naturaleza no sea la de su explotación, sino su conservación, protección y reparación. Pues, efectivamente, los derechos de la naturaleza están estrechamente ligados a los derechos humanos de las personas, como son el derecho a la vida —una vida digna, con condiciones propicias—, al agua y a un medio ambiente sano. Ello no sólo aportaría a la solución de problemáticas mundiales —como el cambio climático, el calentamiento global—, sino a que exista una equilibrada relación con Gaia como sus huéspedes. Además:

> Con la existencia de los derechos que posee la Naturaleza per-se, estos derechos se encuentran al mismo nivel jurídico que los derechos humanos, y para su aplicación generalmente no será necesario contraponer unos con otros. A pesar de sus diferencias, ambos terminarán asegurando la existencia de las personas, pero jurídicamente son exigibles por dos sujetos distintos; en el primer caso por las personas y en el otro caso por la Naturaleza directamente. (Ramírez, 2012, p. 62)

La construcción de una equilibrada relación con la naturaleza beneficia al ser humano directamente, lo que amerita que en un primer componente

> Se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. De esta manera, la Naturaleza deja de ser un agregado de objetos, y pasa a ser un sujeto de derechos. Con este reconocimiento, la Naturaleza queda dotada de valores que le son propios o valores intrínsecos". (Gudynas, 2011, p. 241)

[4] El *diálogo intercultural* es un concepto que hace referencia al proceso de intercambio y comunicación en la interacción de individuos de diferentes culturas, en un ambiente de armonía, respeto mutuo, acuerdos y aceptación de diferencias.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En un segundo componente, la naturaleza es presentada como "un equivalente al concepto de la Pachamama y con este paso se articula el concepto occidental de Naturaleza con el tradicional de origen andino de Pachamanca. Esto es más que una simple ampliación multicultural y diversificada" (Gudynas, 2011, p. 241), que responde al factor de identidad. El tercer componente propone que los derechos de la naturaleza se refuerzan por medio del reconocimiento del derecho a la "restauración integral, siendo otra de las innovaciones impactantes del texto de Montecristi" (Gudynas, 2011, p. 242).

Asimismo, la construcción del *sumak kawsay* se puede abordar desde tres corrientes:

> 1. Socialista-estatista, se centra en la gestión política del Estado y en la equidad social como objetivo, dejando de lado cuestiones culturales o ambientales. Dentro de esta corriente el *sumak kawsay* deja de ser sólo un planteamiento surgido de las nacionalidades indígenas y necesariamente requiere ser complementado por otras matrices epistemológicas como el socialismo del siglo XXI, por ejemplo.
>
> 2. Ecologista, se caracteriza por la relevancia que se presta a la preservación de la naturaleza y a la necesaria participación de los distintos sectores de la sociedad en la construcción y definición del *sumak kawsay*.
>
> 3. Indigenista, se caracteriza por la relevancia que se da a la autodeterminación de los pueblos indígenas en la construcción del *sumak kawsay* y a los elementos espirituales de la cosmovisión andina. Incluso en esta corriente se critica el asimilar o traducir el "buen vivir" —señalado en la Constitución— como *sumak kawsay* —vida plena—, pues dicho buen vivir constitucional se definiría a partir de patrones occidentales y despoja la dimensión espiritual propio de las culturas ancestrales. (Hidalgo y Cubillo, 2014, pp. 25-40)

Pues "tener una nueva concepción sobre la aplicación del derecho, con la Constitución vigente, tiene un doble avance desde la perspectiva ambiental en el Ecuador, esto es haber reconocido nuevos derechos y la de su forma directa de aplicación, lo que llama Pozzolo la «materialización» o «sustancialización» de la Constitución" (Ramírez, 2012, p. 64). Así, los derechos reconocidos a la naturaleza en Ecuador no serán una norma pétrea que jamás puedan ejercer los administradores y administrados, debido a que el nuevo paradigma jurídico permite al juez aplicar directamente la norma constitucional, creando derecho en sus decisiones judiciales si se transgreden los derechos, siendo una forma viable de aplicarlo (Ramírez, 2012, p. 65).

Por lo que el accionar normativo debe ir acompañado del accionar material por medio especialmente del Poder Judicial —cortes en sus distintos niveles que conozcan causas en las que se encuentre inmersa la naturaleza—. Y desde luego acompañado también del Poder Ejecutivo, a través de la política pública y de un plan nacional de desarrollo que prevea un bajo o nulo impacto a la naturaleza (en la medida de lo posible), y buscando alternativas económicas que no requieran la explotación de recursos no renovables o que contaminen el medio ambiente, los bosques, el agua, entre otros elementos naturales.

VII. Consideraciones finales

El reconocimiento de la naturaleza como sujeto de derechos es un hito en la teoría del derecho, como señala Zaffaroni, pues da paso a un paradigma constitucional que reivindica el reconocimiento de la cultura ancestral, la diversidad, lo que conlleva a la reflexión acerca del derecho en su teoría, pero también en la filosofía de este. Ese reconocimiento le asegura al hombre el tan anhelado "buen vivir", la armonía con la naturaleza y la protección de su hábitat. El hecho de considerar al *kawsay* como principio y elemento transversal en la interpretación constitucional es de vital importancia para el progreso de una teoría biocentrista, que se conjuga con una perspectiva indigenista.

En el marco de los derechos humanos la naturaleza requiere leerse y entenderse como el hombre. En ese ámbito, el activismo juega un papel muy importante, al igual que la participación de la ciudadanía, en cambiar la negativa de quienes mantienen una posición antropocentrista que ve a la naturaleza como objeto.

El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el texto constitucional ecuatoriano es un hito en la teoría del derecho, pero también un reto. Ese paso del antropocentrismo al biocentrismo abre la oportunidad para interpretarse a la naturaleza tomando en consideración al *sumak kawsay* como principio rector en la administración de justicia, en casos en los cuales se encuentre inmersa la naturaleza. De igual modo se realizó una mirada hacia el papel de los activistas animalistas, pueblos, comunidades y nacionalidades indígenas, su cosmovisión y relación con la naturaleza. Así mismo, se revisó la postura de algunos autores frente a la incorporación formal en la Constitu-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ción. El resultado de la investigación evidenció que entre los retos constitucionales está la negativa a ver a la naturaleza como un ser.

VIII. Referencias

Acosta, A. (Comp.). (2011). *La naturaleza con derechos.* Abya Yala.

Amaya Arias, Á. M. (2022). Declaratoria de un ecosistema como sujeto de derechos. Análisis del caso del Páramo de Pisba en Colombia. *Revista IUS*, *16*(49), 155-175. https://doi.org/10.35487/rius.v16i49.2022.725

Atienza, M., & Ruiz Manero, J. (2007). Dejemos atrás el positivismo jurídico. *Isonomía*, (27), 07-28.

Ávila Santamaría, R. (2023). *La jurisprudencia sobre los derechos de la naturaleza de la Corte Constitucional del Ecuador (2008-2022). ¿Evolución hacia una teoría sistémica derecho?* Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

Ávila Santamaría, R. (2009). Los pueblos en aislamiento y nosotros. En I. Vallejo y R. Ávila Santamaría (Comps.), *El último grito del jaguar; Memorias del I Congreso sobre pueblos indígenas aislados en la Amazonía ecuatoriana*. Abya Yala.

Ávila Santamaría, R. (2011). El derecho de la naturaleza: fundamentos. En *Ministerio de Justicia, derechos humanos y cultos (2011). Los derechos de la naturaleza y la naturaleza de sus derechos*. https://repositorio.dpe.gob.ec/bitstream/39000/2330/3/IE-003-2019.pdf

Badillo Salgado, A. V. (2018). *La judicialización de los derechos de la naturaleza en el Ecuador* [Tesis de Maestría, FLACSO Ecuador]. http://hdl.handle.net/10469/13962

Barahona Néjer, A., y Añazco Aguilar, A. (2020). La naturaleza como sujeto de derechos y su interpretación constitucional: interculturalidad y cosmovisión de los pueblos originarios. *Foro: Revista de Derecho*, (34), 45–60. https://doi.org/10.32719/26312484.2020.34.3

Barié, C. G. (2022). Doce años de soledad de los derechos de la Madre Tierra en Bolivia. *Naturaleza y Sociedad. Desafíos Medioambientales*, (4), 142-182. https://doi.org/10.53010/nys4.05

Bobbio, N. (1997). *Elogio de la templanza y otros escritos morales*. Ediciones Temas de Hoy.

Camacho Vinueza, D. y Chávez Rivera, B. A. (2023). La teoría biocéntrica como fundamento protector de la naturaleza en la activi-

dad económica. *Foro: Revista de Derecho*, (39), pp.7-23. https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.1

Constitución de la República del Ecuador. (2008) Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008. (2015). Ediciones Legales.

Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. (2009). Asamblea plurinacional de Bolivia. Promulgada el 9 de febrero de 2009. https://web.senado.gob.bo/sites/default/files/marconormativo/Constitucion%20Politica%20del%20Estado%20Plurinacional%20de%20Bolivia.pdf

Confederación de Naciones Indigenas Ecuatorianas. (S/f). Conaie.org. https://conaie.org/

Corte Constitucional del Ecuador (2021a). *Sentencia 22-18-IN/21: Los derechos del manglar y las actividades extractivas intensivas que lo amenazan (8/09/2021)*. https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-22-18-in-21/

Corte Constitucional del Ecuador (2021b). *Sentencia núm. 1149-19-JP/21: Bosque Protector Los Cedros.* Juez ponente: Agustín Grijalva Jiménez.

Corte Constitucional del Ecuador. (2022). *Sentencia núm. 253-20-JH/22: Derechos de la Naturaleza y animales como sujetos de derechos, Caso "Mona Estrellita" (27 de enero de 2022)*. Jueza ponente: Teresa Nuques Martínez.

Claeys, G. (1989). *Thomas Paine: social and political thought.* Routledge. https://doi.org/10.4324/9781003071143

Crespo Plaza, R. (2003). Perspectivas futuras del derecho ambiental. *Iuris-Dictio; Revista del Colegio de Jurisprudencia*, (7), pp. 12-28.

Díaz Guevara, J. J. (2011). El constitucionalismo alemán: Aporte de Kelsen, Heller, Schimth, Smend y Häberle. *Derecho y Cambio Social*, *8*(24), 4.

El Digital Sur. (2017, octubre 27). Moción para la declaración de los animales como seres sintientes en el municipio de Adeje. *El Digital Sur*. https://eldigitalsur.com/tenerifesur/adeje/mocion-la-declaracion-los-animales-seres-sintientes-municipio-adeje/

Fuentes Sáenz de Viteri, M. L. (2022). El reconocimiento de los derechos de la naturaleza en el ordenamiento constitucional ecuatoriano. *Derecho Crítico: Revista Jurídica, Ciencias Sociales y Políticas*, *1*(1), 1-14. https://doi.org/10.53591/rdc.v1i1.1649.

Gargarella, R. (2010). Apuntes sobre el constitucionalismo latinoamericano del siglo XIX. Una mirada histórica. *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, *4*(25), pp. 30-48. https://doi.org/10.35487/rius.v4i25.2010.215

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Gargarella, R. (2018). Sobre el "nuevo constitucionalismo latinoamericano". *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, *27*(1), 109-129. http://www.scielo.edu.uy/pdf/rucp/v27n1/1688-499X-rucp-27-01-109.pdf

Gudynas, E. (2011a). Desarrollo, derechos de la naturaleza y buen vivir después de Montecristi. En G. Weber (Ed.), *Debates sobre cooperación y modelos de desarrollo. Perspectivas desde la sociedad civil en el Ecuador* (pp. 83-102). Centro de Investigaciones Ciudad; Observatorio de la Cooperación al Desarrollo. https://www.gudynas.com/publicaciones/capitulos/GudynasDesarrolloNaturalezaDespuesMontecristi11.pdf

Gudynas, E. (2011b). Los derechos de la naturaleza en serio. Respuestas y aportes desde la ecología política. En A. Acosta y E. Martínez (Comps.), *La naturaleza con derechos. De la filosofía a la política* (pp. 239-286). Abya Yala.

Gudynas, E. (2010) La senda biocéntrica: valores intrínsecos, derechos de la naturaleza y justicia ecológica. *Tabula Rasa*, (13), pp. 45-71.

Gudynas, E. (2009). *El mandato ecológico: derechos de la naturaleza y políticas ambientales en la nueva Constitución*. Abya-Yala.

Hidalgo-Capitán, A. L. y Cubillo-Guevara, A. P. (2014). Seis debates abiertos sobre el *sumak kawsay*. *Íconos; Revista de Ciencias Sociales*, (48), 25-40. https://doi.org/10.17141/iconos.48.2014.1204

Inglehart, R. (1991). *El cambio sociocultural en las sociedades industriales avanzadas* (R. Águila Tejerina, Trad.). Centro de Investigaciones Sociológicas.

Jaramillo, J. F. (2022). Colombia: La naturaleza como sujeto de derechos: entre el activismo y la contención. *Novum Jus*, *16*(3), 189-218. https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.3.8

Jiménez Torres, J. E. y Celi Toledo, I. P. (2023). Movimiento animalista y políticas públicas en Loja, entre 2016 y 2020. *dA. Derecho Animal*, *14*(1), 3-24. https://doi.org/10.5565/rev/da.638

Habermas, J. (1987). *The philosophical discourse of Modernity* (F. G. Lawrence, Trad.). The MIT Press.

Kothari, A. y Bajpai, S. (2018). ¿Somos el río, o en el río somos? *Ecología Política*, *55*, 32-40.

Kowii, A. (2015, septiembre 28). Il *sumak kawsay*. *La Macchina Sognante*. http://www.lamacchinasognante.com/il-sumak-kawsay/

Leff, E. (2010). Imaginarios sociales y sustentabilidad. *Cultura Representaciones Sociales*, *5*(9), 47-121.

Martínez, E. (2009). Los derechos de la naturaleza en los países amazónicos. En A. Acosta y E. Martínez (Ed.), *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora* (pp. 85-98). Abaya Yala.

Martínez, A. N. y Porcelli, A. M. (2018). Del antropocentrismo al ecocentrismo y biocentrismo. Debates sobre la naturaleza como sujeto de derechos (Parte II). *Diario Ambiental*, (215), 1-5.

Melo, M. (2011). De Montecristi a Cochabamba. Los derechos de la madre tierra en debate. En C. Espinosa Gallegos-Anda y C. Pérez Fernández (Eds.), *Los derechos de la naturaleza de sus derechos* (pp. 123-138). Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.

Melo, M. (2013). Derechos de la naturaleza, globalización y cambio climático. *Línea Sur*, *5*, 43-54. https://www.corteidh.or.cr/tablas/r32323.pdf

Melo, M. (2009). Los derechos de la naturaleza en la nueva Constitución ecuatoriana. En A. Acosta, y E. Martínez (Ed.). *Derechos de la naturaleza. El futuro es ahora* (pp. 51-62). Abya Yala.

Medici, A. (2024, abril 18). Fundamentación liberadora de los derechos humanos desde el pensamiento jurídico critico americano [Ponencia]. *Constitución material y justicia política*. https://drive.google.com/file/d/1OiTaS1ODSHrEpW8oIm3hslYHTIImpxbi/view

Montalván Zambrano, D. (2021). Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria; Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, *23*(46), 505-527. https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.25

Narváez, I. y Narváez, M. J. (2012). *Derecho ambiental en clave neoconstitucional (enfoque político)*. FLACSO Ecuador.

Pazmiño, P. (2023). *El aporte de la jurisprudencia en la configuración originaria de los derechos ambientales en tránsito a los derechos de la naturaleza*.

Paine, T. (1989). *Social and political thought*. Boston.

Ponce León, J. J. (2020). Animalismos en el Ecuador: historia política y horizontes de sentido en disputa. *Cartografías del Sur. Revista de Ciencias, Artes y Tecnología*, (12), 189-224. https://doi.org/10.35428/cds.vi12.197

Ramírez Vélez, P. M. (2012). *La naturaleza como sujeto de derechos: materialización de los derechos, mecanismos procesales y la incidencia social en el Ecuador* [Tesis de maestría, Flacso-Ecuador].

Rawls, J. (1971). *A theory of justice.* Harvard University Press.

Singer, P. (1999). *Liberación animal* (P. Casal, Trad.). Trotta.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Suárez, S. (2013). *Defendiendo la naturaleza; retos y obstáculos en la implementación de los derechos de la naturaleza*. Centro Ecuatoriano de Derecho Ambiental; Friedrich Ebert Stiftung (FES) Energía y Clima. https://library.fes.de/pdf-files/bueros/quito/10230.pdf

Stuntzin, G. (1984). Un imperativo ecológico: reconocer los derechos de la naturaleza. *Ambiente y Desarrollo*, *1*(1), 97-114. https://opsur.org.ar/wp-content/uploads/2010/10/imperativo-ecologico.pdf

Sosa, N. M. (1994). *Ética ecológica, necesidad, posibilidad, justificación y debate*. Libertarias Prodhufi.

Sousa Santos, B. de (2010). Hablamos del socialismo del Buen Vivir. Camino socialista, 9, 4-7.

Toca Torres, C. E. (2011). Las versiones del desarrollo sostenible. *Sociedade e Cultura*, *14*(1), 195-204. https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70320084019

Veintimilla Quezada, S. y Chacón Coronado, M. E. (2023). La gran deuda vigente de Ecuador: el caso Sarayaku. *Foro: Revista de Derecho*, (39), 25-42. https://doi.org/10.32719/26312484.2023.39.2

Wolkmer, C. (2024, abril). Derechos humanos, pensamiento crítico y constitucionalismo latinoamericano [Ponencia].

Zaffaroni, E. R. (2011). La naturaleza como persona: de la Pachamama a la Gaia. En C. Espinosa Gallegos-Anda y C. Pérez Fernández (Eds.), *Los derechos de la naturaleza de sus derechos* (pp. 3-34). Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos. https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4482518/mod_folder/content/0/Zaffaroni_-_De_la_Pachamama_a_la_Gaia.pdf

Zambrano, D. M. (2021). Antropocentrismo y ecocentrismo en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Araucaria*, *23*(46).

Cómo citar

Sistema IIJ

Jiménez Torres, Johana Elizabeth, "Derechos de la naturaleza en el Ecuador: el reto constitucional", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18955. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18955

APA

Jiménez Torres, J. E. (2025). Derechos de la naturaleza en el Ecuador: el reto constitucional. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e18955. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18955

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

El contenido esencial del derecho de acceso a Internet

The content of the right to Internet access

Clara-Luz **Álvarez**

https://orcid.org/0000-0002-5906-4450
Universidad Panamericana, México
Correo electrónico: calvarezg@up.edu.mx

José María **Soberanes Díez**

https://orcid.org/0000-0001-7400-8302
Universidad Panamericana, México
Correo electrónico: jmsoberanes@up.edu.mx

Recepción: 25 de julio de 2024
Aceptación: 27 de agosto de 2024
Publicación: 28 de octubre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19375

Resumen: El derecho de acceso a Internet tiene un contenido esencial que debe garantizarse, porque las transgresiones representan también vulneraciones a otros derechos humanos. Determinar el contenido esencial del derecho de acceso a Internet y a la banda ancha es indispensable para evaluar el grado de cumplimiento a este derecho, aun cuando se reconozca que es un concepto abierto y dinámico que depende de la evolución tecnológica y el contexto del país. En primer lugar, nos referimos al concepto de banda ancha, al acceso a Internet y las brechas digitales. Posteriormente, continuamos para desentrañar el contenido esencial del derecho de acceso a internet tanto en su vertiente de obligaciones negativas como en las positivas. En estas analizamos a profundidad las características de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad del derecho de acceso a Internet.
Palabras clave: derecho a Internet, banda ancha, derechos humanos, contenido esencial, brecha digital.

Abstract: The right to Internet access has an essential content that must be guaranteed, because its breach implies the non-compliance of other human rights. Determining the minimum content of the right to Internet access is fundamental to assess the degree of its compliance,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

even though it is an open and dynamic concept that depends on technological evolution and the country's content. First, we refer to broadband, Internet access and digital divides. Then, we delve into the essential content of the right to Internet access both as negative obligations and positive obligations. Regarding positive obligations, we analyze in depth the characteristics of availability, accessibility, acceptability an adaptability of the right to Internet access.
Keywords: right to the Internet, broadband, human rights, minimum essential content, digital divide.

Sumario: I. Introducción. II. Acceso a internet, banda ancha y brechas digitales. III. Derecho de acceso a internet. IV. El contenido del derecho de acceso a internet. V. Conclusiones. VI. Referencias.

I. Introducción

La pandemia del virus SARS-CoV2 confinó a buena parte de la población en sus hogares. Sin embargo, eso no paralizó al mundo, pues muchos pudieron seguir con sus actividades gracias a la Internet. Eso llevó a darnos cuenta de que la satisfacción de muchos derechos humanos depende de la red. Por eso, no hay duda de que se trata de un bien necesario en nuestros días.

Así visto, el acceso a Internet sería una garantía de los derechos humanos, pues permite su eficacia. Las personas pueden ejercer su derecho a la educación, su libertad de expresión o su derecho a la información a través de la red, sólo por poner algunos casos. Sin embargo, también puede considerarse un derecho autónomo, como lo ha reconocido la Constitución mexicana, en la reforma publicada el 11 de junio de 2013, por poner un ejemplo.

Dejando a un lado el interesante debate acerca de si es una garantía de las libertades o un derecho autónomo, lo cierto es que se requiere precisar cuál es el contenido esencial del derecho de acceso a Internet, para conocer el alcance de la protección; lo que resulta indispensable para evaluar su cumplimiento, así como la eficacia de otros derechos. En efecto, podríamos preguntarnos si se cumple con una educación de calidad cuando estudiantes carecen del acceso a Internet; si puede existir una verdadera participación política o un acceso a la justicia si sólo unas personas tienen acceso a la red; o si el acceso a la banda ancha debe incluirse como un indicador en las mediciones de pobreza.

Por ello, el objetivo de este trabajo es determinar cuál es el contenido esencial del derecho de acceso a Internet y a la banda ancha, para poder saber el alcance de la protección que merece, así como poder evaluar su grado de cumplimiento, tomando en cuenta que se trata de un concepto abierto

y dinámico que depende de factores como la evolución tecnológica y la creciente dependencia de la sociedad de la red.

Para ello, analizaremos en un primer momento los conceptos metajurídicos que son necesarios para la comprensión del contenido del derecho, como son acceso a Internet, banda ancha y brechas digitales (apartado II); posteriormente, expondremos la inclusión del derecho de acceso a Internet (apartado III), y enseguida incursionaremos en el estudio del contenido esencial de este derecho (apartado IV).

II. Acceso a Internet, banda ancha y brechas digitales

1. *¿Qué es Internet, banda ancha y acceso a internet?*

> Internet es una colección de miles de redes enlazadas a través de una serie de protocolos técnicos comunes que hacen posible que los usuarios de cualquiera de esas redes se comuniquen con o usen los servicios de, cualquiera de las demás redes. (Malkin, Marine y Reynolds, 1994)[1]

La Internet está formada por redes de telecomunicaciones de diversos tipos —redes de acceso, redes de transporte— y de naturaleza distinta —redes fijas, redes móviles, redes satelitales—, que están ubicadas en todo el mundo y al utilizar lenguajes comunes —protocolos— hacen posible que puedan enviarse y recibirse comunicaciones y que las interacciones puedan realizarse como si fuera una única red de telecomunicaciones.[2]

---

[1] Traducción de Clara-Luz Álvarez. "The Internet is a collection of thousands of networks linked by a common set of technical protocols which makes it possible for users of any one of the networks to communicate with or use the services located on any of the other networks" (Malkin, Marine y Reynolds, 1994). Las distintas redes están sujetas a la regulación del país donde están ubicadas. Para más información sobre rasgos básicos del internet y sus características sociojurídicas, se puede consultar Álvarez (2011, capítulos I y II).

[2] El artículo 3o., fracción XXXII, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, define internet como el "[c]onjunto descentralizado de redes de telecomunicaciones en todo el mundo, interconectadas entre sí, que proporciona diversos servicios de comunicación y que utiliza protocolos y direccionamiento coordinados internacionalmente para el enrutamiento y procesamiento de los paquetes de datos de cada uno de los servicios. Estos protocolos y direccionamiento garantizan que las redes físicas que en conjunto componen Internet funcionen como una red lógica única".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por su parte, la banda ancha es un concepto que refiere a una red que tiene la capacidad de enviar, transportar y recibir comunicaciones a velocidades elevadas.[3] Debe decirse que, según el nivel de despliegue generalizado de banda ancha en un país, los criterios para definirla pueden variar.[4] Se acostumbra a medir la banda ancha con base en la velocidad.[5] Pero ¿qué velocidad se considera elevada? No existe una velocidad determinada, toda vez que los avances tecnológicos precisan que se deban actualizar las velocidades de lo que se podría considerar banda ancha.[6] Más aún, tómese el caso de la Unión Europea donde, en el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, se menciona que la latencia, la disponibilidad y la fiabilidad de las comunicaciones son parámetros que están cobrando relevancia en la actualidad para considerarse banda ancha.

Las mediciones de banda ancha con base en la velocidad se realizan en relación con la carga (*upload*) y la descarga (*download*). Para que se considere banda ancha, la velocidad mínima varía entre países (Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2021). En México, se definieron parámetros para considerar lo que es banda ancha, diferenciando entre acceso alámbrico (por ejemplo, vía fibra óptica) e inalámbrico (por ejemplo, vía teléfono móvil): para accesos alámbricos, la velocidad debe ser de al menos 5 Mbps de carga y 25 Mbps de descarga, y para accesos inalámbricos, de 1 Mbps de carga y 4 Mbps de descarga (Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2021).[7] De lo expuesto puede afirmarse que, la banda ancha, es un concepto

[3] El artículo 3o. fracción V, de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, define banda ancha como el "[a]cceso de alta capacidad que permite ofrecer diversos servicios convergentes a través de infraestructura de red fiable, con independencia de las tecnologías empleadas, cuyos parámetros serán actualizados por el Instituto periódicamente".

[4] Es importante destacar que la disparidad de conectividad y banda ancha entre regiones y países hace que la velocidad/capacidad de banda ancha aceptable en un país sea inalcanzable para otro país en sus actuales circunstancias.

[5] Las velocidades se miden en bits por segundo: kilobits por segundo (kbps), megabit por segundo (Mbps), giga (Gbps).

[6] En la Unión Internacional de Telecomunicaciones se tuvo por muchos años el estimar la banda ancha como aquella con velocidades de 256 kbps, que en la actualidad es obsoleta (Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2021). Nótese que la tecnología 5G para servicios móviles promete ofrecer velocidades de 100 Gbps.

[7] El IFT adicionalmente creó un parámetro de banda ancha avanzada como un incentivo para que, los operadores, puedan publicitarlo como tal. La banda ancha avanzada la fijó en al menos 10 Mbps de carga y 50 Mbps de descarga en accesos alámbricos, y de 3 Mbps de carga y 10 Mbps de descarga.

genérico que evita determinar una velocidad, o capacidad específica, para que ésta se actualice a lo largo del tiempo, admitiendo también que se incorporen nuevos parámetros, como los sugeridos en el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

Finalmente, cuando se hace referencia al acceso a Internet o al acceso a banda ancha se está haciendo a aquel cuando una persona puede hacer uso de Internet y —si es de determinada velocidad o capacidad— a banda ancha.[8] Ese uso de Internet puede manifestarse de múltiples maneras, como la navegación en la *World Wide Web*, la interacción con aplicaciones desde un teléfono móvil, la comunicación con otras personas por videoconferencia o por correo electrónico, la interacción por medio de las redes sociales, la realización de actos de comercio en plataformas de intercambio de mercancías, el acceso a contenidos audiovisuales vía *streaming*, etcétera. La Unión Europea estima que, lo mínimo que debe soportar un acceso a Internet de banda ancha, es: correo electrónico, motores de búsqueda que permitan la búsqueda y obtención de información de todo tipo, herramientas básicas de formación y educación en línea, prensa o noticias en línea, adquisición o encargo de bienes o servicios en línea, búsqueda de empleo y herramientas para la búsqueda de empleo, establecimiento de redes profesionales, banca por Internet, utilización de servicios de administración electrónica, redes sociales y mensajería instantánea, llamadas telefónicas o videollamadas (calidad estándar) (Unión Europea, 2018).

2. *Relación del acceso a Internet con derechos humanos*

Independientemente de que se conciba el acceso a Internet como un derecho humano o fundamental (o no), lo cierto es que hay un reconocimiento generalizado de que el acceso a Internet es indispensable para ejercer y disfrutar, de manera más plena, múltiples derechos humanos. La relación del acceso a Internet con cada uno de estos ameritaría un artículo en sí mismo, empero, deseamos destacar brevemente ese tipo de vínculo, pues ahí también encuentra su razón de proponer cuál sería el contenido esencial del derecho de acceso a Internet.

[8] En la Unión Europea se hace referencia a *Internet de banda ancha*, con base en el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas. Sin embargo, queremos destacar que, para la mayoría de países, todavía falta un largo camino por recorrer para proveer a la población de acceso a Internet, más largo todavía para que ese acceso sea de banda ancha.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La libertad de expresión y el derecho a la información han sido los derechos humanos que encabezan por excelencia y ejemplaridad la importancia de que las personas cuenten con acceso a Internet para el ejercicio y goce de dichos derechos (Álvarez, 2011; Anzures, 2020; García-Mora y Mora-Rivera, 2023; Pérez, 2005; Poullet, 2000; Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid, 2021). En el caso mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha dicho que "el Internet ha pasado a ser un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión" (Tesis 2a. CV/2017 (10a.), 2017), al tiempo que sentó precedente en torno al uso de redes sociodigitales por parte de servidores públicos, al pronunciarse en contra del bloqueo que un servidor público realizó en *Twitter* a la cuenta de un ciudadano, por estimar la SCJN que estaría violentando el derecho de acceso a la información pública (SCJN, 2019). También la SCJN, al resolver sobre en qué situaciones procedería el bloqueo de un sitio web y en cuáles no, señaló a la Internet como "un medio fundamental para que las personas ejerzan su derecho a la libertad de opinión y de expresión" (Tesis 2a. CV/2017 (10a.), 2017).

La libertad de asociación se ha visto potenciada al usar Internet en múltiples manifestaciones políticas y sociales alrededor del mundo, al tiempo que las redes sociodigitales favorecen la asociación de personas con intereses comunes. Por tanto, el acceso a Internet posibilita nuevas formas para asociarse (Skyepys, 2012, p. 20; Brown, 2016 p. 53), incluso trascendiendo fronteras.

Con la creciente presencia de las personas en el ciberespacio, el libre desarrollo de la personalidad está también soportado por el acceso a Internet que permitirá mayor autonomía para la definición del propio proyecto de vida (Anzures, 2020; Álvarez, 2011; UNESCO, 2003).

Para la realización del derecho a la educación en la sociedad contemporánea, es preciso contar con acceso a Internet (Becerra, 2015 p. 60; Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid, 2021; García-Mora y Mora-Rivera, 2023), erigiéndose este en un instrumento para garantizar el aprendizaje a lo largo de la vida y no sólo en la niñez (Álvarez, 2011, pp. 222-233).

En cuanto al derecho a la salud, el acceso a Internet posibilita la realización de diversos componentes, tales como la existencia de una red de servicios de salud por medio de la telemedicina y telesalud, la difusión y acceso a información de salud relevante para la ciudadanía, por ejemplo (Álvarez, 2011, pp. 245-252; García-Mora y Mora-Rivera, 2023).

La participación política y la democracia están relacionadas con el acceso a Internet (Lucena Cid, 2014; Poullet, 2000, pp. 177-179; Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid, 2021), al tiempo que, hoy en día, la libertad de trabajo y comercio se ve posibilitada con el acceso a Internet (Anzures, 2020).

3. *Brechas digitales*

En los albores del auge de la Internet, se mencionaba la brecha digital en singular, la cual buscaba mostrar a las personas con acceso a Internet respecto de las que no lo tenían.[9] Sin embargo, con el tiempo se ha evidenciado la existencia de múltiples brechas y de diversos factores que las producen.[10] Más todavía, las desigualdades en el mundo físico se traducen en el ciberespacio (Álvarez, 2011; Becerra, 2015). Es la existencia de brechas digitales lo que fortalece la necesidad de dilucidar cuál es el contenido esencial del derecho de acceso a Internet, y de quién o quiénes serían los sujetos obligados.

Las brechas digitales pueden agruparse en tipos de brecha, tales como: brechas urbano/rural y brechas por regiones (INEGI, 2015; INEGI 2020; García-Mora y Mora-Rivera, 2023),[11] brechas generacionales (adultos mayores), brechas de género (uso por hombres/mujeres, niños/niñas) (Centro México Digital, 2022), brechas por discapacidad, brechas económicas (nivel de ingresos de personas y hogares),[12] brechas de contexto local (Galperin, s.f.), etcétera.

Las brechas se pueden establecer por niveles, siendo el primero la de acceso físico a la red de telecomunicaciones y a los dispositivos; el segundo nivel de brecha es por cuanto hace a habilidades digitales, y el tercer nivel sería para evaluar los beneficios por el uso del Internet (Scheeder, Van Deursen

---

9 Para más información sobre la brecha digital de la primera década del siglo XXI, los tipos de brecha y sus razones, véase Álvarez (2011, pp. 60-74).

10 Existen múltiples desafíos para erradicar la pobreza y lograr la igualdad de oportunidades, por lo que debe señalarse que, el contar con acceso a Internet, no es suficiente para enfrentar esos retos.

11 La existencia de brechas urbano/rural ha sido ampliamente documentada y, para el caso de México, la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH), la ha reflejado año con año.

12 Véanse, del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, las encuestas anuales de la ENDUTIH (INEGI, 2015; INEGI, 2016; INEGI, 2017; INEGI, 2018; INEGI, 2019; INEGI, 2020; INEGI 2021; INEGI, 2022).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

y Van Dijk, 2017; Van Deursen y Van Dijk, 2014). Siguiendo esta clasificación de niveles de las brechas digitales, consideramos que no todas estarían comprendidas dentro del contenido esencial del derecho de acceso a Internet como se justificará en la sección IV de este artículo.

Para finalizar esta sección, referiremos que Martínez identificó para México los factores determinantes que incrementan las brechas digitales en la edad avanzada, las ocupaciones poco calificadas (por ejemplo, jornaleros) y la ubicación geográfica, en tanto que, aquellos que las reducen, son un mayor nivel de escolaridad, contar con habilidades digitales y tener mayores ingresos (Martínez, 2018).[13] Por su parte, Van Dijk refiere a la existencia de categorías personales (la edad, el género, la etnicidad, la inteligencia, la salud, la capacidad), y categorías posicionales (laboral, educativa, del hogar, las redes), considerando que las categorías personales son las que tienen una mayor incidencia en los niveles de brecha digital (Van Dijk, 2020).

III. Derecho de acceso a Internet

Existe un debate respecto a si el derecho de acceso a Internet puede considerarse —o no— como un derecho humano, aunque coinciden las posturas opuestas en señalar que el acceso a Internet es un instrumento necesario para el ejercicio de los derechos humanos.

Vinton (2012) —reconocido como uno de los padres del Internet— ha estado en contra de la existencia de un derecho humano a Internet, basado en que el derecho humano es inherente a la dignidad humana y, por más dependencia que pueda existir en la sociedad actual a Internet, argumenta que eso no lo convierte en un derecho humano. Vinton acepta que hay más fundamento para la existencia del derecho de acceso a Internet como un *civil right*, pero continúa en su creencia de que el acceso a Internet debe considerarse como una tecnología habilitadora e instrumental, mas no un derecho.

Custers (2022, pp. 7-8) propone que, el derecho de acceso a Internet, sería de lo que pueden ser considerados nuevos derechos digitales. Brown (2016) argumenta que los derechos humanos previstos en la Declaración

[13] Nava y Padilla (2020) mencionan la pobreza digital que se crea por la suma de las carencias de la pobreza en el mundo físico con la disponibilidad —o no— de TIC y la capacidad de usarlas en los diferentes estratos sociales.

Universal de los Derechos Humanos comprenden necesariamente a las nuevas tecnologías, mientras que Skepys (2012) niega al acceso a Internet el carácter de derecho humano. Cotino (2020, pp. 26-27) propone que, en lugar de crear un nuevo derecho fundamental de acceso a Internet, mejor se realice una actualización de las libertades informativas con base en las nuevas garantías que emanan de Internet.

Mathiessen (2012) afirma que sí existe un derecho humano a Internet, que lo concibe como un derecho derivado, es decir, más específico que el derecho humano primario; por ejemplo, la libertad de expresión es un derecho humano primario, mientras que el derecho de acceso a Internet sería un derecho humano derivado.

Anzures (2020, p. 535) por su parte parece aceptar el carácter de derecho humano al acceso a Internet, además de confirmar la instrumentalidad del acceso a Internet para ejercer derechos humanos,[14] con lo cual coinciden también García-Mora y Mora-Rivera (2023). Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid (2021), concluyen que, el derecho de acceso a Internet, es un derecho humano "fundamental to ensure dignified existence to all and social development under the conditions of formation and development of the information society".

Para el caso mexicano, debe destacarse que resulta innecesario entrar en la polémica de si el acceso a Internet es —o no— un derecho humano, toda vez que es un derecho fundamental por estar previsto en la Constitución y, por tanto, requiere que se defina cuál sería su contenido esencial. Determinar el contenido esencial es relevante, independientemente del carácter o categoría que se le llegue a otorgar al derecho de acceso a Internet en un país determinado.

1. *Acceso a Internet y banda ancha en la Constitución mexicana*

Como fruto de la reforma estructural en telecomunicaciones de 2013, se estableció en la Constitución mexicana el derecho de acceso a Internet y la banda ancha en los siguientes términos:

> El Estado garantizará el derecho de acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de radiodifusión y telecomunicacio-

[14] Anzures (2020) señala también que algunos derechos fundamentales deberán ejercerse exclusivamente en Internet a los cuales les refiere como derechos de ejercicio digital.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

nes, incluido el de banda ancha e internet. Para tales efectos, el Estado establecerá condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios.[15]

La inclusión de ese derecho, dentro del capítulo de los "Derechos Humanos", no estuvo exenta de polémica; pero el momento político en el cual se estableció provocaba la sensación de que, por estar en la carta magna, automáticamente la población contaría con el acceso a Internet y la banda ancha. Nada más alejado de la realidad. Bravo (2020) demostró estadísticamente que México, a seis años de la reforma constitucional, tuvo un desempeño modesto y menor en cuanto a usuarios de Internet, conexiones de banda ancha fija y móvil comparado con otros países de América Latina que no reformaron su Constitución. A casi una década de que se plasmara ese derecho en México, aún más de 25.3 millones de personas, de seis años o más, carecen de acceso a internet (INEGI, 2022).

Ahora bien, a la fecha no existe una definición precisa ni generalmente aceptada de los elementos que componen el derecho de acceso a internet.[16] Álvarez (2011) sostiene que dicho derecho obliga al Estado mexicano a (1) establecer un entorno habilitador para que el sector privado pueda prestar servicio de Internet y banda ancha; (2) implementar mecanismos para que, por ejemplo, la población reciba servicios donde el sector privado no preste los servicios, por no ser rentables o por tratarse de poblaciones alejadas; (3) realizar acciones específicas y afirmativas para el acceso por parte de personas en situación de vulnerabilidad (por ejemplo, en pobreza, por razón de edad avanzada); (4) instaurar lo necesario para el acceso por personas con discapacidad en igualdad de condiciones, y (5) promover habilidades digitales.

Por su parte, Bravo (2020) recuerda que el derecho de acceso a Internet y banda ancha está ligado con la obligación constitucional de que el Estado mexicano integre a la población a la sociedad de la información y el conocimiento, por medio de una política de inclusión digital universal.[17]

---

[15] Artículo 6o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

[16] Sirve por analogía lo que Papakonstantinou (2022) asevera respecto a que, identificar los componentes de un nuevo derecho a la ciberseguridad, ayuda a comprender el contenido mismo del derecho; además de hacer posible el empoderamiento de las personas en el ámbito digital.

[17] El artículo 6o., apartado B, fracción I, de la Constitución mexicana señala que "[e]l

Si el derecho de acceso a Internet y banda ancha está previsto en una ley fundamental como en el caso mexicano, determinar el contenido esencial más allá de una inquietud académica se convierte en una necesidad jurídica, lo cual es materia de este artículo.

IV. El contenido esencial del derecho de acceso a internet

Tras la reforma de 2013 a la Constitución mexicana, el artículo 6o. reconoce el derecho de acceso a la banda ancha e Internet, para lo cual mandata establecer "condiciones de competencia efectiva en la prestación de dichos servicios". El primer enunciado establece el derecho en sí mismo, mientras que el segundo puede interpretarse como un derecho de configuración legal que requiere de la intervención del legislador para regular las condiciones de su ejercicio (Anzures, 2020, p. 530).

Ahora bien, por lo que respecta al segundo enunciado relativo a crear condiciones de competencia efectiva, debe decirse que los derechos de configuración legal son aquellos en los que su contenido queda encomendado a la ley (Pérez Tremps, 2004, p. 57; Jiménez Campo, 1999), y por tanto, no son susceptibles de ejercicio en ausencia de un desarrollo legislativo por parte del legislador (Díez-Picazo, 2005). Eso significaría que, constitucionalmente, sólo existe la obligación de crear un entorno jurídico adecuado que fije las bases que garantizarán un pleno acceso y uso a Internet, sin que tenga un contenido constitucional propio (Anzures, 2020, p. 531). Sería un derecho programático, en la medida en que únicamente podría exigirse una actuación de los poderes públicos para definir el objeto de éste, por lo que las obligaciones propias realmente nacerían de las normas secundarias (Fossas Espadaler, 1993).

No obstante, se ha considerado que los derechos clasificados como "de configuración legal", tienen un contenido constitucional mínimo, del que no puede disponer el legislador libremente, sino que, por el contrario, debe de ser tanto respetado como materializado en la ley.[18] En ese sentido, no carecerían de un contenido constitucional, y no habría una diferencia de cuali-

Estado garantizará a la población su integración a la sociedad de la información y el conocimiento, mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales".

[18] López Hidalgo (2019) sostiene que la configuración y concreción de los derechos fundamentales se basan en las diferentes teorías del contenido esencial para, posteriormente, analizar su situación en relación con la Constitución ecuatoriana.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

dad respecto a otros derechos, sino de cantidad: los de desarrollo necesitarían más tratamiento que otros (Díez-Picazo, 2005, p. 119).

Así, por ejemplo, en el caso del debido proceso (que es un típico derecho de desarrollo), si bien necesita que una ley defina las formalidades de las notificaciones, existe un contenido constitucional mínimo que no puede trastocar el legislador, como es que debe existir un emplazamiento a quien es demandado, pues de otra forma quedaría en estado de indefensión (Soberanes Díez, 2018, p. 150).

El contenido esencial de un derecho fundamental es el "ámbito necesario e irreductible de conducta que el derecho protege, con independencia de las modalidades que asuma éste o de las formas en que se manifieste" (López Sánchez, 2017, p. 249). De esta manera, el derecho de acceso a Internet tendría un contenido constitucional mínimo, que debe ser garantizado por los poderes públicos.[19] Este objeto concreto del derecho es el que intentaremos dilucidar en este apartado.

1. *El contenido negativo del derecho de acceso a Internet*

En su obra clásica, Alexy sostiene que la base analítica de los derechos parte de una triple división: derechos a algo, libertades y competencias (Alexy, 1991, p. 186). El acceso a Internet claramente es un derecho *a algo*, ya que le otorga a sus titulares la posibilidad de exigirle a alguien una prestación y, por ello, no supone la posibilidad de elegir entre hacer o no hacer sin interferencia estatal, como sucede con los derechos de libertad (Alexy, 1991, p. 210), o con la permisión de cambiar la posición jurídica de alguien, como ocurre con las competencias (Alexy, 1991, p. 234).

Los derechos *a algo*, como explica el mismo Alexy (1991, p. 196), pueden suponer acciones negativas o positivas. Las negativas se traducen en un deber de *no hacer* por parte del destinatario, en un *no obstaculizar* que se ejerza el derecho o la posición. Las positivas, por su parte, conllevan un deber de *hacer* o *dar* por parte del destinatario, a que se cree una nueva posición. Esto lo explica el autor alemán con el derecho a la vida, que en su faceta negativa obliga al Estado a no matar, mientras que desde la pers-

[19] La necesidad de identificar el contenido mínimo no es privativa del derecho de acceso a internet, en cuanto a la propuesta de que se reconozca un derecho a la ciberseguridad. Papakonstantinou (2022) propone que éste se desarrolle para evitar, por ejemplo, que las personas que resientan vulneración a ese derecho estén limitadas a sólo ejercer acciones del derecho común.

pectiva positiva impone la obligación de proteger la vida del titular, respecto a las intervenciones arbitrarias de terceros (Alexy, 1991, p. 188).

En el caso del derecho de acceso a Internet, que permite gozar de la red, su faceta negativa supone un deber de abstención estatal que consiste en no limitar el servicio, ni restringirlo (Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid, 2021; Skyepys, 2012; Álvarez, 2018). En la Constitución mexicana se establece que el Estado garantizará que el servicio de acceso a Internet y de banda ancha sea libre y sin injerencias arbitrarias.[20] Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid (2021) estiman que, el contenido del derecho de acceso a Internet, está en la posibilidad de que las personas accedan a este por medio de un proveedor de servicios de Internet. Por su parte, Skyepys (2012) afirma que también los gobiernos deben abstenerse de interferir "con la proliferación de las TICs [Tecnologías de la Información y Comunicaciones] y con la infraestructura requerida para acceder a Internet". No cabe duda de que, la noción de restricción del ejercicio del poder estatal, es una de las dimensiones de este derecho de acceso a Internet que deriva de la obligación de respetar los derechos humanos (Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, 1988).

En esa línea es que se ha estimado que, la interrupción de Internet a poblaciones enteras, o a determinados segmentos, resulta violatoria de derechos humanos, lo mismo que la imposición de obligaciones de registro a proveedores de servicio, sin que pueda justificarse, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional (Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP, 2011). Y por ello, las Naciones Unidas (2018) han considerado que resultan violatorias de este derecho las medidas que impiden o perturban la capacidad de una persona para buscar, recibir o transmitir información en línea.

Pero también contravendría esta faceta negativa la imposibilidad de obtener acceso a una parte de Internet, mediante lo que García Mexía (2012) denomina *velos*, es decir el bloqueo de contenidos por criterios políticos. Esto, explica el mismo autor, puede ser generado por la acción directa de las autoridades, tipo cuello de botella como Irán, o a través de los proveedores

[20] Artículo 6o., apartado B, fracción II de la Constitución.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de servicios que siguen las instrucciones políticas del gobierno, como en el modelo chino (García Méxia, 2012, p. 402).

No pasa inadvertido a los autores de este artículo que existe creciente reconocimiento de la responsabilidad de las grandes plataformas en Internet, por cuanto hace al ejercicio y goce de derechos humanos de los cibernautas. Sin embargo, eso amerita una investigación en sí misma que escapa al objetivo del presente artículo.[21]

Para finalizar esta sección, es importante destacar que las transgresiones al derecho de acceso al internet representan también vulneraciones a otros derechos que pueden desenvolverse a través de la red, como es la libertad de expresión, pues, como ha indicado el Consejo de Europa, "desconectar a las personas de Internet, como regla general, representa una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de expresión" (Unión Europea, 2016).

2. *El contenido positivo del derecho de acceso a Internet*

Además del mandato de respeto, otra de las obligaciones generales que todos los derechos imponen es el de garantía, que supone la existencia de una conducta que asegure, en la realidad, un pleno ejercicio de éstos (Unión Europea, 2016). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido la obligación de los Estados de garantizar el acceso a Internet como parte del derecho de acceso a la información, en su modalidad de participación en la sociedad de la información (Voitsikhovskyi, Bakumov, Ustymenko y Syroid, 2021 refiriendo al caso Ahmet Yildirim v. Turkey, pp. 12-14).

En el caso del derecho de acceso a Internet, previsto en el artículo 6o. constitucional mexicano, es evidente que se reconoce el deber estatal al in-

[21] Observacom publicó recomendaciones sobre principios, estándares y medidas para proteger la libertad de expresión de usuarios de Internet y garantizar una Internet libre y abierta frente a las grandes plataformas en línea. Puede consultarse en Observacom (2020). Por su parte, García Mexía (2012, p. 401) señala que se contravendría el derecho de acceso a Internet si las grandes plataformas impiden que los contenidos fluyan sin obstáculos por la red por motivos económicos, a lo que se le ha llamado *vallas*. Calcaneo Monts (2021) analiza los cambios en la libertad de expresión al situarse el Internet como la nueva plaza pública en la cual las redes sociodigitales imponen reglas, mientras que fuera de línea prevalece la regulación estatal. Zuboff (2020) realiza una crítica a la situación de la masiva recopilación de datos por las grandes plataformas que hacen que se pierda la privacidad y la intimidad en un capitalismo de la vigilancia con múltiples consecuencias negativas.

dicar expresamente que el "Estado garantizará", con lo cual enfatiza esta obligación.

Por ello, al mismo tiempo que supone deberes de abstención, una prohibición de interferir en la conexión de las personas a la red y en el despliegue de redes, el derecho de acceso a Internet supone también la facultad de exigir prestaciones positivas al destinatario (Álvarez, 2018; Anzures, 2020; Becerra, 2015), como acción positiva fáctica para un nuevo derecho social (Cotino, 2020).

De este modo, estamos ante un derecho que, de manera especial, se realiza no frente al Estado, sino en el Estado prestador, y ello exige que se pongan a disposición de las personas formas de organización y procedimiento que permitan hacerlo efectivo (Orbegoso, 2021). Así, el Estado debe asegurar la infraestructura necesaria para que toda persona pueda conectarse a Internet.

Como esa afirmación puede ser un tanto etérea, como sucede con los derechos prestacionales enunciados como principios, es necesario concretarlo un poco. Se ha dicho que debe asegurarse que toda persona tenga la posibilidad de una conexión disponible y accesible (Anzures, 2020). En un sentido similar, las normas de la Unión Europea han indicado que se concreta en los servicios mínimos, de una calidad determinada, que estén disponibles para todo usuario a un precio asequible.[22]

Las características relatadas (disponible, accesible, calidad, asequibilidad) parecen encuadrarse en el esquema de las *cuatro A*, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas considera como un *lugar común* en el ámbito de los derechos sociales en su documentación y seguimiento (Organización de las Naciones Unidas-Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 2004). Se le denomina las *cuatro A*, pues hace referencia a cuatro características que inician con esa letra, y que son *availability* o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

Consideramos que estas características ayudan a definir el contenido prestacional del derecho de acceso a Internet y, por eso, a continuación, iremos analizándolas.

[22] Artículos 84 y 85, y Anexo V del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

A. *Disponibilidad*

La primera de las exigencias prestacionales del derecho de acceso al Internet es la disponibilidad, es decir, que exista la infraestructura necesaria para poder conectarse a la red. Este deber se limita a la existencia del sistema, sin valoraciones de tipo cualitativo. La infraestructura y los servicios de acceso a Internet pueden proveerse por el sector público o el privado, destacándose que lo relevante es que se violaría el derecho en caso de que alguna persona no tuviese a su fácil alcance puntos de conexión alámbrica, inalámbrica o satelital.

Así, el derecho de acceso a Internet precisa la existencia misma de la infraestructura sin la cual el derecho no existiría y, por tanto, forma parte de su contenido esencial. En México, el derecho de acceso a Internet y banda ancha establece constitucionalmente la obligación de que el Estado propicie un entorno de competencia efectiva que logre la satisfacción del derecho. Ese entorno habilitador para el despliegue y disponibilidad de infraestructura es una obligación positiva de los gobiernos (Álvarez, 2018; Skyepys, 2012).

Llegados a este punto, conviene apuntar que, desde la perspectiva de los prestadores del servicio, podría no ser atractiva la inversión en determinadas zonas por la dificultad técnica y la poca rentabilidad que pudiese suponer la inversión. En estos casos, no sería idóneo el mecanismo competitivo que para hacer efectivo ese derecho mandata el artículo 6o. de la Constitución mexicana. En este sentido, las personas que viven en zonas alejadas, donde no se ha podido instalar la infraestructura necesaria para brindar los servicios de conexión, verían trasgredido claramente su derecho.

Al respecto, habría que decir que el derecho de acceso a Internet se trata de un derecho fundamental o un derecho asociado a la efectividad de derechos humanos (Álvarez, 2018; Álvarez, 2011; Skyepys, 2012), y por tanto, se traduce en un servicio público fundamental.

Resulta ilustrativa una sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica, en la que se consideró violatorio del derecho de acceso a Internet que, una urbanización no contara con cobertura de Internet sin que el Instituto Costarricense de Electricidad tuviese programada alguna obra que permitiera el acceso al servicio.[23]

Asimismo, resulta esclarecedora otra decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, en la que indicó que no

[23] Sentencia 12790-2010 (2010).

son justificaciones válidas condiciones como que una zona está alejada o que sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, pues se trata de un servicio público asociado a derechos fundamentales que obliga tanto al Estado como a las empresas que deban suministrarlo.[24]

Es claro que esta obligación no puede cumplirse de un momento a otro. Se trata de un derecho en el que aplica claramente el principio de progresividad, consagrado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y en la Constitución mexicana.[25] De acuerdo con ello, en todo derecho social existe una base mínima que debe atenderse, pero sobre ella deben de avanzarse (Vázquez, 2011). Eso significa que deben de establecerse medidas deliberadas, concretas y orientadas (Organización de las Naciones Unidas-Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1990) hacia el establecimiento de una disponibilidad universal, lo que conlleva utilizar todos los recursos que estén a disposición del Estado.[26]

Por ello, en zonas en donde puede existir una dificultad física de implementar la infraestructura necesaria para garantizar un acceso universal a la Internet, por lo menos se deben establecer ciertos puntos de acceso público, como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y otros (Anzures, 2020).

B. *Accesibilidad*

La accesibilidad, en sentido estricto, supone que la conexión a Internet debe ser posible para todos, sin discriminación. Custers (2022), al sugerir un derecho de acceso a Internet como parte de los nuevos derechos digitales, afirma que debe ser un derecho para todos porque, si algunas personas carecen de acceso a Internet o su acceso es limitado, estarán en franca desventaja respecto al resto de la población. Por tanto, todo aquel que desee conectarse debe de tener la posibilidad de hacerlo. Si, de acuerdo con la característi-

[24] Sentencia 010627-2010 (2010). La resolución puede consultarse en Boza (2015).

[25] Dicho Pacto, textualmente indica: Artículo 2.1. Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la a asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.

[26] Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Maastricht, 1986, núm. 25 a 28. En el mismo sentido, Abramovich y Courtis (2015, p. 90).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ca de disponibilidad, debe existir una infraestructura que garantice la existencia de una red, esta vertiente nos presenta el problema del dispositivo que debe poseer cada persona para conseguir conectarse, la asequibilidad del servicio y las habilidades que las personas deben tener para poder acceder a internet.

Por lo que respecta a los dispositivos, pueden ser de uso personal, como los teléfonos móviles o las tabletas que permiten la itinerancia; la conexión podría ser a través del servicio celular de datos o mediante conexión a wifi. También pueden emplearse computadoras de acceso fijo, como los disponibles en hogares y oficinas, por ejemplo.

De esta forma, aunque exista señal, si una persona carece de un dispositivo, no podría tener acceso a la red y, por tanto, se le violaría el derecho que estamos tratando. En este sentido, por ejemplo, se pronunció una jueza de distrito mexicana, al resolver un amparo en el que se reclamaba que una niña no disponía del equipo necesario para continuar su educación durante el confinamiento decretado por la pandemia del virus SARS-CoV-2, y ordenó que el Estado le proporcionara en resguardo un dispositivo (Amparo 649/2020).[27] De igual modo, otra jueza mexicana concedió una suspensión para que se dotara a una escuela de las tecnologías necesarias para la conectividad, y así se garantizaran los derechos de los estudiantes (Amparo 325/2021). También en México se otorgó un amparo a un estudiante menor de edad para el efecto de que a su escuela se le dotara de las tecnologías de información y comunicaciones y de acceso a Internet, para garantizar el derecho a la educación (Amparo en revisión 1005/2018).

Ahora bien, si una persona está donde hay disponibilidad de servicio de acceso a Internet y además cuenta con un dispositivo, pero no sabe cómo utilizarlo, se verá impedida de acceder. Tómese como referencia que la tercera razón para no tener computadora en los hogares mexicanos ha sido el no saber cómo usarla (INEGI, 2015).

En esta dimensión del derecho de acceso a Internet hay que tomar en cuenta tres cosas que son relevantes: (1) la no discriminación, sobre todo a los grupos más vulnerables, (2) la accesibilidad económica o asequibilidad,

[27] Aunque la quejosa le había pedido un dispositivo que pudiera conectarse a internet, la juzgadora determinó que se le entregara una televisión en resguardo, pues de esa forma podría tener acceso a las clases que se impartían por la televisión nacional. La sentencia puede consultarse en: http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=2071/20710000270287740 27.pdf_1&sec=Diego_Galeana_Jimenez&svp=1

es decir, el costo que tiene para los titulares del derecho, y (3) la necesidad de contar con habilidades digitales.

a. *El acceso de grupos vulnerables*

Respecto a lo primero, hay que señalar que, en tanto el acceso a Internet es un derecho social, tiene como finalidad lograr la igualdad (Becerra, 2015, p. 585). Prieto Sanchís (1990 p. 127) afirma que la igualdad promueve la integración de la persona humana en la sociedad para que disfrute de la libertad efectiva. Por ello, la imposibilidad de su ejercicio puede causar desigualdades entre los que tienen el acceso y los que no. Estos últimos no tendrían la posibilidad de seguir educándose en tiempos de una pandemia, como en el caso judicial antes relatado. Es por ello por lo que hay grupos que deben tener una vía preferente de acceso y ser beneficiarios de acciones afirmativas para el acceso a las TIC (Álvarez, Clara Luz, 2018, p. 60).

El principio de igualdad en la ley no es un fin en sí mismo, sino un medio para alcanzar la igualdad material (Bobbio, 1993). Una desigualdad material no se arregla con una igualdad legal, pues aquél que está rezagado se encontrará en desventaja. Esta es la paradoja de la igualdad: para conseguir la igualdad material, muchas veces debe existir desigualdad formal (Elósegui Itxaso, 2003, p. 105).

La exigencia de trato desigual puede derivar de obligaciones explícitas de una norma superior. La Constitución mexicana exige que determinadas personas o situaciones sean tratadas de forma diferente a la generalidad, como en el caso de los indígenas, quienes deben ser sujetos de un régimen especial para contar con los dispositivos útiles para acceder a Internet.[28]

Existen también supuestos en que, si bien la Constitución mexicana no ordena expresamente hacer un trato diferenciado, el no hacerlo sería irrazonable. Este es el caso de las personas con discapacidades. Si se les trata

[28] El artículo 2o. constitucional, en su apartado B, depone que para "abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas", las autoridades, tienen la obligación de: "extender la red de comunicaciones que permita la integración de las comunidades, mediante la construcción y ampliación de vías de comunicación y telecomunicación", y para ello, deben establecer "condiciones para que los pueblos y las comunidades indígenas puedan adquirir, operar y administrar medios de comunicación". Si bien la norma no se refiere expresamente al internet, en una interpretación amplia, atendiendo a los fines del derecho de acceso a esta red, puede entenderse ampliada la obligación.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de forma igual al resto de las personas, se propician situaciones de injusticia que les impiden acceder en igualdad de oportunidades materiales.

Las personas con alguna discapacidad forman uno de los grupos en situación de mayor riesgo de vulnerabilidad de la población y, por ese motivo, los organismos que brindan servicios públicos tienen la obligación de proporcionarles atención especial, con el objetivo de lograr el pleno respeto a sus derechos.[29]

Tratándose de estas personas, sin embargo, existe una norma de fuente internacional, como es la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que establece diversas obligaciones para los Estados parte (como lo es México). La CDPD señala que

> los Estados deben adoptar las medidas necesarias para: (1) asegurar el acceso a las TIC y servicios de emergencia de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, (2) promover el acceso de las personas con discapacidad a las TIC (incluido Internet), así como a promover que estas sean accesibles en cuanto a diseño; y (3) que las personas con discapacidad ejerzan su libertad de expresión y derecho a la información en igualdad de condiciones, para lo cual —entre otros— los Estados deben (a) facilitar la información y permitir la utilización de formatos y tecnologías accesibles, (b) fomentar que el sector privado proporcione información y servicios en Internet en formatos accesibles, y (c) alentar que los medios de comunicación que proporcionen información por Internet sean accesibles por personas con discapacidad. Adicionalmente, conforme al artículo 4 de la CDPD, los Estados están obligados a promover la disponibilidad y uso de las TIC. (Álvarez, 2018, pp. 380-381)

El contenido esencial del derecho de acceso a Internet, en relación con la persona con discapacidad, contendría la obligación de la existencia de dispositivos que hicieran posible que pudiera hacer uso de Internet, y así, poder disfrutar de los derechos humanos de manera más plena en el ciberespacio.

Otro grupo al que habría que referirse son las niñas, los niños y adolescentes. En este caso, además de lo relativo al acceso, por la necesidad de restringirlo en aras de su bienestar y de su desarrollo. Por eso, la SCJN ha considerado que, reconocerlos como titulares del derecho, no conlleva el acceso a cualquier contenido, sino tomando en cuenta que la posibilidad de acceder aumenta junto con la madurez, la información a la que pueden

[29] Un trabajo revelador al respecto es de Cabrero Almena (2008, pp. 15-43).

tener entrada es sólo aquella que contribuya positivamente a la realización de sus derechos (Tesis: 2a. IX/2018 (10a.), 2018).

b. *La accesibilidad económica o asequibilidad*

El segundo punto respecto a la accesibilidad tiene que ver con el costo. La accesibilidad económica o asequibilidad implica que una persona pueda cubrir el costo sin que sea una carga injustificada, ni afecte la capacidad del usuario de controlar sus gastos, debiendo evaluarse con base en el nivel de precios al consumidor de la región o país (OCDE, 2006; Álvarez, 2013; Unión Europea, 2018). Custers (2022) refiere a que el derecho de acceso a Internet garantizaría que los costos tecnológicos no sean una barrera insuperable para las personas.

Debe recordarse que todos los derechos sociales tienen esta repercusión financiera, lo que ha hecho que algunos sostengan que no tienen el carácter de derechos fundamentales (Arango, 2004). Pero con independencia de este debate, que parece superado,[30] lo cierto es que debe invertirse para lograr el acceso universal a Internet. En la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH) que se ha realizado anualmente desde 2015, la falta de recursos económicos ha sido expresada como la causa principal de no contar con computadora y no contar con Internet en los hogares mexicanos (INEGI, 2015; 2016; 2017; 2018; 2019; 2020).

En la Unión Europea, en el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas prevé que los precios por el servicio deben ser alcanzables para la mayoría de la población, reconociendo que ciertos grupos requerirán de medidas cuando no les sea asequible los servicios de Internet de banda ancha. En México, la reforma que reconoció este derecho pretendió la reducción de los precios mediante la competencia efectiva, como dispone el artículo 6o. constitucional. En Suiza, el Estado fijó un precio (Anzures, 2020). Sea por la vía de la competencia, fijando precios o por medio de subsidios, lo cierto es que el acceso a Internet tiene un costo.

El derecho que nos ocupa presenta una diferencia respecto a otros, pues el costo lo asume el titular y no el sujeto obligado. En efecto, mientras que en derechos como a la educación o a la protección de la salud tienen una re-

[30] Una respuesta a ese planteamiento que nos convence puede verse en Acuña, J. M. (2012, pp. 37 y ss.).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

levancia en los presupuestos públicos, para que los servicios sean gratuitos para las personas titulares, en el caso del derecho de acceso al Internet son los usuarios quienes deben pagar por este servicio por regla general. Es decir, existe un costo por ejercer un derecho.

Es cierto que puede tener un costo el ejercicio de otros derechos, como puede ser una persona que decide acudir a una escuela particular, o atenderse en un hospital privado. Sin embargo, esto obedece a una decisión personal, pues tienen la posibilidad de matricularse en una escuela pública o de ser atendidos en la sanidad estatal. En el caso del acceso a Internet, las posibilidades de conexión a una red pública y gratuita son escasas y, por tanto, debe pagarse a un proveedor de servicios por ejercer un derecho.

Vinculando esto con lo que antes se ha apuntado, habría que cuestionarse hasta qué punto deben los presupuestos públicos asumir el costo del acceso de Internet, si debe ser de los grupos vulnerables, o si en determinados lugares deben existir puntos de conexión gratuita. Otro aspecto para analizarse es cuál o cuáles serían los mecanismos idóneos para lograr conectar a los desconectados, y que esa conexión sea significativa para el ejercicio de derechos humanos, sin menoscabar las condiciones de competencia que el Estado mexicano por mandato constitucional debe establecer.

c. *Las habilidades digitales*

Existen diferencias importantes en las habilidades que debe tener una persona para poder acceder a Internet respecto de otros medios de comunicación, como pueden ser los medios impresos en los cuales el saber leer es suficiente, o la radio y la televisión, con las que, al oprimir un botón, se puede acceder al servicio. En el caso de Internet no es así, pues se precisa contar con cierto conocimiento de cómo utilizar el dispositivo, cómo entrar a Internet y aprovechar los servicios y aplicaciones en este (por ejemplo, uso de correo electrónico y de buscadores o navegadores). Por lo cual, el concepto de alfabetización digital se ha convertido en un término necesario para identificar las habilidades mínimas para que una persona pueda acceder a Internet.

El segundo nivel de brecha digital generalmente aceptado —como apuntamos anteriormente— es la falta de habilidades digitales. Sin estas, de nada servirá la disponibilidad de infraestructura y el contar con un dispositivo de acceso. Por lo que, si existe un derecho de acceso a Internet reconocido como tal, y necesario además para el ejercicio pleno de derechos huma-

nos, entonces dentro del contenido mínimo esencial debe estar la obligación de que las personas reciban la instrucción necesaria para tener habilidades digitales (Custers, 2022). Y esa instrucción, para nada debe estar limitada a la niñez, sino que debe comprender también —e incluso de manera más enfática— a personas de edad avanzada.

C. *Aceptabilidad*

El mandato de aceptabilidad supone que el usuario experimente una mejor calidad en el servicio de Internet. Este criterio va más allá de la disponibilidad de una red o de la posibilidad de acceder, pues se enfoca en la prestación de un mejor servicio. Por ello, en el ámbito de los derechos sociales, se ha equiparado con el principio de calidad, muchas veces vinculado con visiones "empresariales", de nueva gestión pública y de eficiencia (Cotino, 2020).

En muchos lugares, quizá el desafío del derecho de acceso a Internet no pasa únicamente por la cobertura, sino en conseguir que los servicios sean prestados en unas condiciones de alta calidad, con la exigencia además de que, tal beneficio, llegue a todos los ciudadanos.

La calidad, desde el punto de vista jurídico, es un principio. Los principios, en palabras de Alexy, son mandatos de optimización, y responden perfectamente a su idea de que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes (Alexy, 1991).

Teniendo este derecho como un objeto que se encuentra en constante evolución y mejora, es complicado establecer de antemano unos indicadores de la calidad. Por ello, en la normatividad europea se habla de que todos los ciudadanos deben tener acceso a Internet de banda ancha que les permita su plena participación social y económica en la sociedad (Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas), aunque algunas naciones como Finlandia han establecido velocidades mínimas de conexión, y en el caso mexicano, el Instituto Federal de Telecomunicaciones fijó velocidades mínimas para que se pueda catalogar un servicio como de banda ancha.

En cualquier caso, con los percentiles de tiempo de acceso de usuario, las velocidades de transmisión conseguidas, la proporción de transmisiones de datos fallidos, el porcentaje de conexiones exitosas y el promedio de retardo, podrían fijarse algunos parámetros que permitan evaluar si el servicio cumple —o no— con la característica de aceptabilidad.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

D. *Adaptabilidad*

Finalmente nos encontramos con la adaptabilidad, que supone la flexibilidad del derecho en dos sentidos: a) para acomodarse a las tecnologías en constante transformación, y b) para ajustarse a las necesidades de personas en contextos culturales y sociales variados.

Por lo que hace a lo primero, es evidente que las tecnologías están en un constante desarrollo. Estos cambios necesariamente impactan en el contenido y alcance del derecho. Esto ocurre en todos los derechos. Por ejemplo, no habría una prestación adecuada del derecho a la educación si se enseñara, como hace 60 años, sin incluir nuevas realidades: si no existiera una educación digital, se condenaría a los niños a un analfabetismo digital; o si no se incluye en el esquema de vacunación gratuita y obligatoria a las nuevas inmunizaciones, sería deficiente la protección de la salud. De la misma forma, la innovación tecnológica tiene un impacto en el derecho de acceso a la Internet y, por tanto, las velocidades mínimas de conexión, por ejemplo, están en constante evolución.

Con el advenimiento de nuevas funcionalidades a través de Internet como la realidad virtual y aumentada, el *Internet de las cosas* (IoT por sus siglas en inglés de *Internet of Things*), Van Dijk (2020) alerta que habrán nuevas brechas digitales y desigualdades, pues mientras algunas personas tendrán acceso a aplicaciones avanzadas en Internet, otros únicamente accederán a un tipo de aplicaciones. No hay necesidad de pronunciarse en este momento respecto a si la realidad virtual y aumentada, por ejemplo, formarían —o no— parte del derecho de acceso a Internet, sino que únicamente deseamos destacar que, dentro de la característica de adaptabilidad, las evoluciones tecnológicas pueden tener trascendencia.

Por otra parte, la adaptabilidad representa una propiedad de suma importancia cuando se trata del acceso a las TIC por personas con discapacidad, en atención a que las evoluciones tecnológicas deben cumplir con el diseño universal y la equivalencia funcional, para evitar relegar a las personas con discapacidad y permitirles acceder en igualdad de oportunidad que las demás (Álvarez, 2018).[31] De no considerarse la situación de perso-

[31] Es importante destacar que un servicio de acceso a Internet puede ser accesible a personas con discapacidad; pero, al implementar una actualización o aparente mejora que no considere la accesibilidad, la consecuencia puede ser que dicho acceso a internet sea indisponible a personas con cierta discapacidad.

nas con discapacidad, la evolución tecnológica será una causa de exclusión no intencionada.

Por lo que hace a lo segundo, hay que poner en relieve que la adaptabilidad cuestiona la idea de que las personas deben ajustarse a las condiciones de servicio que imponen los prestadores, y exige, en contraste, que sean éstos los que se adapten a las necesidades de los usuarios, valorando el contexto social y cultural en el que se desenvuelven.[32] Siendo un derecho fundamental, la persona debe estar en el centro, y no los prestadores.

V. Conclusiones

Internet permite a las personas usar los servicios de las redes que están enlazadas, y actualmente resulta indispensable para ejercer y disfrutar de manera más plena múltiples derechos humanos. Incluso, se ha llegado a considerar, como en el caso de la Constitución mexicana, que el acceso a Internet es, en sí mismo, un derecho humano.

El derecho de acceso a Internet tiene un contenido esencial que debe garantizarse, y porque las transgresiones representan también vulneraciones a otros derechos humanos. Dicho contenido esencial se manifiesta a través de obligaciones negativas y positivas. La faceta negativa supone un deber de abstención estatal que se compone de: no limitar ni restringir el servicio de acceso a Internet, la abstención de interferir con la proliferación y despliegue de infraestructura y equipos para proveer dicho servicio, no interrumpir la Internet a segmentos o la totalidad de la población, no obstaculizar el acceso a parte de la Internet, ni de bloquear el acceso a contenidos en este.

El aspecto positivo del núcleo básico del derecho de acceso a Internet conlleva diversas garantías prestacionales que pueden identificarse con el esquema de las cuatro A del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas: *availabitity* o disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad.

La disponibilidad obliga a la existencia de la infraestructura necesaria para poder conectarse a Internet; sin esta no existiría el derecho. En México, con base en el texto constitucional, esta característica obliga al Estado a generar y preservar un entorno habilitador para el despliegue y disponibilidad

[32] En términos similares, aunque referido al derecho a la educación, se pronunció la Corte Constitucional de Colombia en la sentencia T-743/13 (2013).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de la infraestructura en todo el país. Debemos reconocer que, la existencia misma de infraestructura de telecomunicaciones, no se puede cumplir inmediatamente, por lo que el principio de progresividad debe regir.

La accesibilidad implicará al menos tres aspectos: el acceso sin discriminación a diversos grupos sociales, en especial aquellos en una situación de vulnerabilidad como pueden ser indígenas, personas con discapacidad, niñas, niños y adolescentes; la asequibilidad que manda que una persona pueda cubrir el costo del servicio de acceso a Internet, sin que sea una carga injustificada ni afecte su capacidad de adquisición de otras necesidades, y el que se proporcione capacitación en habilidades digitales a todas las personas, sin importar su edad.

La aceptabilidad del derecho de acceso a Internet está vinculada con la calidad que debe tener el servicio, para que una persona pueda aprovechar los beneficios de la era digital. La calidad, al ser un principio, un mandato de optimización, obliga a ser realizada en la mayor medida posible. Dada la constante evolución y mejora tecnológica, los indicadores de calidad cambiarán de tiempo en tiempo. Así, la calidad en algunos países como México se mide en velocidad de carga y descarga y con parámetros distintos en acceso alámbrico respecto del inalámbrico, en tanto que en la Unión Europea se toma en consideración la latencia, disponibilidad y fiabilidad como elementos de calidad para determinar lo que es banda ancha.

La última característica de adaptabilidad está en íntima relación con los avances tecnológicos y con el ajuste necesario, a partir de las necesidades de la persona en contextos culturales y sociales variados. Para el caso de personas con discapacidad, la adaptabilidad obliga a la adopción del diseño universal y la equivalencia funcional para que los progresos técnicos no se conviertan en vías de exclusión no intencionada.

VI. Referencias

Acuña, J. M. (2012). *Justicia constitucional y políticas públicas sociales*, Porrúa; Universidad Panamericana.

Alexy, R. (1991). *Teoría de los derechos fundamentales*. Abramovich, V. y Courtis, C. (2015). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Trotta.

Álvarez, C. L. (2011). *Internet y derechos fundamentales.* Porrúa.

Álvarez, C. L. (2018). Telecomunicaciones y radiodifusión en México. *UNAM Posgrado Derecho.* http://derecho.posgrado.unam.mx/site_cpd/public/publis_cpd/telecomyradiodifenMX.pdf

Amparo 325/2021. Juzgado Quinto de Distrito. San Luis Potosí. 2021.

Amparo 365/2019-IV. Juzgado Octavo de Distrito. San Luis Potosí. 2019.

Amparo 649/2020. Juzgado Octavo de Distrito. San Luis Potosí. 18 / 02 / 2019. http://sise.cjf.gob.mx/SVP/word1.aspx?arch=2071/20710000270287740 27.pdf_1&sec=Diego_Galeana_Jimenez&svp=1

Amparo en revisión 1005/2018. México. https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2022-01/AR1005-2018.pdf

Anzures, J. J. (2020). Naturaleza jurídica y funciones del derecho humano a Internet. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, *53*(158). https://doi.org/10.22201/iij.24484873e.2020.158.15628

Arango, R. (2004). Derechos, constitucionalismo y democracia. *Universidad Externado de Colombia.*

Becerra, J. (2015). Las obligaciones del estado: El nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas. *Colección Jus Público*. https://repository.ucatolica.edu.co/server/api/core/bitstreams/9c7697bf-826c-4e23-a236-cc4c52c3fe95/content.

Bobbio, N. (1993). *Igualdad y Libertad.* Paidós.

Boza, G. (2015). El derecho de acceso a Internet y la libertad de expresión. *Cuadernos de jurisprudencia de la Sala Constitucional de Costa Rica*, (4). CICOM-Proledi.

Bravo, J. (2020). Las telecomunicaciones y el acceso social a internet. *A seis años de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión: Análisis y propuestas*.

Brown, G. (2016). *The Evolving Understanding of Rights.* Canadian Center of Science and Education. https://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/22541.

Cabrero Almena, J. (2008). TICs para la igualdad: la brecha digital en la discapacidad. *Anales de la Universidad Metropolitana*, *8*(2), 15-43.

Calcaneo Monts, M. A. (2021). Internet, redes sociales y libertad de expresión. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana De Derecho Constitucional*, *1*(44), 37-54. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.44.16157

Caso Velásquez Rodriguez vs. Honduras (1988). Corte IDH.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Centro México Digital (2022). *Panorama de la brecha de género en el acceso, asequibilidad y usos de la banda ancha y las competencias digitales en México*.

Corte Constitucional de Colombia (2013, octubre 23). Sentencia T-743/13.

Cotino, L. (2020). Online-offline: Las garantías para el acceso a internet y para la desconexión, bloqueo, filtrado y otras restricciones de la red y sus contenidos. *Revista de Derecho Político, 1*(108).

Custers, B. (2022). New digital rights: Imagining additional fundamental rights for the digital era. *Computer Law and Security Review*, (44).

Díez-Picazo, L. M. (2005). *Sistema de derechos fundamentales.* Civitas.

Elósegui Itxaso, M. (2003). *Las acciones positivas para la igualdad de oportunidades laborales entre mujeres y hombres.* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Fossas Espadaler, E. (1993). *El derecho de acceso a los cargos públicos*. Tecnos.

Galperin, H. (s.f.). *Granularity: The study of digital inequalities at the local level.* LSE Department of Media and Communications. https://www.youtube.com/watch?v=WZcqw-0uAUc&t=7

García Mexía, P. (2012). El derecho de acceso a internet, en T. Quadra-Salcedo, y J. L. Piñar Mañas (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho* (pp. 401 y sigs.), Boletín Oficial del Estado.

García-Mora, F., y Mora-Rivera, J. (2023). *Exploring The Impacts Of Internet Access On Poverty: A Regional Analysis Of Rural Mexico". New media & society journal*, *25*(1) 26-49. https://doi.org/10.1177/146144482110006

INEGI (2015). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2015/

INEGI (2016). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2016/

INEGI (2017). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2017/

INEGI (2018). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2018/

INEGI (2019). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2019/

INEGI (2020). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2020/

INEGI (2021). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2021/.

INEGI (2022). *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares (ENDUTIH)*. INEGI. https://www.inegi.org.mx/programas/dutih/2022/.

Instituto Federal de Telecomunicaciones. (2021). Acuerdo mediante el cual el Pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones establece los parámetros de banda ancha. *Diario Oficial de la Federación*.

Jiménez Campo, J. (1999). *Derechos fundamentales: Concepto y garantías.* Trotta.

López Hidalgo, S. (2019). Configuración de los derechos fundamentales y su contenido esencial en el constitucionalismo ecuatoriano. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(41), 221-247. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2019.41.13946

López Sánchez, R. (2017). Indeterminación y contenido esencial de los derechos humanos en la Constitución mexicana. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(37), 229–263. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2017.37.11458

Lucena Cid, I. V. (2014). El Derecho de Acceso a Internet y el Fortalecimiento de la Democracia. *Revista Internacional de Pensamiento Político*. http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/10733/El_derecho_de_acceso_Internet.pdf?sequence=2

Martínez, M. (2018). Acceso y uso de tecnologías de la información y comunicación en México: Factores determinantes. *Revista de Tecnología y Sociedad*, (14). http://www.udgvirtual.udg.mx/paakat//index.php/paakat/article/view/316/pdf_1

Mathiesen, K. (2012). The human right to internet access: A philosophical defense. *International Review of Information Ethics* (18). https://informationethics.ca/index.php/irie/article/view/299/297

Nava Galán, A. y Padilla Martínez, A. (2020). La pobreza digital en México: un análisis de indicadores de uso y disponibilidad tecnológica. *Estudios*

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

regionales en economía, población y desarrollo. Cuadernos de trabajo. https://erevistas.uacj.mx/ojs/index.php/estudiosregionales/article/view/4034/5101

Malkin, G., Marine, A. y Reynolds, J. (1994). *Answers to Commonly asked "New Internet User" Questions,* Request for Comments 1594, marzo 1994, https://dl.acm.org/action/downloadSupplement?doi=10.17487%2FRFC1594&file=rfc1594.txt

Observacom. (2020). *Estándares para una regulación democrática de las grandes plataformas que garantice la libertad de expresión en línea y una Internet libre y abierta. Una perspectiva latinoamericana para lograr procesos de moderación privada de contenidos compatibles con los estándares internacionales de derechos humanos*. https://www.observacom.org/wp-content/uploads/2021/02/Estandares-democraticos-para-regular-las-grandes-plataformas-de-Internet.pdf

OCDE. (2006). Rethinking Universal Service for a Next Generation Network Environment. *OECD Digital Economy Papers*, No. 113, OECD Publishing, http://dx.doi.org/10.1787/231528858833

Orbegoso, M. (2021). Realización y aseguramiento de los derechos humanos. Un análisis a partir del artículo 1º de la CPEUM. En H. Ramírez, y J. M. Soberanes. *El artículo 1º constitucional. Una teoría de los derechos humanos*. UNAM.

Organización de las Naciones Unidas-Comite de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (1990). *Observación general n° 3. La índole de las obligaciones de los Estados Parte*.

Organización de las Naciones Unidas-Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, (2004) *Observación General n° 13*.

Organización de las Naciones Unidas. (2018). *Promoción, protección y disfrute de los derechos humanos en internet.* A/HRC/RES/38/7, n° 13. Consejo de Derechos Humanos.

Papakonstantinou, V. (2022). Cybersecurity as praxis and as a state: The EU law path towards acknowledgement of a new right to cybersecurity? *Computer Law and Security Review*, (44). https://doi.org/10.1016/j.clsr.2022.105653

Pérez Tremps, P. (2004). *El recurso de Amparo.* Tirant lo Blanch.

Poullet, Y. (2000). *Some considerations on cyberspace law.* UNESCO, The International Dimensions of Cyberspace Law.

Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales.* Madrid.

Relator Especial de las Naciones Unidas (ONU) para la Libertad de Opinión y de Expresión, Representante para la Libertad de los Medios de Comunicación de la OSCE, Relatora Especial de la OEA para la Libertad de Expresión y Relatora Especial sobre Libertad de Expresión y Acceso a la Información de la CADHP. (2011). *Declaración Conjunta sobre Libertad de Expresión e Internet. Organización de Estados Americanos*.

Scheerder, A., van Deursen, A., y van Dijk, J. (2017*). Determinants of Internet skills, uses and outcomes. A systematic review of the second- and third-level digital divide*. Telematics and Informatics, (34), pp. 1607–1624.

Sentencia 12790-2010 (2010). https://docs.google.com/document/d/1_n7anxwm9Cd4fJT-rP6zt1vvjHMnA0DFibTV-AMmCg0/edit

Skepys, B. (2012). *Is there a human right to the internet? Journal of Politics and Law,* 29 de November de 2012. https://www.ccsenet.org/journal/index.php/jpl/article/view/22541.

Soberanes Díez, J. M. (2018). *Teoría del Proceso.* Tirant lo Blanch.

Tesis 2a. IX/2018 (10a.) (2018). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/vfhxMHYBN_4klb4HPFWs/%22Tecnolog%C3%ADas%20de%20la%20informaci%C3%B3n%20y%20comunicaci%C3%B3n%22

Tesis 2a. CV/2017 (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2014519

UNESCO. (2003). *Recomendación sobre la promoción y el uso del plurilingüismo y el acceso universal al ciberespacio.* París.

Unión Europea. (2016) *Recomendación CM/Rec (2016) 5*. Comité de Ministros a los Estados Miembros sobre la libertad en Internet, (aprobada el 13 de abril), núm. 5.2.

Unión Europea. (2018). *Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas*, "Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas".

Van Deursen, A., y Van Dijk, J. (2014). The digital divide shifts to differences in usage. *New Media & Society*, *16*(3), 507-526.

Van Dijk, J. A. (2020). Closing the Digital Divide: the Role of Digital Technologies on Social Development, Well-Being of All and the Approach of the Covid-19 Pandemic. https://www.un.org/development/desa/dspd/

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

wp-content/uploads/sites/22/2020/07/Closing-the-Digital-Divide-by-Jan-A.G.M-van-Dijk-.pdf
Vinton, G. Cerf, (2012). Internet Access Is Not a Human Right. *The The New York Times*. https://www.nytimes.com/2012/01/05/opinion/internet-access-is-not-a-human-right.html
Voitsikhovskyi, A., Bakumov, O., Ustymenko, O., y Syroid, T. (2021) The Right of Access to the Internet as Fundamental Human Right given the Development of Global Information Society. *The Law, State and Telecommunications Review*, *13*(1).
Zuboff, S. (2020). *La era del capitalismo de la vigilancia: La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder*. Paidós.

Cómo citar

Sistema IIJ

Álvarez, Clara-Luz y Soberanes Díez, José María, "El contenido esencial del derecho de acceso a Internet", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19375. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19375

APA

Álvarez, C.-L. y Soberanes Díez, J. M. (2025). El contenido esencial del derecho de acceso a Internet. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e119375. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19375

La inconvencionalidad de artículos constitucionales en México, a partir de las acciones de inconstitucionalidad contra la prisión preventiva oficiosa

The unconventionality of constitutional articles in Mexico, based on the unconstitutional actions against mandatory preventive prison

Erick Francisco **Tapia Hernández**

https://orcid.org/0000-0002-3798-8951

Universidad Autónoma de Querétaro. México
Correo electrónico: erick.tapia@uaq.edu.mx

Recepción: 11 de abril de 2024
Aceptación: 11 de junio de 2024
Publicación: 30 de septiembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19000

Resumen: La presente investigación se centra en un tema de la mayor trascendencia para la justicia constitucional, analizar si es viable que puedan existir en nuestro país reformas constitucionales *anticonstitucionales* o *inconvencionales* y, en consecuencia, declarar su invalidez. Lo anterior se derivó de una impugnación vía acciones de inconstitucionalidad contra una reforma que aumentaba los supuestos jurídicos de procedencia de la prisión preventiva oficiosa. El ministro ponente presentó un proyecto de sentencia que proponía inaplicar parte del artículo 19 de la Constitución, que contempla la medida cautelar referida, misma que dio lugar a que se discutiera la viabilidad de declarar su invalidez. Finalmente, el proyecto fue retirado por la oposición mayoritaria. Sin embargo, dicho proyecto inició una discusión que en realidad es un hito para el Estado mexicano y que es la posibilidad de declarar una norma constitucional inválida por ser violatoria de la Constitución o tratados internacionales.
Palabras clave: prisión preventiva oficiosa, reformas constitucionales inconvencionales, inaplicación normativa, acciones de inconstitucionalidad.

Abstract: The present investigation focuses on a topic of the greatest importance for Constitutional Justice and that is to analyze if it is viable that unconstitutional or unconventional constitutional reforms can exist in our country and consequently declare their invalidity, the above was derived of a impugnment via actions of unconstitutionality against a reform that increased the legal assumptions of origin of the mandatory preventive prison. The rapporteur minister presented a draft sentence that proposed not applying the second paragraph of article

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

19 of the Constitution that contemplates the aforementioned precautionary measure, which gave rise to the discussion of the feasibility of declaring its invalidity. Finally, the project was withdrawn by the majority opposition to its determination; However, said project initiated a discussion that is actually a milestone for the Mexican State and that is the possibility of declaring a constitutional norm invalid because it violates the Constitution or international deals.
Keywords: mandatory preventive prison, unconventional constitutional reforms, non-application of laws, actions of unconstitutionality.

Sumario: I. *Introducción*. II. *Contradicción de tesis 293/2011*. III. *Prisión preventiva oficiosa*. IV. *Reformas constitucionales inconvencionales*. V. *Conclusiones*. VI. *Bibliografía*.

I. Introducción

Este estudio se desarrolla principalmente en dos líneas de investigación: justicia constitucional y derecho constitucional penal. La primera, puesto que se trata de aspectos prácticos que se materializan en las sentencias emitidas por jueces constitucionales, y la segunda, porque el estudio de caso en cuestión se centra en el análisis de la *inconvencionalidad* de la prisión preventiva oficiosa, que se encuentra regulada en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional.

El propósito de la presente investigación es dilucidar si es posible que la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) pueda declarar un artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución) como *inconvencional* y, por tanto, invalidarlo. De ser así, esto sería de la mayor trascendencia; llenaría un vacío de la tutela de justicia efectiva que se ha buscado por años, es la primera vez que se discute seriamente en tiempos recientes el tema y además porque en la misma ley secundaria y criterios del Poder Judicial Federal se prohíbe expresamente. Sin embargo, hay que hacer notar que esto ya estuvo regulado en México, cuando se instauró el Supremo Poder Conservador. La contribución a la justicia constitucional y los alcances de lo anterior en la práctica para todos los operadores jurídicos y los justiciables serían vastas, puesto que permitirían que la Constitución no tuviera artículos que violaran derechos humanos.

En las acciones de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, promovidas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, demandaron la invalidez del decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal contra la Delin-

cuencia Organizada, de la Ley de Seguridad Nacional, del Código Nacional de Procedimientos Penales, del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal Federal (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 1).

Vale la pena anunciar que, la discusión sobre el fondo del asunto, se resolvió en noviembre de 2022 (Sentencia de acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019); pero haremos referencia al primer proyecto de sentencia y a su discusión porque en él, además de que se realizó por parte de la SCJN un análisis de las leyes secundarias mencionadas, referentes a la prisión preventiva oficiosa, también se hizo un planteamiento de oficio acerca de la posibilidad de inaplicar el artículo 19 de la Constitución. Con ello, surgió el planteamiento sobre reconocer que no sólo pueden existir en nuestro país reformas constitucionales *inconstitucionales*,[1] sino también *inconvencionales*; situación que no es un asunto menor, ya que obliga a contrastar a la propia Constitución con lo establecido en una fuente de derechos humanos internacional, en el caso en concreto, con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y replantear la supremacía normativa. Amén de ser una figura que, en el derecho mexicano —como mencionamos—, está prohibida en la ley secundaria, y que en nuestra tradición jurídica —como advertiremos en la contradicción de tesis 293/2011— se tiene un rechazo hacia lo supranacional.

Otra anotación importante es que el proyecto propone inaplicar el artículo constitucional (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafos 372-374), y no invalidarlo para expulsarlo del sistema jurídico. Sin embargo, parte de la discusión del proyecto se tornó mayoritariamente en esta segunda hipótesis, lo que generó un interesante pero confuso debate entre estas dos figuras.[2] Al retirar el proyecto, el mismo ministro enfatizó que se discutieron aspectos de la invalidez del artículo 19 de la Constitución, pero señaló: "considero importante precisar que en el proyecto no se ha propuesto la invalidez del artículo 19 constitucional. De ninguna manera y ni por asomo" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 8).

---

[1] No obstante existir una distinción entre anticonstitucional e inconstitucional, en México se utiliza el segundo término para abarcar ambos supuestos.

[2] Incluso la ministra Loretta Ortiz, en la resolución del asunto, votó en contra de invalidar el artículo 19 constitucional, ante la sorpresa del ministro ponente que le aclaró que no estaba proponiendo la invalidación de ese artículo (Los Reporteros MX, 2022).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Por tanto, el objeto de este estudio es analizar la posibilidad de que existan reformas constitucionales inconvencionales en México. Partiendo del estudio del caso que se presenta en las acciones de inconstitucionalidad referidas, enfocaremos el análisis hacia la invalidez de la norma constitucional, teniendo en consideración el sentido del fallo dictado en este primer proyecto de sentencia que propone la inaplicación. Para ello, comenzaremos enunciando lo referente a los tópicos imprescindibles para el tema, contenidos en la contradicción de tesis 293/2011. Posteriormente, los puntos específicos que hacen referencia a la prisión preventiva oficiosa como inconvencional, para finalmente analizar lo vertido en las discusiones relacionadas con la existencia de reformas constitucionales inconvencionales, que se celebraron los días 5 y 6 de septiembre de 2022. Debe tenerse en cuenta que este primer proyecto de resolución, como mencionamos, se retiró en la sesión del 8 de septiembre de 2022; pero insistimos en que nos referiremos a él, porque es el proyecto en el que se plantea la posibilidad de inaplicar el artículo 19 de la Constitución. Debido a que tanto el proyecto como la discusión contienen muchos argumentos, trataremos de invocar los que consideramos más importantes para abordar el tema, tanto los posicionamientos a favor como en contra, en los tres apartados que se abordarán en el presente estudio.

La presente es una investigación cualitativa, en la que se utilizan las técnicas de investigación revisión documental, derivada del análisis de sentencias, doctrina y normatividad. Los métodos que se utilizarán de manera enunciativa y no limitativa son: el método falsacionista, estudio de caso, comparativo, dialéctico e inductivo.

II. Contradicción de tesis 293/2011

Un tópico trascendental para la protección integral de los derechos humanos es el de supremacía constitucional; esto es, determinar si la Constitución va a tener preferencia sobre el derecho internacional, o si el derecho supranacional va a prevalecer sobre el nacional. Al contar con dicho criterio de supremacía, el operador jurídico y el peticionario de justiciabilidad tendrán certeza y punto de comparación de aquello que estiman es inconstitucional o inconvencional. Por ejemplo, para poder declararla inconstitucional, una figura en la Ley General de Salud o de un código civil local tendrá que contrastarse con la Constitución; de igual forma, para emitir la resolución de que un ordenamiento es inconvencional, tendrá que contrastarse

con tratados internacionales. Este es el punto de partida, no sólo para determinar que es inconstitucional o inconvencional, sino que es un pilar para la conservación del Estado de derecho.

El presente estudio no trata de abordar las distintas aristas que hay en el tema de supremacía normativa; pero es menester tomarse en cuenta lo que ha establecido el Estado mexicano al respecto, precisamente para dilucidar la importancia de la contradicción de tesis que se analiza, en la que precisamente se determina un parámetro de supremacía distinto al establecido en la reforma del año 2011, que señalaba en el texto que los tratados internacionales y la Constitución se encontraban al mismo nivel, con el que se abandonó el criterio de 1999, que señalaba que los tratados internacionales estaban debajo de la Constitución (Tesis: P. LXXVII/99 (9a.), 1999).

Con fecha 3 de septiembre de 2013, llegó una discusión inaplazable para el Estado mexicano; ésta versaba sobre determinar la jerarquía de los tratados internacionales que incluyeran derechos humanos frente a la Constitución. Este debate adquiere mucha relevancia porque fue posterior a la reforma del año 2011; con ella, se hicieron valer de forma cotidiana los derechos humanos y con relación a la postura jerárquica se incluyó el principio de interpretación conforme al señalar: "Artículo 1.- [...]Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia[...]" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [CPEUM], 1917).

Esto es, que las normas que contengan derechos humanos deben interpretarse de conformidad con los tratados internacionales y la Constitución al mismo nivel. Es decir, en todos los asuntos que involucren derechos humanos, la Constitución y los tratados internacionales tienen la misma jerarquía, recalcando que la obligación es para todas las autoridades del Estado mexicano, y no únicamente para las del Poder Judicial.

La discusión en la contradicción derivó en resolver dos cuestiones, la primera acerca de la supremacía constitucional y/o convencional y la segunda acerca de la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana para el Estado mexicano, quedando ambas cuestiones resueltas en dos tesis jurisprudenciales (P./J. 20/2014, 2014 y SCJN, P./J. 21/2014 (10a.), 2014).

El planteamiento del problema de la presente investigación no es claro a primera vista, puesto que se tiene que observar la trascendencia práctica de los criterios referidos. El primero señala que cuando existan límites en la Constitución a un derecho humano se tiene que estar a lo que ella misma se-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ñala. Lo anterior aparentemente, en consonancia con la propia Constitución que, en su numeral 1 refiere que

> [e]n los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece. (CPEUM, 1917)

Un ejemplo de lo relevante de esta contradicción es que, los asuntos relacionados con la libertad de expresión, tendrán que analizarse a la luz del artículo 6o. constitucional y sus límites,[3] sin necesidad de acudir a los tratados internacionales que también la regulan; es decir, los tratados internacionales no se utilizarán para resolver dichos asuntos. Esto, amén de que se deja de lado otro principio que nació del texto final del mismo párrafo —el principio pro persona—, al señalar: "favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia" (CPEUM, 1917), entre los derechos humanos establecidos en la Constitución y los tratados internacionales.

El segundo criterio, no obstante dar preferencia —también en apariencia— a la fuente supranacional de derechos humanos en cuanto a los criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), automáticamente se encuentra limitada por el primer criterio, puesto que se limita (nulifica) la aplicación de la fuente internacional de derechos humanos, cuando en la Constitución nacional se encuentre un límite al derecho humano.

Además como bien se expuso en la discusión del proyecto de sentencia:

> [...] en el Derecho Internacional Público existe un principio general que establece "que los Estados no podrán invocar su derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales, reconocido en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, así como en la jurisprudencia interamericana, destacando el «Caso Profesores Chañaral vs Chile», y el Caso Avena entre México y Estados Unidos de la Corte Internacional de Justicia[...]". (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 38).

[3] El artículo 6o. constitucional señala como límites a la libertad de expresión, el "[...] ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público[...]".

Aunado a que se debe tener en cuenta que el aspecto contencioso de la Corte IDH es muy importante a nivel regional, ya que su "objetivo esencial consiste en la interpretación y aplicación de la Convención Americana como una especie de *lex* superior conteniendo un *bill of rights* trasnacional" (Ferrer Mac-Gregor, 2004, pp. 157-158).

Esta contradicción se materializa en que, cuando exista una figura en la Constitución que, a pesar de ser violatoria de derechos humanos previstos en los tratados internacionales, el juez estará impedido para hacer control de la convencionalidad de dichas figuras —recalcando— aunque sean violatorias de derechos humanos. Dicho de otro modo, si en la Constitución hay una figura regulada que viole flagrantemente derechos humanos, la misma es constitucional y no se puede contrastar ni con fuente internacional ni con la misma Constitución, porque es precisamente ella el parámetro que se utiliza para declarar que algo es inconstitucional; y a su vez, la contradicción impide contrastarlas con la fuente internacional para decretar la inconvencionalidad, de ahí la trascendencia de esta contradicción.

Sirven de ejemplo a lo anterior, de manera enunciativa —y no limitativa—, la extinción de dominio, el arraigo (CPEUM, 1917, artículos 16 y 22) y la prisión preventiva oficiosa.[4] Por ende, la trascendencia de los criterios de esta contradicción es palpable; en el proyecto de sentencia se hace alusión a la última parte del primer criterio —referente a las restricciones en la Constitución— como una limitación a la protección de derechos humanos, pero también de forma extraña se utilizó en las sesiones de discusión de los días 5, 6 y 8 de septiembre de 2022, para sostener argumentos en conta del proyecto.

Lo anterior es grave, ya que suscita la siguiente interrogante: ¿cómo es posible que en un Estado de derecho y un Estado que se precie de democrático legalice violaciones a derechos humanos? Ya que, al conservar la figura de la prisión preventiva oficiosa en la Constitución, aunado a esta contradicción, se convierte en *inimpugnable*, puesto que no se puede desde un positivismo formal impugnar un artículo de la Constitución como inconstitucional, si el punto de contraste para declarar una norma como in-

[4] El ministro Luz María Aguilar, en el proyecto de sentencia, reconoce la existencia de un subsistema penal diferenciado exclusivo de delincuencia organizada y nos enuncia las reglas exclusivas para esta figura (Proyecto de resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, párrafos 401 y 406).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

constitucional es ella misma. Lo anterior se traduce en legalizar formal y materialmente violaciones a derechos humanos.

En suma

> [c]on la resolución de la contradicción de tesis 293/2011 se ha mermado la justicia en México en cuanto al control de la convencionalidad, siendo contrario a lo que precisamente establece el artículo 1o. constitucional, con la reforma referente a la interpretación conforme y a los criterios progresivos, dejando una idea de que la reforma de 2011, si no quedó anulada, por lo menos si mermada en cuanto a su objetivo primordial que era la protección de los derechos humanos, aunado al hecho de que con el criterio obligatorio aprobado, deja insubsistente el principio pro persona en cuanto a criterios emitidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, cuando exista una restricción Constitucional sobre el derecho en colisión. (Tapia Hernández y Olvera Bustamante, 2020)

III. Prisión preventiva oficiosa

En 2008, se realizó una reforma integral en el sistema de justicia mexicano en materia penal. Plantear todas las particularidades de dicha reforma, sin duda alguna, excedería los límites del presente trabajo. Sin embargo, debe tomarse en cuenta que, no obstante presentarse como un sistema garantista que impediría que algún inocente se fuera a la cárcel, contenía algunas figuras relacionadas directamente con el derecho penal del enemigo (Mancera Espinosa, 2011, pp. 141-160). Por ejemplo, la regulación detallada de la figura de la delincuencia organizada en la Constitución:[5] "Artículo 16. [...] Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia[...]" (CPEUM, 1917).

Esta dicotomía la expresa de manera clara la ministra Ríos Farjat:

[5] En las leyes secundarias también se instauraron algunas otras, como la intervención de comunicaciones privadas (aún a personas no relacionadas con una investigación formal), acusaciones anónimas y secretas, agentes encubiertos sin comparecencia al expediente entre otras.

> La prisión preventiva oficiosa nos enfrenta a lo que parece ser, desde hace década y media, un doble discurso por parte del Estado mexicano. Por una parte, suscribe tratados protectores de los derechos humanos y se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana [...] pero, por otra parte, el Estado Mexicano retiene, desde dos mil ocho, una prisión preventiva prácticamente automática. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 13)

Lo anterior, complementado con otras figuras en particular como lo son el arraigo, la extinción de dominio y, como ya se anotó, la prisión preventiva oficiosa, y que motivó las acciones de inconstitucionalidad sometidas a estudio, regulada en el artículo 19 de la Constitución:

> [...] [e]l 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[...]. (CPEUM, 1917)

Muchas han sido las críticas acerca de esta figura, entre ellas, que no se trata de una medida cautelar sino de una pena anticipada, ya que hay personas que han pasado más tiempo en prisión preventiva de lo que hubieran recibido en una sentencia condenatoria, y las estadísticas en México señalan que, cuatro de cada diez detenidos se encuentran en prisión sin sentencia (Montiel González, 2022).

En el proyecto en cuestión se proporcionan datos duros alarmantes, señala como fuente al cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional, de junio de 2022, que indica que "actualmente existe una población total de doscientas veintiséis mil novecientas dieciséis (226, 916) personas privadas de la libertad en centros penitenciarios" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumu-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

lada 136/2019, 2020, párrafo 233). De ellos, "noventa y dos mil quinientas noventa y cinco personas (92,595) equivalentes al cuarenta punto ocho por ciento (40.8%) se encuentran bajo proceso penal en prisión preventiva" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 234). En enero de 2024, esta cifra es de 88,072 (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2024, p. 4).

Esta situación es grave. Como expresaba desde 2019 Andrea Nomdedeu Díaz-Valero, de Amnistía Internacional México "que de acuerdo con el Grupo de Trabajo de Detenciones Arbitrarias de la ONU, en las cárceles mexicanas hay personas que llevan más de 15 años esperando ser juzgadas" (Secretaría de Gobernación, 2019).

En el proyecto de resolución de mérito, proponía declarar la invalidez del artículo 167, párrafo séptimo, del Código Nacional de Procedimientos Penales, y del artículo 5, fracción XIII, de la Ley de Seguridad Nacional, pero ello sólo sería posible:

> [...] previa la inaplicación del artículo 19, párrafo segundo, última parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por establecer la procedencia de la prisión preventiva en forma oficiosa, absoluta, desproporcionada y automática, en contravención de los principios constitucionales que rigen la prisión preventiva, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, p. II)

A su vez, se proponía declarar la inconstitucionalidad de la inclusión de delitos fiscales en el régimen de delincuencia organizada al declarar la invalidez del artículo 2o., párrafo primero, fracciones VIII, VIII *bis* y VIII *ter*, de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, ya que "[...]constituye una restricción injustificada a diversos derechos" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, p. II). Se reconoce la validez del párrafo primero del artículo 113 *bis* del Código Fiscal de la Federación. La declaratoria de invalidez incluiría al artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que establece y regula la prisión preventiva oficiosa y parcialmente los artículos 187, párrafo segundo, última parte, y 192, párrafo tercero del mismo ordenamiento (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, p. III).

Uno de los argumentos en la demanda señalaba que, esta figura, ha sido estudiada por el sistema interamericano de derechos humanos y ha sido calificada: "como una medida contraria a la Convención y a los derechos de las personas, ya que lejos de ser una medida cautelar, su aplicación automática impide que el juzgador valore las condiciones fácticas del caso y, eso la traduce en una pena anticipada que vulnera la presunción de inocencia" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 127). Al respecto, la misma Corte interamericana se ha pronunciado contra la existencia del arraigo y la regulación de la prisión preventiva oficiosa en México (*Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México*, 2022).

Con la medida cautelar sometida a análisis se violentan los artículos 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que protegen la libertad personal. El artículo 9o., en su punto 1, refiere que todo individuo tiene: "derecho a la libertad y a la seguridad personales. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta" (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966). Respecto a la persona detenida o presa, continúa señalando en el punto 3, que

> [...] tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo. (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966)

Por su parte el artículo 7o. del diverso ordenamiento señala respecto a la libertad personal que toda persona tiene

> [...] derecho a la libertad y a la seguridad personales. 2. 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[...] 3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios. 4. Toda persona detenida o retenida[...] 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 po-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> drá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio. (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969)

La Corte Interamericana señala que, para que una medida cautelar no sea considerada restrictiva de la libertad, se requiere

> a) que se presenten presupuestos materiales relacionados con la existencia de un hecho ilícito y con la vinculación de la persona procesada a ese hecho; b) que esas medidas cumplan con los cuatro elementos del "test de proporcionalidad", es decir con la finalidad de la medida que debe ser legítima, idónea para cumplir con el fin que se persigue, necesaria y estrictamente proporcional; y c) que la decisión que las impone contenga una motivación suficiente que permita evaluar si se ajusta a las condiciones señaladas. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 200)

En ese mismo orden de ideas, la Corte Interamericana refirió que para dictar la medida cautelar de manera justificada, se requieren como causas legítimas que: "a) el acusado podría impedir el desarrollo del procedimiento, o, b) que se eludiría de la acción de la justicia" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 201).

Respecto de la obligatoriedad o facultad para desconocer por el país los tratados internacionales, el ministro González Alcántara señaló que "las obligaciones convencionales adquiridas por el Estado Mexicano son claras, la prisión preventiva automática, recalco, «automática» basada únicamente en consideraciones genéricas, como el tipo penal, su punibilidad o la identidad del autor resulta violatoria de los derechos fundamentales del imputado" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 52).

En ese orden de ideas, la ministra Ortiz Ahlf tomando como sustento los casos *Suárez Rosero vs. Ecuador* y *López Álvarez vs. Honduras*, relacionado con la prisión preventiva oficiosa refirió que "en ningún caso, puede decretarse únicamente por el tipo de delito que se imputa al individuo, que es precisamente lo que caracteriza la vertiente oficiosa de la prisión preventiva. Es, por ello, que concluyo que la prisión preventiva oficiosa es inconvencional" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, pp. 35 y 36).

La prisión preventiva debe ajustarse a la Convención Americana y debe de ser una: "medida cautelar y no punitiva, por lo que debe estar dirigida a lograr fines legítimos y razonablemente relacionados con el proceso penal, y no puede convertirse en una pena anticipada ni basarse en fines preventivos-generales o preventivo-especiales atribuibles a la pena" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 197). Además, debe sustentarse en elementos probatorios que hagan suponer que la persona participó en el ilícito; debe hacerse una revisión periódica y no puede ser arbitraria. Esto es, sustentándose en

> 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, 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. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 197)

El proyecto de sentencia se refirió también al dictamen de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión como cámara de origen de la reforma constitucional de 2008, en la que se señalaron anotaciones importantes relacionadas a la proporcionalidad y subsidiariedad, con relación a la primera que "[...]las medidas cautelares sean proporcionales, tanto al delito que se imputa, como a la necesidad de cautela" y la segunda en que la "procedencia de las medidas cautelares deberá estar regida por el principio de subsidiariedad, de modo tal que siempre se opte por aquella medida cautelar que sea lo menos intrusiva para la esfera jurídica de los particulares" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 158).

Y en la especie, al ser la prisión preventiva oficiosa dictada de manera automática, considerando únicamente el tipo penal y dejando de lado las consideraciones del juez al caso particular, lo enunciado en la cita no se cumple.

Es importante señalar que, en el diverso dictamen de las comisiones unidas, de puntos constitucionales, y de estudios legislativos de la Cámara de Senadores, se indicaron los siguientes puntos de relevancia:

> a) la prisión preventiva constituye una medida excepcional y no puede ser la regla general, es decir, debe ser inusual y utilizarse sólo de manera insólita; b) La prisión preventiva debe ser proporcional; c) La prisión preventiva debe

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ser necesaria; y d) No puede estar determinada por la gravedad del delito, ya que se trata de una medida cautelar y no punitiva. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 165)

Lo anterior tampoco se cumple al dictarse de manera automática.

En ese tenor, la Corte IDH, en el *Caso Carranza Alarcón vs. Ecuador* determinó que "la prisión preventiva constituye la medida más severa que se puede imponer a una persona imputada, y por ello debe aplicarse excepcionalmente, de manera que la regla sea la libertad de la persona procesada mientras se resuelve acerca de su responsabilidad penal" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 189); además que "uno de los principios que limitan la prisión preventiva es el de presunción de inocencia, según el cual una persona es considerada inocente hasta que su culpabilidad sea demostrada" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 190).

En armonía con este último punto, refirió 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" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 191), y enfatizó el proyecto de resolución que "las normas que contemplan la procedencia de la prisión preventiva en términos automáticos, son contrarias a la Convención Americana" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 192).

En el mismo sentido, señala el ministro Gutiérrez Ortiz-Mena, refiriéndose a esta medida, que "[...]prácticamente, otorga un cheque en blanco al ministerio público. El juez de control actúa como autómata: una vez que se le es presentada su solicitud, su única misión es verificar, irreflexivamente, que a la persona le ha sido atribuido alguno de los delitos enlistados en el artículo 19" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 39). En ese orden de ideas, el tribunal supranacional, en el *Caso Pollo Rivera y otros vs. Perú*, determinó que: "las normas que establecen prisión preventiva obligatoria durante la etapa de instrucción son inconvencionales, pues impiden al juzgador valorar la pertinencia de ordenar

la prisión preventiva" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 195).

En posición distinta, la ministra Esquivel Mossa aludió que "[...]el principio de presunción de inocencia —como todo derecho humano— este principio tampoco es absoluto, por lo que válidamente puede ser restringido cuando el Constituyente Permanente lo considere necesario[...]" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 25). Sin embargo, una cosa es estar a favor de que los derechos humanos estén regulados y determinados sus alcances y límites en la misma Constitución (como lo refiere el artículo primero), y otra muy distinta que se regule una figura en dicho ordenamiento, a sabiendas de que es violatoria de derechos humanos y que, al establecerse en ella y con la existencia de la contradicción 293/2011, también sea inimpugnable.

A su vez, el ministro González Alcántara señaló en su intervención que "seguir interpretando el artículo 19 constitucional, como si autorizara la prisión preventiva automática, conlleva a presentar a la Constitución como si traicionara sus compromisos más fundamentales, y lo anterior, no cambiaría con la inaplicación del Texto Constitucional" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 56). Consideramos que se actualiza una falacia *ad hominem*, puesto que precisamente una figura que viola derechos humanos traiciona los compromisos fundamentales y esenciales de la justicia constitucional y el Estado de derecho.

En suma, la prisión preventiva oficiosa viola la libertad personal y la presunción de inocencia, además de que no cumple con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. En líneas posteriores, veremos si es verdad la aseveración vertida en la discusión del proyecto que reza: "la Constitución como Documento Fundamental, no puede ser declarada inconstitucional, ni tampoco inconvencional" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 43).

IV. Reformas constitucionales inconvencionales

Para abordar un tema tan importante como desconocido en México, es menester mencionar algunos temas que pueden considerarse a primera vista periféricos pero que están íntimamente ligados al tema principal y revestidos de la mayor trascendencia.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En México, la formación que se ha brindado al jurista en cuanto a la forma de enseñanza es tradicionalista y en cuanto a su corriente ideológica positivista en sus diversas vertientes. Prácticamente, los planes de estudio de la Licenciatura en Derecho incluyeron materias de forma obligatoria relacionadas con la argumentación, interpretación, metodología, lenguaje y filosofía del derecho a su malla curricular a partir de la reforma del año 2011 (Tapia Hernández, 2020).

Por ejemplo, la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en su artículo 16 refiere que "[u]na Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución." (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, 1789).

Lo anterior se enseña en México como un dogma; es decir, que la Constitución tiene como requisitos de existencia una parte orgánica, que tiene la organización del Estado, y una dogmática que contiene los derechos humanos. Por ende, es muy difícil que el abogado formalista dé cabida a la idea de que existan Constituciones que no cumplen con esos requisitos y, aun así, sean Constituciones. Situación que es una falacia; una, porque históricamente existieron Constituciones previas a dicha declaración. Por ejemplo, en la edad media, que no podían tener los derechos humanos del mundo occidental, porque no existían, y aquellas que no tienen sus principios en un solo ordenamiento formal, como Nueva Zelanda, Reino Unido e Israel (Vélez Plickert, 2020).

Por ende, no puede centrarse, para dilucidar la hipótesis de la existencia de una invalidación de un artículo constitucional por inconvencional, en reducir la discusión a la validez de la norma, esto sí sería muy fácil de resolver; esto sería, por ejemplo, como aseverar de forma errónea que un artículo del Código Civil Federal vale más que otro establecido en el mismo ordenamiento. Materialmente podría ser que sí, si uno es de la adopción y el otro de nulidad relativa de un acto jurídico; pero formalmente valen lo mismo. De ahí la importancia, como anotamos en líneas anteriores, de la supremacía constitucional.

La anticonstitucionalidad material de la reforma a la Constitución se presenta cuando el poder reformador de ésta ignora los límites no formales que tiene la propia Constitución en cuanto a modificarse.

En otro orden de ideas, un caso contrario al ejemplo referido: si el día de hoy se reformara la Constitución de conformidad con el artículo 135,[6] y en el artículo 3o. se señalara que, la educación que imparta el Estado, será judía o mormona y dejaría de ser laica (CPEUM, 1917), desde el punto de vista formal nunca se podría declarar como inconstitucional esa reforma, puesto que no tiene un ordenamiento superior con el cual contrastarse; pero no puede ceñirse la solución solamente atendiendo a su validez, sino que tienen que hacerse necesariamente diversos tipos de interpretación necesaria, no sólo apegadas al neoconstitucionalismo en derechos humanos, adicionando reglas, principios y valores, sino también el aplicable a estructuras políticas. Para llegar a una solución óptima, es menester utilizar algunas formas de interpretación, incluso clásicas, pero alejadas del formalismo como la sistemática, histórica, teleológica, pero también relacionada con la interpretación axiológica, como apuntaremos a continuación.

Se tienen que analizar diversos textos de artículos del mismo ordenamiento, por ejemplo el 40 que refiere: "[e]s voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica y federal[...]" (CPEUM, 1917), también se establece "el principio histórico de la separación del Estado y las iglesias" que, a decir de esa propia norma, orienta las normas contenidas en el artículo 130 (CPEUM, 1917), y el artículo 24 refiere que "[t]oda persona tiene derecho a la libertad de convicciones éticas, de conciencia y de religión, y a tener o adoptar, en su caso, la de su agrado[...]" (CPEUM, 1917).

Por tanto, tenemos que México es un Estado democrático laico y, derivado de su historia, no solamente se estableció la separación iglesia-Estado, sino que se permitió que en el país existieran más religiones diversas a la católica; y por ende, se garantiza que las personas pueden ceñirse a la que sea de su agrado (incluso actualmente, la educación que imparten los particulares, pueden enfocarse en alguna religión), aunado a la ponderación de derechos humanos que tendría que realizarse entre diversos derechos interdependientes, como son la educación, la dignidad humana, libertad de creencia, autonomía personal y libre desarrollo de la personalidad.

---

[6] En este artículo se regula el procedimiento para las adiciones y reformas a la Constitución: "Artículo 135. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México[...]" (CPEUM, 1917).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Al actualizarse una contradicción clara entre la reforma que sirve de ejemplo y los derechos humanos y garantías institucionales establecidos en la Constitución, sería viable que se diera un debate importante sobre declarar esta reforma constitucional "anticonstitucional", con independencia de que se haya seguido el procedimiento de reformas constitucionales, establecido en el artículo 135 del mismo ordenamiento, y no reducir y agotar el debate al formalismo y a la ley, para señalar que, como está en la Constitución, es constitucional. Desde luego, el asunto será más trascendental, cuando exista la posibilidad de contrastar la norma constitucional con una fuente internacional y declarar esa norma constitucional como inconvencional.

El ministro Arturo Zaldívar expuso otro claro ejemplo de lo anterior en la discusión del proyecto:

> [...] 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 ser [*sic*] absolutamente nada? A mí me parece que, si nos tomamos en serio —reitero— el nuevo paradigma constitucional, no solo tenemos atribuciones, tenemos la obligación de interpretar la Constitución armónicamente. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 64)

No es el objeto de esta investigación, hacer un estudio pormenorizado de teoría de las normas, pero es importante precisar que esto es un campo de conocimiento de la filosofía del derecho en el que, precisamente, se distingue entre lo que es la ley y lo que es la norma, y México aún se encuentra en ciernes en el tema (Tapia Hernández, 2020).

Es muy importante advertir que, desde 2011, se hizo el cambio de paradigma en derechos humanos en México, que incluso derivó en el inicio de la Décima Época (y hoy que nos encontramos ya en la Undécima Época), y preocupa que algunos posicionamientos de los ministros y ministras se reducen a discutir sobre la validez de la Constitución y argumentos legalistas, y no a discutir sobre las preguntas que han ocupado a generaciones de juristas: ¿qué hay previo a la Constitución? o ¿cuál es el contenido óptimo de la Constitución?

La búsqueda de esa respuesta sigue siendo actual. Sin embargo, ha habido teorías o planteamientos que, si bien es cierto no alcanzan a resolver toda la cuestión, sí crean nuevos enfoques o se asumen como que contienen parte de la respuesta, quizá no en la precisión de sus premisas, pero sí en

que los argumentos en contra son más endebles, por ejemplo, la distinción entre Constitución real y formal; sobre la primera, Ferdinand Lasalle dice que es la constituida por la suma de los factores reales de poder y efectivos, que rigen en la sociedad, mientras que la segunda, es la hoja de papel (1999, p. 47). Posición similar a esta última la de Carl Schmitt, con su teoría *decisionista* o *decisionismo político* (Negretto, 2015); cubriendo el contenido de la primera, Rousseau con "un contrato social" (2007), y Kelsen con una norma hipotética fundamental (Vernengo, 2021), por mencionar algunos.

Lo que tienen en común esos posicionamientos teóricos es que reconocen que, previo al documento o Constitución escrita, hay algo que se debe escudriñar, por lo menos en derechos humanos. Lo anterior es muy claro; por ejemplo, el artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece la dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad; pero no tenemos su contenido establecido, y menos para todos los casos en concreto que se pueden presentar en la realidad. Tan reconocido está el tema, que en México se acude a la ponderación por medio de un "*test* de proporcionalidad", que no tiene relación con la interpretación gramatical, y precisamente se acude a él cuando el caso difícil no se resuelve con lo establecido en la ley.

Por lo tanto, los debates que algunos ministros y las ministras centran en la Constitución escrita como tal y atienden a su validez, en vez de estudiar si lo escrito coincide con lo precedente al nacimiento de la Constitución formal o al contenido de la material, y sesgan la obligatoriedad que tiene el Estado mexicano de proteger los derechos humanos, considerando al sujeto como parte central de los mismos en el contenido normativo que, vale la pena enunciar, es precisamente la naturaleza jurídica del principio propersona, que data en nuestro país a partir de la reforma del año 2011.

Un punto que sí es de considerarse, es que no existe la facultad reconocida para alguna institución del país de declarar la invalidez de la Constitución; esto no se encuentra en el artículo 105 constitucional, que se refiere a los medios de control constitucional y que son los que la SCJN tiene como competencia de tribunal constitucional, y porque, de acuerdo con el derecho administrativo, las autoridades estatales sólo pueden hacer aquello que estén facultados o sean competentes en la Constitución. Por el contrario, se encuentra expresamente prohibida en la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Ley de Amparo), que señala: "Artículo 61. El juicio de amparo es improcedente: I. Contra adiciones o reformas a la Constitución Política de los Estados Uni-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

dos Mexicanos[...]" (2013). De ahí la valía del proyecto que ni siquiera llega a este punto álgido en la discusión, puesto que no propone invalidar el artículo sino sólo inaplicarlo.

Sin embargo, es de hacer notar que, en la última reforma constitucional de 2021, ni el Poder Legislativo ni el Ejecutivo con facultad de veto, modificaron o rechazaron la reforma que elaboró el propio Poder Judicial de la Federación (SCJN, 2020). En ese orden de ideas, sería muy importante que, a partir de estas acciones de inconstitucionalidad, se enviara una iniciativa de reforma que faculte a la SCJN para poder invalidar un artículo constitucional por contrariarla a ella o —indistintamente— a ordenamientos internacionales en materia de derechos humanos.

Relacionado con lo anterior, en la discusión del proyecto la ministra Ortiz Ahlf dijo: "[...]es el Poder Constituyente[7] quien tiene la facultad de reformar la Carta Magna y quien también responde frente a las obligaciones internacionales en la materia" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 37). En ese mismo tenor la ministra Esquivel apuntó: "[...]no somos nosotros, las Ministras y los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a quienes corresponde revisar este catálogo de delitos, o bien si es necesario eliminarla de plano de la Constitución, porque en todo caso, esa facultad, exclusivamente le compete al Constituyente Permanente[...]" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 32). Lo que no justifica de alguna forma la omisión de hacer un pronunciamiento público de que el artículo viola derechos humanos, e inminentemente tiene que desaparecer de la Constitución, y se debe otorgar la facultad de invalidar artículos constitucionales a la SCJN de forma inmediata y, posteriormente, otorgar esta competencia a un órgano de control político, independiente de los tres poderes, mediante la figura de la revisión constitucional y convencional.

Otro argumento similar es el que realizó el ministro Pérez Dayán, quien señaló que revisar la figura de la prisión preventiva oficiosa corresponde "[...]al propio revisor de la Constitución y no a este Tribunal, por garante que sea, del orden constitucional nacional. No me corresponde, entonces, asumir una tarea que no se me otorgó, no soy quién para desprender hojas de la Constitución" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, pp. 47 y 48).

---

[7] Consideramos que es más adecuado llamar poder reformador de la Constitución, competencia de poderes constituidos, como son los congresos nacionales.

Sin hacer óbice lo anterior, pese a lo rimbombante del asunto, no sería una competencia novedosa, puesto que ya ha existido en nuestra historia constitucional una institución con dicha atribución e incluso ejercía un control previo, nos referimos con precisión al Supremo Poder Conservador que, entre sus funciones contempladas en el artículo 12, punto 10, señalaba: "[d]ar o negar la sanción a las reformas de Constitución que acordare el Congreso, previas las iniciativas, y en el modo y forma que establece la ley constitucional respectiva" (Leyes Constitucionales, 1836).

Para las resoluciones, se requería por lo menos la votación de tres de cinco de sus miembros y todas sus resoluciones debían ser obedecidas "al momento y sin réplica por todas las personas a quien se dirija y corresponda la ejecución. La formal desobediencia se tendrá por crimen de alta traición" (Leyes Constitucionales, 1836, artículos 13 y 15).

Es de hacer notar lo que señala el criterio de rubro:

> Improcedencia del juicio de amparo. Se actualiza la causa manifiesta e indudable prevista en el artículo 61, fracción I, de la ley de amparo, cuando se impugna alguna adición o reforma a la constitución política de los estados unidos mexicanos —respecto a su contenido material—, lo que da lugar a desechar de plano la demanda de amparo desde el auto inicial. (Tesis: 2a./J. 2/2022, 2022).

Refiere que

> [...] conforme al artículo 135 constitucional, el Constituyente depositó en el Congreso de la Unión —y en las Legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México—, con el carácter de órgano límite, la potestad (función) soberana de adicionar o reformar la Constitución General siendo, precisamente, esa capacidad normativa excepcional, en donde encuentra asidero la inimpugnabilidad del texto de la Constitución, partiendo de la idea para ello de 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: 2a./J. 2/2022, 2022).

Lo anterior rememora posturas de resolución de hace más de 120 años en el que el juez sólo es la boca de la ley, que corresponde al Estado legal y no constitucional de derecho, al respecto refiere Vigo que

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

> [...] al jurista sólo le correspondía ser la boca de la ley, por ende, debía aprenderla y repetirla de manera dogmática. Este trabajo del jurista se prometía fácil, mecánico y silogístico, dado que consistiría en subsumir el caso individual en el supuesto genérico previsto en la ley, construyendo el silogismo respectivo donde la premisa mayor sería el "sentido" que se obtenía de las entrañas de la misma por medio de ciertos métodos (centralmente el gramatical y el lógico), la premisa menor el caso, y la conclusión que proyectaba en el caso las consecuencias previstas en la ley. (Vigo, 2017, p. 16)

Pareciera que se está enalteciendo a los legisladores sobre el Estado de derecho constitucional, presuponiendo que la ley deriva de superhombres, recordando que en nuestra historia hubo Constituciones que se legitimaban porque asumían que eran dictadas por Dios.[8] Valdría la pena preguntarnos entonces ¿qué pasaría si los congresos del país, de acuerdo con el artículo 135, modifican la Constitución influidos totalmente por factores exógenos, como subordinación a un capricho del presidente, o haciendo lo contrario a lo que éste desea, o dejándose sobornar o presionar o ceder por amenazas nacionales o extranjeras? Este criterio 2/2022 es muy reciente, y si se atiende a su validez, la postura tendrá que ser negando la posibilidad de invalidar un artículo constitucional, porque no hay un parámetro de comparación para el Estado mexicano que lo establecido en la Constitución y en la legalidad, lo cual es tácitamente un reconocimiento al verdadero atraso de la justicia constitucional nacional frente a los tribunales u órganos constitucionales europeos que lo hacen cotidianamente; incluso hacen control previo de la constitucionalidad sobre las reformas, antes de que tengan vigencia.[9]

---

[8] Por ejemplo, el preámbulo de la de 1824 señalaba: "En el nombre de Dios todopoderoso, autor y supremo legislador de la sociedad. El Congreso general constituyente de la nación mexicana, en desempeño de los deberes que le han impuesto sus comitentes, para fijar su independencia política, establecer y afirmar su libertad, y promover su prosperidad y gloria, decreta la siguiente: Constitución de los Estados Unidos Mexicanos". Otro ejemplo es el mismo Supremo Poder Conservador que respondía a Dios "Artículo 17. Este Supremo Poder no es responsable de sus operaciones más que a Dios y a la opinión pública[...]" (Leyes Constitucionales, 1836).

[9] Véase por ejemplo el Control *a priori* ejercido por el Consejo Constitucional Francés. https://www.conseil-constitutionnel.fr/es/presentacion-general y/o el recurso previo de inconstitucionalidad del Tribunal Constitucional Español. https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/022-Recurso-previo-inconstitucionalidad.aspx

Llama la atención que lo anterior no es desconocido para algunos integrantes de la Corte en la discusión, al referir que "[...] podemos observar que en el derecho comparado existen ejemplos en los que los Tribunales Constitucionales tienen la facultad de hacer control judicial sobre las normas de su propia Constitución, como en los casos de: India, Colombia, Alemania y Turquía" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 39).

A su vez, el ministro Pérez Dayán señaló que

> No desconozco que en otros sistemas jurídicos se han desarrollado doctrinas que permiten a las salas constitucionales examinar la materialidad de las reformas hechas a sus textos fundamentales, aún y cuando tales atribuciones no les estén expresamente conferidas, por citar las más recientes, reconozco la que se denomina como: sustitución de la Constitución o la que se justifica a partir de identificar principios políticos fundamentales o de ejes axiales inmodificables por el poder revisor derivado. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 46)

De igual forma nos refiere la ministra Piña Hernández que

> [...] el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha sostenido que tiene la autoridad, pese a no existir una competencia clara y expresa, para revisar el contenido de las enmiendas a la luz de su cláusula irreformable, contenida en el artículo 79-3 de la Ley Fundamental de Alemania de 1949, la cual prohíbe las reformas que afecten la división de la Federación, la dignidad humana, el orden constitucional o los principios básicos que definen a Alemania como un Estado democrático, social y federal. Brasil y la República Checa son otros casos similares al de Alemania (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 57).

La postura que consideramos adecuada es adicionar la Constitución para dotar de competencia para invalidar normas constitucionales, porque, como bien lo señala el proyecto de la sentencia, proponía inaplicar; pero en realidad la SCJN debería poder invalidar el párrafo segundo del artículo 19 de la Constitución. Sin embargo, como no hay alguna autoridad competente para tal efecto, ese acto también sería inconstitucional, una autorización de esta naturaleza de ningún modo significaría autorizar a la SCJN para que invaliden artículos constitucionales de forma automática, o anular

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

al Poder Legislativo. Proponemos que sea una competencia para que el pleno del máximo tribunal analice si es viable —o no— la invalidación de acuerdo con el principio pro persona, con independencia de la fuente del derecho humano, aunque lo óptimo sería la creación de un órgano de control político, con independencia de los poderes constituidos.

No obstante, hay opiniones contrarias incluso a la inaplicación propuesta en el proyecto. En la discusión señalaron que: "Sería una falacia que al tiempo que estamos llamados a proteger la Ley Suprema de toda la Unión, debamos desaplicarla[...]" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 37). Pensamos, como hemos expresado, precisamente lo contrario. También hay voces disonantes con lo antes dicho. En la misma discusión se dijo: "De determinar que el Poder Judicial Federal tiene la facultad de inaplicar una norma constitucional, se correría el riesgo de que se erigiera como un Poder Constituyente y con ello perder la legitimidad que nos brinda el sistema jurídico y de división de poderes en nuestro país" (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 38). Lo anterior es extraño, puesto que la tarea de los tribunales constitucionales u órganos de control político encargados de ejercer el control de la constitucionalidad es, precisamente, incidir en el quehacer de los demás poderes constituidos cuando violen la Constitución. Esa es su naturaleza jurídica.

Por ello, los órganos de control político encargados de velar porque se cumpla el Estado de derecho, tienen la característica de no pertenecer a alguno de los poderes constituidos, ya sea el Consejo Constitucional Francés (Consejo Constitucional, s.f.) o tribunales constitucionales; o incluso, en nuestro caso, el Supremo Poder Conservador. Sin duda alguna, lo que hizo el criterio 2/2022, fue abonar a la regresividad y consideramos que, el proyecto de resolución que se estudia, tiene el criterio adecuado para que sea el punto de partida que permita iniciar unas reformas y un debate profundo acerca de la necesidad de dar competencia, mediante una acción de revisión constitucional y convencional al pleno de la SCJN y posteriormente de forma óptima, la creación de un órgano de control político, independiente del Poder Judicial de la Federación,[10] con la atribución de invalidar normas constitucionales. Velar por un Estado pleno de derecho maximiza los principios establecidos en la misma, a diferencia de presuponer que los legisladores nunca se equivocan; máxime porque las leyes no la hacen peritos en la

[10] Sobre la conveniencia de ello, véase Tapia Hernández (2019).

materia.[11] Incluso en la academia, este tipo de temas son tratados en las especialidades en derecho constitucional.

Por otra parte, un argumento que nos parece importante, alejado de la validez de la norma, fue el vertido en la sentencia al abordar este tópico al señalar:

> Un análisis simplista y restringido de los conceptos de invalidez podrían llevar a un estudio sesgado en el que únicamente se verificara formalmente si las normas impugnadas se encuentran en el catálogo del artículo 19 constitucional. Sin embargo, si se resolviera de esa manera, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación cometería una franca violación del derecho de tutela judicial efectiva y de acceso a la justicia de todas las personas, pues no daría respuesta completa a los argumentos de invalidez que se hicieron valer y, por el contrario, se incurriría en una falacia de petición de principio. (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020, párrafo 134)

Finalmente, en la discusión también refieren argumentos ajenos al proyecto, por ejemplo, enunciaron:

> [e]l proyecto propone ordenar que se dejen de aplicar los mandatos expresos de la Constitución y que sean despojados de todo su valor normativo, perdiendo de vista que ni siquiera los más graves trastornos sociales, a los que se refiere el artículo 136 de la Constitución, tolera que esta se debilite al prever esta Constitución no perderá su fuerza y vigor aun cuando por alguna rebelión se interrumpa su observancia[...]. (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 24)

Lo anterior constituye una falacia de falsa equivalencia, puesto que no tiene nada que ver —y no es comparable— una rebelión con incluir en el articulado, de la propia Constitución, un supuesto jurídico a todas luces violatorio de derechos humanos, y que sea sometido a control de la constitucionalidad.

[11] Los artículos 55 y 58 de la Constitución no piden como requisito estudios a los legisladores, ni saber leer ni escribir, con lo cual desde luego estamos de acuerdo porque es armónico con el principio de república.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Un cuestionamiento válido en primer momento respecto a la inaplicación de la norma, fue si se podrían invalidar todas las normas secundarias y dejar intocables los artículos constitucionales. La ministra Ríos Farjat indicó que ya ha habido asuntos en los que las leyes secundarias se declararon inconstitucionales[12] y no se invalidó el artículo constitucional.[13] Sin embargo, para el tema se tiene un inconveniente insalvable que es la contradicción de tesis 293/2010 y que, por lo tanto, el texto constitucional es inconvencional, pero válido e inimpugnable por las razones dichas con antelación. En el proyecto de sentencia de mérito se hace una amplia defensa desde la óptica positivista, concluyendo que el artículo 19, con el estado actual que guarda la normatividad en México, es intocable.

Sin embargo, de manera adecuada el párrafo 365, indica que no es posible invalidar la legislación impugnada si no se invalida el artículo 19 constitucional, que sustenta la propuesta de su inaplicación, señalando como obstáculo precisamente a la contradicción analizada en líneas anteriores, refiere que este estudio e interpretación "estaría vedado si siguiera vigente el criterio por el que se ha sostenido anteriormente que, "cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional", definido en la contradicción de tesis 293/2011 y reiterado en jurisprudencia" (Proyecto de resolución de la acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2020).

Podemos concluir que, la imposibilidad de invalidar el artículo es formal, porque no es competente la SCJN y porque la Ley de Amparo y el criterio 2/2022 lo prohíben, aunado al impedimento o candado jurídico explicado de la contradicción de tesis 293/2011.

De manera adecuada, así lo sugirió en su intervención la ministra Piña Hernández, al referir que

> [...] me parece fundamental analizar, nuevamente, el alcance de la jurisprudencia 20/2014, mejor conocida como la contradicción de tesis 293/2011. Para mí, no basta con reinterpretarla. Para mí, —sí— nos tenemos que separar o,

[12] Señala el caso de "tener un modo honesto de vivir" como requisito para ser ciudadano y el de no haber sido condenado por delito doloso, que se prevé para los comisionados de competencia económica, del Instituto Federal 18 de Telecomunicaciones, para los titulares de la fiscalía (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, p. 17 y 18).

[13] Qué en la especie, es lo que proponía el proyecto, puesto que no invalidaría el artículo constitucional.

> por lo menos, pronunciarnos en relación con la última porción que dice: salvo las restricciones que establece esta Constitución (Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, 2022, p. 58).

Ignorar lo anterior, es legitimar y legalizar las violaciones a derechos humanos que pudieran estar establecidos en la Constitución y en las leyes que de ella emanen —que siempre serán constitucionales— incluyendo los tratados internacionales; atenta con ello, y como ha sido con la prisión preventiva oficiosa, el Estado de derecho que está obligado a proteger derechos humanos, con independencia de la fuente. La solución práctica inmediata es otorgar la atribución al pleno de la SCJN, ante el consenso de que la prisión preventiva oficiosa es violatoria de derechos humanos, sumándonos en el sentido del proyecto de inaplicar la norma constitucional, hasta que la competencia de invalidar la norma le sea otorgada, para de forma mediata analizar la viabilidad de un órgano de control político, independiente de los tres poderes constituidos, creando la revisión constitucional y convencional.

El proyecto tiene la genialidad de no llegar al punto de discutir la competencia de invalidar un artículo constitucional, planteando en cambio la inaplicación del artículo. Aunque es menester mencionar también las dudas fundadas de competencia a la SCJN de inaplicación de un artículo constitucional,[14] también consideramos que hizo falta abundar sobre los efectos de la inaplicación, así como de detallar qué pasaría en dado caso con las personas que están ahora en prisión preventiva oficiosa.

V. Conclusiones

Teóricamente, está justificado y es necesario que la SCJN pueda invalidar un artículo de la Constitución por ser anticonstitucional o inconvencional, cuando viole el propio ordenamiento o los tratados internacionales que regulen derechos humanos. Sin embargo, la SCJN no puede atribuirse competencias que no le estén directamente señaladas en la Constitución; y actualmente no puede declarar la invalidez en el articulado de la carta magna. Por el

[14] Este y otros cuestionamientos importantes plantea el ministro Laynez Potisek que no aclara el proyecto. Véase Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, pp. 27 y 28.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

contrario, esta facultad se encuentra expresamente prohibida tanto en el artículo 61, fracción I, de la Ley de Amparo, así como en el criterio reciente 2/2022 del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo, debe crearse la revisión constitucional y convencional, y otorgar dicha competencia de forma apremiante al pleno de la SCJN, y posteriormente, delegarla en un órgano de control político independiente de los poderes constituidos, como en su momento lo tuvo el Supremo Poder Conservador.

El proyecto de sentencia es un parteaguas para lo anterior, apoyado por el consenso en la SCJN sobre la inconvencionalidad de la prisión preventiva oficiosa al violar derechos humanos; principalmente la libertad personal y la presunción de inocencia, establecido en el artículo 9o. del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la figura mencionada no cumple con la proporcionalidad y subsidiariedad, al ser decretada de manera automática. Así lo refieren diversas instancias nacionales e internacionales, incluyendo la Corte IDH.

Es plausible que el ministro ponente, sabedor de que no está autorizado ese órgano para invalidar la norma constitucional, haya optado por la inaplicación del segundo párrafo del artículo 19 constitucional en aras de no violentar derechos humanos y proteger el principio *pro persona*, advirtiendo en el proyecto que ese artículo derivado de la contradicción de tesis 293/2011, que dictó una restricción muy importante para los derechos humanos regulados en tratados internacionales, hizo inimpugnable la prisión preventiva oficiosa. Por ende, la última parte de esa contradicción, relacionada con las restricciones en la Constitución, debe abandonarse.

Esto es muy grave en la práctica, puesto que cualquier figura, aunque sea violatoria de derechos humanos que se establezca en la Constitución, con algunos límites, no puede ser sujeta de control de la convencionalidad, aunque viole derechos humanos, ni tampoco invalidarse, como en el caso que nos ocupa.

Haremos dos comentarios respecto al proyecto (que no le quita nada de loable y relevante): se intentó justificar teóricamente la competencia de la SCJN para inaplicar la norma y sus efectos lo cual era fundamental, toda vez que dicha figura derivaría en la praxis materialmente en una invalidación y, en segundo término, no se precisa qué hubiera pasado con las personas que están actualmente en prisión preventiva oficiosa.

Advertimos con preocupación que algunos argumentos vertidos en la discusión del proyecto de sentencia, se centraron en la validez y legalidad.

Sin embargo, consideramos que la sentencia puede ser un hito para nuestra historia constitucional; es un tema que debe estar inmerso en la ciencia jurídica del país del primer orden y con ello evitar que la Constitución prevea artículos violatorios de derechos humanos.

VI. Referencias

Acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 (2022). https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-09-20/5%20de%20septiembre%20de%202022%20-%20Versi%C3%B3n%20definitiva3.pdf

Caso Tzompaxtle Tecpile y Otros vs. México (2022). Corte IDH. Sentencia del 7 de noviembre. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_470_esp.pdf

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, mayo 5).

Consejo Constitucional Francés. (s.f.). https://www.conseil-constitutionnel.fr/es

Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969, noviembre 22). https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. 1789. https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf

Ferrer Mac-Gregor, E. (2004). *Ensayos sobre Derecho Procesal Constitucional.* Porrúa.

Jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. https://cutt.ly/6J90kBZ

Jurisprudencia P./J. 21/2014 (10a). (2014b). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época. https://sjf.scjn.gob.mx/SJFSem/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=2006225&Tipo=1

Lasalle, F. (1999). *¿Qué es una Constitución?* El Aleph. https://norcolombia.ucoz.com/libros/Lassalle_Ferdinand-Que_Es_Una_Constitucion.pdf

Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (2013, abril 2).

Leyes Constitucionales (1830, diciembre 20). http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1836.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Los Reporteros MX (2022, noviembre 24). “No sabe ni lo que está votando”: critican a la magistrada Loretta Ortiz por votar la “invalidez del artículo 19 constitucional”. https://www.facebook.com/watch/?ref=search&v=693803452030794&external_log_id=39701de3-e161-4e1a-b207-9a833f2eafc2&q=loretta%20ortiz%20ahlf%20VOTA%20CONTRA%20LA%20INVALIDEZ

Mancera Espinosa, M. A. (2011). El Derecho Penal Del Enemigo En México. *Revista* Penal, *1*(1), 141-160. https://revistaciencias.inacipe.gob.mx/index.php/01/article/view/110

Montiel González, A. (2022). Sin sentencia 40 por ciento de detenidos con prisión preventiva oficiosa. https://www.udg.mx/es/noticia/sin-sentencia-40-por-ciento-de-detenidos-con-prision-preventiva-oficiosa

Negretto, G. L. (2015). ¿Qué es el decisionismo? Reflexiones en torno a la doctrina política de Carl Schmitt. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, *40*(161). https://doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.1995.161.49743

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos)1966, diciembre 16). https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights

Proyecto de resolución de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019. (2022). https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/proyectos_resolucion_scjn/documento/2022-08/AI%20130-2019%20Proyecto.pdf

Rosseau. J. J. (2007). *Contrato Social.* 12a. ed. Espasa Calpe. https://www.posgrado.unam.mx/filosofia/pdfs/Textos_2019-1/2019-1_Rousseau_ContratoSocial.pdf

Secretaría de Gobernación (2019). Noticias legislativas. http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Panorama/201902/NOTICIASLEGISLATIVAS-11FEBRERO2019.pdf

Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (2024). Cuaderno mensual de información estadística penitenciaria nacional de enero de 2024. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/895513/CE_2024_01.pdf

Sentencia de acción de inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019 (2022). https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2022-12-06/24%20de%20noviembre%20de%202022%20-%20versi%C3%B3n%20definitiva.pdf

Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (2020, febrero 12). *Reforma Judicial con y para el Poder Judicial*. https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/carrusel_usos_multiples/documento/2020-02/Reforma%20Judicial.pdf

Tapia Hernández, E. F. (2020). El nuevo paradigma de los Derechos Humanos en el constitucionalismo mexicano a partir de la reforma del 2011. *Revista de Derecho*, (29), 52-70. https://doi.org/10.5377/derecho.v0i29.10620

Tapia Hernández, E. F. (2019). La necesidad de un órgano de control político independiente del poder judicial de la federación. *Revista Veredas*, (37), 279-307. https://veredasojs.xoc.uam.mx/index.php/veredas/article/view/500

Tapia Hernández, E. F., y Olvera Bustamante, A. A. (2020). La posición jurídica del Estado Mexicano ante la jerarquía normativa de los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En F. Pierobon y T. Caversan Antunes (coords.). *Direitos humanos e contemporaneidade: estudos em homenagem aos 60 anos da comissão interamericana de direitos humanos*. Editora Thoth.

Tesis: 2a./J. 2/2022 (11a) (2022). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Undécima Época. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2024180

Tesis: P. LXXVII/99 (1999). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/192867

Tribunal Constitucional Español. https://www.tribunalconstitucional.es/es/tribunal/Composicion-Organizacion/competencias/Paginas/022-Recurso-previo-inconstitucionalidad.aspx

Vélez Plickert, M. (2020). Cuando la Constitución no está escrita. *Diario Financiero*. https://www.df.cl/empresas/entre-codigos/cuando-la-constitucion-no-esta-escrita#:~:text=Junto%20a%20Israel%20y%20Nueva,los%20derechos%20de%20las%20personas

Vernengo, R. J. (2021). Validez y verdad en la "Teoría de las normas" de Kelsen, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, *25*(1), 13-28. https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/21196/20447

Vigo, R. L. (2017). *La interpretación (argumentación) jurídica en el Estado de derecho constitucional.* Tirant lo Blanch. https://biblioteca.corteidh.or.cr/tablas/33293.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

Sistema IIJ

Tapia Hernández, Erick Francisco, "La inconvencionalidad de artículos constitucionales en México, a partir de las acciones de inconstitucionalidad contra la prisión preventiva oficiosa", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19000. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19000

APA

Tapia Hernández, E. F. (2025). Facultades extraordinarias del presidente de la República y control judicial: expansión de las competencias del Poder Ejecutivo en la pandemia de COVID-19 en Colombia. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19000. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19000

Democracia e seus inimigos: a liberdade de expressão e o discurso de ódio no cenário político

Democracy and its enemies: freedom of expression and hate speech in the political scene

Luiz Felipe **Ferreira dos Santos**

https://orcid.org/0000-0002-1673-8398

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasil
Correo electrónico: luizfelipe@sfmn.com.br

Marília **de Ávila e Silva Sampaio**

https://orcid.org/0000-0002-7802-1763

Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa. Brasil
Correo electrónico: marilia.sampaio@idp.edu.br

Recepción: 29 de julio de 2024
Aceptación: 20 de agosto de 2024
Publicación: 8 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19196

Resumo: O presente estudo objetiva conceituar e analisar o aumento dos extremismos e do discurso de ódio no cenário político, principalmente no Brasil. Busca-se verificar se os fenômenos são legítimos e inerentes à escolha de vida em sociedade, regida por um Estado Democrático de Direito, cuja tutela do direito de liberdade de expressão é fundamental, ou, se os limites impostos à liberdade de expressão legitimam que se censure os extremistas. Em sendo legítimo, a quem compete essa censura. Faz-se uma introdução sobre o ser humano, como ser social, e a necessidade do Estado como ente responsável pela regulação das interações humanas. Em seguida trata-se da democracia e seus fundamentos, cuja liberdade de expressão encontra papel de destaque. Aborda-se o aumento dos extremismos políticos no século XXI, exteriorizado, dentre outros, pelo discurso de ódio. Ao fim é abordada a dualidade entre a democracia e a liberdade de expressão, especialmente sobre a possiblidade (ou não) de impedimento ao discurso de ódio. Por meio do método hipotético-dedutivo, propõe-se uma conclusão que direciona para a necessidade da existência de mecanismos de defesa da democracia e contenção à irrestrita liberdade de expressão no sentido de não se tolerar os intolerantes.
Palavras-chave: liberdade de expressão; democracia; extremismo político; discurso de ódio.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Abstract: The present study aims to analyze the increase in extremism and hate speech in the political scene, mainly in Brazil. Then the aim it to verifying whether the phenomena are legitimate and inherent to the choice of life in society, governed by a Democratic State of Law, whose protection of the right to freedom of expression, in all its dimensions, is fundamental, or, if the limits Taxes on freedom of expression legitimize the censorship of extremists. If it is legitimate, who is responsible for this censorship? The human being is introduced, as a social being, and the need for the State as the entity responsible for regulating human interactions. Then it is about democracy and its foundations, whose freedom of expression finds a prominent role. The increase in political extremism in the 21st century is addressed, externalized, among others, by hate speech. At the end, the duality between democracy and freedom of expression is addressed, especially on the possibility (or not) of preventing hate speech. The conclusion proposed directs to the need for the existence of mechanisms to defend democracy and contain unrestricted freedom of expression in the sense of not tolerating the intolerant.
Keywords: freedom of expression; democracy; political extremism; hate speech.

Sumário: I. Introdução. II. A sociedade, a democracia e a liberdade de expressão. III. O século XXI e o aumento dos extremismos. IV. O paradoxo da democracia: a legitimidade democrática aos limites à liberdade de expressão. V. Conclusões. VI. Bibliografia.

I. Introdução

A vida em sociedade pode ser explicada com fundamento em duas teorias principais, de modo que a primeira sustenta existir uma necessidade natural de o homem buscar compartilhar a vida com seus semelhantes e a segunda explica o fenômeno como decorrência de um contrato, ou seja, um ato de escolha.

No que se refere à teoria natural, diz-se que o ser humano possui necessidade de viver em sociedade, sendo clássica a expressão de Aristóteles no sentido de que o homem é, por natureza, um animal sociável e "quem vive só, bastando-se a si mesmo, ou é Deus ou fera" (Aristóteles, 2017). Sobre a filosofia moral, ou a ciência da natureza humana, pode-se considerar o homem como "nascido para ação e como influenciado em suas atitudes pelo gosto e pelo sentimento, perseguindo um objeto e evitando outro, de acordo com o valor que esses objetos parecem possuir e segundo a perspectiva que se apresentam" (Hume, 2004; Oreste, 1947). Assim, trata-se de um ser racional e sociável, impulsionado por sua natureza e à procura de prazeres e da felicidade (Freud, 2005).

A necessidade social do homem torna imprescindível a existência de um modo de regulação das suas interações, razão pela qual é possível sustentar

ser a origem do Direito comum à do próprio homem (Pinheiro, Bahia & Santos, 2022). Na linha evolutiva da sociedade tem-se a existência de diferentes tipos de sistemas de regulação das interações sociais, desde os mais simples modelos tribais, regidos por costumes e sob autoridade de um chefe, até os mais complexos sistemas democráticos (Dahl, 2016).

Nos termos defendidos por Bobbio, a democracia mostra-se o caminho para o alcance de uma paz estável (Bobbio, 2019, p. 21). Assim, ao lado da sociedade e do direito, tem relevante papel o estudo, a discussão e o aprimoramento da democracia, cujos antecedentes históricos mais importantes remontam à Grécia antiga, mas "[...] é bem provável que tenha existido alguma forma de democracia em governos tribais muito antes da história registrada" (Dahl, 2016, p. 19), ou seja, é mais do que milenar.

Sabe-se que, a depender do conceito que se empregue para democracia, considerando os elementos que a caracterizam, muitas das democracias antigas e algumas das atuais não seriam dignas do nome. Nesse sentido, tem-se os conceitos mínimos e máximos da democracia (Schumpeter, 1961, 2003; Habermas, 2003)[1], existindo razoável consenso no sentido de que, para sua existência, é imprescindível o respeito aos direitos fundamentais básicos do ser humano, dentre eles, o da liberdade de expressão.

O governo do povo pressupõe inclusão, participação popular, na formação de um Estado que organiza as decisões políticas, em benefício da coletividade. A união pelo diálogo visa a paz. Assim, sem ampla possibilidade de debate, não é possível que as deliberações coletivas sejam feitas de modo informado e livre. Esse pressuposto liberal encontra-se, entretanto, sob ataque.

Na sociedade contemporânea, o franco acesso aos meios de comunicação, em especial às redes sociais e aos aplicativos de mensagens, em vez

[1] Para o Schumpeter (1961), a democracia se faz presente quando há direito a eleições por meio do voto, "No intuito de simplificar o caso, limitamos esse tipo de concorrência, que definirá a democracia, à concorrência livre pelo voto livre. Essa ação justifica-se pelo fato de que a democracia parece implicar um método reconhecido, através do qual se desenrola a luta competitiva, e que o método eleitoral é praticamente o único exequível, qualquer que seja o tamanho da comunidade" (p. 323). Para Habermas (2003), "A ideia básica é a seguinte: o princípio da democracia resulta da interligação que existe entre o princípio do discurso e a forma jurídica. Eu vejo esse entrelaçamento como uma gênese lógica de direitos, a qual pode ser reconstruída passo a passo. Ela começa com a aplicação do princípio discursivo ao direito a liberdades subjetivas de ação em geral [...] e termina quando acontece a institucionalização jurídica de condições para um exercício discursivo da autonomia política, a qual pode equipar retroativamente a autonomia privada, inicialmente abstrata, com a forma jurídica" (p. 158).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de prestigiar o esclarecimento, dissemina a desinformação, com um número cada vez maior de *fake* news e de discursos de ódio. Se a internet e as redes sociais, de um lado, são ferramentas para a liberdade de comunicação, de outro, esses instrumentos, deixados à lei do mais forte, são fonte de abusos que ameaçam o sistema democrático (Vargas e Castillo, 2022), notadamente com o surgimento do fenômeno da desinformação, que alcança máxima relevância e gravidade quando proferido por altos *players* da política.

Outro aspecto relevante em termos de redes sociais é a atuação dos algoritmos, que influenciam e influenciaram diretamente questões políticas importantes (Callejón, 2022). Com efeito, a ilusão de vez e voz do cidadão, por meio das redes sociais, encobre o grande poder que as plataformas possuem sobre a disseminação de informações. Trata-se de assunto complexo que a sua análise demandaria estudo próprio.

Fato é que existe uma dualidade, isto é, liberdade de expressão e desinformação. Da dualidade, surge um verdadeiro paradoxo, qual seja, de um lado há a liberdade de expressão como direito fundamental inerente à democracia e, do outro, existe a sua utilização odiosa, para enviesar a autonomia popular. Disso emergem questões a serem respondidas, como: até que ponto o direito fundamental à liberdade de expressão salvaguarda desinformação e como esse tema dialoga com o sistema democrático.

Não interessa para o presente estudo qualquer desinformação, mas apenas aquela que tem impacto no cenário político e como fonte potencial de abalo à democracia. Tem-se em particular consideração o discurso de ódio no cenário político. Não serão analisadas questões relacionadas ao terrorismo internacional como em questões domésticas, a exemplo das inadjetiváveis apologias a massacres ocorridos em escolas e creches, entre outros, que também podem ser inseridas como categorias do discurso de ódio.

Com os questionamentos acima, endereça-se a necessidade de investigar se o sistema jurídico possui elementos para proteger as bases democráticas e os direitos fundamentais no que tange à propagação de discurso de ódio de cunho político ou se esse discurso está amparado pela liberdade de expressão. Em não estando, a quem compete limitar esses discursos. Eis o que se objetiva investigar com o presente artigo.

O trabalho partiu de uma pesquisa bibliográfica, em especial com a consulta de artigos disponíveis em revistas especializadas. Alguns dos artigos consultados utilizaram base de dados empíricas. Após a pesquisa, por meio de métodos hipotético-dedutivo (Rodrigues, 2023; Abreu, 2022), propôs-se que a solução do paradoxo apresentado passa pela proposta de Karl Popper,

no sentido de que ser democrático não tolerar os intolerantes, cabendo a salvaguarda do discurso principalmente ao Poder Judiciário, que deve se pautar pelo sistema jurídico posto.

II. A sociedade, a democracia e a liberdade de expressão

Abordou-se na introdução do presente ensaio o fato de o homem ser essencialmente um ser social. É da sua natureza a vida em sociedade, a qual vivência momentos de extrema complexidade, isso em decorrência dos mais variados fatores como, por exemplo, o aumento nas expectativas sociais, aumento na quantidade e velocidade nas informações – as quais nem sempre estão associadas à qualidade.

É notável o liame entre o aumento na quantidade e velocidade nas informações com as expetativas das pessoas. Explica-se. Parece intuitivo afirmar que "não se deseja o que não se conhece" (Laplanche, 2001)[2] e a partir do momento em que o ser humano passa a ter contato com diferentes experiências e expectativas, passa a desejar mais e mais.

A vida em sociedade, seja ela simples ou complexa, traz a necessidade da formação do Estado, pois "la existência de los indivíduos es efecto no sólo de las fuerzas naturales que crean de uma manera inconsciente, sino también de las acciones voluntarias, reflexivas, conscientes" (Jellinek, 2000, p. 190). Contrastados os anseios sociais —ilimitados por natureza— e a necessidade de regulação e controle, na medida em que os bens são limitados, surge o Estado como fonte de Poder (Jellinek, 2000, p. 193), cujas funções estão a de produzir a pacificação social e o bem comum (Dallari, 2003).

A formação do Estado engloba as formas de controle e execução de Poder, bem como a discussão sobre quem deve exercê-lo, se representantes

[2] A despeito das teorias psicanalíticas e psicológicas a respeito do desejo, que o caracterizam como ilimitados e inatos, conforme lição de Jean Laplanche, cuja base é a teoria de Freud: "A concepção freudiana do desejo refere-se especialmente ao desejo inconsciente, ligado a signos infantis indestrutíveis. Note-se, no entanto, que o uso feito por Freud do termo desejo nem sempre se atém rigorosamente à definição acima; é assim que ele fala de desejo de dormir, desejo pré-consciente, e até formula, às vezes, o resultado do conflito como o compromisso entre "... duas realizações de desejo opostas, cada uma das quais encontra a sua fonte num sistema psíquico diferente". Laplanche (2001). A frase descrita acima é atribuída ao poeta romano Públio Ovídio Naso. (informação extraída dos sites Portal de Literatura e Citações e Frases Famosas. Disponível em: https://www.portaldaliteratura.com/pensamentos.php?id=823 e https://citacoes.in/autores/ovidio/

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

eleitos, se uma elite pensante, se uma elite financeira, entre outros (Popper, 2012). A margem de argumentos sobre a preponderância de um regime sobre o outro, elege-se a democracia como o modelo mais factível para proporcionar uma estável pacificação social, notadamente por ser o regime das leis (Bobbio, 2019), que devem estar em consonância com uma ordem jurídica justa.

Conforme prenunciado na introdução, o Estado Democrático de Direito aceita uma conceituação minimalista ou maximizada. A primeira se contenta com existência de eleições e leis, sem que seja vital a análise da qualidade dessas leis e a segunda condiciona à existência democrática a obediência e o respeito aos direitos fundamentais da pessoa humana (Vieira, 2007).[3] No ponto de importância para o presente estudo, tem-se que a existência e o respeito às leis, ao menos em conformidade com a constituição e os direitos fundamentais, é condição *sine qua non* para caracterização de um Estado como democrático e, sobre a democracia e as demais formas de governos, Bobbio não tem "nenhuma hesitação em dizer que prefere o governo das leis

[3] Importa transcrever o pensamento de Vieira (2007, p. 15): "A noção de que o Estado não tem apenas a obrigação de tratar os cidadãos de maneira igual perante a lei, mas também o dever de assegurar a justiça substantiva foi acompanhada pelo argumento, proposto por novos teóricos jurídicos, de que o conceito tradicional de Estado de Direito se tornou incompatível com a nova realidade". Ainda: "O Estado de Direito deveria ser formado, para Hayek, pelos seguintes elementos: (a) a lei deveria ser geral, abstrata e prospectiva [...] (b) a lei deveria ser conhecida e certa [...] (c) a lei deveria ser aplicada de forma equânime a todos os cidadãos e agentes públicos [...] (d) deveria haver uma separação entre aqueles que fazem as leis e aqueles com a competência para aplicá-las [...] (e) deveria haver a possibilidade de revisão judicial das decisões discricionárias da administração [...] (f) a legislação e a política deveriam também ser separadas e a coerção estatal legitimada apenas pela legislação [...] e (g) deveria haver uma carta de direitos não taxativa para proteger a esfera privada". Especificamente sobre Estado Democrático de Direito Silva discorre: "A democracia, como realização de valores (igualdade, liberdade e dignidade da pessoa) de convivência humana, é conceito mais abrangente que o de Estado de Direito, que surgiu da expressão jurídica da democracia liberal."; sobre a diferença entre Estado Liberal de Direito e Estado Social de Direito, Lenio Streck e José Luis Morais defendem: [...] o Estado Democrático de Direito teria a característica de ultrapassar não só a formulação do Estado Liberal de Direito, como também a do Estado Social de Direito —vinculado ao *welfare state* capitalista— impondo à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação da realidade. Dito de outro modo, o Estado Democrático de Direito é plus normativo em relação às formulações anteriores. A novidade que apresenta o Estado Democrático de Direito é muito mais em um sentido teleológico de sua normatividade do que nos instrumentos utilizados ou mesmo na maioria de seus conteúdos, os quais vêm sendo construídos de alguma data (2013, p. 114).

e não o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje seu triunfo na democracia" (Bobbio, 2019, p. 264-5).

O Constituinte Brasileiro, ao interromper os mais de vinte anos de regime ditatorial então vigentes, promulgou a Constituição Federal em 05 de outubro de 1988 e, já em seu artigo 1º, estipulou que a República Federativa do Brasil se constitui em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos, dentre outros, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político (incisos II, III e V, do mencionado artigo).

No artigo 1º, ao estabelecer a existência de um Estado Democrático de Direito, o constituinte originário trouxe uma grande carga axiológica e valorativa a ser respeitada na República Federativa do Brasil. No caso, a democracia brasileira não se legitima somente pela existência do voto e das leis. Há algo a mais. Sobre o tema, Bernardo Gonçalves Fernandes ensina que, "para muitos autores, o Estado Democrático de Direito seria a união de dois princípios fundamentais, o Estado de Direito e o Estado Democrático" (Fernandes, 2014, p. 286) e "na realidade, o Estado Democrático de Direito é muito mais que um princípio, configurando-se verdadeiro paradigma [...] que compõe e dota de sentido as práticas jurídicas contemporâneas" (Fernandes, 2014, p. 286).[4]

Em seguida, a Lei Fundamental ordena ser objetivo da República a constituição de uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, I) (Fernandes 2014). Mais uma vez está-se a tratar de normas com singular conteúdo valorativo.[5]

---

[4] Ainda, importa a lição de Canotilho: O Estado constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito. Se o princípio do Estado de direito se revelou como uma 'linha maginot' entre "Estados que têm uma constituição" e "Estados que não têm uma constituição", isso não significa que o Estado Constitucional moderno possa limitar-se a ser apenas um Estado de direito. Ele tem de estruturar-se como Estado de direito democrático, isto é, como uma ordem de domínio legitimada pelo povo. A articulação do 'direito' e do 'poder' no Estado constitucional significa, assim, que o poder do Estado deve organizar-se e exercer-se em termo democráticos. O princípio da soberania popular é, pois, uma das traves mestras do Estado Constitucional. O poder político deriva do "poder dos cidadãos". (2003, p. 97-8).

[5] Sobre a classificação das normas, bem como sua carga valorativa e a responsabilidade do operador do direito, Freitas Filho (2009) traz uma síntese de abalizada doutrina com relação à classificação das normas jurídicas, passando pelos entendimentos de Ronald Dworkin, Josef Esser, Humberto Ávila e Judith Martins-Costa, propondo ao final uma classificação dos princípios, regras, cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, de modo a apresentar as chamadas meta-normas, cujo grau de fundamentação nas decisões judiciais é especialmente superior do que quando da aplicação das regras caraterizadas por serem disjuntivas (método se – então).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Ao tratar sobre os direitos e garantias fundamentais, a Constituição Federal preceitua expressamente o direito à livre manifestação de pensamento (art. 5º, IV), o que também está previsto na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em seu artigo 13, sendo importante a ressalva descrita no §5º, segundo a qual traz importantes e oportunas limitações à liberdade de expressão (Decreto 678, de 06 de novembro de 1992).

A liberdade constitucionalmente assegurada pode se distinguir no que se refere à sua forma, em cinco grandes grupos, isto é, liberdade da pessoa física, de pensamento, de expressão coletiva, de ação profissional e de conteúdo econômico e social (Silva, 2017, pp. 234 e 237). A Constituição Federal prevê expressamente o direito de reunião, pacífica, sem armas, em locais abertos ao público (art. 5º, XVI). Ainda, no seu artigo 220 preceitua que "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.", de forma que nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social.

A democracia possui como corolários necessários o direito ao voto, a participação social e o direito de ser ouvido, isto é, o cidadão tem o direito de expressar-se livremente, o que ganha contornos especiais em temos de internet e redes sociais como espaços de excelência para a liberdade de expressão (Monts, 2021). Nesse passo, a "liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais, correspondendo a uma das mais antigas reivindicações dos homens de todos os tempos" e "[...] é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação da vontade livre)" (Mendes & Branco, 2018, p. 267).

No Brasil, a liberdade de expressão teve grande relevo na Constituição Federal, dentre outros, pelo fato de que antes de 1988 o Brasil passou por um período em que a censura e a mitigação a outros importantes direitos fundamentais eram atos realizados senão pelo Estado, à sua condescendência (Gaspari, 2014). Nesse contexto, a liberdade de expressão possui assento constitucional e especial importância no Estado Democrático de Direito vigente.

III. O século XXI e o aumento dos extremismos

Antes de tratar do aumento dos extremismos no presente século, é necessário empreender uma tarefa hercúlea de conceituar o que se denomina por extremismos e polarização no campo político social. O "termo polarização é utilizado quando se constata a existência de dois polos que canalizam processos de identificação reduzindo a complexidade de identidades e tendências políticas a duas alternativas" (Faria et al., 2022), marcadas por um antagonismo ideológico. Radicalização seria a adoção de crenças extremistas que justificam o uso da violência para a mudança social e/ou política (Jugl et al., 2021).

A despeito da complexidade da formação do conceito, em razão da limitação metodológica que se faz no presente estudo, há necessidade de tomar como pressupostos os conceitos empregados acima, nos quais diz-se polarizada politicamente a sociedade política que se radicaliza com pontos de vista extremamente antagônicos, como, por exemplo, onde um pensa em uma reforma agrária sem que haja sequer contraprestação no momento da desapropriação e outro que pense em um liberalismo permissivo a grandes latifúndios, independente de serem ou não produtivos.

O exemplo se faz no mundo acadêmico e para uma visualização do que seria a polarização. Não que se objetive simplificar o debate, mas a intenção é tornar compreensível ao leitor o fenômeno da polarização política.

O extremismo, para os fins deste artigo, pode ser conceituado como a exteriorização dos interesses e pensamentos políticos de modo a não ouvir nem aceitar como legítima —mesmo que se divirja— as posições antagônicas. Os extremistas veem os opositores como adversários e, para legitimarem-se, proferem discursos ofensivos, desrespeitosos e desprovidos de argumentos cientificamente legítimos.

Fixadas as premissas, importa analisar a experiência atual. O cenário norte-americano é um bom exemplo. A eleição de um candidato de extrema direita foi um marco para o aumento significativo não só da polarização, inerente ao sistema político estadunidense reconhecidamente polarizado entre o partido social e o partido democrata, mas principalmente no que se refere ao aumento do extremismo fomentado pelo representante do partido republicano.

Steven Levitsky e Daniel Ziblatt (2018), em estudo que se tronou notavelmente difundido, analisaram como as democracias morreram em diversos países nos últimos tempos, concluindo que as rupturas democráticas raramente ocorrem como nos tempos antigos, isto é, em quarteladas. Atual-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mente, o risco às democracias se faz presente quando *outsiders*, demagogos, extremistas, que tratam adversários como inimigos, rejeitam as regras do jogo, toleram ou encorajam a violência e buscam restringir as liberdades, são postos no poder. Segundo os autores, Donald Trump reunia todas as características mencionadas acima.

Notável é o paralelo que pode ser realizado entre as condutas da extrema direita norte-americana com a extrema direita brasileira. São características comuns a ambos a utilização de comunicação direta com seus eleitores, ataques tanto à imprensa como a seus opositores (políticos ou não), a utilização de um nacionalismo expressivo e um discurso de despolitização. No que se refere aos ataques diretos, objetos de discursos odiosos, vale a transcrição:

> O líder, por meio da comunicação direta, também se coloca como representante do povo sem intermediários. Sem intermediários, nesse caso, também inclui as chamadas mídias tradicionais. Tanto o brasileiro [Jair Bolsonaro] quanto Trump, não só buscam essa comunicação direta com o cidadão, mas também se colocam como os detentores da verdade em contraposição à uma mídia que mente. Os ataques à mídia são diretos e explícitos, como nos tweets de Bolsonaro. [...] Donald Trump também ataca de maneira direta profissionais da imprensa estadunidense e os media de maneira geral, que fizeram reportagens com críticas ao então candidato [...].
>
> Além da mídia tradicional, opositores políticos também são constantes alvos de ataques dos dois presidenciáveis. Alinhados ao tema processo eleitoral, os ataques aos candidatos adversários foram bastante recorrentes na campanha de Donald Trump, que dedicou boa parte de seus tweets para atacar a candidata democrata Hillary Clinton [...]. Assim como Trump, Bolsonaro também fez ataques diretos ao seu opositor Fernando Haddad [...]. (Baptista et al., 2022, p. 112)

Especificamente sobre o que se pode chamar e extrema direita brasileira, Walter Barreto Júnior (2021) dedicou uma pesquisa em que cataloga 1.500 frases ofensivas proferidas pelo ex-presidente "Jair Bolsonaro e seus seguidores".[6]

---

[6] Ao que interessa para o presente estudo, vale listar algumas fases: "Eu não aceito resultado das eleições diferente da minha eleição" (f. 28); "Esses marginais vermelhos serão banidos de nossa pátria" (f. 30); "Não há dúvida né [que o nazismo é de esquerda]? Como é o nome do partido? Partido Nacional Socialista da Alemanha, né? (f. 37); "Quem quiser vir aqui [ao Brasil] fazer sexo com uma mulher, fique à vontade. O Brasil não pode ser um país

No que se refere à polarização política, Mário Fuks e Pedro Marques buscaram mensurá-la tanto no caso brasileiro, como no norte-americano. Repita-se que, diferente dos Estados Unidos, em que há uma dualidade partidária, no Brasil há um pluripartidarismo que deveria, em tese, diminuir a polarização em especial em decorrência da existência de partidos políticos de centro.

Contudo, o estudo mostrou "a presença de polarização afetiva, principalmente em relação às lideranças políticas, uma moderada e assimétrica polarização da identificação ideológica e a inexistência de polarização na posição em relação a issues" (Fuks & Marques, 2020, p. 11). Continuam: "Dando-se principalmente com base afetiva, a polarização do eleitorado brasileiro nos oferece o pior dos mundos. Significa que o grande público não vê na disputa uma disputa prioritariamente programática" (Fuks & Marques, 2020, p. 11), o que acaba por ser mais danoso à democracia. Em 2022, os autores tornaram a abordar o tema, oportunidade em que concluíram que, diferentemente do que ocorre nos Estados Unidos, onde a polarização bipartidária

---

de turismo gay. Temos família" (f. 38); "Daqueles governadores de 'paraíba', o pior é o do Maranhão. Tem que ter nada com esses caras" (f. 41); "Vontade de encher tua boca com uma porrada, tá? Seu safado." (f. 99); "Se a gente não tiver voto impresso em 2022, pode esquecer a eleição" (f. 127); "Se bem que para mim, de acordo com a bíblia e a Constituição, o casamento é entre um homem e uma mulher. Mas não vou discutir esse assunto." (f. 128); "Muita denúncia de fraude. [...] vamos ter problema pior do que nos Estados Unidos" (f. 130); "Quem decide se o povo vai viver em uma democracia ou ditadura são as suas Forças Armadas. Não tem ditadura onde as Forças Armadas não a apoiam" (f. 133); "eu sou, realmente, a constituição" (f. 150); "Vai ter voto impresso em 2020 e ponto-final. Não vou nem falar mais nada. Vai ter voto impresso. Se não tiver voto impresso é sinal de que não vai ter eleição. Acho que o recado está dado" (f. 155); "Alguns idiotas até hoje ficam em casa" (f. 165); "A esquerda não toma cloroquina porque vai matar o verme que eles são" (f. 169); "O comunista gordo" (f. 170); "Tenho as forças Armadas ao meu lado [...] Poderão ir um dia às ruas para garantir a sua liberdade e seu bem maior" (f. 183); "Tem que todo mundo comprar fuzil, pô. Povo armado jamais será escravizado. Eu sei que custa caro. Daí tem um idiota que diz: 'ah, tem que comprar feijão'. Cara, se não quer comprar fuzil, não enche o saco de quem quer comprar"; "Ou o chefe desse Poder enquadra os seus ou esse Poder pode sofrer aquilo que não queremos. Porque nós valorizamos e reconhecemos o Poder de cada República. Nós todos aqui na praça do Três Poderes juramos respeitar a nossa Constituição. Quem age fora dela se enquadra ou pede para sair" (f. 236); "Qualquer decisão do senhor Alexandre de Moraes, este presidente não mais cumprirá. A paciência do nosso povo já se esgotou. Ele tem tempo ainda de pedir seu boné e ir cuidar da sua vida. Ele, para nós, não existe mais! Liberdade para os presos políticos! Fim da censura! Fim da perseguição àqueles conservadores, àqueles que pensam no Brasil" (f. 237); "Ou esse ministro se enquadra, ou ele pede para sair. Sai, Alexandre de Moraes! Deixa de ser canalha!" (f. 238) (Barreto Júnior, 2021).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

se intensifica há décadas, no Brasil há um "antagonismo afetivo" recente, somado a uma radicalização ideológica da direita, o que representa um antagonismo assimétrico, seguindo uma recente reorganização da direita desde 2006 (Fuks & Marques, 2022, p. 579).

Verifica-se no Brasil a existência de uma polarização afetiva que transcende as questões partidárias – notadamente pelo fato de que a fidelidade à ideologia partidária no Brasil é deveras complexa. Com a análise acima, é possível traçar um *link* entre a polarização política, com características de radicalização ideológicas, com o surgimento de líderes carismáticos que se utilizam de discursos discriminatórios. A influência do líder carismático, que fala diretamente com seus eleitores, não é de menor importância. Ao tratar de como as democracias morrem, Steven Levitsky e Daniel Ziblatt abordam as quatro características que ensejam risco à democracia, de modo que a incitação à violência, exteriorizada pelo discurso de ódio possui papel relevante.

Ponto comum de líderes ditatoriais é a utilização de discursos populistas, ideológicos, demagogos e racistas.[7] Pode-se dizer que "na maioria das vezes, a ideologia era um ato de fé" (Dikötter, 2022, p. 17), cuja característica é da crença dogmática e acrítica. Acredita-se no líder carismático que possui, no mais das vezes, um viés antidemocrático. Trata-se de receita perigosa, notadamente pelo fato de que, com o aumento na velocidade da informação, esses líderes atingem uma grande quantidade de pessoas que, por vezes acríticas, desmotivadas e economicamente frágeis, ficam à mercê de uma quebra de regime.

---

[7] O professor catedrático de humanidades da Universidade de Hong Kong e membro sênior da Hoover Institution, Frank Dikötter (2022), apresenta as características dos mais notáveis ditadores do século XX, de modo que em comum pode-se notar um discurso demagogo, ideológico e racista. A saber: sobre Mussolini "Como a maioria dos ditadores, Mussolini alimentou a ideia de que era um homem do povo" (p. 20), "O fascismo como ideologia permanecia vago, mas Mussolini percebeu o formato que tornaria: ele seria líder, aquele enviado pelo destino para reavivar a sorte da nação [...] passou, então, a se portar como ator" (f. 22), "Os devotos enganavam Mussolini tanto quanto ele os enganava. Mas Mussolini mentia sobretudo para si mesmo" (f. 50), "o culto também foi colorido com superstição e magia. Em um país profundamente religioso, as pessoas projetavam em Mussolini uma devoção e uma adoração características da fé cristã" (f. 52); sobre Hitler "[...] usando uma linguagem simples, que pessoas comuns podiam entender. Conforme se empolgava, começava a atacar os judeus, a criticar o Kaiser, esbravejando contra os exploradores da guerra, falando cada vez mais rápido, com gestos dramáticos e dedo ocasionalmente em riste. Ele sabia como transmitir mensagens para os ouvintes dando voz ao ódio e à esperança deles" (f. 61).

Há terreno especialmente fértil para o surgimento de líderes populistas, demagogos e extremistas quando se tem a presença das dificuldades econômicas e sociais de não alcance aos direitos básicos, bem como desrespeito a esses direitos. Insere-se aqui o que Vieira (2007) trata como "invisibilidade, demonização e imunidade".[8]

Tem-se, no Brasil, uma população em extrema pobreza, cujo sentimento é de ser invisível para o Estado (Vieira, 2007). Nesse passo, as expectativas sociais não cumpridas[9] geram revolta e tornam-se terrenos férteis para o aparecimento e crescimento de demagogos, *outsiders*, cujo discurso perfilha-se com o discurso de ódio. Para seguir, faz-se necessário descrever e conceituar, mesmo que minimamente, o discurso de ódio.

1. *Característica e conceito dos discursos de ódio*

Ao mesmo tempo que social, o ser humano assume-se como ser linguístico, isto é, que necessita da linguagem para existir e, nesse passo, tem-se a possibilidade de a linguagem ferir, machucar, inclusive podendo produzir efeitos físicos que incapacitam temporariamente a vítima (Butler, 2021; Matsuda et al., 1993; Lawrence III, 1993). O extremismo religioso, cultural, político, expressado principalmente pelo discurso de ódio, tem inegavelmente

[8] Diz o autor: O argumento central proposto aqui é que a exclusão social e econômica, oriunda de níveis extremos e persistentes de desigualdade, causa a invisibilidade daqueles submetidos à pobreza extrema, a demonização daqueles que desafiam o sistema e a imunidade dos privilegiados, minando a imparcialidade da lei. Em síntese, a desigualdade profunda e duradoura gera erosão da integridade do Direito. A lei e os direitos sob essas circunstâncias podem, com frequência, ser vistos como farsa (Vieira, 2007, p. 42).

[9] Luís Roberto Barroso diz: "Na antevéspera da convocação da constituinte de 1988, era possível identificar um dos fatores crônicos do fracasso na realização do Estado de Direito no país: a falta de seriedade em relação à lei fundamental, a indiferença para com a distância entre o texto e a realidade, entre o ser e o dever-ser previsto na norma [...] além das complexidades e sutilezas inerente à concretização de qualquer ordem jurídica, havia no país uma patologia persistente, representada pela insinceridade constitucional. A Constituição, nesse contexto, tornava-se mistificação, instrumento de dominação ideológica, repleta de promessas que não são honradas. Nela se buscava, não o caminho, mas o desvio; não a verdade, mas o disfarce (Barroso, 2015, p. 27). Importa também apresentar o discurso do Ministro do Supremo Tribunal Federal que, em vídeo, faz referência aos 32 anos da Constituição Federal nos seguintes termos: "As promessas constitucionais ainda não foram cumpridas. Nós prometemos, na Constituição, uma sociedade justa solidária, com erradicação da pobreza, proteção do meio ambiente. E estamos assistindo um elevado grau de miserabilidade, estamos assistindo ainda agressões ao meio ambiente" (Fux, 2020).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

o condão de causar sofrimento humano.[10] Improta consignar que as feridas abertas pelas palavras odiosas por vezes deixam cicatrizes maiores do que as agressões físicas.

Nesse ponto, caracterizar e conceituar o discurso de ódio torna-se questão complexa e cogente, assim como avaliar se além de causar cicatrizes e dores nas pessoas, podem esses discursos levarem à derrocada da democracia. Sobre o ponto, Judith Butler ensina:

> De fato, parece que não existe uma linguagem específica para o domínio da injúria linguística, que é, por assim dizer, forçado a extrair seu vocabulário dos ferimentos físicos. Nesse sentido, parece que a conexão metafórica entre a vulnerabilidade física e a linguística é essencial para a descrição da vulnerabilidade linguística em si. Por outro lado, o fato de parecer não existir uma descrição 'adequada' à injúria linguística torna ainda mais difícil identificar a especificidade da vulnerabilidade linguística em relação à vulnerabilidade física e em oposição a ela. (Butler, 2021, p. 16)

A autora trabalha um paralelo entre a vulnerabilidade física e a linguística e, com relação a essa, expressa a dificuldade em conceituá-la, o que força a extração de seu conceito pela conexão metafórica entre a dor física e a falada. Deve-se, por conseguinte, utilizar de "metáforas físicas" para "descrever a injúria linguística" (Butler, 2021, p. 17).

Tem-se que traçar critérios ontologicamente acessíveis e viáveis, mas não estáveis, em razão das diversidades linguísticas, para conceituar o chamado discurso de ódio que importante juridicamente ou se, todo o discurso de ódio importa judicialmente. A tarefa é hercúlea e necessita ao legislador e aplicador do direito uma atuação íntegra e coerente (Dworkin, 2014), a permitir o *accountability* das decisões judiciais (Freitas Filho, 2007).

A doutrina de Yéssica Esquivel Alonso aponta como característica do discurso de ódio a deliberada intenção de provocar uma ofensa à dignidade de um grupo de pessoas, por meio de "expressões dolorosas", racistas, xenofóbicas, discriminatórias, machistas, homofóbicas, cujo objetivo é provocar uma espécie de "dor linguística" a um setor populacional determina-

[10] Jugl et al. (2021) sustentam que: Political, religious, and other forms of extremism are a global threat endangering democratic structures and causing much human suffering as well as high financial costs. Em tradução livre: Formas de extremismo político, religioso e outras são uma ameaça global que põe em perigo as estruturas democráticas e causa muito sofrimento humano, bem como altos custos financeiros.

do, apresentando-se como parte superficial de um conflito mais importante que envolve questões relacionadas à religião, política ou étnica (2016).

Trata-se de conceito cunhado não só pela literatura jurídica, mas também retirado de estudos sociais e políticos, que possui elementos essenciais, como: o fomento ao ódio ou à humilhação; o uso do discurso para incitação da violência, intimidação, hostilidade ou discriminação; e motivos relativos à raça, cor, idioma, religião, crenças, nacionalidade, origem ética e ascendência (Lozano, 2017).

Ao analisar as doutrinas precedentes, pode-se conceituar o discurso de ódio em conformidade com os seguintes elementos: 1) exteriorização do pensamento por meio de linguagem (em sentido amplo, falada, escrita, desenhada, etc.); 2) essa exteriorização deve ser dirigida contra uma pessoa ou classe/grupo de pessoas; 3) a mensagem transmitida deve possuir o potencial de causar importante/grave dor emocional nessa pessoa ou classe/grupo de pessoas e; 4) o discurso deve ter conteúdo essencialmente inútil, isto é, sem qualquer interesse público que o justifique.

Ainda, elemento característico do discurso de ódio, mas não essencial, é que esse discurso tenha palavras de combate e possa causar ameaça à paz pública e aqui a vítima pode não ser uma pessoa, mas sim alguma instituição. Nesse particular, a dor emocional deixa de ser elemento necessário e cede espaço ao risco à paz pública.

No direito comparado, Daniel Sarmento traz precedentes sobre o tratamento da questão em países como Austrália, Canadá, Rússia, Dinamarca, França, Alemanha, Índia, Argentina, Uruguai, Holanda, África do Sul, Sri Lanka, Inglaterra, Estados Unidos, de modo que, em seu estudo, prioriza a análise norte-americana. O autor argumenta que, apesar de a liberdade de expressão ter sido incorporada à Constituição em decorrência da 1ª Emenda, apenas pós 1ª Guerra Mundial esse direito contou com efetiva proteção do judiciário norte-americano e, a partir desse momento, representa o mais valorizado direito fundamental norte-americano (Sarmento, 2006, p. 58).

Importante destacar que, diferente da experiência brasileira, na qual a liberdade de expressão é positivada desde a promulgação da Constituição, o que, em grande medida, decorreu do passado autoritário que se desejava expurgar, a Constituição norte-americana passou a prever, expressamente, a liberdade de expressão após a 1ª Emenda e, a partir de então, tem na liberdade de expressão um valor jurídico de fundamental e progressiva importância, inclusive aparentando ser absoluta (Sarmento, 2006).[11]

[11] Diz Daniel Sarmento que: "apesar dos termos peremptórios do texto constitucional,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Continua Daniel Sarmento (2006), afirmando que os Estados Unidos "possuem um sistema de proteção à liberdade de expressão extremamente complexo", de modo que há "campos" não alcançados pela proteção constitucional da liberdade de expressão, sendo que o "primeiro caso importante envolvendo a questão do *hate speech* foi *Beauharnais vs Illinois*", em que se discutiu a condenação criminal de um homem que distribuía panfletos conclamando homens brancos a se unirem contra os negros e evitarem a miscigenação racial. Ainda, o réu acusava indistintamente os afrodescendentes de serem autores de estupros, roubos e outros crimes. A Suprema Corte manteve a condenação anteriormente proferida, considerando constitucional a lei e validando a ideia do *group libel*, isto é, da difamação coletiva (Sarmento, 2006, p. 60).

No caso levado à julgamento pela Suprema Corte, contrapôs-se o direito à liberdade de expressão à ofensa racista às questões raciais, compreendidas no ataque à miscigenação racial, bem como no fato de imputar, abstratamente, aos afrodescendentes a autoria de crimes como estupros, roubos, entre outros. No caso, prevaleceu a proteção contra a difamação coletiva, de modo que a liberdade de expressão foi tolhida.

Ocorre que a complexidade da questão fez com que a Suprema Corte americana, no caso *Brandemburg vs. Ohio* (1969*)*, decidisse de modo a prestigiar a liberdade de expressão, de ideia, mesmo que houvesse ofensas contra negros e judeus. Há outros casos polêmicos que fornecem uma conclusão incompleta e ainda oscilante, mas cuja síntese pode ser descrita no sentido de que as restrições ao *hate speech* que envolvam limitações ao discurso político fundadas no ponto de vista do manifestante são, via de regra, inconstitucionais. Dessa forma a difusão de posições racistas mais radicais e hediondas não poderia ser proibida nem penalizada, ou seja, "[...] As concepções defendidas por Hitler ou pela Ku Klux Klan têm de rceber a mesma proteção do Poder Público do que as manifestações em favor dos direitos humanos e da igualdade". A exceção estaria restrita às manifestações que pudessem provocar "imediata ração violenta" (Brandemburg vs. Ohio, 1969).

A síntese apresentada acima traz a tentativa de sistematizar a ideia no sentido de que as restrições ao *hate speech* são válidas quando a expres-

---

poucos na história norte-americana defenderam o caráter absoluto da 1ª Emenda. Nunca se questionou, por exemplo, que a liberdade de expressão não protege aqueles que gritam falsamente "fogo" num cinema lotado, como registrou Oliver Wendell Holmes. Pelo contrário, desde sempre se aceitou a necessidade de estabelecer algumas limitações excepcionais ao exercício deste direito sem as quais a vida social tornar-se-ia inviável" (Sarmento, 2006, p. 59).

são utilizar as *fighting words*, isto é, palavras de combate que possam ameaçar a ordem e a paz pública[12]. Gard também busca sistematizar a questão, nos seguintes termos:

> Since Chaplinsky v. New Hampshire, the United States Supreme Court has relied exclusively on the governmental interest in preventing breaches of peace to justify the continued constitutionality of the fighting words doctrine. The Court has held that under this doctrine offensive language can be censored only if it (1) constitutes a personally abusive epithet; (2) addressed in a face-to-face manner; (3) to a specific individual; and (4) uttered under such circumstances that the words have a direct tendency to cause an immediate violent response by the ordinary, reasonable recipient. Only in the rare case in which these four elements coalesce may the government proscribe expression without violating the first amendment. (1980, p. 580)[13]

Conforme conclusão acima, inclinação da Suprema Corte Estadunidense em proteger a liberdade de expressão, de modo que sua limitação se legitima somente em situações excepcionais, nas quais estariam presentes quatro elementos, quais sejam: uma qualificação pessoalmente abusiva; essa qualificação seja proferida pessoalmente; para um indivíduo específico e; em circunstâncias que as palavras possam causar uma resposta violenta e imediata do destinatário.

O autor termina seu estudo criticando a posição da Suprema Corte, de modo que sua atuação acaba sendo realizada de forma seletiva e discrimi-

---

[12] Para uma análise mais aprofundada, ver os casos: *Terminiello v. Chicago (1949)*, no qual a Suprema Corte estreitou o conceito de palavras de combate a palavras que produzem um perigo claro e imediato, mas as que convidam à disputa e até mesmo causam inquietação são protegidas. Também, *Texas v. Johnson (1989)*, no qual a Suprema Corte redefiniu o escopo da doutrina sobre as palavras de combate para como sendo "um insulto pessoal direto ou um convite para troca de socos", tendo o Tribunal considerado lícita a queima da bandeira dos Estados Unidos.

[13] Tradução livre: Desde Chaplinsky v. New Hampshire, a Suprema Corte dos Estados Unidos Tribunal tem confiado exclusivamente no interesse governamental em prevenir violações da paz para justificar a manutenção da constitucionalidade da doutrina das palavras de combate. A Corte tem sustentado que sob esta doutrina linguagem ofensiva pode ser censurada apenas se (1) constituir um epíteto pessoalmente abusivo; (2) abordadas de forma face a face; (3) para um indivíduo específico; e (4) pronunciado em tais circunstâncias que as palavras têm uma tendência direta de causar uma resposta violenta imediata pelo destinatário comum e razoável. Apenas no raro caso em que esses quatro elementos se fundem, pode o governo proibir a expressão sem violar a primeira emenda.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

natória, para punir violações triviais de uma regra de fundamental interesse constitucional e termina: "When considered in light of the predominant societal interest in free and uninhibited expression, even candid and unpleasant expression, the fighting words doctrine cannot withstand first amendment scrutiny" (Gard, 1981, p. 581).[14]

Ainda em se tratando de corte internacional, Gisela María Pérez Puentes analisou a dialética entre a liberdade de expressão e os direitos de personalidade na experiência espanhola, momento em que apontou para a fundamentalidade do direito à informação em uma sociedade democrática. O achado de sua pesquisa foi no sentido de o Tribunal Constitucional Espanhol solucionar o conflito entre os direitos fundamentais por meio da ponderação, utilizando, para tanto, três fases. Na primeira, o Tribunal Constitucional diferencia a liberdade de expressão pura e simples da atividade informativa, de modo que a primeira se exterioriza pela emissão de opinião e a segunda pela narração de fatos com objetivo de informar (Puentes, 2015).

A diferença é importante na medida em que a liberdade de informar, isto é, atividade informativa, possui um valor superior, especialmente porque "trata sobre hechos noticiables que tengan trascendencia pública y sean veraces, la libertad de expresión hace referencia a la libre difusión de ideas, pensamientos u opiniones" (Fuentes, 2015, p. 216).

Na segunda fase, o Tribunal Constitucional verifica se houve ofensa aos limites do respeito e da tolerância para com outros direitos fundamentais, se houve intromissões legítimas ou ilegítimas na esfera dos direitos de personalidade, utilizando-se dos seguintes critérios de verificação: se a informação crítica tem relevância pública ao invés de simplesmente satisfazer a curiosidade; se a informação é verdadeira, "entendida como una diligencia razonable por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso" (Fuentes, 2015, p. 218) e; se a notícia ultrapassou o fim informativo a configurar injúria ou se foi necessária (Fuentes, 2015).

Na última e terceira fase o Tribunal Constitucional verifica se a comunicação realizada ofende a honra, a intimidade ou a imagem da pessoa afetada, bem como se há interesse público na disseminação da informação, oportuni-

[14] Tradução livre: Quando considerada à luz do predominante interesse social na expressão livre e desinibida, mesmo sincera e expressão desagradável, a doutrina das palavras de combate não pode resistir exame da primeira emenda.

dade em que se valora qual direito de personalidade foi ofendido e se é caso de reparação de danos (Fuentes, 2015).

Ao apontar o discurso de ódio como prenúncio da intolerância nas sociedades e causa de corrosão democrática, o que impõe a realização de respostas políticas, sociais e jurídicas, sendo essas últimas influenciadas pelo paradoxo de Karl Popper, Germán Lozano analisou a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos como fonte de linhas mestras para aplicação do mencionado paradoxo e apontou certa inconsistência na resposta fornecida pelo tribunal, que não exigiu a ocorrência de dano ou perigo real, bastando um perigo remoto ou especulativo (Teruel Lozano, 2017).

É notável a diferença de posicionamento da Suprema Corte americana, reconhecidamente mais liberale da Corte Espanhola e Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, diferentemente da americana, não exigem perigo real de dano.

No Brasil, também em termos de Corte Constitucional, tem-se por paradigmático o julgamento da Argüição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF 130), de relatoria do então Ministro Ayres Britto, cujo tema foi a compatibilidade ou não da Lei n. 5.250 de 09 de fevereiro de 1967, com a Constituição Federal de 1988, onde a liberdade de expressão possui assento de direito fundamental. A despeito da complexidade da matéria, o que forneceria ensejo a um estudo específico, em rigorosa síntese, tem-se que a Corte Constitucional Brasileira declarou não recepcionada pela Constituição Federal a combatida lei.

Analisou-se a questão relacionada à "plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional", oportunidade em que se decidiu que o artigo 220 da Constituição Federal veda qualquer restrição concreta à manifestação do pensamento, expressão ou à informação, sendo a liberdade de imprensa um patrimônio imaterial (ADPF 130, 2009).

Conforme julgamento acima, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a impossibilidade de qualquer restrição concreta à manifestação do pensamento, seja qual for a veículo de comunicação social utilizado, sem que isso implique diretamente na inexistência de consequências civis, penais e administrativas, inclusive podendo ensejar direito de resposta[15]. A decisão ganha

[15] Para um estudo sobre o direito de resposta ver Correia (2022).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

maior importância em especial em decorrência da atual e cada vez maior utilização das mídias sociais e veículos de transmissão de mensagens.

Ainda, é de se destacar a quebra de paradigma vivenciada no Brasil de 1988, que passou de um regime ditatorial e cuja censura era marca registrada, para um Estado Democrático de Direito com todas as características já mencionadas neste trabalho. Nesse passo, a Corte Constitucional evidenciou que a Constituição Federal veicula "o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões", de modo que a liberdade de imprensa, leia-se também de expressão, é patrimônio "imaterial".

O julgamento segue com o fundamento de que o pensamento crítico é inerente à informação plena e fidedigna, razão pela qual o conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos (ADPF 130, 2009). Há tutela ao pensamento crítico que, se excessivo, deve ser compensado por seu "conteúdo essencialmente útil". Aqui há profunda carga axiológica. Pode haver excessos na linguagem, notadamente em razão das suas características já apontadas. Contudo, deve-se contrapor o conteúdo essencialmente útil do veiculado e o excesso ou ofensa eventualmente cometidos. A crítica, mesmo que contundente, é livre em um Estado Democrático de Direito. Indaga-se se essa crítica legitima o discurso de ódio.

Outro precedente, também do Supremo Tribunal Federal, é paradigmático e reafirmou a liberdade de expressão, de forma a consignar que a livre circulação de ideias em um Estado democrático é fundamental, motivo pelo qual a proibição de divulgação de conteúdos deve ser apenas em casos excepcionalíssimos, quando houver: (a) prática ilícita; (b) incitação à violência ou discriminação e; (c) propagação de discurso de ódio (Rcl, 38782, 2021). Ainda, no emblemático caso Ellwanger, o Supremo Tribunal Federal entendeu que a liberdade de expressão "não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal" (Habeas Corpus 82424, 2004).

Em tempos mais recentes, e agora voltada diretamente ao tema discurso de ódio, a Suprema Corte voltou a debater a liberdade de expressão, oportunidade em que consignou que a liberdade de expressão deve ser consagrada em conformidade com o binômio liberdade e responsabilidade, razão pela qual seu exercício não é escudo para a prática de atividades ilícitas, não podendo ser confundida com impunidade para agressão (Petição 10391 AgR, 2022).

Convém abordar que, a despeito da ausência de conceituação rigorosa do que se tem por discurso de ódio, na ponderação realizada, a liberdade

de expressão foi tolhida. Nos julgamentos apresentados pôde-se verificar que a liberdade de expressão cedeu espaço quando estiveram presentes a prática de ilícito, a incitação à violência ou discriminação, o discurso de ódio, a existência de uma imoralidade que repercuta no campo do ilícito penal, de modo a não se confundir liberdade de expressão como a impunidade para agressão.

Outro exemplo de fundamental importância é de experiência alemã, quando o Tribunal Constitucional alemão entende que a negação do holocausto não é compatível com a liberdade de expressão (Sarlet, 2020). Decisão que foi mantida no Tribunal Europeu de Direitos Humanos (Negar Holocausto não é liberdade [...], 2019).

Verifica-se que principalmente nos casos alemão e brasileiro, a liberdade de expressão cedeu espaço e foi cerceada. Isso seria um retrocesso democrático? A democracia possui elementos para defender-se? Eis o que se buscará tratar no item seguinte.

IV. O paradoxo da democracia: a legitimidade democrática aos limites à liberdade de expressão

As abordagens até agora demonstraram a seriedade e a necessidade de se tratar as questões relacionadas aos discursos de ódio em contraposição ao direito fundamental da liberdade de expressão. Verificou-se dissenso inclusive no cenário norte-americano, cuja democracia se mostra mais longínqua.

Extrai-se do exposto até aqui, uma estreita ligação da democracia com os direitos e liberdade fundamentais, dentre eles as liberdades de pensamento e expressão humana, nelas compreendias a linguística, artística, cultural, espiritual, religiosa, entre outras. Em contraposição aos estados autoritários e totalitários, cujas liberdades são tolhidas e punidas, a democracia vangloria-se por ser liberal, onde tudo o que a lei não proíbe é permitido e, a depender do que a lei proíba, essa limitação deve ser considerada antidemocrática e corrigida pelas Cortes Constitucionais.

Desse cenário surgem paradoxos que, segundo Karl Popper podem ser assim representados pelo fato de que a liberdade, no sentido de uma total ausência de restrição, forçosamente ocasiona a uma restrição, na medida em que fornece "aos brutamontes a liberdade de escravizar os mansos". Esse cenário faz surgir o paradoxo da tolerância, no qual a tolerância ilimitada conduz ao desaparecimento da tolerância, isto é, "Se entendermos

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

uma tolerância ilimitada mesmo aos que são intolerantes, se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante do assalto dos intolerantes, então os tolerantes serão destruídos e, com eles, a tolerância" (Popper, 2013, p. 388).

Percebe-se que o paradoxo narrado pelo filósofo se faz presente na medida em que uma liberdade sem controles fornece a possiblidade de escravidão do mais fraco pelo mais forte, ao passo que uma tolerância ilimitada fornece ensejo para o desaparecimento da tolerância por força dos intolerantes. Nesse sentido, há necessidade de regramentos e limites.

No caso sob estudo, está-se diante de um regime que tem nas liberdades individuais uma pedra angular e, arraigado em seu fundamento, vê-se sob o ponto —contraditório ou não— de tolerar ou não a veiculação de discursos de ódio.

Importa tratar os pontos. De um lado há a democracia, cuja liberdade de expressão é fundamental e lhe traz diferença notável quando comparada com regimes autoritários ou totalitários. De outra, há o discurso de ódio, conceituado aqui como aquele que possui o condão de ferir, física ou psiquicamente, infligindo dor física ou psíquica.

Nesse passo, surgem as indagações: permite-se a emissão de um discurso odioso na democracia? Todo e qualquer discurso de ódio deve se permitido ou tolhido? Quando ele importa? Ainda em termos linguísticos, sociais e psicológicos, é fato que um discurso pode ser substancialmente ofensivo para uma pessoa e não o ser para outra. Há seres humanos hipersensíveis. Nessa hipótese, haveria de ter resposta democraticamente aceita ou é um dos preços que se deve pagar em termos de democracia?

O tema é complexo, intrigante e merece uma análise vertical. Contudo, em razão do corte metodológico necessário no presente estudo, a análise se limitará ao discurso político. Reformula-se as indagações acima para: no jogo democrático, nas discussões e disputas políticas, valem discursos odiosos? Vale atacar adversários? Pode haver incitação odiosa em termos raciais, religiosos e, em última análise, com ataque a própria democracia? É lícito a um candidato atacar o sistema? Importa acrescentar ao debate o fato de a Constituição Federal prever a imunidade parlamentar no Brasil.[16]

[16] Há previsão expressa da imunidade parlamentar na Constituição Federal, em seu artigo 53 cuja redação é a seguinte: Art. 53. Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos.

Ao tratar dos riscos de retrocesso democrático Aziz Huq e Tom Ginsburg, apresentam uma série de elementos ou indícios de hostilidade aos chamados predicados institucionais da democracia (eleições competitivas; direitos de expressão e associação política), notadamente em vista de que há quebras de regimes democráticos de forma velada e lenta. Dentre os mencionados elementos, está presente o discurso de ódio, a saber: "The resurgence of hate speech targeting dissenting voices and minorities, or proposals to single out such people for coercive or intrusive government action, also contract the public sphere (and are objectionable on their own terms)" (Huq & Ginsburg, 2018, p. 164)[17].

A história mostra as consequências de discursos odiosos, da demagogia desmedida e dos ataques às minorias, não por outro motivo o livro de Steven Levitsky e Daniel Ziblatt alcançou tantos leitores. Some-se a isso o fato de que uma geração que não lutou pelos direitos conquistados não sabe o valor que eles possuem, de modo a não lutar pela manutenção desses direitos (Ihering, 2020). Acrescente-se também as promessas não cumpridas pela democracia, a crise representativa que se apresenta, principalmente no Brasil.

A receita está formada. O risco democrático existe e é potencializado quando altos *players* do jogo político passam a ter voz, seguidores e ganharem corpo. Nesse ponto, volta-se a pergunta: para não se aproximar aos regimes autoritários e totalitários, deve a democracia tolerar os intolerantes? Karl Lowenstein, ao analisar os riscos para a democracia aborda as questões relacionadas à depressão econômica, desilusão nacional e insatisfação política e trabalha o conceito de democracia militante (Loewenstein, 1935) para evitar a característica suicida da democracia (Rijpkema, 2018).

Em completo trabalho, no qual aborda o aumento do autoritarismo no mudo, as mazelas ocasionadas pela vulnerabilidade da democracia no entre guerras, com ascensão do nazismo e fascismo na Europa, contratados com o direito fundamental da liberdade de expressão, o paradoxo ocasionado pela tolerância democrática e a possibilidade de autodestruição democrática, João Gabriel Madeira Pontes explora a democracia militante em temos de crise e apresenta um debate sobre como as democracias devem responder às ameaças autoritárias sugerindo um ponto de equilíbrio, devendo a to-

[17] Tradução livre: "O ressurgimento do discurso de ódio visando vozes dissidentes e minorias, ou propostas para denunciar essas pessoas por ação governamental coerciva ou intrusiva, também coapta a esfera pública (e é censurável em seus próprios termos)".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

lerância sofrer limitações se contrapostas com as irracionalidade e paixões das massas (Pontes, 2020).

Oscar Vilhena Vieira e Ademar Borges tratam da democracia militante e a quadratura do círculo, oportunidade em que defendem respostas aos abusos sistemáticos contra a democracia, de forma que, com obediência aos princípios e regras constitucionais, em especial ao devido processo legal, há que se ter a capacidade de analisar a gravidade das ameaças autoritárias e, assim, calibrar os mecanismos de autodefesa da democracia (Vieira e Borges, 2023).

Verifica-se uma necessidade de defesa da democracia, a qual não pode ser um pacto suicida, de modo a tolerar os intolerantes. Na receita do filósofo Karl Popper:

> Não sugiro com esta formulação [paradoxo da tolerância] que, por exemplo, devamos reprimir sempre a expressão de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrariá-las com argumentos racionais e controlá-las por meio de opinião pública, a repressão seria certamente muito pouco indicada. Mas deveríamos reservar-nos o *direito* de as reprimir, se necessário pela força, pois pode facilmente suceder que não estejam dispostas a confrontar-nos no terreno da discussão racional, mas comecem por rejeitar qualquer espécie de discussão; podem proibir os seus seguidores de ouvirem qualquer argumentação racional, porque a consideram enganadora, e ensiná-los a responder aos argumentos com os punhos ou as pistolas. Devíamos, por conseguinte, em nome da tolerância, afirmar o direito a não tolerar os intolerantes. (Popper, 2012, p. 389)

Há limites críticos e éticos. O filósofo nos propõe que a liberdade de expressão deve ser ampla sempre em que houver discussões, no caso políticas, no campo das ideias. Mas as discussões devem ser coerentes, críticas, mesmo que o interlocutor com elas não concorde ou não goste. Existe espaço para críticas mesmo que ostensiva. Por outro lado, inexiste campo para o ódio, para formulações que não aceitem contraposição e extrapolem o campo das ideias aceitáveis moralmente e que propaguem a violência.

Nesse passo, a democracia militante ou a democracia combativa,[18] nos moldes doutrinados acima apresentados, legitima a intolerância aos in-

[18] No texto os autores abordam os acontecimentos de 08 de janeiro de 2023 (invasão, principalmente, ao Supremo Tribunal Federal) e abordam as respostas que a democracia brasileira forneceu contra os intolerantes – se assim podem ser adjetivas as pessoas que atacaram

tolerantes, de modo que discursos de ódio, notadamente quando proferidos por altos *players* do cenário político, utilizam do expediente para minar o sistema democrático, disseminando ódio.

Oportuno, antes de concluir o presente trabalho, apresentar algumas ponderações relacionadas à imunidade parlamentar prevista na Constituição Federal Brasileira. Importa rememorar que a Constituição Federal de 1988 representou uma quebra de um regime autoritário, no qual parlamentares foram cassados por atos arbitrários e autoritários, sem qualquer direito ao exercício do devido processo legal. Nesse passo, o constituinte originário viu-se obrigado a garantir que os parlamentares pudessem exercer seus mandatos livre de pressões e medos. Assim, a imunidade parlamentar restou tipificada na Lei Fundamental.

As pressões e ameaças existentes do Brasil ditatorial não mais se fazem presentes. Não que se defenda um judiciário ou Suprema Corte iluminista,[19] mas o fenômeno jurídico não pode ignorar o fenômeno social, bem como contexto social. Dessa forma, o Supremo Tribunal Federal em mais de uma oportunidade reconheceu que a imunidade parlamentar não é absoluta.[20]

---

os poderes da república. Sob o olhar da democracia combativa, dizem que há necessidade de respostas aos "atos de violência ou de ameaça voltados à destruição do governo legitimamente constituído" e "Essa leitura mostra-se compatível com a necessidade de proteção penal antecipada contra atos autoritários", concluindo da seguinte maneira: "A adequada aplicação dos delitos que tutelam o regime democrático, interpretados à luz dos parâmetros da democracia combativa, certamente produzirá mais uma indispensável contribuição do Poder Judiciário brasileiro na superação da violência e da ameaça como métodos de constrangimento das instituições democráticas".

[19] Barroso (2015) diz: "O problema central do acoplamento estrutural entre o sistema político e o sistema jurídico reside no alto risco de que cada um deles deixe de operar com base em seus próprios elementos (o Judiciário com a legalidade e a Política com a agregação de interesses e tomada de decisões coletivas) e passe a atuar com uma lógica diversa da sua e, consequentemente, incompreensível para as autorreferências do sistema. Essa corrupção de códigos resulta num Judiciário que decide com base em critérios exclusivamente políticos (politização da magistratura como a somatória dos três erros aqui referidos: parcialidade, ilegalidade e protagonismo de substituição de papéis) e de uma política judicializada ou que incorpora o ritmo, a lógica e a prática da decisão judiciária em detrimento da decisão política. A tecnocracia pode reduzir a política a um exercício de formalismo judicial [...]" e conclui: o "O juiz constitucional não está autorizado a impor as suas próprias convicções. Pautado pelo material jurídico relevante (normas, conceitos, precedentes), pelos princípios constitucionais e pelos valores civilizatórios, cabe-lhe interpretar o sentimento social, o espírito de seu tempo e o sentido da história. Com a dose certa de prudência e de ousadia". No mesmo sentido Barroso (2018).

[20] A Leitura da Ação Originária de número leva a conclusão no sentido de que há possi-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

V. Conclusões

A questão objeto do estudo é complexa. Uma solução apriorística se mostra, hoje, inalcançável. A solução legislativa se mostra intricada e cheia de percalços,[21] além do fato de que a linguagem é polissêmica o que, em razão da sensibilidade e completude do tema, há que se ter um cuidado legiferante muito maior. Ao contrário de um interlocutor, não se pode inquirir ao legislador o que desejou dizer com o texto (Waldron, 2003).[22]

A democracia possui e deve possuir valores fundamentais. Dentre eles a liberdade de expressão, compreendida em todas as suas acepções, isto é, liberdade de consciência, credo, religião, entre outros. Contudo, a exteriorização do pensamento, notadamente quando seriamente ferir terceiros, minorias ou conspirar com o sistema, deve ser obstada. A democracia não tolera lesões ou ameaça de lesões a direitos.[23] Repita-se que, ao se ler lesão, entenda-se a dor física ou emocional.

---

bilidade de "Afastamento da imunidade apenas "quando claramente ausente vínculo entre o conteúdo do ato praticado e a função pública parlamentar exercida" (Ação Ordinária 2002, 2018).

[21] Verifica-se atualmente (dia 02 de maio de 2023) uma "guerra" parlamentar e midiática com relação ao projeto de lei das *fake news*, que trata, também, do discurso de ódio. Sequer a votação foi realizada em vista da pressão que os parlamentares sofreram e do risco de rejeição do projeto, de modo que o texto foi encaminhado para as Comissões de Comunicação; Finanças e Tributação e Constituição e Justiça e de Cidadania (Projeto de Lei n. 2630, 2020). Não se está fazendo nenhum juízo valorativo do projeto. Objetiva-se somente demonstrar que os temas são complexos e ainda não atingiram a maturação suficiente para uma votação parlamentar. O texto foi objeto, no senado, foi objeto de 152 Emendas (informação disponível em: https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/141944) e na Câmara objeto de 85 emendas.

[22] Jeremy Waldron (2003) ensina: "No caso de um indivíduo que fala, quando as suas palavras não são claras, perguntamos a ele o que quis dizer ou podemos consultar o que sabemos dos pensamentos ou das idéias associadas à sua elocução original [...] E se a legislatura fosse um único individuo natural, poderíamos fazer exatamente a mesma coisa. Confrontados com uma decretação ambígua, chamaríamos o soberano de lado e perguntaríamos o que quis dizer [...]. Nada disso faz sentido, porém, ou, pelo menos, nada disso faz muito sentido evidente no caso de uma legislatura que *não* é um único indivíduo natural, uma legislatura que, antes, compreende centenas de membros, com opiniões e estados mentais radialmente diversos [...]".

[23] Há um compromisso constitucional com o acesso efetivo à justiça. Não basta mais que seja garantido ao cidadão apenas a formulação do pedido junto ao Poder Judiciário. Faz-se necessária uma resposta célere, efetiva e concreta. Isso foi objeto de abordagem no capítulo

Não se trata de tutelar os hipersensíveis. A liberdade de expressão, repita-se, é valor fundamental. Contudo, conforme célebre doutrina de Alexy (2008), não há direito fundamental absoluto. Devem ser respeitados o núcleo duro ou essencial de cada direito fundamental,[24] mas em razão da vagueza e abstração que lhes são características, deve-se atuar com coerência e integridade, interpretando o ordenamento jurídico de modo harmônico e sistêmico, como um romance em cadeia.[25]

A democracia não pode ficar inerte às ofensas que lhe são postas, notadamente em tempos de crise e discursos odiosos, que levam a violência emocional ou física não podem ser legitimados com base na liberdade de expressão, notadamente no cenário político.

Tolerar os intolerantes não pode ser visto como democrático, assim como não tolerar intolerantes não é antidemocrático. A democracia não acei-

---

2 do livro Limites da Coisa Julgada na reparação de danos a direitos individuais homogêneos (Santos, 2019).

[24] Gilmar Mendes sustenta: Da análise dos direitos individuais pode-se extrair a conclusão direta de que direito, liberdades, poderes e garantias são passíveis de limitações ou restrição. É preciso não perder de vista, porém, que *tais restrições são limitadas*. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou 'limites dos limites' (*Schranken-schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas" (Mendes, 2012, p. 56) Atente-se aqui que o texto trata das limitações legislativas, as quais são, a todo efeito, aplicáveis ao Poder Judiciário.

[25] Sobre integridade, coerência e a necessidade de um romance em cadeia Ronald Dworkin diz: Uma comunidade de princípios, que vê a integridade como parte fundamental de sua política, apresenta uma melhor defesa da legitimidade política do que os outros modelos. Assimila obrigações políticas à categoria geral das obrigações associativas e defendê-las dessa maneira. Essa defesa é possível em tal comunidade porque um compromisso geral com a integridade expressa o interesse de cada um por tudo que é suficientemente especial, pessoal, abrangente e igualitário para fundamentar as obrigações comunitárias segundo as normas de obrigação comunitária que aceitamos em outros contextos. [...] A integridade é a chave para a melhor interpretação construtiva de nossas práticas jurídicas distintas e, particularmente, do modo como nossos juízes decidem os casos difíceis nos tribunais. [...] Para nós, a integridade é uma virtude ao lado da justiça, da equidade e do devido processo legal, mas isso não significa que, em algumas das duas formas assinaladas, a integridade seja necessariamente, ou sempre, superior às outras virtudes". [...] "O juiz que aceitar a integridade pensará que o direito que esta define estabelece os direitos genuínos que os litigantes têm a uma decisão dele. [...] como se o Estado tivesse uma única voz. [...] O princípio de integridade na decisão judicia, portanto, não tem necessariamente a última palavra sobre de que modo usar o poder de coerção do Estado. Mas tem a primeira palavra, e normalmente não há nada a acrescentar àquilo que diz" (Dworkin, 2014, p. 260).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ta o vale tudo linguístico. No mais das vezes, os discursos de ódio confundem-se com a intolerância, seja religiosa, social, racista ou, no caso abordado, política. Não se trata de fornecer uma carta branca à censura. Longe disso. A verificação do discurso de ódio, insidioso e intolerante não há de ser feito *in abstrato*. É necessário que seu controle seja feito casuisticamente, com critérios de validade e verificabilidade. De modo coerente e íntegro. Há que se pensar e decidir com base no que chamam de sistema S2.[26]

Não se nega que a disseminação da informação, atualmente, é veloz e seus efeitos podem ser irremediáveis. Contudo, há preços as serem pagos na vida democrática. Compete ao operador do direito acreditar nas instituições. No acesso efetivo à tutela jurisdicional, de modo célere, responsável, íntegro e coerente. Existem juízes e bons juízes. Eles devem ser o paradigma.

A evolução social traz um aumento na responsabilidade das pessoas. Isso deve ser incutido nos novos operadores do direito, que estão saindo dos bancos escolares e se tornarão juízes, desembargadores e ministros. Ao Poder Judiciário compete, ao menos hoje que não se tem uma receita pronta – muito devido à complexidade do tema –, a tarefa de guardar a constituição e remediar o discurso de ódio. Isso é democrático. Não se pode mais ter a democracia como um regime suicida.

Atualmente, verifica-se um enfrentamento principalmente por parte do Poder Judiciário brasileiro no que tange aos extremismos políticos e proteção à democracia. Exemplos podem ser fornecidos, como as respostas proferidas pela Suprema Corte com relação aos atos ocorridos em 08 de janeiro de 2023, em que poderes da república brasileira foram atacados por extremistas ou mesmo o combate a desinformação, exteriorizado pela resolução 23.735, de 27 de fevereiro de 2024, do Tribunal Superior Eleitoral, que trata dos atos ilícitos eleitorais e elenca a consumação de abuso de poder pelo uso da internet visando promover desinformação em massa (2024). Outros exemplos estão em tramitação no Congresso Nacional, como, por exemplo, o já citado Projeto de Lei de n. 2630/20, denominado PL das Fake News (2020).

Há parâmetros constitucionais para que os intolerantes não sejam tolerados e a estabilidade social e democrática seja mantida, os quais necessi-

[26] Daniel Kahneman (2012), ao ganhar o prêmio Nobel de economia, propôs uma teoria segundo a qual o ser humano possui duas formas de pensar, representadas pelo sistema que denomina S1, sujeito a vieses e heurísticas cognitivas, que pode facilmente enganar e ser enganado e o S2, reflexivo, lento, que requer atenção, esforço, autocontrole.

tam de complementação legislativa que deve fixar critérios para avaliação de discursos ofensivos politicamente às democracias, sem que haja limitação inconstitucional à liberdade de expressão. O Projeto de Lei 2630/20, por exemplo, traz procedimentos de moderação de conteúdo, imposição de autorregulação regulada e a criação de um conselho de transparência e responsabilidade na internet, a serem exercidos por diferentes atores ligados ao poder público e à iniciativa privada.

Não é objetivo deste estudo trazer uma *lege ferenda* ou analisar o texto em tramitação legislativa. A mensagem que se pretende passar é que o grande árbitro desse controle deve ser o Poder Judiciário, e a vedação da liberdade de expressão deve ser exercida a posteriori, em conformidade com pressupostos positivados principalmente nas constituições e nos tratados internacionais.

Para os fins deste estudo, é incumbência do Poder Judiciário, com fundamento principalmente na Constituição Federal brasileira, analisar se, no cenário político, o discurso tem relevância social ou econômica, o que o torna legítimo democrática e juridicamente.

Por outro lado, se o discurso representa a exteriorização do pensamento direcionado contra uma pessoa, classe ou grupo de pessoas, com potencial de causar-lhes dor emocional, com conteúdo essencialmente inútil, isto é, sem qualquer interesse público que o justifique, não há espaço para sua tolerância, e ao Poder Judiciário incumbe, em última análise, a tutela da ordem jurídica e a limitação da liberdade de expressão.

VI. Bibliografia

Abreu, D. A. (2022, outubro 28). *Como funciona a metodologia Jurídica*. IDP. https://direito.idp.edu.br/idp-learning/pesquisa-juridica/metodologia-pesquisa-juridica/

Ação Ordinária 2002 (2018). Supremo Tribunal Federal do Brasil. Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 02 fev. 2016 (processo eletrônico). *DJe-036,* divulg. 25 fev. 2016, public. 26 fev. 2016. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur340265/false

Alexy, R. (2008). *Teoria dos direitos fundamentais* (V. A. Silva, Trad.). Malheiros Editores.

Alexy, R. (2014). *Teoria discursiva do direito. Organização e tradução de Alexandre Travessoni Gomes Tribisonno*. Forense Universitária.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Arguição de descumprimento de preceito fundamental - ADPF 130. (2009). Supremo Tribunal Federal do Brasil. Relator(a): Carlos Britto, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009. *DJe-208*, Divulg. 05 nov. 2009, Public. 06 nov. 2009, Ement. vol-02381-01. https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur169063/false

Aristóteles [384-322 a.C]. (2017). *A política*. Nova Fronteira.

Baptista, E. A., Hauber, G. & Orlandini, M. (2022). Despolitização e populismo. As estratégias discursivas de Trump e Bolsonaro. *Media & Jornalismo*, *22*(40), 115-119. https://doi.org/10.14195/2183-5462_40_5

Barreto Júnior, W. (2021). *Bolsonaro e seus seguidores: 1.560 frases*. Geração Editorial.

Barroso, L. R. (2015). A razão sem voto: o Supremo Tribunal Federal e o governo da maioria. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, *5*(especial), 23-50.

Barroso, L. R. (2018). Contramajoritário, Representativo e Iluminista: Os papeis dos tribunais constitucionais nas democracias contemporâneas. *Rev. Direito Práx.*, *9*(4), 2171-2228. https://doi.org/10.1590/2179-8966/2017/30806

Bobbio, N. (2019). *O futuro da democracia. Uma defesa às regras do jogo* (16a. ed.), Editora Paz&Terra.

Borges, A. & Cruz, A. (2023, 24 janeiro). *Direito penal e a democracia combativa*. *Estadão*. https://www.estadao.com.br/opiniao/espaco-aberto/direito-penal-e-democracia-combativa/

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969, february 27). Supreme Court Cases. First Amendment Library. https://www.thefire.org/supreme-court/brandenburg-v-ohio

Butler, J. (2021). *Discurso de ódio. Uma política do performativo* (R. F. Viscardi, Trad.). Editora Unesp.

Calcaneo Monts, M. A. (2021). Internet, redes sociales y libertad de expresión. Cuestiones Constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(44), 37–54. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.44.16157

Callejón, F. B. (2022). La constitución del algoritmo. *Etudios n. 9,* Saragoza, Serie Universidad, v. 1, Fundación Manuel Giménez Abad, 2022.

Canotilho, J. J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição* (7a. ed.). Almedina.

Cintra, A. C. A., Grinover, A. P. & Dinamarco, C. R. (2004). *Teoria Geral do Processo* (22a. ed.). Malheiros.

Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. (1988). *Presidência da República.* https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

Cornell Law School. LII – Legal Information Institute. (2021). Fight words. https://www.law.cornell.edu/wex/fighting_words

Correia, A. (2022). Direito de resposta: tradição jurídica, conformação legal e natureza autônoma. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC,* 16(50), 71-93, jul./dez.

Dahl, R. A. (2016). *Sobre a democracia*. Editora Universidade de Brasília.

Dallari, D. A. (2003). *Elementos de teoria geral do Estado* (24a. ed.). Saraiva.

Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. (1992). Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. *Presidência da República Federativa do Brasil*. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf

Dikötter, F. (2022). *Como ser um ditador. O culto à personalidade no século XX* (P. Diniz, Trad.). Editora Intrínseca.

Dworkin, R. (2014). *O império do direito* (3a. ed., J. L. Camargo, Trad.). Martins Fontes.

Esquivel Alonso, Y. (2016). El discurso del odio en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(35). https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2016.35.10491

Faria, A. M. T., Silva, M. G. & Jorge, V. L. (2022). Eleições e extremismo no Brasil: análise dos programas de governo de Haddad e Bolsonaro. *RBCS – Revista Brasileira de Ciências Sociais*, *37*(110), e3711008. https://doi.org/10.1590/3711008/2022

Fernandes, B. G. (2014). *Curso de Direito Constitucional* (6a. ed.). Editora Jus Podivm.

Freitas Filho, R. (2007). Estudos Jurídicos Críticos (CLS) e coerência das decisões. *Revista de Informação Legislativa, 44*(175), 41-65. https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/140237

Freitas Filho, R. (2009). *Intervenção judicial nos contratos e aplicação dos princípios e das cláusulas gerais: o caso do leasing*. SAFE.

Freud, S. (2005). *A Civilização e os seus descontentamentos*. Editora Europa-América Ltda.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Fuks, M., & Marques, P. (2020, 23 outubro). Afeto ou ideologia: medindo a polarização política no Brasil? In P. H. Marques & M. Fuks (coord.), *XII Encontro da ABCP – Anais eletrônicos*. Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa. https://www.abcp2020.sinteseeventos.com.br/simposio/view?ID_SIMPOSIO=1

Fuks, M. & Marques, P. (2022). Polarização e contexto: medindo e explicando a polarização política no Brasil. *Opinião Pública, 28*(3), 560-593. https://doi.org/10.1590/1807-01912022283560

Fux, L. (2020). Nos 32 anos da Constituição, Fux diz que promessas do texto 'ainda não foram cumpridas'. *G1*. (Discurso em vídeo). https://g1.globo.com/politica/noticia/2020/10/05/nos-32-anos-da-constituicao-fux-diz-que-promessas-do-texto-ainda-nao-foram-cumpridas.ghtml

Gard, S. W. (1980). Fighting Words as Free Speech. *Washington University Law Review, 58*(3), 531-581. https://openscholarship.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2423&context=law_lawreview

Gaspari, E. (2014). *O Sacerdote e o Feiticeiro. A ditadura derrotada* (2a. ed.). Intrínseca.

Habeas corpus - HC 82424. (2004). Supremo Tribunal Federal do Brasil. Relator(a): Moreira Alves, Relator(a) p/ Acórdão: Maurício Corrêa, Tribunal Pleno, julgado em 17/09/2003. *DJ 19 mar.2004 PP-00024,* Ement vol-02144-03 PP-00524.

Habermas, J. (2003). *Direito e democracia: entre facticidade e validade* (2a. ed. Vol. 1; F. B. Siebeneichler, Trad.). Tempo Brasileiro.

Hume, D. (2004). *Investigações sobre o entendimento humano e sobre os princípios da moral*. Editora Unesp.

Huq, A. & Ginsburg, T. (2018). How to Lose a Constitutional Democracy. *65 UCLA Law Review*, *78,* 80-169. https://www.uclalawreview.org/wp-content/uploads/2019/09/Huq-Ginsburg-65-1.pdf

Ihering, R. (2020 / 1818-1892). *A luta pelo direito* (E. Bini, Trad.). Edipro.

Jellinek, G. (2000). *Teoría general del Estado* (F. Los Rios, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

Jugl, I., Lösel, F., Bendera, D., y King, S. (2021). Psychosocial Prevention Programs Against Radicalization and Extremism: A Meta-Analysis of Outcome Evaluations. *The European Journal of Psychology Applied to Legal Context, 13*(1), 37-46. https://scielo.isciii.es/pdf/ejpalc/v13n1/1889-1861-ejpalc-13-1-0037.pdf

Kahneman, D. (2012). *Rápido e devagar: duas formas de pensar*. Objetiva.

Laplanche, J. (2001). *Vocabulário da psicanálise* (4a. ed., P. Tamen Trad.). Editora Martins Fontes.

Lawrence III, C. (1990). If he Hollers Let Him Go: Regulating Racist Speech on Campus. *Duke Law Journal, 39*(3), 431-483. https://scholarship.law.duke.edu/dlj/vol39/iss3/2

Levitsky, S. & Ziblatt, D. (2018). *Como as democracias morrem* (R. Aguiar, Trad.). Zahar.

Loewenstein, Karl. (1935). Autocracy versus Democracy in Europe. *American Political Science Review*, *29*(5), 755-784.

Teruel Lozano, G. M. El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo. *ReDCE*. Año 14. Núm. 27. Enero-Junio/2017. 81-106. https://www.ugr.es/~redce/REDCE27/PDFs/ReDCE_27.pdf

Matsuda, M. J., Lawrence III, C. R., Delgado, R., & Crenshaw, K. W. (orgs.). (1993). *Words that Wound: Critical Race Theory, Assaultive Speech, and the Frist Amendment*. Westview Press.

Mendes, G. F. & Branco, P. G. G. (2018). *Curso de Direito Constitucional* (13a. ed.). Saraiva Educação.

Mendes, G. F. (2012*). Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional* (4a. ed.). Saraiva.

Negar Holocausto não é liberdade de expressão, decide corte (2019). *Deutsche Welle*. https://www.dw.com/pt-br/negar-holocausto-n%C3%A3o-%C3%A9-liberdade-de-express%C3%A3o-decide-corte-europeia/a-50697201

Oreste, R. (1947). *Istituzioni di diritto pubblico*. Editora *A.* Giuffrè.

Petição 10391 AgR / DF (2022). Supremo Tribunal Federal do Brasil. Relator(a): Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, julgado em 14 nov. 2022 (Processo Eletrônico). *DJe-s/n*, divulg. 13 fev. 2023, public. 14 fev. 2023.

Pérez Fuentes, G. M. (2015). Dialéctica entre la libertad de expresión y los derechos de la personalidad en la experiencia española. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(33). https://doi.org/10.1016/j.rmdc.2016.03.021

Pinheiro, B. O., Bahia, C. J., & Santos, L. F. (2022). Súmulas e precedentes vinculantes. Possibilidade paradoxal de exclusão social decorrente de sua aplicação superficial. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, *8*(4), 673-712. https://www.cidp.pt/publicacao/revista-juridica-lusobrasileira-ano-8-2022-n-4/279

Pontes, J. G. M. (2020). *Democracia militante em tempos de crise*. Lumen Juris.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Popper, K. (2012). *A Sociedade Aberta e os seus Inimigos*: *o sortilégio de Platão* (Vol. 1, M. F. Costa, Trad.). Edições 70.

Popper, Karl. (2013) *A sociedade aberta e os seus inimigos: Hegel e Marx* (Vol. 2, M. F. Costa, Trad.). Edições 70.

Projeto de Lei n. 2630 (2020). *Lei das Fake News*. Senado Federal (Sen. A. Vieira). https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2256735

Rcl n. 38782. (2021). Supremo Tribunal Federal do Brasil. Relator(a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 03 nov. 2020. *Processo Eletrônico DJe-034*, divulg. 23 fev. 2021, public. 24 fev. 2021.

Resolução n. 23.735, (2024). *Dispõe sobre os ilícitos eleitorais*. Tribunal Superior de Eleitoral. https://www.tse.jus.br/legislacao/compilada/res/2024/resolucao-no-23-735-de-27-de-fevereiro-de-2024.

Rijpkema, B. (2018). *Militant Democracy: The limits of Democratic Tolerance*. Routledge.

Rodrigues, H. W., y Grubba, L. S. (2023). *Pesquisa Juídica Aplicada*. Habitus.

Sandoval Vargas, G., y Zárate Castillo, A. (2022). Sánchez Muñoz, Óscar, La regulación de las campañas electorales en la era digital. Desinformación y microsegmentación en las redes sociales con fines electorales, Madrid, Universidad de Valladolid-Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2020, 347 pp. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(45), 537-547. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16677

Santos, L. F. F. (2019). *Limites da coisa julgada na reparação de danos a direitos individuais homogêneos*. Lumen Juris.

Sarlet, I. W. (2020). O Tribunal Constitucional da Alemanha e o discurso de ódio na internet. *Conjur*. https://www.conjur.com.br/2020-jul-20/direitos-fundamentais-tribunal-constitucional-alemanha-discurso-odio-internet

Sarmento, D. (2006). Liberdade de expressão e o problema do "Hate Speech". *RDE - Revista de Direito do Estado*, *4*, 53-106. https://professor.pucgoias.edu.br/SiteDocente/admin/arquivosUpload/4888/material/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmento.pdf

Schumpeter, J. A. (1961). *Capitalismo, Socialismo e Democracia* (R. Jungmann, Trad.). Fondo de Cultura Económica.

Silva, J. A. (1988). O Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Administrativo*, (173), 15-34, jul/set. https://periodicos.fgv.br/rda/article/download/45920/44126/91434

Silva, J. A. (2017). *Curso de Direito Constitucional Positivo* (40a. ed.). Malheiros.

Streck, L. L., y Morais, J. L. B. (2013). Estado Democrático de Direito. In J. Canotilho & J. J. Gomes (Eds), *Comentários à Constituição do Brasil*. Saraiva/Almedina.

Terminiello v. Chicago (1949). Supreme Court (argued Feb. 1, 1949, decided May 16, 1949). https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/337/1

Texas, Petitioner v. Gregory Lee Johnson (1989). Supreme Court (argued mar. 21, 1989, Decided June 21, 1989). https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/491/397

Vieira, O. V., & Borges, A. (2023, 16 fevereiro). Democracia militante e a quadratura do círculo. *Jota*. https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/democracia-militante-e-a-quadratura-do-circulo-16022023

Vieira, O. V. (2007). A desigualdade e a subversão do Estado de Direito. *SUR – Revista Internacional de Direitos Humanos*, (6), ano 04.

Waldron, J. (2003). *A dignidade da legislação* (L. C. Borges, Trad.). Martins Fontes.

Cómo citar

Sistema IIJ

Ferreira dos Santos, Luiz Felipe, y Ávila e Silva Sampaio, Marília de, "Democracia e seus inimigos: a liberdade de expressão e o discurso de ódio no cenário político", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19196. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19196

APA

Ferreira dos Santos, L. F., y Ávila e Silva Sampaio, M. (2025). Democracia e seus inimigos: a liberdade de expressão e o discurso de ódio no cenário político. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19196. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19196

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

De la deficiencia a la diversidad: análisis crítico del marco jurídico mexicano y los nuevos paradigmas del concepto de discapacidad

From impairment to diversity: critical analysis of the Mexican legal framework and the new paradigms of the concept of disability

Guillermo **Ramírez-Rentería**

https://orcid.org/0009-0003-5289-0471

Universidad Nacional Autónoma de México. México
Correo electrónico: mtro.guillermo.ramirez@gmail.com

Recepción: 16 de noviembre de 2023
Aceptación: 15 de abril de 2024
Publicación: 17 de septiembre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18692

Resumen: La integración de las personas con discapacidad en México constituye un pilar fundamental para alcanzar un desarrollo inclusivo y fortalecer la participación ciudadana. Esta investigación hace un recuento del concepto de *discapacidad*, su medición histórica y los elementos constitutivos del marco jurídico mexicano. El argumento presentado sostiene que el marco normativo mexicano no se encuentra armonizado con las recomendaciones internacionales, complicando el diseño e implementación de políticas públicas y sociales. La estructura subsecuente abarca el concepto de la discapacidad, los planes nacionales de desarrollo y el marco jurídico mexicano, en función del marco internacional mediante un análisis crítico. Se concluye que el marco jurídico mexicano sobre discapacidad requiere armonizarse en torno al modelo social de la discapacidad.
Palabras clave: discapacidad, inclusión, desarrollo, justicia.

Abstract: The integration of persons with disabilities in Mexico is a fundamental pillar for achieving inclusive development and strengthening citizen participation. This research has an overview of the concept of disability, its historical measurement and the constituent elements of the Mexican legal framework. The argument presented suggests that the Mexican normative framework is not harmonised with international recommendations, complicating the design and implementation of public and social policies. The subsequent structure covers the concept of disability, national development plans and the Mexican legal framework in terms of the international framework through a critical analysis. It is concluded that the Mexican

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

legal framework on disability needs to be harmonised around the social model of disability.
Keywords: disability, inclusion, development, justice.

Sumario: I. *Introducción*. II. *El concepto de discapacidad y su medición en México y el mundo*. III. *Los planes nacionales de desarrollo en México*. IV. *El marco jurídico internacional en materia de discapacidad*. V. *El marco jurídico mexicano en materia de discapacidad*. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias*.

I. Introducción

La discapacidad es un tema que se debe abordar constantemente en México a cuenta de su importancia para la inclusión de personas con diversidad funcional en la sociedad. El concepto de *discapacidad* ha ido cambiando a través del tiempo, pasando de ser un castigo divino hasta reconocerse como una limitante creada por una determinada organización social. Dicho lo anterior, la discapacidad puede entenderse como una situación resultante de la interacción de un sujeto con alguna diversidad funcional y el entorno que lo rodea. El entorno usualmente se vuelve inaccesible en función de las barreras arquitectónicas o culturales que enfrentan las personas con discapacidad. Como consecuencia de estas barreras, los organismos internacionales consideran que las personas con discapacidad son un grupo susceptible de caer en pobreza y permanecer en dicha situación.

En México, las leyes que buscan atender a la discapacidad son relativamente recientes. La Ley General de las Personas con Discapacidad fue emitida en 2005; la actual Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad fue publicada en 2011. Mientras que la primera ley se basó en el modelo médico, la segunda se fundamentó en el modelo social. Sin embargo, estas no son las únicas leyes que regulan la discapacidad; se puede afirmar que no todas las regulaciones se basan en el modelo social de la discapacidad. Las leyes de salud, asistencia social, educación, seguridad social o desarrollo también son importantes para el tratamiento de la discapacidad.

Las leyes son la consecuencia de la forma en que se ha entendido la discapacidad en México evolucionando según los paradigmas sociales, influenciando la forma en que se mide. Por ejemplo, la discapacidad fue medida en 1900 a través de categorías negativas, como se menciona en la metodología de dicho censo (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2010). En el conteo de 1995 se reconoció que la discapacidad es parte del ser humano, por lo que es necesario hacer un análisis exhaustivo de la catego-

ría de discapacidad con el fin de erradicar los prejuicios existentes en torno a esta (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001).

La atención por parte del Estado hacia las personas con discapacidad es reciente y tiene como antecedente al programa CONVIVE de 1995. A partir de la promulgación de la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad en 2011, cada administración debe presentar programas de inclusión nacionales. Sin embargo, los resultados de la implementación de los programas nacionales de inclusión no han sido los esperados. El Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2021-2024 es la última estrategia al respecto de esta inclusión; sin embargo, como sus programas homónimos anteriores, no ha tenido resultados trascendentales.

El argumento del presente texto tiene como hipótesis que el marco jurídico mexicano referente a la discapacidad presenta inconsistencias en torno al modelo social de la discapacidad. El objetivo de esta investigación es realizar una revisión sistemática de las perspectivas sobre la discapacidad en México, fundamentadas en modelos teóricos, su medición y el marco jurídico del país. Para lograr el objetivo, se analiza la armonización de la legislación mexicana actual con respecto a los instrumentos internacionales que México ha firmado y ratificado y los planes nacionales de desarrollo que se han producido. Además, se hace énfasis en el papel del derecho al trabajo digno como un mecanismo de inclusión y como puerta de entrada al disfrute y ejercicio de los demás derechos.

II. El concepto de discapacidad y su medición en México y el mundo

El concepto que comienza a ser utilizado dar cuenta del fenómeno de la discapacidad, partiendo del modelo médico, es el de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y la Clasificación Internacional de Deficiencias Discapacidades y Minusvalías (CIDDM), publicada en 1980. La finalidad de esta clasificación era servir de guía para profesionales sanitarios, como médicos, fisioterapeutas, enfermeras, psicólogos entre otros. La CIDDM aborda el tema mediante tres ejes: deficiencia (*impairment*), discapacidad (*disability*) y minusvalía (*handicap*). Estos tres conceptos eran considerados como sucesivos, indicando que a la enfermedad le seguía la deficiencia, la discapacidad y, por último, la minusvalía (OMS, 1980).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La CIDDM definió a la enfermedad como "Una situación intrínseca que abarca cualquier tipo de enfermedad, trastorno o accidente". La *deficiencia* fue definida como "La exteriorización directa de las consecuencias de la enfermedad y se manifiesta tanto en los órganos del cuerpo como en sus funciones"; la *discapacidad* se explicó como "La objetivación de la deficiencia en el sujeto y con una repercusión directa en su capacidad de realizar actividades en los términos considerados normales para cualquier sujeto de sus características"; y, por último, la *minusvalía* se definió como "La socialización de la problemática causada en un sujeto por las consecuencias de una enfermedad, manifestada a través de la deficiencia y/o la discapacidad, y que afecta al desempeño del rol social que le es propio" (OMS, 1980).

Las definiciones anteriores son propias del modelo médico de la discapacidad; esta última es solamente la exteriorización natural de la enfermedad. Estas definiciones no tomaron en cuenta otros conceptos relacionados a la discapacidad que la consideraban de una forma distinta, como la del *impedido* de la Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas (ACDH) y la Unión de los Impedidos Físicos contra la Segregación (UPIAS). La UPIAS fue una organización formada en 1972 con el fin de politizar la discapacidad en el Reino Unido, inspirada en los movimientos sobre derechos civiles y políticos de la época, y fue uno de los primeros actores que impulsaron el modelo social de la discapacidad, como menciona Goodley (2011).

La UPIAS definió a la discapacidad como

> La desventaja o restricción para una actividad que es causada por una organización social contemporánea que toma poco o nada en cuenta a las personas que tienen deficiencias físicas (sensoriales o mentales) y de esta manera las excluye de participar en la corriente principal de las actividades sociales. (Union of the Physically Impaired Against Segregation, 1975)

La conceptualización de la discapacidad de UPIAS tomó en cuenta al sujeto colectivo, reafirmando que la discapacidad es la resultante de una organización humana, por lo que es susceptible de cambiar. La concepción social de la discapacidad de UPIAS, y la recepción crítica de la CIDDM, provocarían propuestas de revisión a dichos instrumentos. Los grupos de expertos y activistas, en conjunto con gobiernos, propondrían cambios que darían origen a la Clasificación Internacional de la Salud, la Discapacidad y el Funcionamiento (CIF) en 2001.

En 1993, el documento de las *Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para personas con discapacidad* ya tendría una perspectiva diferente a la CIDDM, definiéndola como "Una persona que sufre restricciones en la clase o en la cantidad de actividades que puede realizar debido a dificultades corrientes causadas por una condición física, una condición mental o un problema de salud de largo plazo[...]" (Organización de las Naciones Unidas, 1993)1993.

Sin embargo, la CIF en 2001 ya delimitaba componentes constituidos de la discapacidad: *a)* funcionamiento: "Es un término genérico para designar las funciones y estructuras corporales, la capacidad de desarrollar actividades y la participación social del individuo"; *b)* discapacidad: "Es un término genérico que engloba las deficiencias en las funciones y estructuras corporales, las limitaciones, las limitaciones en la actividad y las restricciones en la participación social del ser humano"; y *c)* factores contextuales: "El entorno físico y social en el que las personas viven" (OMS, 2001, p. 9). Con estas definiciones, la CIF da cuenta tanto del modelo social como del marco teórico de sus definiciones.

Un hito importante fue la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). La convención en su inciso E dicta que "La discapacidad es un concepto en evolución que surge de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras derivadas de actitudes y entornos que impiden su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás" (Organización de las Naciones Unidas, 2008). La Convención es, hasta nuestros días, un referente de los esfuerzos internacionales para la implementación del modelo social de la discapacidad.

El Informe Mundial sobre la Discapacidad de 2011, del Banco Mundial y la OMS, introduciría una perspectiva distinta sobre la discapacidad como parte importante de la existencia del ser humano. De acuerdo con el informe,

> La discapacidad forma parte de la condición humana: casi todas las personas experimentarán algún tipo de discapacidad temporal o permanente en algún momento de su vida, y aquellos que lleguen a la vejez experimentarán dificultades crecientes en su funcionamiento. La discapacidad es compleja y las intervenciones varían según el contexto. (Organización Mundial de la Salud, 2011)

Los resultados de las dinámicas sociales han llevado a un cambio en la concepción de la discapacidad, y también han impactado en la Real Academia Española. Anteriormente, la definición aludía a una deficiencia para

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

realizar actividades cotidianas; pero ahora se enfatiza el entorno social. La definición actual de discapacidad es la de una "Situación de la persona que, por sus condiciones físicas, sensoriales, intelectuales o mentales duraderas, encuentra dificultades para participación e inclusión social" (Real Academia Española, 2024).

1. *Descripción de los modelos de prescindencia, médico y social de la discapacidad*

La discapacidad se ha concebido, a lo largo de la historia, con el lente de los paradigmas sociales. Autores como Palacios (2015) entienden el surgimiento de modelos. Los modelos representan un pensamiento generalizado de un contexto histórico; sin embargo, estos modelos no existen en una línea recta, superados unos por otros, sino que prevalecen en distintos contextos de nuestra realidad. Incluso en las regiones de un mismo país, algunos modelos están más presentes que otros, y se reflejan en la forma en que se mide a la discapacidad y por el marco jurídico que la regula.

El *modelo de prescindencia* tiene su origen en la edad clásica y parte del medievo, coexistiendo con el paradigma de la caridad cristiana (Fuentes, 2002). El paradigma de la caridad cristiana considera a la discapacidad como un castigo divino; algo que hay que aceptar y padecer, y que aquellas personas en situación de discapacidad que no puedan producir bienes o servicios son prescindibles (Palacios, 2015, p. 12). El *modelo médico* o *rehabilitador* surge con la Modernidad y la racionalidad cartesiana. Tal modelo considera que la discapacidad es una consecuencia de una limitación física o funcional, por lo que las personas con discapacidad son consideradas como enfermas, anormales o minusválidas, entre otras categorías peyorativas adoptadas por la sociedad de la época. De acuerdo con esta premisa, las personas con discapacidad son sujetas de institucionalización y "cura".

El *modelo social* fue la respuesta al modelo médico, y vendría a integrarse con la CIF. Dicho modelo considera a la discapacidad como una problemática de origen social, más que de origen individual, cuyo objetivo es la inclusión de aquellas personas a las que la sociedad excluye (Shakespeare, 2006). El modelo social tiene como enfoque pensar en las características de la organización social, ya que es esta la que discapacita a las personas que no se encuentran en el promedio funcional mediante las barreras sociales y arquitectónicas. Este modelo pone énfasis en la dignidad humana.

2. *Análisis de los métodos y herramientas utilizadas para medir la discapacidad en México y en el contexto internacional*

Una vez establecidos los modelos teóricos que configuran a la discapacidad y que orientan la construcción de datos, se procede a enumerar los esfuerzos estadísticos internacionales y nacionales, señalando el enfoque teórico que los sostiene. En 1988 las Naciones Unidas publicaron la Base de Datos Estadísticos de las Naciones Unidas sobre Impedidos (DISTAT) (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001). La base contenía datos de 95 países y fue publicada en 1990 (Organización de las Naciones Unidas, 1990). El Compendio DISTAT utilizó las definiciones de la CIDDM, y los datos demográficos que se buscaron recolectar fueron agrupados en dos. El primer grupo fue conformado por datos demográficos, socioeconómicos, hogar y familia, edad y sexo en zonas urbanas y rurales, nivel de instrucción, actividad económica, ocupación, industria y empleo. El tema del segundo grupo fue experiencia de la incapacidad, con las variables: presencia de una deficiencia adicional, edad en que comenzó, causa de la deficiencia, situación de la incapacidad, gravedad de la deficiencia/grado de incapacidad, ayudas utilizadas para reducir la incapacidad, servicios y tratamiento recibido y cuestiones relativas especiales a la incapacidad (Organización de las Naciones Unidas, 1990).

De acuerdo con DISTAT, en México de 1980, en el rango de 6 a 14 años, existían 2.8% personas consideradas o que se identificaron como *impedidas*. Estos resultados no fueron comparables, debido a que los rangos de población variaban entre los países que reportaron sus resultados. Hubo países que contaron personas de 10 o más años, 15 o más años, todas las edades; o el caso de México cuyo rango fue único. El resultado de la diferencia de criterios fue que el porcentaje de personas impedidas discurría desde 0.9 % en Suiza hasta 19.9 % en Austria. Una medición importante fue la de Canadá en 1986, realizada bajo el enfoque de impedimento, cuya aplicación de preguntas generales daba paso a detallar la discapacidad mediante una encuesta focalizada. Finalmente, el documento expone la diferencia entre la codificación de las preguntas, así como las técnicas de selección de los países, y concluye que las tasas de impedimento no son comparables debido a las diversas fuentes de acopio, diseños, definiciones y conceptos utilizados y métodos de encuesta (Organización de las Naciones Unidas, 1990, p. 38).

La OIT también ha estudiado a la discapacidad con el fin de entender la situación laboral de las personas, teniendo como principales objetivos

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

los obstáculos en el trabajo, alojamiento y actitudes dentro del mercado laboral. Para lograr tales fines, se ha buscado conocer el uso de auxiliares técnicos, el tipo de estos, ajustes necesarios para el trabajo, medios para acudir al trabajo, presencia de discriminación laboral, etcétera (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2017). La UNICEF, por su parte, ha desarrollado módulos de preguntas para detectar la situación de discapacidad en niños y niñas desde 2012, con rangos de edad de 2 a 4, de 2 a 17 y de 5 a 17 años. La CEPAL es otro organismo que ha indicado la imperiosa necesidad de generar datos que permitan dar cuenta de la realidad que viven las personas con discapacidad y no solamente contarlas. Como mencionan González y Ullmann (2019), se tienen como antecedente las recomendaciones de Naciones Unidas 4.194 y 4.198 de 2010 de incluir en los censos a las personas con discapacidad, sobre todo si no se tiene una encuesta especializada. Así mismo, la recomendación 4.207 de Naciones Unidas indica la necesidad de incluir respuestas graduadas y no dicotómicas, situación que se corrigió en el censo 2020 en México. Aun así, para ese momento sólo seis países habían seguido las recomendaciones: Argentina, Bolivia, Guatemala, México, Perú y Uruguay (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001).

De acuerdo con los resultados encontrados por la CEPAL en América Latina, un 14 % de la población experimenta algún tipo de discapacidad. Hoy en día los países continúan utilizando diversos enfoques para medir la discapacidad. Finalmente, la CEPAL indica que las estadísticas deben cumplir los objetivos de proporcionar información que permita elaborar diagnósticos; e identificar limitaciones para actividades de la vida diaria, grado de limitación, características demográficas, sociales y económicas de la población en situación de discapacidad, asignaturas todavía pendientes (González y Ullmann, 2019, p. 206).

3. *La discapacidad y su medición en México*

En México la discapacidad ha sido medida de diferente forma y bajo definiciones propias de su contexto histórico. En 1890 y en el censo de 1900 se midió el fenómeno de la discapacidad bajo el concepto de "defectos físicos y mentales", situación se mantendría hasta el censo de 1940. Este censo sería el último que incluiría esta información, hasta el conteo de 1995 (Fuentes y Arellano, 2019), el cual sería un hito en la medición de la discapacidad en México, pues este censo presentaría un modelo teórico basado en la CIDDM, observaciones de la OMS, la OPS y de la sociedad civil.

En el censo de 1900, bajo la gestión de Antonio Peñafiel, se establecieron las estadísticas vitales y la periodicidad decenal del censo. La discapacidad se integraría por cuatro categorías, "ceguera, sordo-mudera, idiotismo y cretinismo". A dichas categorías se sumaría en 1910 la "enajenación mental" (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001). El censo de 1920 fue levantado hasta noviembre de 1921, a causa de las secuelas de la Revolución mexicana; para este levantamiento se sumarían otras categorías. Entre las nuevas conceptualizaciones está la "incapacidad" para trabajar, y sus categorías serían: "Sordo, mudo, sordomudo, ciego, manco, cojo, tullido, jorobado, idiota o loco", conceptos que se repetirían en los censos de 1930 y 1940. En el censo de 1940 la discapacidad ya no se relacionaba con un "impedimento" para trabajar, es decir, ya no se daba por hecho que los defectos físicos sugieren relación de causalidad con la "incapacidad laboral". Sin embargo, este sería el último censo que incluiría a personas con discapacidad hasta 1995 (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001).

Entre 1940 y el conteo de 1995 existieron otros esfuerzos vinculados a conocer la discapacidad. En 1943 existió un estudio estadístico, denominado *La invalidez en el IMSS, 1943-1975*, que abordó la cantidad de "pensiones por invalidez" de los derechohabientes del IMSS. Se contabilizaron 43,939 pensiones otorgadas desde diciembre de 1943 hasta febrero de 1975, describiéndolas por edad, sexo, diagnóstico, zona geográfica donde se otorgó la pensión y pensiones vigentes (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001). En 1954 se realizó un "Muestreo de lisiados profundos" en el Distrito Federal, aplicado por la Dirección General de Estadística de la Secretaría de Economía Nacional y por la Secretaría de Salubridad y Asistencia. La encuesta buscaba conocer el número de "lisiados profundos" y sus características en el Distrito Federal, aunque, de acuerdo con el INEGI, ninguna dependencia publicó resultados finales (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001). En 1964, se realizó la Primera Investigación Nacional de Enfermos Neurológicos y Psiquiátricos, realizada por la Dirección General de Neurología, Salud Mental y Rehabilitación de la Secretaría de Salubridad y Asistencia, que buscaba conocer la prevalencia de las personas con enfermedades psiquiátricas.

En el X Censo General de Población y Vivienda 1980 no existió pregunta que buscara identificar la discapacidad en los hogares y viviendas que visitaba. La única aproximación a la discapacidad incluida en el cuestionario fue relativa al trabajo, en su sección de "Información" en el apartado para personas de 6 a 14 años (Instituto Nacional de Estadística y Geogra-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

fía, 2001). En 1982 se aplicó una encuesta denominada Encuesta Nacional de Inválidos, ejecutada por la Secretaría de Salud y motivada por el Programa de Acción Mundial para los Impedidos de 1982. De acuerdo con el INEGI, se registraron 40,245 personas, agrupadas en 260 categorías de causas; sin embargo, no es posible encontrar dichos resultados en línea.

En la tradición censal mexicana se han hecho conteos desde 1995 hasta 2005, con el fin de obtener datos entre los censos. El Conteo de Población y Vivienda 95 fue el primer censo que incluyó a la discapacidad en la categoría de "Hogares" (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 1995). La medición de la discapacidad con enfoque en el modelo social aparecería en este conteo y retomaría los debates sobre discapacidad surgidos a raíz de la CIDDM. La incorporación del término obedeció a la solicitud de un grupo de personas de identificar la discapacidad, causas, tipo de discapacidad y el impacto en la vida diaria. En el documento de presencia del tema de discapacidad se aclara que existía la necesidad de conocer el volumen de la población con limitaciones e impedimentos físicos, y se reconoce la complejidad de recabar dicha información, debido —entre otros motivos— a la confusión entre los términos *debilidad* e *impedimento* para los encuestados (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001, p. 60). Ese mismo año se buscaría levantar el *Registro nacional de menores con discapacidad*, por parte de la Secretaría de Educación Pública, DIF, INEGI y gobiernos estatales y cuyos resultados arrojaron que en 1995 había 2,728,045 menores con discapacidad.

La discapacidad, de acuerdo con la metodología del conteo de 1995, es "Toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, como consecuencia de una deficiencia anatómica, fisiológica o psicológica" (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001, p. 26). La metodología ofreció una clasificación de las discapacidades y sus respectivas definiciones: *a)* lenguaje; *b)* visual; *c)* audición; *d)* neuromotora, y *e)* mental. Aun con sus limitantes, sería el primer gran esfuerzo real por dar cuenta de la realidad social de las personas con discapacidad en México. Al final del conteo se registró la información mediante una *cédula de discapacidad*, con el fin de ubicar geográficamente y conocer la cantidad de personas y sus características. La cédula debería servir como referente para que la Comisión Nacional del Programa Nacional para el Bienestar e Incorporación al Desarrollo de las Personas con Discapacidad (CONVIVE) elaborara un directorio nacional de personas con discapacidad.

El gran coordinador de la información para elaborar el directorio nacional fue el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF).

En el censo del año 2000, después de consultar a grupos de trabajo respecto al tema en 1997, se acordó integrar la variable de discapacidad de una manera más completa, elaborando un marco teórico y metodológico. La respuesta fue el documento titulado *Presencia del tema de discapacidad en la información*. La inclusión del tema se debió a diferentes actores de la sociedad civil, como la Confederación Mexicana de Asociaciones a favor de la Persona con Discapacidad Intelectual A. C. (CONFE), Asociación Pro Personas con Parálisis Cerebral I. A. P. (APAC), ARARU, ANDERI, Comité Internacional Prociegos I. A. P., CONADECURASIME, Discapacitados Mexicanos A. C., Discapacitados Visuales, Industrias de Buena Voluntad I. A.P. y Libre Acceso I. A. P., CANACINTRA, Cruz Roja, Fondo Unido Rotario A. C., Grupo de Estudios al Nacimiento A. C., Very Special Arts A. C., Radio UNAM y TC UNAM (Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 2006).

El documento metodológico sobre discapacidad aclaraba que "No existen discapacidades sino personas con discapacidad. Es fundamental considerar antes que nada a la persona con discapacidad como un ente sociopsicobiológico, ya que una misma condición repercute en formas diferentes de discapacidad en sujetos distintos" (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2001, p. 18). En este documento se menciona que fue constituida la Subcomisión del Sistema de Información sobre Población con Discapacidad, con el fin de establecer lineamientos para crear el Sistema Nacional de Información sobre Población con Discapacidad (SNIPD). Este sistema estaría compuesto por 27 organizaciones de personas con discapacidad, 13 organizaciones solidarias, 8 secretarías de Estado y 17 dependencias o entidades de la administración pública general, bajo la coordinación del INEGI. El SNIPD contemplaba la creación de cuatro subsistemas: salud, educación, trabajo y desarrollo social.

En el cuestionario ampliado del censo de 2000 podemos observar que el instrumento utilizado para medir la discapacidad se construyó bajo el concepto de *limitación*. A la persona se le preguntaba si tenía alguna limitación para moverse, caminar, usar brazos o manos; si requería de un aparato para oír, si era mudo, ciego o padecía retraso mental; también se buscaba determinar las causas de las limitaciones, es decir, si se trataba de una limitación congénita o derivada de alguna enfermedad, accidente, edad avanzada, etcétera. Se puede verificar que en el censo de 2000 se produjo un cambio

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de concepción y medición de la discapacidad, aunque no se tendría continuidad para el conteo de 2005 (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2005); también, el cuestionario aplicado tendría un enfoque combinado de deficiencia y discapacidad (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2000).

En el censo de 2010 se registró nuevamente a la población con discapacidad a través de las variables de limitación y causa de limitación. Este censo toma algunas recomendaciones de Naciones Unidas como el centrarse en cuatro ejes: caminar, ver, escuchar y del conocimiento; de igual modo, se establecen tres propósitos principales que se pueden lograr de tener datos suficientes sobre este grupo de población: *a)* servicios accesibles como alojamiento, transporte o ayudas técnicas; *b)* situación social y de salud de la población con discapacidad, y *c)* evaluar la igualdad de oportunidades (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2010, p. 47). El censo de 2010 toma en cuenta por primera vez las recomendaciones del Grupo de Washington (GW) y la CIF sobre la elaboración de estadísticas de discapacidad. El objetivo del GW se convierte entonces en el objetivo del censo, el cual es la identificación de la *limitación en la actividad* cuya definición es: "Las dificultades que puede presentar una persona para llevar a cabo dichas actividades". Con el fin de poder comparar datos a nivel mundial, se utilizan las categorías de: visión, audición, cognición, comunicación, movilidad y autocuidado (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2010, p. 50).

En el censo 2020 el modelo social, de acuerdo con el marco conceptual, fue el sustento teórico para la elaboración de las preguntas. La metodología no tuvo grandes cambios respecto del 2010. Sin embargo, ahora la pregunta para detectar si hay o no discapacidad sería en escala Likert con las siguientes opciones: "no tiene", "lo hace con dificultad", "lo hace con mucha dificultad" y "no puede hacerlo". Igualmente sustituirían la pregunta de "poner atención o aprender cosas sencillas" por "recordar o concentrase", y eliminarían la parte de la pregunta que indicaba: "¿tiene alguna limitación mental?". Esto debido a que ahora hay una pregunta propia —a causa de las iniciativas sobre mejorar los sistemas de información sobre salud mental—, como lo menciona el artículo 72 de la Ley General de Salud y los objetivos ODS 2030, que señala: "¿Tiene algún problema o condición mental? (autismo, síndrome de Down, esquizofrenia, etcétera)"; mientras que la pregunta sobre la causa de discapacidad permaneció igual que en el censo 2010.

Los resultados del Censo 2020 en materia de discapacidad fueron los siguientes: 6,179,890 personas, lo que equivale a 4.9% de la población, ma-

nifiesta tener alguna discapacidad; 53% son mujeres, mientras que en 2010 eran 51.1%. Las discapacidades más frecuentes siguen siendo, en primer lugar, caminar, subir o bajar, con 47.6%, en comparación con 58.3% en 2010. En segundo lugar, ver (aun usando lentes), con 43.5%; mientras que en 2010 era cerca de la mitad con 27.2%. En tercer lugar, oír (aun usando aparatos auditivos), con 21.9%; mientras que en 2010 fue, como en el caso anterior, aproximadamente la mitad, con 12.1%. Por lo tanto, podemos observar resultados muy dispares entre los dos censos, a pesar de que sus metodologías son muy parecidas (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2020).

III. Los planes nacionales de desarrollo en México

El tema de la discapacidad ha sido poco recurrente en los planes nacionales de desarrollo. La discapacidad ha tenido presencia de forma muy reciente con el programa CONVIVE de 1995, durante el sexenio de 1994-2000. Así mismo, ha sido un tema recurrente en el sexenio 2000-2006, pero sobre todo en los sexenios de 2006-2012 y 2012-2018. En la administración del presidente Andrés Manuel López Obrador cuenta con un enfoque más sencillo que en el de sus predecesores; sus ejes de acción son los programas Pensión para el Bienestar y Jóvenes Construyendo el Futuro. A continuación, se revisarán los programas focalizados en personas con discapacidad, derivados de los planes nacionales de desarrollo.

El Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 buscó prestar atención en las personas con discapacidad mediante medidas para prevención de discapacidad, rehabilitación y plena participación en la vida social y desarrollo del país. El plan propuso tres ejes: *1)* fomentar una cultura de dignidad y derechos humanos que promueva la inclusión; *2)* diseñar medidas y programas que se apoyan en atención médica, educación y rehabilitación, y *3)* revisar la legislación vigente para que los programas existentes se armonicen con el pensamiento inclusivo. El primer paso del plan fue crear el Sistema de Información sobre Población con Discapacidad y el Registro de Población con Discapacidad, recabando información para el diseño de políticas públicas. El plan planteaba objetivos como: *a)* pleno acceso a la educación, cultura, recreación y deporte; *b)* incorporación plena al mercado de trabajo mediante centros de capacitación y asesoría de proyectos productivos; *c)* obra pública accesible, y *d)* revisión del marco jurídico que permita superar las barreras sociales (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 1995). El Pro-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

grama Nacional para el Bienestar y la Incorporación al Desarrollo de las Personas con Discapacidad fue el programa que buscaría ejecutar las estrategias bajo el nombre de CONVIVE (Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia, 2017). Este fue el primer plan nacional de desarrollo que tomaría en cuenta a la inclusión de personas con discapacidad. Sin embargo, poco se puede encontrar sobre los resultados de esta estrategia.

El Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006 (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 2001, p. 49) menciona por primera vez a la discapacidad en el apartado 5 del área de *Desarrollo social y humano*, en el apartado de antecedentes. El documento indicaba que en México había 2.2 millones de personas con alguna discapacidad, quienes carecen de los medios adecuados para ingresar a escuelas, oficinas, fábricas o dependencias gubernamentales, no tienen ayudas técnicas que les permita superar estas barreras y sufren un gran nivel de discriminación. Esto da como resultado una intersección de características que disminuyen las oportunidades laborales, educativas y de inserción en el ambiente cultural y deportivo.

Las personas con discapacidad vuelven a aparecer en el punto 5.3.2 sobre *Equidad e igualdad*. De acuerdo con el plan, las personas con discapacidad están excluidas del desarrollo del país, por lo que es necesaria la promoción de políticas públicas de integración social, modificaciones al marco jurídico, el impulso a la participación de organizaciones de la sociedad civil especialistas en el tema, proyectos sustentables, y un registro nacional de la población con discapacidad (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 2001, p. 94). En este sexenio se crea la Oficina de Representación para la Promoción e Integración Social para Personas con Discapacidad (ORPIS), antecedente directo del Consejo Nacional Consultivo para la Integración de las Personas con Discapacidad (CODIS) y que más tarde daría origen al Consejo Nacional para las Personas con Discapacidad (CONADIS), organismo encargado de elaborar la política nacional para las personas con discapacidad en armonía con la legislación vigente y con los planes nacionales de desarrollo.

El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 2008, p. 24) menciona de manera efímera a las personas con discapacidad y no abunda en la conceptualización de la discapacidad. No obstante, sí aborda en el punto 3.6, sobre los *Grupos vulnerables*, la estrategia 17.6, centrada en la integración de las personas en actividades productivas y culturales. En el plan se habla por primera vez de la necesidad de apoyos focalizados y diferenciados dependiendo del tipo de discapacidad.

Se argumenta la necesidad de tomar en cuenta el tipo de discapacidad para el diseño de políticas públicas y la armonización legislativa con las convenciones internacionales. Se indica la imperiosa necesidad de conocer más sobre este grupo poblacional mediante un censo. Se establece que el sistema de salud deberá ser incluyente, con énfasis en la accesibilidad de la infraestructura y transporte público. Indica la importancia de los estímulos fiscales para quienes contraten a personas con discapacidad. En general, en este plan se abordan más que objetivos y acciones concretas que en el anterior, aunque sin un marco teórico definido.

El Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2009-2012 (CONADIS, 2012a) tuvo los siguientes objetivos: *a)* propiciar un cambio de cultura en la población con enfoque de género, favoreciendo la igualdad de oportunidades; *b)* accesibilidad en espacios, servicios públicos, transporte y tecnologías de información y comunicación; *c)* derecho a la salud; *d)* calidad en la educación y oportunidades de acceso, permanencia, egreso en todos niveles y modalidades; *e)* políticas de inclusión laboral, autoempleo y capacitación; *f)* incorporación de la perspectiva de discapacidad en los programas de desarrollo social; *g)* derecho a bienes y servicios culturales y artísticos; *h)* participación en actividades físicas y deportivas, e *i)* favorecer el acceso a la justicia y el ejercicio de sus derechos políticos.

Este programa fue uno de los que más acciones concretas diseñó y a los que se puede dar seguimiento de sus resultados. Entre los logros alcanzados están el introducir cambios en las normas oficiales mexicanas, como la NOM-035-SSA3-2012 en materia de información de salud; NOM-015-SSA3-2012, sobre servicios de atención médica para personas con discapacidad, y la NOM-004-SSA3-2012, sobre el expediente clínico. También destaca el impulso a la creación de la *cédula de personas con discapacidad*; y aunque esta acción no se concluyó, sí se logró implementar el Programa de Credencial Nacional para Personas con Discapacidad, expidiendo la cantidad de 102,776 credenciales. Los resultados de la Encuesta Nacional sobre Discriminación en México 2010 (ENADIS), donde las personas con discapacidad señalan al desempleo, discriminación y falta de autonomía como principales dificultades. El mayor logro de esta administración fue la publicación de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, el 30 de mayo de 2011, que vendría a abrogar a la Ley General de Personas con Discapacidad, la cual tendría un enfoque en el modelo social de la discapacidad.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Algunas acciones específicas que se realizaron en este periodo fueron: el mapa interactivo de la República mexicana, basado en la ENADIS 2010. Se realizaron esfuerzos para la creación del Registro Nacional de Personas con Discapacidad (RENADIS), aunque no se concretó y tampoco se implementó el Sistema Nacional de Información en Discapacidad (CONADIS, 2012b). Finalmente, se creó la Red Nacional de Vinculación Laboral, que incluso en el sexenio actual se utiliza y busca atender, rehabilitar, capacitar y colocar a personas con discapacidad en empresas.

Los resultados del plan en relación con la vinculación laboral tuvieron un gran inicio. Sin embargo, fueron cayendo progresivamente. La atención disminuyó de 14,674 a 3,277; la rehabilitación pasó de 1052 a 184; la capacitación pasó de 3,328 a 979, y la colocación de 2,465 a 580. En el caso del distintivo incluyente "Gilberto Rincón Gallardo", otorgado a empresas con prácticas inclusivas, se pasó de 51 empresas en 2009 a 161 en 2012. Las personas con discapacidad empleadas pasaron de 858 en 2009 a 835 en 2012, manteniéndose prácticamente igual. Se realizó el Programa de Capacitación a Distancia para Trabajadores (PROCADIST), aunque no tuvo impacto, atendiendo casi a las mismas personas en 2009 y 2012. El Sistema Nacional del Empleo buscó que existiera contratación de personas con discapacidad en dependencias de gobierno, y aunque sí hubo algunas contrataciones, no existió una plena identificación de identidad de las personas ni sobre los criterios establecidos referentes a discapacidad (CONADIS, 2012b).

El Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018 estableció que había alrededor de 5.7 millones de personas con discapacidad en el país (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 2012, p. 9). Las estrategias de este plan fueron: la 1.1.5. "Promover una nueva política de medios para la equidad, la libertad y su desarrollo ordenado", persiguiendo la eliminación de la discriminación. El punto 1.5.4., "Establecer una política de igualdad y no discriminación", con el fin de promover una legislación acorde con la CDPD. La estrategia 2.2.4., "Proteger los derechos de las Personas con Discapacidad y contribuir a sus Desarrollo integral e inclusión plena", mediante la estimulación temprana y rehabilitación, capacitación laboral y vinculación con el sector productivo. En la estrategia 3.2.1. se habla de "Ampliar las oportunidades de acceso a la educación en todas las regiones y sectores de la población", indicando la necesidad de adecuación de infraestructura. Finalmente se anuncia el Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad.

El Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad 2012-2018 fue dirigido por el Consejo Nacional para el Desarrollo e Inclusión de Personas con Discapacidad (CONADIS) y presentado en abril de 2014 (CONADIS, 2014). El plan implementó el Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2014-2018 (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 2015). El programa buscó la existencia de las condiciones que garantizaran el acceso, promoción, movilidad y estabilidad a un trabajo decente conforme lo establece la Ley Federal del Trabajo, implementando el distintivo "Empresa Incluyente Gilberto Rincón Gallardo" y realizando alianzas con diferentes sectores e instancias.

Los resultados fueron los siguientes: las empresas con distintivo incluyente pasaron de 597 en 2012 a 2,479 al final de 2017; también se implementó la NOM-034-STPS-2016, con el fin de fomentar dicha inclusión. Los centros de trabajo con el distintivo de "Empresa Incluyente Gilberto Rincón Gallardo" pasaron de 0.098% en 2014 a 0.12% en 2017 (Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2017). La estrategia "Abriendo Espacios" atendió a 48,715 personas con discapacidad, de las cuales 11,869 se colocaron en un empleo formal. Así, se pasó de 13% del total de personas atendidas en 2013, a 37% en 2014 y 39% en 2015; aunque en 2016 y 2017 bajaría a 12% y 13% respectivamente. La Red Nacional de Vinculación Laboral para Personas con Discapacidad (RNVLPD) firmó un convenio con los gobiernos de Sonora y Nayarit, y con las universidades de Querétaro, Quintana Roo y Morelos. La población atendida a través de la RNVLPD, que gestionaba servicios de formación, capacitación y adiestramiento para el trabajo, pasó de 48% en 2013, a 24.8% en 2015, 29.8% en 2016 y 42.9% en 2017. La estrategia de sensibilización para empleadores, dueños de empresas, cámaras empresariales y organizaciones de la sociedad civil realizó sesiones para sensibilizar a 1,603 empleadores. La cooperación con organismos internacionales para la investigación en conocimientos científicos y técnicos sobre la discapacidad realizó la firma de tres convenios (Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2017).

De acuerdo con la ENADID 2018, no hubo prácticamente cambios en la población económicamente activa con discapacidad, con 38.5% personas laborando, un porcentaje similar en 2014 al inicio del sexenio (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2018, p. 23). Se puede concluir que el Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2014-2018 no logró el impacto que se proponía. Garantizar el trabajo

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

digno para personas con discapacidad permite prevenir y atenuar el impacto de la pobreza y desigualdad, acceso al derecho a la salud, seguridad social y derecho a la vivienda. Finalmente, se puede verificar de manera documental que este plan, así como el del sexenio anterior, han sido los esfuerzos más cercanos y concretos para garantizar el derecho al trabajo de las personas con discapacidad, sin conceder que hayan sido suficientes ni eficaces.

El Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 es sustancialmente diferente a los anteriores, no sólo por la generalidad al adentrarse en las problemáticas del país, sino también por su brevedad (Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos, 2019). El principal esfuerzo del plan es el Programa Pensión para el Bienestar de Personas con Discapacidad, que apoya a niñas, niños y jóvenes de hasta 29 años con discapacidad permanente; aunque también beneficia a personas con discapacidad de 0 a 64 años, siempre que sean pertenecientes a pueblos indígenas y que se encuentren en situación de pobreza. El monto consistiría en 2250 pesos bimestrales, con un incremento a 2800 en 2023.

El Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2021-2024 indica en su resumen ejecutivo que la STPS busca impulsar el trabajo digno a través de tres mecanismos: *a)* el Sistema de Acreditación de Buenas Prácticas Laborales y Trabajo Digno, conformado por el Programa de Verificación Laboral Voluntaria (PVLV); *b)* el Programa de Autogestión en Seguridad y Salud en el Trabajo (PASST), y *c)* el Distintivo en Responsabilidad Laboral (DRL), que consiste en el reconocimiento de los centros de trabajo que "excedan" con lo establecido en el marco jurídico respecto al trabajo digno (Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2021, p. 9).

Entre los resultados se encuentra la asesoría del DRL en inclusión laboral para 47 centros de trabajo en trece entidades; la contratación de 7223 personas con discapacidad en dichos centros; la elaboración de 36 materiales gráficos en cuestión de derechos humanos, económicos, sociales y culturales que serían publicados en 14 ocasiones en Facebook y Twitter; la evaluación a 922 personas con discapacidad con el fin de identificar su perfil y facilitar la vinculación a un empleo; la implementación de un taller virtual de sensibilización organizado por el IMSS. Por otro lado, la RNVL ha realizado 44 sesiones en 23 entidades, brindando atención a 1853 personas mediante apoyos de capacitación. Por su parte, el Sistema Nacional del Empleo logró colocar a 1492 personas con discapacidad; mientras que el Programa Jóvenes Construyendo el Futuro benefició a 3099 personas con discapacidad, de los cuales la mayor proporción (70.57%) corresponde a discapacidad sen-

sorial (Secretaría del Trabajo y Previsión Social, 2021, p. 18). En diciembre de 2021 el Senado de la República reformó el artículo 11 de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, con el fin de promover el derecho de las personas con discapacidad al trabajo digno y a la igualdad de oportunidades en el empleo. Las políticas públicas han sido pocas, salvo la pensión para el bienestar que se menciona en el Plan Nacional de Desarrollo. Sin embargo, es aún más complicado cuando queda acéfala la dirección del ente que se supone coordina estos esfuerzos. Esto debido a que, desde que inició la administración en 2019 y hasta septiembre del mismo año, la CONADIS quedó sin titular, retrasando el progreso de la entrega de beneficios. Adicionalmente, la percepción de una sola transferencia económica para tratar el tema de la inserción laboral y el verdadero ejercicio de derechos se concibe como incompleta.

IV. El marco jurídico internacional en materia de discapacidad

México es un país que ha firmado convenios y ratificados acuerdos en materia de discapacidad, por lo que es importante conocer los instrumentos relativos a la materia que le han dado forma al marco legal nacional, y que ahora son vinculantes, pues son el origen de conceptos como el de ajustes razonables, diseño universal o accesibilidad. Los instrumentos internacionales han logrado el reconocimiento de las personas con discapacidad como un grupo heterogéneo con gran diversidad, protocolos facultativos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, etcétera. A continuación se hace un recuento de los principales instrumentos internacionales.

1. *Recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)*

La Recomendación 99 de la Organización Internacional del Trabajo (1995) sobre adaptación y readaptación profesionales de inválidos consideró por primera vez la situación de las personas con discapacidad. La recomendación insta al Estado a crear centros de formación profesionales, la impartición de cursos de formación profesional, sensibilización a empleadores y ayuda financiera para organismos privados que promuevan estas prácticas. El Convenio Internacional del Trabajo núm. 111 (Organización Internacional del Trabajo, 1958) sobre discriminación en materia de empleo y ocupación,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

publicado en 1958 y ratificado en 1961, constituye un instrumento que buscó la eliminación de la discriminación laboral y la promoción de igualdad de oportunidades mediante políticas públicas. El Convenio 142 (Organización Internacional del Trabajo, 1975) sobre orientación y formación profesional para el desarrollo de recursos humanos, publicado en 1975 y ratificado por México en 1978, es un precedente en la adaptación de la enseñanza técnica profesional.

El Convenio 159 sobre readaptación profesional y el empleo (Organización Internacional del Trabajo, 1983a) instaba a revisar periódicamente la política nacional con el fin de buscar la integración y promover las oportunidades para trabajadores con discapacidad. La Recomendación 168 (Organización Internacional del Trabajo, 1983b) sobre readaptación profesional y el empleo en 1983 es heredera de la Recomendación 99 de 1955, e instruye a los Estados a aplicar todas las adaptaciones necesarias para garantizar una condición de empleabilidad con acciones como empleos protegidos, apoyos para talleres de producción y cooperativas, investigación sobre inclusión laboral, apoyo gubernamental, programas profesionalizantes, alfabetización y apoyo comunitario, especialmente en zonas rurales.

2. *Pactos, normas y declaraciones*

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Organización de las Naciones Unidas, 1966) tuvieron su origen en 1966, pero entraron en vigor hasta 1976. El tema de la discriminación se hace presente en el artículo 24 y 25 inciso C, donde se menciona el acceso a la igualdad de condiciones. En el artículo 26 sobre la eliminación de discriminación, y en el artículo 40, que insta a los Estados a presentar informes sobre avances en la progresión del cumplimiento de derechos ante las Naciones Unidas. La Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (Organización de las Naciones Unidas, 1971) se enfocó en la promoción de mejores niveles de vida en cuanto a trabajo y desarrollo. La declaración enuncia algunos derechos como: la capacidad de goce de derechos en igualdad, atención médica y tratamiento físico, seguridad económica, vida decorosa, trabajo y ocupación útil, entre otras.

La Declaración de los Impedidos (Instituto Nacional de Estadística y Geografía, 2005) es otro gran antecedente para los derechos de las personas con discapacidad. El "impedido" tiene derecho a que se le reconozca la capacidad de goce de los derechos sin discriminación, respeto por su digni-

dad humana, derechos civiles y políticos, ser beneficiario de medidas que le permitan autonomía, atención médica, rehabilitación, educación, seguridad económica, reconocimiento de todas sus necesidades, protección contra violencia o cualquier trato degradante, asistencia jurídica, y a ser informados de sus derechos. Las Normas Uniformes sobre Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad fueron publicadas en 1990 (Organización de las Naciones Unidas, 1993)1993. Es un instrumento que buscaba formular políticas basadas en la cooperación técnica y económica. El documento se integra de 22 normas que promoverían la igualdad de oportunidades, divididas en: *a)* requisitos para la igualdad de participación; *b)* esferas previstas para la igualdad de participación; *c)* medidas de ejecución, y *d)* mecanismo de supervisión. La Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 indicó en su punto seis "Los derechos de las personas discapacitadas". El documento señala la universalidad de los derechos humanos, y hace énfasis en las personas con discapacidad y su deseable participación en todas las actividades de la sociedad. Motiva a los gobiernos a configurar un marco legal que permita el pleno disfrute de los derechos para las personas con discapacidad y eliminar los obstáculos que impidan su ejercicio.

3. *Convenciones*

La Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Organización de Estados Americanos, 2001) fue el primer instrumento internacional vinculante firmado por México. La convención se concentró en los conceptos de discriminación contra las personas con discapacidad definiéndolo como

> Toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

En este instrumento el Estado se comprometía a adoptar medidas legislativas que buscaran eliminar la discriminación y propiciar la integración de personas con discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006 es el documento más importante en el ámbito internacional respecto

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de los derechos de las personas con discapacidad. La convención reconoce a la discapacidad como un concepto dinámico y la define como "El resultante de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás". La convención reconoce el vínculo existente entre discapacidad y discriminación, pero también la diversidad de las personas con discapacidad. En el documento se muestra la preocupación por la interseccionalidad de las formas de discriminación, señalando el impacto en mujeres, niñas y niños con discapacidad. La convención muestra que las personas con discapacidad viven en mayores condiciones de pobreza debido a la discriminación (Organización de las Naciones Unidas, 2008).

La Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia fue un documento expedido en 2013. Este documento hizo énfasis en la discriminación y exclusión de las personas con discapacidad en los países parte de la Organización de Estados Americanos. El documento indica que la discriminación puede ser directa o indirecta. Mientras la primera es explícita, la segunda se produce por un criterio aparentemente neutro pero susceptible de poner en desventaja a determinadas personas. La convención señala que discriminación puede ser múltiple, y que dos o más características ponen en desventaja a las personas; esta situación sería retomada por Kimberlé Crenshaw acuñando el término de *interseccionalidad*.

V. El marco jurídico mexicano en materia de discapacidad

El marco jurídico mexicano que aborda la discapacidad se integra por un conjunto de leyes que van más allá de la Ley General de las Personas con Discapacidad (LGPD) y la actual Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad (LGIPD). En el marco legal mexicano la discapacidad se aborda en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en los artículos relativos a los derechos humanos; mientras que la Ley General de Salud (LGS), que dota a la Secretaría de Salud de la tutela de la discapacidad, la Ley de Asistencia Social (LAS) y la Ley General de Desarrollo Social (LGDS) tienen un impacto en la forma en que se regula a la discapacidad en México. A continuación se realiza un análisis de los artículos clave de las leyes referentes en materia de discapacidad.

La CPEUM es el instrumento que regula las dinámicas políticas, económicas y sociales del país. En la Constitución mexicana la discapacidad es mencionada una vez en el artículo 4o., referente al apoyo económico, el cual dicta que "El Estado garantizará la entrega de un apoyo económico a las personas que tengan discapacidad permanente en los términos que fije la Ley" (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 2024). Por su parte, la LGS ha sido históricamente la norma que ha tutelado a la discapacidad en México. El artículo 33 especifica que las actividades de atención médica son preventivas, curativas y de rehabilitación; en este último se menciona que se deben conducir acciones dirigidas a optimizar capacidades y funciones de personas con discapacidad, por lo que se puede identificar un pensamiento capacitista propio del modelo médico. En el artículo 59 se menciona que las dependencias y entidades del sector salud promoverán y apoyarán la constitución de grupos y asociaciones que tengan como objeto la prevención de enfermedades, accidentes, discapacidad y rehabilitación de personas con discapacidad. El artículo 73 ter señala que es necesario combatir los estigmas y la discriminación, mediante la realización de campañas de comunicación social con formatos accesibles, enfatizando una imagen respetuosa de la dignidad (Ley General de Salud, 2023).

En el artículo 172 se muestra que el gobierno federal contará con un organismo cuyos objetivos serán la asistencia social y la prestación de servicios sobre discapacidad. En este caso, el Sistema Nacional DIF es el organismo que se ha encargado desde su fundación de dar atención a grupos vulnerados. El artículo 173 define a la discapacidad como "deficiencia" y la última vez que se reformó este artículo fue en 2013. El artículo 174 indica que la atención en materia de discapacidad es: *a)* investigación sobre discapacidad y factores que la condicionan; *b)* participación de la comunidad en prevención de dichos factores; *c)* identificación temprana y oportuna de procesos físicos, mentales y sociales que puedan causar discapacidad; *d)* orientación educativa a la comunidad en general y a familias que tengan miembros con discapacidad; *e)* atención integral que incluya prótesis, órtesis y ayudas funcionales; *f)* facilidades urbanísticas y arquitectónicas, y *g)* educación y capacitación para el trabajo (Ley General de Salud, 2023).

La Secretaría de Salud es también la encargada de diseñar y promover normas oficiales mexicanas en materia de discapacidad y rehabilitación de discapacidad, según el artículo 175. De acuerdo con el artículo 177, la Secretaría de Salud promoverá en las entidades la creación de centros y servicios especializados sobre las diferentes discapacidades. En el artículo 178 se

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

establece que se buscará conformar centros de investigación en discapacidad. La Secretaría de Salud, de acuerdo con los artículos 388 y 389, regula la expedición de certificados de discapacidad. En el artículo 389 bis 2 se establece que el certificado de discapacidad será expedido por profesionales en Medicina o por persona autorizada por la autoridad sanitaria. En el 389 bis 3 se indica que el responsable de expedir dicho certificado deberá notificarlo al Sistema Nacional de Información en Salud para el Registro Nacional de Población con Discapacidad. El certificado ha sido problemático para la identificación de beneficiarios para programas sociales y actualmente se ha expedido en el *Diario Oficial de la Federación* una iniciativa para su elaboración (Ley General de Salud, 2023).

La Ley del Seguro Social (LSS) busca garantizar el derecho a la seguridad social por medio del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). La discapacidad se menciona en el artículo 45, que señala que la existencia de la discapacidad no es causa para indicar el grado de incapacidad temporal o permanente ni las prestaciones del trabajador (Ley del Seguro Social, 2023). La Ley de Asistencia Social (LAS) define en su artículo 4o. a los sujetos de la asistencia social como aquellos que tienen derecho como sus familias, a causa de sus condiciones físicas, mentales, jurídicas, económicas o sociales a los servicios para su protección y su plena integración al bienestar. En su apartado V señala que las personas adultas mayores con discapacidad puedan ejercer patria potestad. El apartado VI hace mención de las "personas con discapacidad o necesidades especiales", revelando su enfoque teórico del modelo médico (Ley de Asistencia Social, 2023).

En el artículo 27 se muestra que el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) es el organismo mencionado en el artículo 172 de LGS. Las funciones del DIF, señaladas en el inciso *d* son

> Prestar servicios de representación y asistencia jurídica y de orientación social a niñas y niños, jóvenes, adultos mayores, personas con alguna discapacidad, madres adolescentes y solteras, indigentes, indígenas migrantes o desplazados y todas aquellas personas que por distintas circunstancias no puedan ejercer plenamente sus derechos.

Esto muestra nuevamente que la norma hace una causalidad entre discapacidad y pérdida de derechos. En el artículo 29 se indica que en el diseño de programas y políticas públicas el organismo actuará en coordinación con entidades federales, estatales o municipales, promoviendo centros

especializados en rehabilitación física, psicológica, social y ocupacional para personas con discapacidad. El organismo brindará accesibilidad a prótesis, órtesis y ayudas funcionales. El Sistema Nacional DIF ha sido uno de los organismos clave en garantizar el derecho a la salud en materia de rehabilitación.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación (LFPED) fue una ley publicada en 2003, y reformada en 2022. Su objeto es prevenir y eliminar todas las formas de discriminación para dar cumplimiento al artículo 1o. de la CPEUM. En el artículo 1o. se menciona que la discriminación puede ser por múltiples motivos, entre ellos se encuentra la discapacidad (Ley Federal Para Prevenir y Eliminar La Discriminación, 2023). En el artículo 15 ter establece que las medidas de nivelación son aquellas que buscan la accesibilidad de todas las personas a la igualdad real de oportunidades, eliminando barreas físicas, comunicacionales, normativas o de otro tipo. En el artículo 15 quáter se indica que las medidas de nivelación incluyen ajustes razonables, adaptación de puestos de trabajo, diseño de comunicaciones oficiales en Braille o lenguas indígenas, intérprete de lengua de señas e indígenas. La LGIPD fue publicada en 2011 y significó un parteaguas en el paradigma de la discapacidad, pues adopta el marco de derechos humanos respaldado por el modelo social de la discapacidad. La ley establece en su artículo 6o. que el Poder Ejecutivo debe promover políticas públicas para personas con discapacidad, con el fin de cumplir los instrumentos internacionales. El Estado debe instruir a las dependencias públicas en dicho sentido, aplicar estímulos fiscales para quienes realicen acciones en pro de accesibilidad, participación de las personas con discapacidad en organizaciones de la sociedad civil, impulsar acciones afirmativas, etcétera (Ley General Para La Inclusión de Personas Con Discapacidad, 2023). En el artículo 7o. se establece que la Secretaría de Salud es la dependencia encargada de promover los derechos de las personas con discapacidad y de coordinarse con otras instancias para tal efecto. En este artículo se agregan un par de puntos: crear bancos de prótesis, órtesis, ayudas técnicas y medicinas, servicios de orientación, atención y tratamiento psicológico para personas con discapacidad.

En el artículo 11 se establece que la STPS es la encargada de promover el trabajo y empleo de personas con discapacidad, desarrollando acciones como eliminar la discriminación en contratación, continuidad y terminación de cualquier relación laboral; diseñar, ejecutar y evaluar políticas públicas para la inclusión laboral; elaborar e instrumentar un programa nacional para el empleo de personas con discapacidad; proporcionar asistencia técnica

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

en materia laboral y discapacidad; revisar las NOM con el fin de garantizar los derechos de las personas con discapacidad. El artículo 12 instruye a la Secretaría de Educación Pública como promotora del derecho a la educación de las personas con discapacidad, estableciendo un Sistema Educativo Nacional inclusivo, sin discriminación, con mecanismos de atención especializada para niñas y niños con discapacidad; también la faculta para capacitar docentes, ejecutar programas educativos accesibles mediante libros en Braille y TIC, e incorporar al Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología lineamientos que permitan la investigación y desarrollo de bienes y servicios que promuevan la accesibilidad.

En el artículo 35 se indica que las dependencias y entidades del gobierno federal, estatal y municipal, así como personas físicas y morales que realicen actividades dirigidas a las personas con discapacidad, en coordinación con la Secretaría de Salud, constituirán el Sistema Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de Personas con Discapacidad. Este sistema tiene como objetivo difundir derechos, promover convenios de colaboración, fortalecer mecanismos de corresponsabilidad, impulsar programas dirigidas a la mejora de la condición social de personas con discapacidad y prestar servicios especializados.

En el artículo 38 se crea el Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad, cuyo objeto es establecer la política pública para las personas con discapacidad, fomentar y evaluar la participación de los sectores público y privado. El consejo es el encargado de coordinar y elaborar el Programa Nacional para el Desarrollo y la inclusión de las Personas con Discapacidad, promover los derechos humanos, publicidad y divulgación de documentos sobre discapacidad, promover accesibilidad, solicitar información a dependencias públicas y privadas, promover convenios internacionales, celebrar acuerdos de coordinación con organismos públicos y privados, promover la armonización de leyes y reglamentos nacionales con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, promover la creación de NOM, presentar informes sobre avances en la materia.

VI. Conclusiones

En esta investigación se planteó el objetivo de determinar la armonización o coherencia epistemológica de las leyes mexicanas vigentes concernientes

a la discapacidad, los modelos de la discapacidad y los instrumentos internacionales que buscan garantizar los derechos de las personas con discapacidad. Como punto de partida se puede asegurar que la ley que se ha ocupado con mayor profundidad de la discapacidad es la Ley General de Salud. Esta encomienda se estableció *de iure* en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal de 1994. Sin embargo, la tutela de la discapacidad por parte de la Secretaría de Salud ha sido un hecho desde mediados de siglo XX, con el Hospital Infantil de México "Federico Gómez" o el Centro Nacional de Rehabilitación. La Ley General de Salud otorga a los médicos especialistas en Medicina física y rehabilitación, la potestad de diagnosticar la discapacidad y emitir los certificados de discapacidad. Pese a que esta situación no es problemática, sería recomendable el auxilio de profesionales de otras áreas, como sociólogos, antropólogos, juristas, psicólogos y fisioterapeutas, con el fin de caracterizar de forma óptima a la discapacidad y que no se quede sólo en un diagnóstico médico, sino en el diagnóstico de una situación social discapacitante.

Aunque la ley ha tenido grandes avances —como el de informar sobre la aplicación de los procedimientos diagnósticos y terapéuticos mediante consentimiento informado—, es importante subrayar que persiste en ella un claro corte capacitista en algunos artículos, por lo que sería conveniente que la tutela residiera en la CONADIS, mediante la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad. La Ley de Seguridad Social, encargada de garantizar este derecho, establece la no discriminación cuando una persona con discapacidad requiera de una incapacidad; también regula el tema de las pensiones y busca garantizar el derecho a la salud en su vertiente de rehabilitación mediante el Instituto Mexicano del Seguro Social. Las limitaciones en este caso son en cuestión de cobertura, pues sólo los hospitales generales de zona y los hospitales de alta especialidad del IMSS (pocos en las entidades) ofrecen el servicio de rehabilitación, mientras que las unidades de medicina familiar no cuentan con dicho servicio.

Respecto a la Ley General de Desarrollo Social, que busca garantizar el acceso a los derechos sociales, solamente menciona que todas las personas tienen derecho al desarrollo sin discriminación alguna. Sin embargo, esta ley no enfatiza la necesidad para grupos vulnerados. El desarrollo social, históricamente, hace hincapié en la necesidad de inclusión de grupos en situación de vulnerabilidad, pero esta ley ni si quiera toca el tema de forma superficial. Por lo tanto, se puede afirmar que es necesaria una reforma que integre a los grupos históricamente discriminados y excluidos, así como

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

leyes secundarias que permitan la articulación entre diferentes instancias con el fin del desarrollo social. La Ley de Asistencia Social, que establece al SNDIF como el organismo de apoyo a los grupos vulnerados, es el sistema de apoyo público para personas con discapacidad más extenso del país, superando por mucho la atención del IMSS o ISSSTE, y cuenta con un modelo de atención propio desde un modelo social de la discapacidad. El lado negativo del sistema es la gran heterogeneidad de sus centros de atención, tanto por entidad como por municipio, en cuestión de servicios ofrecidos, infraestructura, equipo y profesionales calificados. De allí que sea necesario impulsar una reforma que aproveche la gran infraestructura de este organismo en el país, permitiendo subrogación de servicios de rehabilitación de otras instituciones como el IMSS, ISSSTE y servicios de salud de las entidades.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación se encarga de las barreras sociales y, por tanto, de los imaginarios colectivos en relación con la discapacidad. Esta ley es muy precisa en caracterizar como discriminación las barreras arquitectónicas, diseños no universales y la falta de ajustes razonables. Se puede afirmar que esta ley se basa plenamente en un modelo social con enfoque de derechos, y que tiene una gran potencialidad para una plena inclusión. El Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED) es el organismo encargado de que todas las personas gocen de sus derechos sin discriminación, y que entre sus funciones se encuentran llevar a cabo acciones conducentes para prevenir y eliminar la discriminación; sin embargo, se encuentra con el mismo problema que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Las acciones para prevenir y eliminar la discriminación de CONAPRED consisten en recomendaciones que no son vinculantes, aunque se pueden promover denuncias penales colectivas en materia de discriminación.

La Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad es la ley principal respecto al tema de discapacidad y la que cuenta con mayor armonía en consonancia con la legislación internacional. Entre los elementos positivos de esta ley es el establecimiento de la obligación del Poder Ejecutivo para presentar un programa dirigido a las personas con discapacidad en materia de desarrollo. La ley establece la necesidad de que las dependencias del Estado creen bancos de medicinas, prótesis, órtesis y ayudas técnicas. La ley insta a las diferentes dependencias a la ejecución de política pública sobre discapacidad, instruye a la STPS en la inclusión laboral, la SEP en política de educación inclusiva y señala el reconocimiento de la Lengua de Señas Mexicana (LSM) y el sistema Braille, así como la creación de la

CONADIS. La CONADIS es un organismo que cuenta con representantes de las entidades federativas y con grupos de expertos; sin embargo, es un organismo que carece de presupuesto y no se le otorga un rol facultativo dentro de los reglamentos de otras dependencias. Esta es una crítica que fue esgrimida en el reporte de avances en cuestión de política para personas con discapacidad durante el sexenio del presidente Felipe Calderón y que sigue vigente.

En conclusión, la Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación y la Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad son las únicas leyes que se encuentran en armonía con la más reciente legislación internacional en materia de derechos humanos para personas con discapacidad. Las otras leyes que aluden a la discapacidad sufren de rezago en cuestión de conceptualizaciones y de un articulado que incluya a las personas con discapacidad de manera más específica para lograr el pleno goce y ejercicio de sus derechos. Finalmente, en relación con los Planes Nacionales de Desarrollo y sus Programas Nacionales para Personas con Discapacidad, se puede observar documentos extensos y basados en el modelo social desde el sexenio del 2006 y hasta el actual. Se puede verificar que el Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2009-2012 fue el primer plan que incluyó varios ejes de acción como la educación, el trabajo y empleo, la salud, etcétera, aunque sus metas no fuesen alcanzadas. Los programas nacionales en los sexenios del presidente Peña Nieto y López Obrador se enfocan en una sola esfera: el trabajo y el empleo, buscando estrategias similares.

Las metas del Programa Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad 2012-2018, no fueron alcanzadas e incluso los resultados fueron disminuyendo. El Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2021-2024 sólo cuenta con el reporte de 2021 —y un reporte de 2022 que cita los mismos datos de 2021—, por lo que habrá que esperar los resultados del presente año para poder realizar comparaciones. Después de una revisión exhaustiva, se puede considerar que los planes nacionales de desarrollo y los programas que se desprenden de estos han sido insuficientes debido a: *a)* la falta de armonización de la legislación nacional con la internacional; *b)* la heterogeneidad entre las normas mexicanas, pues coexisten normas bajo el modelo médico y social; *c)* el gran peso que posee la ley general de salud en el tema de discapacidad; *d)* las nulas facultades de la CONADIS para incidir en otras dependencias; y *e)* la poca divulgación del tema entre la sociedad.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

VII. Referencias

Consejo Nacional para el Desarrollo e Inclusión de Personas con Discapacidad. (2012a). Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2009-2012.

Consejo Nacional para el Desarrollo e Inclusión de Personas con Discapacidad. (2012b). Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad. Informe de avances 2009-2012.

Consejo Nacional para el Desarrollo e Inclusión de Personas con Discapacidad. (2014). Programa Nacional para el Desarrollo de las Personas con Discapacidad 2014-2018.

Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos. (2024). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf

Crenshaw, K. (1991). Mapping the margins: intersectionality, identity politics, and violence against women of color. *Stanford Law Review*, *43*(6), 1241. https://doi.org/10.2307/1229039

Fuentes, M. L. (2002). *La asistencia social en México: historia y perspectivas*. Paideia.

Fuentes, M. L. y Arellano, S. (2019). *Nuevo ensayo político-social de la república mexicana; recuento de las desigualdades y la pobreza en México, 1790-1930*. Universidad Nacional Autónoma de México.

González, D. y Ullmann, H. (2019). La inclusión de las personas con discapacidad. La medición de la discapacidad en los censos de población: Una cuestión de derechos humanos con miras a los censos 2020. En Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía, *Aspectos conceptuales de los censos de población y vivienda; desafíos para la definición de contenidos incluyentes en la ronda 2020* (pp. 197-230). CEPAL.

Goodley, D. (2011). *Disability studies. An interdisciplinary introduction*. Sage.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (1995). *Síntesis metodológica del conteo de población y vivienda 1995*.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2000). Cuestionario ampliado del XII Censo de Población y Vivienda 2000.

nstituto Nacional de Estadística y Geografía (last). (2001). Presencia del tema de discapacidad. https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/historicos/1329/702825000012/702825000012.pdf

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2005). Características metodológicas y conceptuales del conteo de población 2005.
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2010a). *Marco conceptual del censo de población y vivienda 2010, Censo de población y vivienda.*
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2010b). 125 años de la Dirección General de Estadística 1882-2007.
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2010c). *Marco conceptual del censo de población y vivienda 2010, Censo de población y vivienda*.
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2017). *La discapacidad en México. Datos del 2014*.
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2018). Encuesta nacional de dinámica demográfica 2018. https://www.inegi.org.mx/programas/enadid/2018/
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2020). Censo de población y vivienda 2020.
Instituto Nacional de Estadística y Geografía (last). (2001). Presencia del tema de discapacidad. https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/historicos/1329/702825000012/702825000012.pdf
Ley de Asistencia Social, México. (2023). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LASoc.pdf
Ley del Seguro Social, México. (2023). https://www.imss.gob.mx/sites/all/statics/pdf/leyes/LSS.pdf
Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación. (2023). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFPED.pdf
Ley General de Salud. (2023). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf_mov/Ley_General_de_Salud.pdf
Ley General para la Inclusión de Personas con Discapacidad (2023).
Oficina del Alto Comisionado de los Derechos Humanos de Naciones Unidas. (1975). Declaración de los Derechos de los Impedidos.
Organización de Estados Americanos. (2001). Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/209218/Convenci_n_Interamericana_para_la_eliminaci_n_de_todas_las_formas_de_discriminaci_n_contra_las_personas_con_Discapacidad.pdf
Organización de las Naciones Unidas. (1966). Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. http://www2.ohchr.org/spanish/law/cescr.htm

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Organización de las Naciones Unidas. (1971). Declaración de los derechos del retrasado mental. https://www.cndh.org.mx/DocTR/2016/JUR/A70/01/JUR-20170331-ODN17.pdf

Organización de las Naciones Unidas. (1990). Compendio de datos estadísticos sobre los impedidos.

Organización de las Naciones Unidas. (1993). Normas uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad. Los principales derechos de las personas con discapacidad. https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/standard-rules-equalization-opportunities-persons-disabilities

Organización de las Naciones Unidas. (2008). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. https://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf

Organización Internacional del Trabajo. (1958). Convenio 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C111

Organización Internacional del Trabajo. (1975). Convenio 142 sobre el desarrollo de los recursos humanos. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312287

Organización Internacional del Trabajo. (1983a). Convenio 159 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312304

Organización Internacional del Trabajo. (1983b). Recomendación 168 sobre la readaptación profesional y el empleo (personas inválidas). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R168

Organización Internacional del Trabajo. (1995). Recomendación sobre adaptación y readaptación profesionales de los inválidos. https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R099,/Document

Organización Mundial de la Salud. (1980). Clasificación Internacional de la Deficiencia, la Discapacidad y la Minusvalía.

Organización Mundial de la Salud. (2001). Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y la salud.

Organización Mundial de la Salud. (2011). Informe Mundial sobre la Discapacidad. https://apps.who.int/iris/handle/10665/75356

Palacios, A. (2015). El modelo social de la discapacidad. En E. Salmón y R. Bregaglio (Eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (pp. 9-34). Instituto de Democracia y Derechos Humanos, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. (1995). Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. (2001). Plan Nacional de Desarrollo 2001-2006. *Diario Oficial de la Federación*.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. (2008). Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012. *Diario Oficial de la Federación*.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. (2012). Plan Nacional de Desarrollo 2012-2018.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. (2015). Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2014-2018.

Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos. (2019). Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. Diario Oficial de la Federación.

Real Academia Española. (2024). Discapacidad. En *Diccionario de la lengua española*. https://dle.rae.es/discapacidad

Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (2017). *Avances y resultados del programa nacional de trabajo y empleo para personas con discapacidad 2014-2018*.

Secretaría del Trabajo y Previsión Social. (2021). Programa Nacional de Trabajo y Empleo para las Personas con Discapacidad 2021-2024.

Shakespeare, T. (2006). *Disability rights and wrongs.* Routledge.

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. (2006). Modelo coordinador de atención a las personas con discapacidad.

Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia. (2017). CONADIS, seis años trabajando por un México incluyente. https://www.gob.mx/conadis/articulos/conadis-seis-anos-trabajando-por-un-mexico-incluyente?idiom=es

Union of the Physically Impaired Against Segregation (last). (1975). *Comments on the discussion held between the Union and the Disability Alliance*. https://disability-studies.leeds.ac.uk/wp-content/uploads/sites/40/library/finkelstein-UPIAS-Principles-2.pdf



Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

Sistema IIJ

Ramírez-Rentería, Guillermo, "De la deficiencia a la diversidad: análisis crítico del marco jurídico mexicano y los nuevos paradigmas del concepto de discapacidad", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18692. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18692

APA

Ramírez-Rentería, G. (2025). De la deficiencia a la diversidad: análisis crítico del marco jurídico mexicano y los nuevos paradigmas del concepto de discapacidad. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e18692. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18692

La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes en Colombia en los estados de conmoción interior: violación a los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana

The executive suspension of governors and mayors in Colombia in states of internal commotion: violation of articles 23.2 and 27.2 of the American Convention

Carlos Arturo **Duarte Martínez**

https://orcid.org/0000-0002-7443-8510
Universidad de Buenos Aires. Colombia
Correo electrónico: cduarte3@unab.edu.co

Recepción: 4 de marzo de 2024
Aceptación: 21 de junio de 2024
Publicación: 8 de enero de 2024

Resumen: La Ley 137 de 1994 le atribuye al presidente de la República de Colombia, durante el estado de conmoción interior, la competencia de suspender a los gobernadores de los departamentos y a los alcaldes de los municipios, y a los primeros a los segundos, "cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las órdenes que al respecto emita su superior". Tales hipótesis se pueden subsumir en diferentes delitos o faltas disciplinarias, pero los gobernadores y alcaldes frente a suspensiones ejecutivas que resulten arbitrarias no cuentan con garantías judiciales para defender su derecho al sufragio pasivo. Aquí se demuestra que dicha suspensión viola la reserva judicial que ampara a los derechos políticos en los términos de los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y se propone una interpretación conforme para que dicha competencia no se ejerza violando obligaciones convencionales.
Palabras clave: sufragio pasivo; estado de conmoción interior; inhabilitación temporal; garantías judiciales indispensables.

Abstract: The Law 137 of 1994 grants the President of the Republic of Colombia the authority, during a state of internal commotion, to suspend departmental governors and municipal mayors, as well as governors to suspend mayors, "when they contribute to the disturbance of order, hinder the actions of public forces, or fail to comply with orders issued by their superiors in this regard." These scenarios can be subsumed under various criminal offenses or disciplinary violations, but governors and mayors facing arbitrary executive suspensions lack

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

judicial guarantees to defend their right to passive suffrage. It is demonstrated here that such suspensions violate the judicial reserve that protects political rights under Articles 23.2 and 27.2 of the American Convention on Human Rights. A compliant interpretation is proposed to ensure that this authority is not exercised in violation of conventional obligations.
Keywords: passive suffrage; state of internal commotion; temporary disqualification; indispensable judicial guarantees.

Sumario: I. Introducción. II. Los alcances de la prohibición de suspender los derechos humanos en el sistema interamericano. III. Los alcances de la prohibición de suspender en la Constitución colombiana de 1991. IV. La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes durante la conmoción interior. V. Referencias.

I. Introducción

El presente escrito centra su estudio en la convencionalidad del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, que otorga durante el estado de conmoción interior al presidente de la República la competencia de suspender a los alcaldes municipales y a los gobernadores departamentales, y a estos últimos a los primeros, "cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las ordenes que al respecto emita su superior, y designar temporalmente cualquier autoridad civil, según los procedimientos y las causales que se establezcan".

El interés en esta disposición normativa se debe a que tienta la advertencia hecha por Agamben (2004, p. 99), quien denuncia que "el estado de excepción es [...] un espacio vacío de derecho, una zona de anomia en la cual todas las determinaciones jurídicas [...] son desactivadas". Varios aspectos son problemáticos. Gobernadores y alcaldes son elegidos por voto popular para ejercer el poder en departamentos y municipios, divisiones territoriales dentro del Estado unitario que es Colombia. Tienen un origen democrático distinto al presidente de la República y son elegidos cuando este va a mitad de su periodo institucional. Es una fórmula para lograr el equilibrio de poderes a nivel territorial, pues a este nivel pueden gobernar partidos o movimientos políticos de oposición al presidente. Incluso es un derecho de departamentos y municipios ser gobernados por autoridades propias, según señala el artículo 287 superior. Por ende, la suspensión de gobernadores y alcaldes llevaría también a suspender la democracia a nivel local, pues pueden ser reemplazados temporalmente por "cualquier" autoridad con la única

condición de que sea un civil, lo que excluye la posibilidad de optar por un gobernador o alcalde militar.

Desde luego, resulta lesivo al Estado de derecho que gobernadores y alcaldes generen la causa que lleva a declarar el estado de conmoción interior o impidan su superación. Pero que no sea un juez el que verifique esta situación puede llevar a que se restrinjan de manera arbitraria los derechos políticos de los que son titulares esas autoridades locales; o que incluso esta competencia sea utilizada por el presidente de la República para anular a quienes puedan hacerle legítimamente contrapeso a las facultades extraordinarias que asume en ese estado de excepción.

La organización del territorio para ser gobernado fue uno de los grandes debates del siglo XIX en Colombia.[1] Las guerras civiles de 1885, 1895 y la de los mil días aseguraron que se optara por una fórmula de Estado central en donde el presidente de la República nombraba libremente a los gobernadores y estos a los alcaldes. La Constitución de 1991 aseguró que estos cargos fueran elegidos por voto popular, de allí que el artículo 38, literal k), de la Ley 137 de 1994 parezca un retorno a un modelo organizativo demolido por el constituyente.

Aunque en 2002 fue la última vez que se declaró el estado de conmoción interior, la posibilidad de su declaratoria y las tensiones entre el presidente y gobernadores o alcaldes por el control del orden público siguen presentándose. Durante el estallido social de 2021 en Colombia ocurrieron cerca de 46 homicidios durante las protestas, de los cuales 28 pudieran ser atribuibles a agentes estatales según informe de la ONU (2021). Entre el presidente de la República y algunos gobernadores y alcaldes, especialmente los miembros de los partidos de oposición, hubo enfrentamientos sobre el control de las manifestaciones al punto de pensarse que el primero iba a declarar el estado de conmoción interior en el Valle del Cauca, departamento en donde ocurrieron el 71% de las enunciadas muertes. A mediados de 2024 el presidente de Colombia planteó, en una reunión con alcaldes del Cauca, la posibilidad

[1] García Márquez (2017) dejó plasmado este diferendo: "En cierta ocasión, en vísperas de las elecciones, don Apolinar Moscote regresó de uno de sus frecuentes viajes, preocupado por la situación política del país. Los liberales estaban decididos a lanzarse a la guerra. Como Aureliano tenía en esa época nociones muy confusas sobre las diferencias entre conservadores y liberales, su suegro le daba elecciones esquemáticas. Los liberales, le decía, era gente de mala índole, partidaria... de despedazar al país en un sistema federal que despojara de poderes a la autoridad suprema. Los conservadores, en cambio[...] no estaban dispuestos a permitir que el país fuera descuartizado en entidades autónomas", Capítulo V de *Cien años de Soledad*.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de declarar el estado de conmoción interior para controlar el orden público alterado por grupos armados ilegales ante la imposibilidad de mandatarios locales de eludir su influencia.

Es decir, el control de orden público en Colombia aún es un tema de controversia entre los niveles nacional y territorial. La posibilidad de que departamentos y municipios se queden sin los propios gobernantes, y que estos no tengan una protección judicial, sigue latente. La posibilidad de suspender gobernadores y alcaldes durante la conmoción interior está contemplada en los términos actuales del artículo 38, literal k), de la Ley 137 de 1994.

La aludida competencia presidencial también se relaciona con el sistema constitucional de garantías, que regula los estados de excepción con la finalidad de asegurar que durante la vigencia de los estados de excepción el poder público también esté sometido a la racionalidad jurídica. Cuenta con unos límites sustanciales[2] y garantías procesales[3] para evitar los excesos que se presentaron durante la Constitución de 1886 bajo el estado de sitio.

El poder excepcional del presidente frente a gobernadores y alcaldes tiene como límites a las cláusulas de aperturas de la Constitución de 1991, que llevan a que prevalezca en el orden interno el artículo 27.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), que no autoriza a los Estados parte, durante los estados de guerra, peligro público o emergencia, a suspender los derechos políticos, "ni las garantías judiciales indispensables" para su protección.

Dentro de estas garantías se encuentra la reserva judicial para la restricción individual del derecho político al sufragio pasivo de los servidores públicos de elección popular, consagrado en el artículo 23.2 de la CADH.[4]

---

[2] Se enlistan: 1) la prevalencia, en el orden interno, de los tratados internacionales sobre los derechos humanos que prohíben su limitación durante los estados de excepción, de donde tienen jerarquía constitucional —artículo 93—; 2) la prohibición de suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales — artículo 214 n° 2—; 3) la prohibición de que civiles sean juzgados por militares — artículo 213, inciso final—; 4) la imposibilidad de desmejorar los derechos sociales — artículo 213, inciso final—, entre otros.

[3] Se resalta: 5) el control automático de constitucionalidad que ejerce la Corte Constitucional sobre los decretos legislativos que el presidente de la República expide en ejercicio de sus facultades extraordinarias — artículos 214 n° 6 y 241 n° 7— y 6) el control inmediato de legalidad que ejerce la jurisdicción de lo contencioso administrativo respecto de los decretos expedidos en ejercicio de función administrativa que desarrollen los decretos legislativos —artículo 136, Ley 1437 de 2011—.

[4] El artículo 4.2 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos no enlista a los derechos políticos (art. 25) dentro de aquellos que no se pueden suspender "en situaciones excepcionales".

De esta manera, para ser compatible el artículo 38, literal k), de la Ley 137 de 1994 con los artículos 23.2 y 27.2 convencionales, es necesario para que el presidente de la República pueda suspender a un alcalde o gobernador que un juez verifique que ellos por su acción u omisión: 1) contribuyan a la perturbación del orden, 2) obstaculicen la acción de la fuerza pública o 3) incumplan las órdenes que al respecto emita su superior.

Lo anterior implica hacer una modificación legal que rechace cualquier posibilidad de que el presidente o los gobernadores motiven por razones políticas la suspensión de las autoridades locales elegidas por voto popular durante los estados de excepción. Con esta necesaria modificación, la competencia prevista en el artículo 38, literal k), de la Ley 137 de 1994 resulta ser reglada.

El análisis que se presenta es necesario, ya que la Corte Constitucional en la Sentencia C-179 de 1994, al concluir que el artículo 38, literal k), de la Ley 137 de 1994 era exequible, no estudió los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. La Corte interpretó que el único límite que impone la Constitución al presidente para suspender a gobernadores y alcaldes es que lo haga "en los casos taxativamente señalados por la ley", y consideró que los decretos legislativos de estados de excepción son leyes en sentido material. Por lo tanto, según concluyó la Corte, era posible que la Ley 137 de 1994 estableciera la posibilidad de suspender ejecutivamente a alcaldes y gobernadores bajo los estados de conmoción interior en hipótesis adicionales a las previstas en la legalidad ordinaria.

Así las cosas, la disposición legal modificada para cumplir con los mandatos convencionales se leería bajo la siguiente fórmula:

> k) El Presidente de la República podrá suspender al alcalde o gobernador, y este a su vez podrá suspender a los alcaldes de su departamento, cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las ordenes que al respecto emita su superior [*siempre que así lo acredite y lo ordene un juez*], y designar temporalmente cualquier autoridad civil, según los procedimientos y las causales que se establezcan.

Esta modificación se puede hacer mediante una reforma legal realizada por el Congreso de la República, o mediante una sentencia aditiva de la Corte Constitucional resultado de un nuevo estudio de control de constitucionalidad. Esta última opción pasa por reconocer que la aludida Sentencia C-179 de 1994 produce efectos de "cosa juzgada aparente" ante la notoria omisión

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de estudiar en 1994 los artículos 23.2 y 27.2 convencionales y las opiniones consultivas 07 y 09 de 1987.

Todo lo anterior pasa a ser defendido en tres apartados: en los dos primeros se explica, respectivamente, la prohibición convencional y constitucional de suspender derechos humanos y derechos fundamentales, para en la última analizar cómo la suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes durante el estado de conmoción interior resulta lesiva a la reserva judicial, y la manera de superar dicha inconvencionalidad.

II. Los alcances de la prohibición de suspender los derechos humanos en el sistema interamericano

1. *Sobre la suspensión de las obligaciones*

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en su artículo 57, señala que la aplicación, total o parcial, de un tratado internacional se puede suspender en dos hipótesis: 1) "conforme a las disposiciones del tratado" o 2) "por consentimiento de todas las partes previa consulta con los demás Estados contratantes". Así, en cada ocasión, los signatarios de los tratados internacionales pueden definir los eventos en los que el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en virtud de estos puede cesar válidamente.

Esta suspensión tiene la vocación de ser temporal, en tanto que lo contrario exige realizar una denuncia del tratado internacional. Es decir, toda suspensión es temporal, no hay suspensiones definitivas. Reuter (1999, p. 194) explica que la suspensión de las obligaciones es una alternativa plausible frente a la denuncia e impone al Estado parte el deber de superar la situación que lo llevó a acudir a ella.

La CADH, como tratado internacional que fundamenta el sistema interamericano de derechos humanos (SIDH), en su artículo 27 establece un régimen convencional para los derechos humanos bajo los estados de excepción, en el cual prohíbe suspender las obligaciones internacionales respecto de 10 derechos, entre ellos los derechos políticos, así como "las garantías judiciales indispensables para la protección". De los artículos 1.1 y 2 convencionales se derivan las obligaciones de respetar los derechos y garantizar su ejercicio, así como adecuar el derecho interno a los estándares convencionales. Por tanto, dicho artículo 27 busca evitar que surja una anomia total en materia de derechos humanos durante la excepcionalidad.

En América Latina, donde la excepcionalidad ha tenido una larga tradición vinculada a la violación de los derechos humanos, el propósito de convencionalizar su ejercicio reitera la intención de salvaguardar la democracia y los derechos humanos, incluso en los tiempos en que el Estado de derecho mismo esté en riesgo.

Según Escobar (2021, pp. 142-143) la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha indicado que es posible restringir los derechos enlistados en el artículo 27.2, pero no ha sido muy clara en distinguir entre suspensión y restricción. A pesar de esto, el autor español destaca que el tribunal internacional reconoce que, al ser los derechos humanos consustanciales a la persona, "lo único que podría suspenderse sería su pleno y efectivo ejercicio", mas no su titularidad. Rodríguez (2014, p. 685) ha dicho que en cada caso se debe analizar el "carácter, intensidad, profundidad y particular contexto de la emergencia, así como la proporcionalidad y razonabilidad" de la medida de excepción adoptada para determinar si es o no compatible con el artículo 27. Y reconoce que para verificar el cumplimiento de estas condiciones es necesario que el Estado parte garantice en el orden interno el ejercicio de las garantías judiciales indispensables.

También la Corte IDH ha señalado que no es posible violar otras obligaciones internacionales con la suspensión que habilita o permite la CADH, en concordancia con las cláusulas hermenéuticas de su artículo 29 (*Caso Espinoza Gonzáles vs. Perú*, 2013, párr. 117).

2. *Los derechos políticos, intangibles en el SIDH*

La existencia de derechos que no pueden ser suspendidos ni aún en estados de excepción marca un límite de intangibilidad para los poderes del Estado. Es una norma de *ius cogens* respetarlos y garantizarlos, lo que demuestra que su sacrificio no contribuye a superar la situación excepcional (Tobón, 2019, p. 273).

Medina y Nash (2007, p. 37) explican que la inclusión de los derechos políticos entre aquellos que no se pueden suspender durante los estados de excepción se debe a la práctica frecuente de menoscabarlos bajo su vigencia. Por lo tanto, entienden que el artículo 27.2 prohíbe: 1) eludir la realización de elecciones periódicas, salvo por alguna circunstancia natural o la guerra; 2) disolver corporaciones de elección popular; 3) prohibir algún partido político; 4) suspender el derecho al voto de personas; o 5) aumentar

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

los requisitos para elegir o ser elegidos con ocasión a la situación que dio lugar a la declaración de emergencia. Meléndez (1997) agrega que, en virtud de esta disposición convencional, está prohibido durante los estados de excepción "adoptar medidas [...] discriminatorias por motivos políticos" (p. 293).

Vale recordar que tempranamente la Corte IDH, en la Opinión Consultiva OC-8/87, señaló que "la suspensión de garantías no puede desvincularse del «ejercicio efectivo de la democracia representativa» a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA". De esta manera, resulta evidente que adoptar medidas de excepción, como las señaladas por Medina y Nash, o también restringir las posibilidades de votar, aumentar el periodo de las autoridades elegidas o suprimir ciertos cargos de elección popular, no contribuye positivamente al fortalecimiento de la democracia.

En lo que se refiere al sufragio pasivo o derecho a ser elegido, que es el que se afecta cuando se inhabilita para el ejercicio de servidores públicos de elección popular, Vanegas (2009, pp. 54-72) enseña que incorpora (1) el derecho a ser candidato, es decir, participar en elecciones populares; (2) el derecho a ser proclamado electo, como ganador por obtener los votos exigidos legalmente; (3) el derecho a posesionarse, necesario para ostentar la condición de servidor público de elección popular y, (4) el derecho a la permanencia y ejercicio en el cargo electivo, salvo que incurra en una causal prevista en la ley para ser desvinculado y su ocurrencia se acredite en una actuación respetuosa de las observancias del debido proceso.

Sobre esta última arista, la destitución o separación del empleo de ciertos funcionarios públicos, como consecuencia de incurrir en delitos o faltas disciplinarias, no se presenta como algo problemático. Estas medidas son restricciones que ordinariamente se adoptan en tiempos de legalidad ordinaria, y pueden ser necesarias bajo la excepcionalidad cuando servidores públicos, incluso los de elección popular, contribuyen a amenazar la subsistencia del mismo régimen democrático, propician un alzamiento armado contra el Estado o participan de la guerra en el bando considerado como enemigo, o se muestran negligentes en superar el estado de excepción. Es decir, defenestrar a una autoridad democrática elegida por crear, propiciar o mantener un estado de cosas alterado que justifique un estado de excepción no es contrario al artículo 27.2 convencional.

Sin embargo, la inhabilitación, ya sea definitiva o provisional, de autoridades de elección popular durante los estados de excepción, lleva consigo el riesgo de ser utilizada como una herramienta para eliminar al enemigo po-

lítico mediante vías antidemocráticas. Este riesgo es especialmente pronunciado en los regímenes políticos latinoamericanos, donde el presidente de la República concentra funciones adicionales durante los estados de excepción.

El riesgo se presenta, por ejemplo, para los miembros de las asambleas legislativas, quienes de manera ordinaria ejercen control político sobre el residente, especialmente necesaria durante la excepcionalidad. También se cierne sobre las autoridades políticas locales, quienes también ejercen contrapeso a la autoridad del presidente y, en gran parte, deben cumplir las medidas de excepción adoptadas por él. Además, estas pueden no pertenecer al mismo partido del presidente.

Así pues, aunque la inhabilitación del ejercicio del cargo es una restricción al sufragio pasivo, si las garantías judiciales indispensables se llegan a suspender durante los estados de excepción a fin de hacer que sea más fácil su imposición que en tiempos de legalidad ordinaria, se estaría frente a una violación del artículo 27 de la CADH.

3. *Las garantías judiciales indispensables*

Fix-Zamudio (2004) destaca que la referencia en el artículo 27 de la CADH a las garantías judiciales indispensables busca impedir "la intervención de los tribunales para fiscalizar las declaraciones, las disposiciones legislativas y los actos concretos de aplicación de las situaciones de excepción" (p. 832). Como explica Rodríguez (2014, p. 685), estas garantías permiten que a nivel nacional se pueda verificar que las medidas excepcionales adoptadas frente a los derechos que no se pueden suspender sean proporcionales y razonables.

Sobre la prohibición de suspender las garantías judiciales indispensables de los derechos indisponibles, Meléndez (1997) sostiene que "debe entenderse como inderogable toda garantía judicial que por su naturaleza y especialmente por la función de protección que desempeña, sea estrictamente indispensable asegurar para preservar los derechos humanos y las libertades fundamentales que no pueden suspenderse bajo ninguna circunstancia", como, ejemplifica, es el acceso a la jurisdicción (p. 294).

Al respecto, la Corte IDH en la Opinión Consultiva OC-8/87 expresó que por aquellas garantías judiciales debe interpretarse los "procedimientos judiciales que ordinariamente son idóneos para garantizarla plenitud del ejercicio de los derechos y libertades", considerados por la misma CADH como indisponibles. El tribunal internacional destaca que, aunque pueden variar

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

según la naturaleza de cada uno de ellos, un elemento común e indispensable es "la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción" (Corte IDH. OC-8/87, párrs. 29 y 30). No hay duda de que la reserva judicial de los derechos políticos resulta indispensable durante los estados de excepción.

En la Opinión Consultiva OC-9/87, la Corte IDH amplió la interpretación del artículo 27.2 de la CADH para decir que: (1) el artículo 27.2 debe entenderse junto con las garantías del debido proceso legal previstas en el artículo 8 convencional y la protección judicial efectiva del artículo 25, y que (2) tampoco se pueden desconocer las garantías indispensables de los derechos no suspendidos durante la excepcionalidad:

> 38. La Corte concluye que las garantías judiciales indispensables para la protección de los derechos humanos no susceptibles de suspensión, según lo dispuesto en el artículo 27.2 de la Convención, son aquellas a las que esta se refiere expresamente en los artículos 7.6 y 25.1, consideradas dentro del marco y según los principios del artículo 8, y también las inherentes a la preservación del Estado de Derecho, aun bajo la legalidad excepcional que resulta de la suspensión de garantías.
>
> 39. Naturalmente, cuando en un estado de emergencia el Gobierno no haya suspendido algunos derechos y libertades de aquellos susceptibles de suspensión, deberán conservarse las garantías judiciales indispensables para la efectividad de tales derechos y libertades.

Sobre lo anterior, Tobón (2019) sostiene que las garantías del artículo 8 "no se pueden suspenderse con motivo de las situaciones de excepción en cuanto constituyen condiciones necesarias para que los instrumentos procesales, regulados por la Convención, puedan considerarse como garantías judiciales" (p. 288).

Con lo anterior, es claro que la exigibilidad de las garantías judiciales indisponibles en los estados de excepción es autónoma a la de los derechos enlistados en el mismo artículo 27.2 de la CADH. En consecuencia, al igual que no pueden suspenderse aquellas necesarias para garantizar los derechos que siendo susceptibles de suspensión no fueron suspendidos, tampoco es posible que durante los estados de excepción se impongan restricciones a los derechos enunciados en el artículo 27.2 con menoscabo de las garantías judiciales indispensables.

En consecuencia, las restricciones que válidamente pueden imponerse a derechos políticos, con la observancia de la reserva judicial en tiempos de legalidad ordinaria, no pueden confiarse a autoridades administrativas bajo estados de excepción. La reserva judicial para la inhabilitación política no puede ser desconocida durante los estados de excepción. Hacerlo constituye una violación del artículo 27.2 de la CADH.

Respecto de los derechos políticos, la Corte IDH ha construido la reserva judicial en torno, principalmente, del sufragio pasivo en las sentencias de los casos *López Mendoza vs. Venezuela* de 2011 (párr. 107), *Petro Urrego vs. Colombia* de 2020 (párrs. 96 y 100) y la OC-28 de 2021 (párr. 106 a 107), consagrada en los artículos 23.2 y 25 de la CADH. En consecuencia, el tribunal internacional exige a los Estados parte de la CADH que toda restricción individual al sufragio pasivo a título de sanción sea decidida por un "juez competente, en proceso penal", bien se llame falta, destitución o cualquier tipo de sanción que conlleve a una inhabilitación política.

El juez, como garante de los derechos políticos, una apuesta prevista en la CADH y reiterada por la Corte IDH, se explica en que, por su independencia e imparcialidad, puede aplicar el Derecho lejos de las relaciones partidistas y contener la eliminación arbitraria del contendiente político.

Como explicó la Corte IDH en la OC-28 de 2021, este juez, con la observancia de las garantías del debido proceso legal, debe verificar que la restricción al sufragio pasivo a aplicar: (i) tiene un fundamento que respeta la legalidad, (ii) persigue una finalidad permitida y legítima a la luz de la CADH, (iii) es idónea para lograr esa finalidad; (iv) es necesaria, es decir, no existen alternativas menos lesivas; y, por último, (v) es estrictamente proporcional de modo que no cause un daño mayor al beneficio que genera a la democracia (párrs. 115 a 122). Por tanto, las diferencias que pueda tener para los derechos políticos las restricciones provisionales o definitivas deben evaluarse según esta metodología. No es posible evadirla, so pena de socavar la protección judicial que convencionalmente se exige para el sufragio pasivo.

En consecuencia, la inhabilitación política se relaciona con el método democrático de selección de los dirigentes y la reserva judicial, en su condición de garantía, asegura que en las elecciones no se puedan excluir sino a quienes realmente incurrieron en causales legales previstas para ello (Duarte, 2023, pp. 197-220).

En otro espacio, se ha sostenido que aunque la Corte IDH ha desarrollado dicho estándar frente a sanciones definitivas, también la reserva judicial

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cobija a medidas provisionales o temporales, ya que ellas también restringen de manera individual los derechos políticos (Roa & Duarte, 2024). Recuérdese que el exalcalde de Bogotá Gustavo Francisco Petro Urrego solo duró retirado del cargo durante un mes y un día, y la Corte IDH declaró violado el derecho al sufragio pasivo previsto en el artículo 23.1 de la CADH. Precisamente, el tribunal internacional destacó que, durante este lapso en el que dicho funcionario no pudo desempeñar su cargo, "también constituyó una afectación de los derechos políticos de sus electores y del principio democrático" (*Caso Petro Urrego vs. Colombia*, Párr. 135).

Por ende, también es contrario a la CADH, y a su finalidad relacionada con que las personas vivan en democracias reales y vigorosas, que durante los estados de excepción, con una restricción temporal impuesta sin respeto a la reserva judicial, las autoridades locales democráticamente elegidas sean separadas de sus funciones.

III. Los alcances de la prohibición de suspender derechos en la constitución colombiana de 1991

Como ya se dijo, la Constitución colombiana de 1991 en su artículo 214 N°2 prohíbe suspender los derechos humanos y las libertades fundamentales en cualquiera de los estados de excepción; y dispone que el legislador regule las facultades bajo esos lapsos y los controles judiciales para proteger los derechos, de conformidad con los tratados internacionales. Al ser los derechos a elegir y ser elegido considerados como fundamentales, según el artículo 40 N°1, se encuentran cobijados por esta prohibición.

1. *Interpretación de la prohibición constitucional*

El Congreso de la República, al regular las facultades durante los estados de excepción, entendió que lo posible en ellos es la limitación de los derechos y se preocupó porque no equivalieran a suspensiones, por lo que en la Ley 137 de 1994 adoptó una triple fórmula: (i) frente a los derechos no susceptibles de ser suspendidos, dijo que las limitaciones no pueden "ser tan gravosas que impliquen la negación" —art. 5—; (ii) respecto de los derechos que sí se pueden suspender, señaló que no se puede "afectar su núcleo esencial" —art. 6—; y (iii) prohibió "cometer arbitrariedades so pretexto" de la declaración del estado de excepción —art. 7—.

Vale destacar que el artículo 4 de la Ley 137 de 1994 reproduce íntegramente el artículo 27.2 de la CADH, por lo que legalmente el derecho a ser elegido no se puede suspender y tampoco sus garantías judiciales indispensables. Se agregó una disposición para reforzar la participación política durante los estados de excepción al decir que "los derechos a constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas, a formar parte de ellas, a participar en sus actividades legítimas y a hacer oposición, podrán ser ejercidos libremente dentro del respeto a la Constitución Política y sin recurrir a ninguna forma de violencia".

Esta regulación muestra, a juicio de Hernández (2001, p. 204), que los estados de excepción en la Constitución de 1991 no permiten la existencia de poderes omnímodos. Para el profesor Casas (2017) se trata de "un rígido estándar a la hora de hacer uso de las facultades extraordinarias que se le otorgan al ejecutivo en los estados de excepción" (p. 272).

Un atento lector podrá advertir que, al igual que lo expresado por Escobar respecto de la CADH, dentro del sistema constitucional colombiano no es clara la distinción entre suspensión y limitación. Tobón (2019, pp. 301-207) aborda la cuestión para señalar que la suspensión comporta la transgresión del núcleo esencial del derecho fundamental al punto de que impide su ejercicio no solo frente al Estado sino ante los particulares, es decir, le "resta efectividad total de manera temporal", mientras que la limitación implica imponer condiciones adicionales para el ejercicio del derecho fundamental, asunto que es de reserva legal. El profesor Rodríguez (2023, p. 87) expone que suspender y limitar derechos son acciones que pertenecen al género de intervenir, en donde el primero equivale a su desaparición temporal mientras que la limitación restringe solo algunas posibilidades de su ejercicio.

La Corte Constitucional ha entendido que la prohibición de no suspensión de los derechos humanos es una exigencia de "ausencia de arbitrariedad" durante los estados de excepción (Sentencia C-149 de 2003). En Sentencia C-252 de 2010, el tribunal constitucional también reconoció que los derechos humanos no susceptibles de ser suspendidos durante los estados de excepción sí pueden ser restringidos en la medida en "que satisfagan los requerimientos esenciales" del DIDH, la Constitución y la Ley 137 de 1994. Pero la Corte no es clara en si el incumplimiento de esos requerimientos hace que la medida adoptada equivalga a una suspensión o sea una restricción ilegal.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En relación con los derechos políticos, debe resaltarse que en la Sentencia T-457 de 2021 la Corte Constitucional ordenó a las autoridades electorales continuar con el proceso de revocatoria del mandato en contra del alcalde de una de las principales ciudades de Colombia, trámite que había sido suspendido durante los dos estados de excepción declarados por la pandemia del COVID-19. La revocatoria del mandato es uno de los mecanismos de participación ciudadana previstos en la misma Constitución de 1991 que se puede promover en contra de autoridades políticas locales unipersonales (gobernadores y alcaldes) por incumplir sus propuestas de campaña electoral. Su desarrollo exige realizar una votación pública, que queda cobijada por el artículo 23.1 de la CADH. En el caso particular, la Corte Constitucional reprochó que se suspendiera el proceso de revocatoria del mandato hasta que las autoridades de salud certificaran que este no presentaba algún riesgo contra la salubridad pública, ya que constituía "una vulneración al núcleo esencial de los derechos políticos, como lo es la posibilidad de realizar el proceso de participación de revocatoria directa y ejercer el derecho al voto".

2. *La reserva judicial y los derechos intangibles durante los estados de excepción*

En la jurisprudencia de la Corte Constitucional no se encuentra un desarrollo particular sobre aquellas garantías judiciales indispensables durante los estados de excepción. Esto se debe principalmente a que la inventiva del legislador de excepción no ha llevado a desconocer sus límites, es decir, a negar la reserva judicial a los derechos humanos o fundamentales.

Ante este escenario, podría reconocerse que las reglas de la Constitución colombiana de 1991 y la Ley 137 de 1994, al menos normativamente, han sido eficaces, es decir, que no se han expedido decretos legislativos por los presidentes de la República para, por ejemplo, trasladar a autoridades de la rama ejecutiva la decisión de asuntos que bajo la legalidad ordinaria corresponden a los jueces.

Debe destacarse que el respeto a la reserva judicial se ha acatado incluso frente a derechos que convencional y constitucionalmente sí se pueden suspender durante los estados de excepción. Por ejemplo, como recuerda Casas (2017, p. 299), en referencia a la libertad personal y al derecho procesal penal, las modificaciones realizadas mediante decretos legislativos se han orientado a variar la competencia entre los jueces penales, otorgar facultades

de policía judicial a miembros de la fuerza pública, crear tipos penales, ampliar los términos judiciales o hacer más rigurosos los procesos de ejecución de sanciones.

Así pues, en primer momento las fuentes formales de derecho de excepción en Colombia han sido respetuosas de los derechos humanos considerados intangibles desde el DIDH, además de contar con herramientas judiciales para su garantía.

IV. La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes durante la conmoción interior

1. *Los supuestos en los que los gobernadores y alcaldes pueden ser suspendidos bajo la legalidad ordinaria*

Los gobernadores y alcaldes son autoridades políticas elegidas por voto popular y constituyen las máximas autoridades administrativas en departamentos y municipios, divisiones territoriales dentro del modelo de Estado unitario con autonomía territorial con que se organiza Colombia. Son electos en comicios que no coinciden con la elección de las autoridades nacionales. Como servidores públicos están sujetos a diferentes regímenes de responsabilidad, en virtud de los cuales pueden ser inhabilitados de manera definitiva o temporal para desempeñar empleos de elección popular. Estos regímenes son de naturaleza sancionatoria, como el derecho penal[5] y el derecho disciplinario[6], y de naturaleza indemnizatoria, como la responsabilidad fiscal[7] y la responsabilidad patrimonial.[8]

---

[5] Sanciona la comisión de delitos que lesionan bienes jurídico-penalmente tutelados. Por las sanciones penales surge una inhabilidad perpetua para desempeñar cargos de elección popular, salvo que se trate de delitos políticos o culposos.

[6] Sanciona la comisión de faltas disciplinarias que defraudan deberes funcionales. La inhabilidad que surge por las sanciones disciplinarias siempre es limitada en el tiempo.

[7] Surge por causar daños fiscales en ejercicio de la gestión fiscal. Quien es declarado responsable fiscalmente no puede ocupar cargos públicos hasta no acreditar el pago de la indemnización impuesta a favor del erario.

[8] Surge por quien con su conducta causa un daño antijurídico que debe ser indemnizado por una entidad pública. La inhabilidad para desempeñar cargos públicos se mantiene hasta que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Todos los supuestos de responsabilidad con fundamento en el derecho penal y la responsabilidad patrimonial son aplicados por autoridades judiciales vinculadas orgánicamente a la rama judicial. La responsabilidad fiscal, sin excepción, y el Derecho disciplinario, salvo para servidores judiciales, son aplicados por autoridades que ejercen función administrativa[9]. Los jueces penales, las autoridades disciplinarias y las Contralorías pueden ordenar como medida cautelar la suspensión del ejercicio del cargo ocupado por el servidor público mientras duren las investigaciones en su contra.

Desde luego, las sanciones disciplinarias y las declaratorias de responsabilidad fiscal desconocen el estándar convencional de la reserva judicial del sufragio pasivo, desarrollado por la Corte IDH, ya que estas tienen como efecto impedir el acceso y el desempeño de cargos de elección popular. Que sea posible para autoridades administrativas inhabilitar a este tipo de servidores ha sido defendido por la Corte Constitucional con un celo único en las Sentencias C-091 de 2022 y C-030 de 2023.

Particularmente, ha sido objeto de críticas la saña con la que el alto tribunal colombiano ha incumplido la convencionalidad al permitir que la Procuraduría General de la Nación pueda decidir la imposición de destituciones, inhabilitaciones y suspensiones de servidores públicos de elección popular. Respecto de la Sentencia C-030 de 2023, Quinche Ramírez expresó que

> Treinta años hablando de Bloque de Constitucionalidad y con el fallo sobre la Procuraduría, la Corte Constitucional (i) patrocina el incumplimiento de la sentencia de la Corte Interamericana, (ii) se niega a examinar el cargo por violación de la Convención Americana que había admitido y (iii) acepta soslayadamente la doctrina del Tribunal Supremo de Venezuela de "inejecutabilidad" de los fallos de la Corte Interamericana.

La realidad muestra que la legalidad ordinaria colombiana inaplica la reserva judicial en tiempos de legalidad ordinaria para los derechos políticos. Es decir, permite que se restrinja el sufragio pasivo mediante decisiones administrativas. Siendo ello así, no es extraño que también lo haga bajo los estados de excepción. Hay, pues, un déficit de protección jurídica a los

[9] Las Contralorías General de la República, Departamentales y Municipales en casos de responsabilidad fiscal; y la Procuraduría General de la Nación, las Personerías Municipales y las Oficinas de Control Interno Disciplinario. La Procuraduría tiene competencia privativa para ejercer control disciplinario sobre los servidores públicos de elección popular.

derechos políticos, siendo un desafío mayor para los colombianos la insuficiencia de los recursos judiciales para hacer creíble nuestra vida política.

2. *Presidente y gobernadores: ejecutores de las destituciones y suspensiones de los mandatarios locales bajo la legalidad ordinaria*

El artículo 304 de la Constitución de 1991 le asigna al presidente de la República la competencia para destituir y suspender a los gobernadores "en los casos taxativamente señalados por la ley"; y en los mismos términos, el artículo 314 inciso 3° superior lo hace respecto de los gobernadores para destituir y suspender a los alcaldes.

Estas disposiciones prevén con claridad una reserva legal para la destitución y suspensión de las autoridades políticas locales, por lo que las decisiones administrativas en cabeza del presidente y gobernadores son absolutamente regladas. Desde luego, solo participan en la ejecución de las inhabilitaciones de estos últimos y de los alcaldes cuando aún están en desempeño del cargo. El presidente de la República y los gobernadores tienen la responsabilidad de hacer eficaces las decisiones penales, disciplinarias, fiscales y de responsabilidad patrimonial que se lleguen a adoptar. Dicha eficacia exige separarlos del cargo y proveer su reemplazo.

Esta última competencia está prevista en el artículo 305 inciso 3° de la Constitución de 1991, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2002:

> Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el Presidente de la República designará un Gobernador para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido.

La Ley 2200 de 2022 amplió esta competencia frente a las suspensiones de las que sean objeto los gobernadores y reguló cómo debía ser la selección del gobernador designado:

> Artículo 135. Designación de gobernador en caso de falta absoluta o suspensión. Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período constitucional, se elegirá gobernador para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el presidente de la República designará un gobernador para lo que reste del período, respe-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el gobernador elegido. Acto administrativo que será comunicado a la asamblea departamental. En los dos eventos anteriores, mientras se designa y asume el gobernador encargado, actuará como tal el secretario de gobierno o quien haga sus veces en el departamento.

(...)

El gobernador designado según el caso, deberá adelantar su gestión de acuerdo con el programa del gobernador elegido por voto popular. El gobernador encargado o designado quedará sujeto a la ley estatutaria que regula el voto programático.

En caso de faltas absolutas de gobernadores, el presidente de la República solicitará al partido, movimiento o coalición que inscribió al candidato, una terna integrada por ciudadanos pertenecientes al respectivo partido, movimiento o coalición. Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes al de recibido de la solicitud no presentaren la terna, el presidente designará libremente.

Se resalta que la fórmula en caso de vacancia absoluta o por suspensión de los gobernadores pasa por mantener la ejecución de su plan de gobierno y de respetar la representación del partido al que él pertenece, al punto de que el presidente de la República solo puede designar como gobernador a quien él desee si el partido político del gobernador que no puede continuar en el ejercicio de su cargo se niega a enviar la terna para designar su reemplazo.

El presidente de la República también tiene la misma competencia respecto del alcalde de Bogotá y está regulada en el artículo 323 inciso 5 superior frente a las faltas absolutas,[10] y en caso de suspensiones en el artículo 106 inciso 1° de la Ley 136 de 1994.[11]

Respecto de las faltas absolutas o suspensión de los alcaldes la competencia para proveer su vacante es atribuida a los gobernadores por el artículo

[10] "Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde mayor para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el presidente de la República designará alcalde mayor para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. Los alcaldes locales serán designados por el Alcalde Mayor de terna enviada por la correspondiente junta administradora".

[11] "Artículo 106.Designación. El presidente de la República, en relación con el Distrito Capital de Santa Fe de Bogotá y los gobernadores con respecto a los demás municipios, para los casos de falta absoluta o suspensión, designarán alcalde del mismo movimiento y filiación política del titular, de terna que para el efecto presente el movimiento al cual pertenezca en el momento de la elección".

314 incisos 2° y 3° constitucional[12] y el mismo artículo 106 inciso 1° de la Ley 136 de 1994, con reglas similares.

En conclusión, bajo la legalidad ordinaria, el presidente de la República y los gobernadores son simples ejecutores de decisiones adoptadas por otras autoridades, algunas judiciales y otras administrativas, las que deciden la separación definitiva o temporal de quienes se desempeñan como gobernadores y alcaldes, según lo expuesto. Pero en la designación del reemplazo existe un cierto ámbito de discrecionalidad para el presidente y los gobernadores, ya que no están obligados a escoger a algún miembro del partido que gobierna en el departamento o municipio, dado que la ley establece que pueden seleccionar entre tres candidatos que les sean presentados.

3. *La competencia del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 es una elusión de la reserva judicial y un vestigio de la Constitución de 1886*

La Ley 137 de 1994 contiene dos disposiciones que desconocen la reserva judicial para los derechos políticos durante los estados de excepción: la que es objeto de estudio en este texto, es decir, la posibilidad de que el presidente de la República suspenda a gobernadores y alcaldes, así como que lo hagan los primeros sobre los segundos; y el artículo 53 que establece un procedimiento expedito para juzgar disciplinariamente a todo servidor público, incluso los de elección popular, por desconocer las medidas de excepción, que solo puede ser tramitado por la Procuraduría General de la Nación, entidad que ejerce función administrativa.

El literal k) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994 presenta cuatro características problemáticas para la protección que la CADH otorga a los derechos políticos: i) las hipótesis previstas para la suspensión de gobernadores y alcaldes durante un estado de conmoción interior también están descritas como faltas disciplinarias y delitos; ii) a pesar de esto, se intenta diluir su carácter sancionatorio al presentarlas como medidas administrativas; iii) se elude la reserva judicial, de modo que no es un juez quien verifica la necesidad

[12] "Siempre que se presente falta absoluta a más de dieciocho (18) meses de la terminación del período, se elegirá alcalde para el tiempo que reste. En caso de que faltare menos de dieciocho (18) meses, el gobernador designará un alcalde para lo que reste del período, respetando el partido, grupo político o coalición por el cual fue inscrito el alcalde elegido. El presidente y los gobernadores, en los casos taxativamente señalados por la ley, suspenderán o destituirán a los alcaldes".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

y proporcionalidad del retiro temporal de gobernadores y alcaldes durante la conmoción interior; y iv) se prevé que el reemplazo puede ser "cualquier autoridad civil" y no un miembro del partido que ganó las elecciones. La suspensión ejecutiva, así, se presenta como una restricción al sufragio pasivo, con menoscabo de las garantías judiciales indispensables y una afectación a los derechos políticos de los electores.

En efecto, hay una notoria similitud entre las causales de retiro temporal de gobernadores y alcaldes que puede decidir el presidente de la República y las hipótesis para aplicar el procedimiento disciplinario de excepción. La suspensión ejecutiva de dichas autoridades territoriales procede "cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las órdenes que al respecto emita su superior", mientras que aquel procedimiento permite juzgar al servidor público que "obstaculice grave e injustificadamente el cumplimiento de las medidas legislativas de excepción o se extralimite en su ejercicio", quien puede ser destituido y suspendido durante el trámite del mismo.

Hay que resaltar que la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos se configura por la transgresión de los deberes funcionales que los vinculan, como ocurre cuando desconocen prohibiciones, omiten o extralimitan sus funciones, entre otras.[13] Por ende, si gobernadores y alcaldes no acatan las órdenes que emita el presidente de la República, ya sea como legislador de excepción o como suprema autoridad de policía, comprometen su responsabilidad disciplinaria y mucho más si promueven alteraciones al orden público que den lugar al estado de conmoción interior o impiden el retorno a la normalidad institucional. Asimismo, las hipótesis de suspensión temporal de gobernadores o alcaldes se pueden relacionar con delitos como la rebelión, la asonada, el prevaricato, el daño a bien ajeno o la violencia contra servidor público. Se está ante una multiplicidad de consecuencias jurídicas: una misma conducta de un gobernador o alcalde durante un estado de conmoción interior podría configurarse como un delito, una falta disciplinaria y como una causal para ser suspendido.

Sin embargo, la suspensión del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 es configurada como una medida administrativa en la que se restringen los derechos políticos de los gobernantes y de los sufragantes que se ven reflejados en los actos de gobierno, con la promesa de superar el orden público turbado y regresar a la normalidad, sin que ningún juez de la Repú-

[13] Ver artículo 26 de la Ley 1952 de 2019.

blica pueda de manera previa definir la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de dicha medida.

Esta suspensión ejecutiva durante los estados de excepción presenta una especie de retorno temporal al régimen político previsto de la Constitución de 1886, bajo la cual los gobernadores eran empleados de libre nombramiento y remoción del presidente, así como los alcaldes de los gobernadores[14]. Este diseño territorial respondía a un modelo de Estado central férreo rechazado por la asamblea constituyente de 1991, quien apostó como una garantía institucional de departamentos y municipios que se gobernaran por autoridades propias[15], la cual entra en tensión bajo los estados de conmoción interior cuando gobernadores y alcaldes pueden ser removidos sin respetar la reserva judicial y reemplazados por otros que incluso no representen al partido político por los cuales fueron electos.

Es importante recordar también que el artículo 303 de la Constitución de 1991 califica a cada gobernador como "agente del presidente de la República para el mantenimiento del orden público", tanto en tiempos de paz como durante los estados de excepción. El artículo 315 N°2 superior también señala que los alcaldes deben conservar el orden público "de conformidad con la ley y las instrucciones y órdenes que reciba del presidente de la República y del respectivo gobernador". El desarrollo dado por el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 lleva a que exista una relación vertical entre alcaldes y gobernadores respecto del presidente de la República durante la conmoción interior, lo que permite que los primeros puedan ser separados temporalmente de sus cargos.

En la medida en que la suspensión del cargo es una situación administrativa del empleado público, los decretos por medio de los cuales se suspenda temporalmente a gobernadores y alcaldes en desarrollo de la competencia del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 hacen que no tengan naturaleza legislativa sino administrativa. En concreto, estos decretos administrativos encuentran su sustento en el decreto legislativo por medio del cual el presidente de la República, junto con sus ministros, declara el estado de conmoción interior.

Pero esos decretos son de carácter individual, por lo que su validez no puede ser cuestionada mediante el control inmediato de legalidad regu-

[14] En 1988 se hizo la primera elección popular de alcaldes en Colombia, luego de reformarse la Constitución de 1886 por el Acto Legislativo 01 de 1968.

[15] Art. 287 N°1, Constitución de 1991.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

lado en los artículos 136 y 185 de la Ley 1437 de 2011, pues solo se aplica frente a medidas administrativa de carácter general que desarrollen los decretos legislativos. Por ende, los afectados deberían acudir a la nulidad y restablecimiento del derecho, medio de control ordinario que se tramita ante los jueces administrativos y que no cumple con todas las exigencias del estándar del recurso judicial efectivo regulado en los artículos 8, 23.2 y 25 de la CADH frente a la suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes, pues se activa cuando ya la suspensión ejecutiva se está cumpliendo, y es excepcional obtener una medida cautelar que permita el reintegro de la autoridad local suspendida.

4. *La sentencia C-179 de 1994*

El artículo 241 N°8 de la Constitución de 1991 prevé que la Corte Constitucional ejerce sobre las leyes estatutarias un control previo de constitucionalidad, a fin de que las disposiciones que sean contrarias a la norma superior no puedan llegar a entrar en vigencia. La Ley 137 de 1994 es una ley estatutaria y respecto de ella el alto tribunal colombiano se pronunció en la Sentencia C-179 de 1994. En relación con lo estudiado en estas líneas, dijo lo siguiente:

> Los ciudadanos Rafael Barrios Mendivil y Alirio Uribe Muñoz piden la declaratoria de inexequibilidad de este literal por violar los artículos 277-6, 304 y 314 de la Carta, porque la facultad de sancionar a los funcionarios públicos citados, le compete al Procurador General de la Nación. Agregan también que la norma permite la arbitrariedad al no contener los casos que dan lugar a la imposición de tales sanciones.
>
> Por otro lado, los ciudadanos Gustavo Gallón Giraldo y José Manuel Barreto consideran que el aparte del literal transcrito que dice: "u obstaculicen la acción de la fuerza pública" contraviene los artículos 150-3-4-5 y 315-2 de la Carta, por impedir que los mandatarios seccionales o locales se opongan a operativos militares o policiales so pena de ser suspendidos, quedando entonces subordinados a los comandantes del ejército o la policía de su jurisdicción, siendo que por mandato constitucional la fuerza pública está subordinada a las autoridades civiles y no lo contrario.
>
> Yerran los intervinientes citados en sus argumentaciones, pues si bien es cierto que en el numeral 6o. del artículo 277 de la Constitución se asigna a la Procuraduría General de la Nación, la facultad de "ejercer preferentemente" el poder

disciplinario sobre la conducta oficial de quienes desempeñen funciones públicas, cualquiera que sea su denominación (trabajadores oficiales, empleados públicos, funcionarios públicos, servidores públicos, etc.), no es menos cierto que es la misma Carta la que autoriza al presidente de la República, para que "en los casos taxativamente señalados por la ley" suspenda o destituya a los gobernadores (art. 304 C.N.), e idéntica atribución se les confiere no solamente al presidente de la República sino también a los gobernadores en relación con los alcaldes, tal como se lee en el artículo 314 ib.

En consecuencia es la misma ley, pues los decretos legislativos lo son en sentido material, la que debe de determinar los casos que dan lugar a la suspensión de los gobernadores y alcaldes que contribuyan a la perturbación del orden público, obstaculicen la acción de la fuerza pública o incumplan las órdenes que emita su superior, (gobernador y presidente de la República), para lo cual deberá señalar el procedimiento aplicable que, como es obvio, respetará el debido proceso, permitiendo que los servidores públicos citados, puedan ejercer su defensa.

Ahora bien, el manejo del orden público, le fue atribuido al presidente de la República en su condición de jefe de Estado, de Gobierno, y como Suprema Autoridad Administrativa, tal como aparece consagrado en el numeral 4o. del artículo 189 de la Constitución, que dice: "Conservar en todo el territorio el orden público y restablecerlo donde fuere turbado".

Si los gobernadores y alcaldes son agentes del presidente de la República para la conservación del orden público en su respectivo territorio, es obvio que se les exija mayor prudencia, cuidado y colaboración para su restablecimiento, además de que tienen la obligación de cumplir todos los actos y órdenes que expida dicho funcionario con tal fin, los cuales son de aplicación inmediata y se preferirán sobre los de los gobernadores, cuyos actos y órdenes se aplicarán de igual manera, y con los mismos efectos, en relación con los de los alcaldes, tal como lo prescribe el artículo 296 de la Ley Suprema.

[...]

Por tanto, el literal k) del artículo 38 del proyecto de ley que se revisa, será declarado exequible, por no contrariar ninguna norma constitucional.

El lector atento puede advertir que la postura de Rafael Barrios Mendivil y Alirio Uribe Muñoz pasa por exigir que toda suspensión sea decidida con fundamento en el Derecho disciplinario que aplica la Procuraduría General de la Nación, aunque no defiende la reserva judicial a los derechos políticos. Atar la suspensión de gobernadores y alcaldes durante los estados

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

de conmoción interior a los fundamentos del Derecho disciplinario fue la propuesta de estos ciudadanos para evitar que se adoptaran decisiones arbitrarias, tesis que es apoyada por quien escribe estas líneas.

Los argumentos de la Corte Constitucional se articulan en dos pilares: (i) el presidente de la República es jefe del orden público y los gobernadores y alcaldes son sus agentes, y (ii) el texto superior le autoriza a suspenderlos en los supuestos previstos en la ley, condición material que tiene el decreto legislativo que declara el estado de conmoción interior. Por ende, la suspensión temporal del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 desarrolla el propósito de recuperar el orden público y salir del estado de excepción.

Es notable también que la Corte Constitucional no analice si la disposición legal cumple con la reserva judicial, no contraste la norma objeto de control frente a los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH, ni tampoco frente a las Opiniones Consultivas 07 y 09 de 1987, en donde la Corte IDH había expuesto un desarrollo interpretativo relevante. De haberlo hecho hubiera encontrado que con la competencia atribuida al presidente durante el estado de conmoción interior se desconoce la garantía de la reserva jurisdiccional de los derechos políticos, lo que contraría la CADH.

Esto se explica porque la Corte Constitucional solo a partir de la Sentencia C-225 de 1995 empezó a desarrollar la idea del bloque de constitucionalidad, como herramienta para incorporar el Derecho internacional al orden interno colombiano, y que lleva a tener como parámetro de validez al hacer el control de constitucionalidad a las normas de Derecho internacional que no se pueden suspender durante los estados de excepción. Además, solo en 2006 la Corte IDH exigiría el deber de todas las autoridades nacionales, especialmente las judiciales, de hacer un control de convencionalidad.

Tal omisión de la Corte Constitucional lleva a que hoy sea válida desde el punto de vista constitucional la suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes durante los estados de conmoción interior.

5. *La modificación del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 para hacerlo conforme a la Convención Americana*

La interpretación hecha por la Corte Constitucional al artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 es incompleta al no incorporar en su análisis las disposiciones convencionales relevantes, según se ha expuesto. Esto hace necesario explorar alternativas para asegurar los estándares convencionales de los derechos políticos durante el estado de conmoción interior en Colombia.

Este análisis se debe hacer para cumplir las obligaciones internacionales derivadas de la CADH.

Como explica Santofimio (2018), de la CADH se deriva el "deber inaplazable de todos los Estados miembros [...] de efectuar el juicio de revisión de la adecuación del ordenamiento interno, a fin de velar por la regularidad y armonía de las normas del derecho interno" frente a la convencionalidad (pp. 589-590). No es posible que subsista el literal k) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994 con su actual redacción. Su posible aplicación en un estado de conmoción interior futuro en Colombia es un riesgo de comprometer su responsabilidad internacional.

Se considera que no es necesaria la derogación de la disposición legal citada debido a que la suspensión de un empleo público es una restricción a un derecho político, admisible incluso en tiempos de legalidad ordinaria. El contenido legal que resulta contrario a la CADH se refiere a la sustracción de la suspensión provisional de la reserva judicial, esto es, que no sean jueces independientes e imparciales quienes verifiquen si gobernadores y alcaldes se encuentran en los supuestos descritos en el referido literal k) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994.

Se considera que la modificación de dicha disposición legal es ineludible. Como se explicó al inicio, la formula legal que es compatible con los artículos 23.2 y 27.2 convencionales es la siguiente:

> k) El presidente de la República podrá suspender al alcalde o gobernador, y este a su vez podrá suspender a los alcaldes de su departamento, cuando contribuyan a la perturbación del orden, u obstaculicen la acción de la fuerza pública, o incumplan las órdenes que al respecto emita su superior [siempre que así lo acredite y lo ordene un juez], y designar temporalmente cualquier autoridad civil, según los procedimientos y las causales que se establezcan.

Bajo esta fórmula se preserva durante la conmoción interior la reserva judicial de los derechos políticos, que impide que el presidente y los gobernadores puedan motivar y decidir los casos particulares en que estos últimos y los alcaldes deben ser suspendidos. Convencionalmente no pueden estas autoridades administrativas definir que estos servidores públicos de elección popular contribuyen con la perturbación del orden público que motivó el estado de conmoción interior, ni que obstaculizan el accionar de las fuerzas públicas, ni que desacatan las decisiones del presidente y resulta necesario y proporcional separarlos del cargo.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Solo los jueces pueden separar de sus cargos a gobernadores y alcaldes durante los estados de conmoción interior. Ese es el contenido normativo de los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. Y en atención a que la importancia del juez radica en que pueda decidir los casos bajo su conocimiento desde las razones que el Derecho le brinda, sin presiones de autoridades externas o internas, la racionalidad jurídica construida dentro de la legalidad ordinaria entorno del Derecho penal y el Derecho disciplinario para restringir los derechos políticos, como es el sufragio pasivo, debe guiar la suspensión temporal de los gobernadores y alcaldes del ejercicio de su cargo. Es que los elementos y fundamentos de la responsabilidad penal y disciplinaria les aseguran a los jueces que sus decisiones sean idóneas, necesarias y proporcionales frente a conductas de servidores públicos de elección popular que van en contra de la recuperación del orden público.

En otras palabras, solo los jueces pueden verificar que gobernadores o alcaldes incurren en una de las hipótesis señaladas en el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 y su suspensión resulta siendo legítima, necesaria y proporcional para el régimen democrático, siguiendo la metodología expuesta por la Corte IDH en la Opinión Consultiva 028 de 2021 y reseñada más atrás.

Ahora bien, frente a esas conductas, el presidente de la República bajo el estado de conmoción interior puede realizar actividades que son compatibles con los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH. Por ejemplo, en el ámbito penal, que está principalmente atado a la libertad personal, que es un derecho humano que sí se puede suspender durante la excepcionalidad, es posible durante un estado de excepción, por ejemplo, que el presidente autorice realizar capturas sin orden judicial de gobernadores o alcaldes. Por esta vía puede llevar, con el concurso de la Fiscalía General de la Nación, ante jueces penales a los gobernadores y alcaldes cuyas conductas se subsuman en las hipótesis del artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, para que dentro de un proceso penal ordenen como medida de aseguramiento la separación de sus cargos.

Igualmente, si el presidente de la República se hace de pruebas que demuestren que gobernadores y alcaldes realizan las conductas reprochadas en el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994, puede acudir ante la autoridad disciplinaria competente para que ella verifique si es posible tramitar el procedimiento del artículo 53 ibidem, en el que los suspenda de manera provisional mientras culmina. Que hoy esa autoridad sea la Procuraduría General de la Nación hace que inevitablemente también se viole la reserva judicial al sufragio pasivo, de allí que sea necesaria en Colombia una reforma

más amplia que asegure la jurisdiccionalidad en la aplicación del Derecho disciplinario para los servidores públicos de elección popular.

Con la fórmula propuesta, el presidente de la República en los estados de conmoción interior solo puede suspender a gobernadores y alcaldes por orden judicial, tal y como sucede en tiempos de legalidad ordinaria. En virtud del artículo 27.2 de la CADH los derechos políticos deben tener las mismas garantías judiciales frente a restricciones tanto en tiempos de normalidad como de excepcionalidad, sin importar el nombre que se les dé a los procedimientos respectivos.

La mencionada modificación se puede hacer mediante reforma legal o generando un nuevo pronunciamiento de la Corte Constitucional, pero por vía de acción, es decir, mediante una demanda ciudadana.

La primera fórmula es apenas natural ya que a la luz del artículo 2 de la CADH la reforma legal es una medida idónea para asegurar la efectividad de los derechos humanos y sus garantías (González, 2018, pág. 210). Las medidas legislativas aseguran la supresión efectiva de disposiciones contrarias a la convencionalidad, asegura los derechos políticos de gobernadores y alcaldes, así como de sus electores.

La opción de modificar el texto legal por parte de la Corte Constitucional es también una materialización del control de convencionalidad. Particularmente, el énfasis en adecuar a la CADH las normas de Derecho interno y las prácticas de los agentes estatales se ha exigido no pocas veces a la justicia constitucional (Miranda, 2017). Al no ser espacio de deliberación política, como lo es el de las asambleas legislativas, sino de discusión técnica-jurídica, es posible obtener decisiones de los tribunales constitucionales que aseguren el respeto a las obligaciones de la CADH.

Como se ha dicho a lo largo de este texto, en Colombia las disposiciones de la CADH que no se pueden suspender durante estados de excepción tienen jerarquía constitucional. Santofimio (2018) recalca que la Constitución de 1991 "incorporó al país en el ámbito del ordenamiento jurídico convencional" (p. 180), y la Corte Constitucional ha valorado que esas normas internacionales en materia de derechos humanos que prevalecen en el orden interno hacen parte del bloque de constitucional, que sirve como parámetro de validez de las leyes.

Pues bien, la Corte Constitucional puede realizar la aludida modificación mediante una sentencia aditiva para agregar el texto ya señalado, pues la Sentencia C-179 de 1994 produce efectos de cosa juzgada aparente. Esto merece una explicación.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

El tribunal constitucional colombiano, desde mediados de los años noventa, utiliza sentencias manipulativas para salvar la constitucionalidad de las leyes. De esta manera sigue la tradición de la *Corte costituzionale* italiana y materialmente hace las veces de legislador positivo (López, 2011). Una de ellas es la sentencia aditiva con la que la Corte añade "un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política" (C-1037 de 2003). En este caso, la voz "siempre que así lo acredite y lo ordene un juez" va a asegurar el respeto de la reserva judicial de los derechos políticos durante el estado de conmoción interior en Colombia.

Ese nuevo estudio es posible debido a la figura de "cosa juzgada aparente" desarrollada por la misma Corte Constitucional. En Sentencia C-774 de 2001 dijo que existía por la absoluta falta de motivación de razones frente a la constitucionalidad de una norma legal demandada, por lo que no tiene fuerza obligatoria alguna y permite por ello un nuevo estudio que de lugar a una decisión debidamente fundamentada. Estas características se pueden encontrar en la C-179 de 1994 en lo relacionado con la ausencia de estudio de la validez del literal k) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994 frente a los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH que prevalecen en el orden interno al reconocer derechos y garantías que no se pueden suspender durante la excepcionalidad.

En atención a que la literalidad del artículo 27.2 de la CADH no deja duda de la imposibilidad de anular, durante un estado de excepción, la reserva judicial frente a restricción de derechos políticos y otorgarla a una autoridad administrativa, es posible esperar que la Corte Constitucional acoja esta interpretación y acoja la solución propuesta. No es posible acoger una solución que excluya la eficacia de las disposiciones de la CADH reseñadas a lo largo de este escrito.

Es decir, sea por vía de reforma legal o de sentencia de constitucionalidad, es posible adecuar el artículo 38 literal k) de la Ley 137 de 1994 a los parámetros de la CADH.

V. Conclusiones

A lo largo de este escrito se ha logrado demostrar la existencia de una incompatibilidad del literal k) del artículo 38 de la Ley 137 de 1994 frente a los artículos 23.2 y 27.2 de la CADH, puesto que el legislador colombiano

le atribuye al presidente de la República durante el estado de conmoción interior una competencia que convencionalmente, tanto en legalidad ordinaria como bajo la excepcionalidad, solo puede ser ejercida por los jueces: suspender a los servidores públicos de elección popular, en particular gobernadores y jueces.

Si bien la suspensión de gobernadores y alcaldes es una restricción válida, el legislador colombiano decidió que fuera aplicada por el presidente de la República bajo la promesa de superar la grave alteración del orden público. Esto implica una clara suspensión de la reserva judicial que ampara al derecho al sufragio pasivo, y lesiona los derechos políticos de los votantes y crea el riesgo de romper el equilibrio de poderes formulado por el constituyente.

Se plantea como solución que dicha suspensión solo pueda ser ejecutada por el presidente de la República después de que un juez independiente e imparcial decida, con fundamento en las racionalidades propias del Derecho penal y Derecho disciplinario, que un gobernador o alcalde se encuentra en los supuestos señalados en el artículo 38 literal k) mencionado, al acreditar la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de dicha suspensión.

Lo anterior exige modificar el texto legal, lo que se puede hacer por vía legal a través del Congreso de la República o jurisprudencial a través de la Corte Constitucional. De cualquier manera, es posible asegurar que el derecho de las personas que habitan en departamentos y municipios de gobernarse por autoridades propias sea respetado.

VI. Referencias

Acosta, P. (2015). *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel: el caso interamericano*. Universidad Externado de Colombia.

Agamben, G. (2004). *Estado de excepción*.

Camargo, F., y Duarte, C. (2021). *La defensa judicial de los derechos políticos*. Editorial Ibáñez.

Casas, L. (2017). *Límites constitucionales al ius puniendi en estados de excepción en Colombia*. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho. Universidad de Alcalá. https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/41545/Tesis%20Luis%20Francisco%20Casas%20Farf%C3%A1n.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Caso Espinoza Gonzáles Vs. Perú (2014). Corte IDH. Sentencia del 20 de noviembre, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas), Serie C 289. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_289_esp.pdf

Caso López Mendoza Vs. Venezuela (2011). Sentencia del 1 de septiembre, fondo, reparaciones y costas. Serie C 233. https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_233_esp.pdf

Caso Petro Urrego Vs. Colombia. Corte IDH (2020). Sentencia del 8 de julio, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C 406. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_406_esp.pdf

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-179 de 1994 (M.P.: Carlos Gaviria Díaz). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1994/C-179-94.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-225 de 1995 (M.P.: Alejandro Martínez Caballer). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1995/c-225-95.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-149 de 2003 (M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-149-03.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-1037 de 2003 (M.P.: Jaime Araújo Rentería). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/C-1037-03.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil)

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio Palacio). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/C-252-10.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-091 de 2022 (M.P.: Cristina Pardo Schlesinger). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2022/C-091-22.htm

Colombia. Corte Constitucional. Sentencia C-030 de 2023 (M.P.: José Fernando Reyes Cuartas y Juan Carlos Cortés González). https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2023/C-030-23.htm

Duarte, C. (2023). Las claves interculturales en la Opinión Consultiva 28 de 2021 y su proyección al ámbito disciplinario. Gómez, C. & Roa, D. (Coords.). *Constitucionalización del Derecho disciplinario colombiano*. Tirant lo Blanch, 197-220.

García Márquez, G. (2017). *Cien años de soledad*. Sudamericana.

Escobar, G. (2021). Los derechos humanos en los estados excepcionales y el concepto de suspensión de derechos fundamentales. *Revista de Derecho Político*, (110), 113-152. https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/30330/23093

Fix-Zamudio, H. (2004). Los estados de excepción y la defensa de la Constitución. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, (111), 801-860. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3805/4726

González, P. (2018). La relación entre la doctrina del control de convencionalidad y el Derecho nacional. *Cuestiones Constitucionales*, (28), 199-226. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/issue/view/572

Hernández, J. (2001). *Poder y Constitución*. Legis.

López, G. (2011). El juez constitucional colombiano como legislador positivo: ¿un gobierno de los jueces?. *Cuestiones Constitucionales*, (24), 169-193. https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5949/7890

Medina, C., y Nash, C. (2007). *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: introducción a los mecanismos de protección*. Universidad de Chile.

Meléndez, F. (1997). *Los derechos fundamentales en los estados de excepción según el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho. Universidad Complutense. https://docta.ucm.es/entities/publication/a2502820-4985-4d12-8d20-cd00d69ee014

Miranda, H. (2017). Diálogo judicial interamericano. Nueva Jurídica.

Organización de las Naciones Unidas (2021). *El Paro Nacional 2021: lecciones aprendidas para el ejercicio del derecho de reunión pacífica en Colombia*. https://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/Colombia_Documento-lecciones-aprendidas-y-observaciones-Paro-Nacional-2021.pdf

Opinión Consultiva OC-8/87 de 30 de enero de 1987. Corte IDH. El hábeas corpus bajo suspensión de garantías (Arts. 27.2, 25.1 y 7.6). Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf

Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Opinión Consultiva OC-28/21 de 7 de junio de 2021. Corte IDH. La figura de la reelección presidencial indefinida en sistemas presidenciales en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Interpretación y alcance de los artículos 1, 23, 24 y 32 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, XX de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 3.d de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Carta Democrática Interamericana). https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_28_esp.pdf

Reuter, P. (1999). *Introducción al Derecho de los tratados*. Fondo de Cultura Económica.

Roa, D. y Duarte, C. (2024). *Garantías convencionales en el Derecho disciplinario* (2a. ed.). Ibáñez.

Rodríguez, G (2014). Artículo 27. Suspensión de Garantías. Steiner, C. & Uribe, P. (Coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos: comentada*. Temis, 667-685.

Rodríguez, M. (2023). *La suspensión de la libertad personal en los estados de excepción en Colombia*. Tesis para optar por el título de Doctor en Derecho. Madrid: Universidad de Alcalá. https://ebuah.uah.es/dspace/handle/10017/57493

Santofimio, J. (2018). *El concepto de convencionalidad*. Universidad Externado de Colombia.

Tobón, M. (2019). *Los estados de excepción: imposibilidad de suspensión de los derechos humanos y las libertades fundamentales*. Editorial Ibáñez.

Vanegas, P. (2009). *Las candidaturas en el Derecho electoral colombiano*. Universidad Externado de Colombia.

Cómo citar

Sistema IIJ

Duarte Martínez, Carlos Arturo, "La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes en Colombia en los estados de conmoción interior: violación a los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18982. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18982

APA

Duarte Martínez, C. A. (2025). La suspensión ejecutiva de gobernadores y alcaldes en Colombia en los estados de conmoción interior: violación a los artículos 23.2 y 27.2 de la Convención Americana. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e18982. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18982

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

“An intruder body”. Antidiscrimination law and the justiciability of the economic, social and cultural rights in the Inter-American Court of Human Rights: an analysis based on the *Case of Guevara Díaz vs. Costa Rica*

“Un cuerpo intruso”. Derecho a la no discriminación y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: un análisis a partir del Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica

Doglas Cesar **Lucas**

https://orcid.org/0000-0003-3703-3052

Universidade Regional do Noroeste do Estado do RS. Brasil
Correo electrónico: doglasl@unijui.edu.br

André Leonardo **Copetti Santos**

https://orcid.org/0000-0003-1087-1195

Universidade Regional do Noroeste do Estado do RS. Brasil
Correo electrónico: andre.co.petti@hotmail.com

Recepción:19 de enero de 2024
Aceptación: 28 de abril de 2024
Publicación: 1 de julio de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18864

Abstract: This article aims to analyze the *Case of Guevara Díaz vs. Costa Rica*, judged in June 2022 by the Inter-American Court of Human Rights, especially about Anti-Discrimination Law. The precedent innovates by establishing the normative force of the principle of progressive development provided for in article 26 of the American Convention on Human Rights (ACHR), understood, at least until then, as a mere interpretative principle of the ACHR. The decision also deserves to be highlighted due to the adoption of Anti-Discrimination Law as a backdrop to enable the direct justiciability of Economic, Social and Cultural Rights (DESCA). In terms of methodology, the research is carried out based on a critical-reflexive review of the topics covered and the use of the hermeneutic phenomenology method.
Keywords: antidiscrimination law, Inter-American Court of Human Rights, economic, social and cultural rights, human rights.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Resumen: Este artículo tiene como objetivo analizar el *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*, juzgada en junio de 2022 por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente en lo que respecta a la Ley Antidiscriminación. El precedente innova al establecer la fuerza normativa del principio de desarrollo progresivo previsto en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), entendido, al menos hasta entonces, como un mero principio interpretativo de la CADH. La decisión también merece ser destacada por la aprobación de la Ley Antidiscriminación como telón de fondo para permitir la justiciabilidad directa de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESCA). En términos metodológicos, la investigación se realiza a partir de la revisión crítico-reflexiva de los temas tratados y el uso del método de la fenomenología hermenéutica.
Palabras clave: derecho antidiscriminación, Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos económicos, sociales y culturales, derechos humanos.

Sumario: I. Initial considerations. II. *"Now we turn the map upside down": The Inter-American System of Human Rights*. III. *"An Intruding Body": The Antidiscrimination Law on stage*. IV. *The Guevara Díaz vs. Costa Rica case: Direct justiciability of ESCE rights and Anti-discrimination Law in the Inter-American Court of Human Rights*. V. *Final considerations*. VI. *References*.

I graffitied the sidewalks of streets
where rue was born
Subliminal tags against self-help
And from the bottom of the abyss
the normal people looked at me
confused
I was at the top, me of all people,
an intruding body

Billy Saga

I. Initial considerations

In June 2022, the Inter-American Court of Human Rights (I/AC HR) ruled on the *case Luis Fernando Guevara Díaz vs. Costa Rica*, holding the Costa Rican state responsible for the violation of Mr. Luis Fernando's human rights. This violation occurred within the context of a public competition for the Ministry of Finance, in which the victim was not selected due to being a person with a disability, despite having been ranked and approved with the highest score in the competition.

The case, still relatively unexplored academically, given its unprecedented nature, is marked by two fundamental discussions in the human rights

landscape: the justiciability of economic, social, and cultural rights (ESCE) and, especially, Anti-Discrimination Law as a central category of analysis—topics that this text delves into.

In this sense, this article aims to understand how Anti-Discrimination Law can, in light of the precedent set by the Guevara Díaz case, assume a prominent role in what is considered the most audacious human rights protection system among regional systems.

Two hypotheses are considered in the research. The first recognizes that Anti-Discrimination Law, based on the *Guevara Díaz vs. Costa Rica case*, has been and will be championed by the Two hypotheses are considered in the research. The first one recognizes that Anti-Discrimination Law, based on the *Guevara Díaz vs. Costa Rica case*, has been and will be championed by the IAC H.R. as a central category of analysis to reconstruct national institutions from an anti-capacitist and, in general, anti-discrimination perspective, even enabling the direct justiciability of economic, social, cultural, and environmental rights (ESCE). as a central category of analysis to reconstruct national institutions from an anti-capacitist and, in general, anti-discriminatory perspective, even enabling the direct justiciability of ESCE rights. The second assumes that there is no trend toward this form of handling the processing and judgment of claims submitted to the I/AC HR.

The study is made possible through a critical-reflective review of the outlined themes and the utilization of the phenomenological hermeneutic method, employing an analysis of the Guevara Díaz vs. Costa Rica case. The goal is to comprehend whether there is indeed a trend toward reconstructing institutional and structural practices with an anti-discriminatory bias within the I/AC HR and directed towards enabling the direct judicialization of ESCE rights in the inter-American context.

For this purpose, the work is divided into three sections. The first one provides brief considerations about the I/AC HR. and its mechanisms of operation, especially regarding the Commission and the Inter-American Court (I/AC HR.). The second section delves into Anti-Discrimination Law and its nuances to support the understanding of this analytical category within the I/AC HR. The third and final section analyzes the intricacies of the Guevara Díaz vs. Costa Rica case, aiming to comprehend whether it indeed constitutes a paradigm shift in terms of the justiciability of economic, social, cultural, and environmental rights (ESCE) in the I/AC HR. and, furthermore, whether it can effectively be considered a groundbreaking milestone in terms of Anti-Discriminatory Law in the Inter-American Court.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

II. "Now we turn the map upside down": The Inter-American System of Human Rights

The denial of a portion of humanity is sacrifice,
Exercised long before the miracle of solstice.
A waste of the natural condition,
Of a fraction that, by excluding me, claims to be universal
Billy Saga

"Our north is the South. There should be no north for us, except in opposition to our South. That's why we now turn the map upside down, and then we have the exact idea of our position, not as the rest of the world wants it." The phrase prefacing this section, by the Uruguayan Joaquín Torres García, alludes to his "Inverted America." On October 12, 1492, Christopher Columbus arrived in the Americas. García (1874-1949) then proposed a map in these terms: looking at the world from another perspective, and it is from this alternative territoriality that we must understand the Inter-American System and its idiosyncrasies.

An important initial observation lies in recognizing that we are dealing with a region marked by a high degree of exclusion and social inequality, where violence and impunity remain deeply rooted. Two fundamental factors, therefore, characterize the Latin American context: the period of authoritarian regimes and the (flawed) transition to democratic regimes in the 1980s in Argentina, Chile, Uruguay, and Brazil. During these authoritarian periods, the most basic rights and freedoms were violated. Summary executions, forced disappearances, systematic torture, illegal and arbitrary detentions, political persecutions, and the abolition of freedoms of expression, assembly, and association were part of the daily life of the people (Piovesan, 2006).

This circumstance, the existence of tyrannical governments, is crucial for the realization or violation of human rights, considering the inseparable relationship established between such rights and democracy. The establishment of a democratic government requires not only bureaucratic or legislative formalities but also the encouragement of the effective consolidation of the regime, a prerogative that has not yet been fully achieved in the Latin American context (and, as we well know, at times, we regress more than we progress towards the solidification of the democratic environment). In other words, there is a significant distance to be covered between the es-

tablishment of a democratic government and the consolidation of that government. It is possible to understand, in this sense, the reasons why the initial activities of the Inter-American Commission on Human Rights (I/AC HR) were confined to dialogue with government authorities and monitoring the human rights situation in contexts of ruptures of the democratic-constitutional regime (Salazar y Cerqueira, 2015). This dynamic reflects, to some extent, the fact that the universalization of civil and political rights is not complete without addressing violations of economic, social, and cultural rights (and, more recently, environmental rights). A similar perception can be found in Guillermo O'Donnel's (1998) work, where extreme poverty and social inequality weaken (if not render ineffective) the effective exercise of formal rights, even in democratic contexts.

Furthermore, it cannot be forgotten that the Latin American subject embodies precisely the idea of the Other, the barbarian, given that the Americas colonized by the Portuguese and Spanish were appropriated (and castrated) by the Modern discourse of the universalized and abstract European Self. In this sense, the "Latin American guy with no money in the bank, without important relatives and coming from the countryside," as mentioned by Belchior in his timeless composition from 1976, beautifully illustrates the individual born out of oppression, poverty, and scarcity—circumstances that will resonate in their process of subjectivation and, consequently, in categories such as *self* and *status*.

Even today the region continues to be problematic in terms of social inequality, facing challenges in achieving democracy and an adequate pattern of sustainable development. A recent report by the Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), titled "Social Panorama of Latin America," demonstrated that although income inequality in Latin America decreased between 2008 and 2015, the pace of decline slowed between 2012 and 2015, leaving current levels of inequality alarmingly high. It was also found that gender and ethnic-racial status are still key factors in the structural inequality that has taken hold (or was imposed) in the region (ECLAC, 2016).

However, it is important to incorporate into this analysis the fact that there is currently a tendency for a different stance from Latin American society regarding its past of exclusion and exploitation, strengthening alternative perceptions that escape negative reductions analyzing the region (Lucas y Cenci, 2014). In fact, "all of Latin America's history, at least since the Europeans arrived, is a history of human rights" (Zaffaroni, 1989, p. 22). There-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

fore, if every fraction of (un)consciousness of our being is colonized by the oppression to which the Latin American people have been subjected, that conscious fraction also has a lucid perception that we have rights and that something brings us closer to those individuals from the North mentioned by Joaquín Torres García.

The Inter-American Human Rights System (IAHRS) is composed of four essential normative instruments: The American Declaration of the Rights and Duties of Man (ADRDM), the Charter of the Organization of American States (OAS), the American Convention on Human Rights (ACHR), and the Additional Protocol to the American Convention on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights (Protocol of San Salvador). These instruments support the two protection regimes of the IAHRS: one based on the OAS Charter and the other on the American Convention, also known as the Pact of San Jose, Costa Rica, being the most important of them. In order to give effectiveness to the system, the American Convention has an apparatus that includes the Inter-American Commission on Human Rights (IACHR), an organ of the OAS, and the Inter-American Court (IACHR), an autonomous branch responsible for monitoring and implementing the rights that enunciates. Its main function is the observance and protection of human rights in the Americas.

The IACHR, established in 1959 and formally installed in 1960, is headquartered in Washington. It has jurisdiction over all states party to the American Convention concerning the human rights outlined in it, and over all member states of the OAS concerning the rights guaranteed in the American Declaration of 1948. The Commission consists of seven members elected by the OAS General Assembly for a term of four years, with the possibility of reelection only once. Commissioners must be individuals of high moral standing and recognized competence in the field of human rights.

In summary, the Commission is an almost-judicial body endowed, on the one hand, with political-diplomatic functions, and on the other hand, with jurisdictional duties regarding the receipt of individual cases of human rights violations. Its role is to promote the observance and defense of human rights within the territory of OAS member states, even if they are not parties to the American Convention. Therefore, the Commission's jurisdiction is not limited to states that have ratified the Pact of San Jose, Costa Rica, as in the case of non-ratification, the IACHR can still oversee and hold international accountability for violations of rights outlined in the American Declaration, which predates the Convention (1948) and, more importantly,

represents the initial framework of the construction of the Inter-American Human Rights System.

The Commission has promotional, advisory, and human rights protection functions. The promotional function involves advising states to raise awareness about the importance of human rights. In terms of advisory functions, the IACHR can draft treaties and conventions. In the realm of protection, the Commission can conduct on-site investigations into the human rights situation.

Among the important duties of the Commission is the preparation of conclusive reports informing whether the State has violated the American Convention or not. Therefore, a State sanctioned by the Commission for violating its international obligations will be subject to public international pressure, the so-called "shaming." This is the Commission's maximum sanction, and it is also possible to include recommendations to the State in the report.

Regarding the filing of individual cases before the Commission, any person, group of people, or non-governmental entity legally recognized by at least one of the OAS member states can submit a complaint. Afterward, the phase of admissibility or inadmissibility begins based on formal requirements, including the need to exhaust domestic remedies or, alternatively, falling under one of the exceptions listed in Article 46.2 of the American Convention. "Most of the time, the State uses the lack of internal resources by the petitioners as its main argument in defense" (Galli y Dullitzky, 2000, p. 71). In fact, "the majority of complaints submitted to the Inter-American Commission are based on such exceptions, given the structural flaws in individuals' access to justice systems in Latin American countries, and the impunity of most human rights violations" (Galli y Dulitzky, 2000, p. 74).

Once the complaint is received, the Commission's Secretariat forwards it to the State, requesting information regarding the reported facts, which must be provided within two months. Subsequently, there is a kind of response from the petitioning party, making observations and providing evidence it possesses. Similarly, the State will respond to these allegations. Regarding evidence, the American Convention and the Commission's Regulations do not establish a rigid system of assessment to effectively verify the truth of the facts.

If the petition is admitted, the Commission offers its assistance to the parties in seeking a friendly settlement. If unsuccessful, the next phase involves the preparation of the report referred to in Article 50 of the American Convention, which will include the Commission's pronouncement on the

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

reported facts, as well as recommendations for the State to remedy the proven rights violations within three months. If the State does not comply with the recommendations within the specified period, it can be brought before the Inter-American Court of Human Rights, or the Commission may choose to prepare a final report setting a deadline for compliance with the recommendations. If the State once again fails to comply, the Commission deliberates on the publication of the final report condemning the State in the so-called "Annual Report of the Commission," which is submitted to the OAS General Assembly.

Finally, it is worth noting the possibility of requesting precautionary measures from the Commission when there is a danger or risk of harm to the victim, in cases provided for in Article 25 of the Commission's Regulations. The adoption of precautionary measures can be requested by the Commission concerning any OAS member state, even if it has not ratified the American Convention. It is important to emphasize that precautionary measures lack conventional force, as they are established solely by the internal rules of that body. On the other hand, provisional measures, which fall under the jurisdiction of the Inter-American Court (although they can also be requested by the Commission), are not only provided for in its Regulations but also in the American Convention, notably in Article 63. This implies that if the State does not comply with such provisional measures, there is indeed a violation of the Convention.

On another note, the Inter-American Court of Human Rights adds a touch of legality to the proceedings of the Inter-American System. Its establishment is derived from Article 33 of the American Convention, and its headquarters are located in San Jose, Costa Rica. The Court is composed of seven judges from the OAS member states, who are elected on a personal basis from jurists of the highest moral authority, possessing recognized competence in human rights matters and meeting other necessary conditions for the exercise of the function. Judges are elected through a secret ballot for a term of six years, with the possibility of reelection only once.

The Court performs both advisory and contentious functions. The advisory function is based on the fact that any member of the OAS, whether a party to the Convention or not, can request an advisory opinion on the interpretation of the Convention or other treaties related to human rights that are applicable in the American states.

The contentious procedure, in turn, begins after the expiration of the state's deadline to comply with the recommendations contained in the report

provided for in Article 50 of the American Convention on Human Rights. It is necessary for the state to have accepted the jurisdiction of the Court for the Commission to be able to forward the case. Otherwise, the procedure continues before the Commission, which is a subject of criticism as it supposedly weakens the system.

Upon receiving the case, the Court verifies whether it has personal, material, and temporal jurisdiction. In this regard, it is noteworthy that the Commission "is the only access channel for individuals to the Inter-American System, on an equal footing with the Member States." (Galli y Dulitzky, 2000, p. 64). Cançado Trindade (2002), in this sense, is one of the harshest critics regarding the restriction of the victim's right to international action. According to the Brazilian legal scholar and former judge of the International Court of Justice and the Inter-American Court of Human Rights, who passed away in 2022, the persistent denial of the procedural capacity of the individual as a petitioner before the Court stems from another historical era, which is why a reform of the system in this aspect is necessary. Regarding material jurisdiction, the Court can examine any case related to the interpretation or application of the provisions of the American Convention or other specific treaties. Finally, concerning temporal jurisdiction, the Court only considers cases that have occurred after the State denounced accepted the Court's jurisdiction.

The Court must also verify whether the formal requirements for presenting the case are met, which are outlined in Article 26 of its Regulations. Once the procedure is initiated, the Commission is called to participate as a party in all cases before the Court, playing a role similar to that of the public prosecutor in domestic law. The application must be submitted in writing, in ten copies, indicating the subject matter, description of the facts, evidence, legal grounds, delegation details, and conclusions. In its defense, the State may raise preliminary exceptions as incidents within the procedure. The Court's Regulations, in Article 34, outline the written phase of the procedure, while the oral phase is detailed in Articles 45 and subsequent articles of the same document. Regarding means of proof, the Court has a broad understanding of the type of admissible evidence.

It is worth mentioning that in all cases of extreme gravity and urgency, as already occurs in the Commission with precautionary measures, the Court can establish provisional measures to prevent irreparable harm. It is important to reiterate that these measures have conventional force and, therefore, bind the Member States.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

At last, the judgment rendered by the Court is final and not subject to appeal. It will include the eventual responsibility of the defendant State for the presented facts and the corresponding reparations or compensations due.

Finally, it is important to recall the warning that Cançado Trindade (2002) had long been making: States generally do not pose obstacles to pecuniary reparations. Unfortunately, the same does not occur with other types of sanctions, especially those that fundamentally flexibilize the concept of sovereignty, as they determine structural and institutional reforms within the States themselves. This highlights, in a way, the reason why the economic, social, cultural, and environmental rights are so crucial in scenarios of deep social inequalities. They do not consolidate without the structural, institutional, and even symbolic reforms that are often determined by the Court. The following sections will address these tensions, starting from the notion of Antidiscrimination Law, its conceptual and normative aspects, and the important Guevara Díaz case.

III. "An Intruding Body": The Antidiscrimination Law on stage

The good, the bad, the fat and the thin,
The tall and the short, the strong and the weak standing or sitting
These are labels that, misused, deny independence
Causing obstacles much more serious than disability
Emotional intelligence so you don't lose track
Because inclusion only in speech is a litany
So I make mine, break the box, give new meaning
It's magnificent that for the system I am atypical
Billy Saga

In liberal democracies, the notion of equality holds one of the most important legal statuses in modern constitutionalism. The protection and promotion of equality are of central relevance in the logic of how constitutional democracies operate — political systems whose main objectives include providing equal treatment to all individuals within the legal framework, as everyone holds the same moral value when part of a democratic political community.

However, it cannot be denied that even democratic societies are permeated by arbitrary power relations that (re)produce the exclusion of certain social groups, hindering, impeding, or excluding these marginalized groups

from the legal goods, social respectability, and material security enjoyed by the majority of groups holding the dominant *status quo*.

Due to this political and social exclusion resulting from processes of marginalization, modern democracies seek to establish legal norms aimed at protecting and integrating these minority groups. In this regard, as stated by Adilson Moreira, "modern legal systems have created various norms that seek to protect individuals and groups subjected to various forms of discriminatory treatment so that they can have a minimally dignified life" (Moreira, 2020, p. 45).

Indeed, the emergence of social constitutionalism and social rights, changes in constitutional culture with the advent of constitutional charters with essentially substantive character —which incorporate concepts such as human dignity, material equality, and the minimum essential— and the political mobilization of minority groups, especially after the 1960s and multicultural movements, are some of the circumstances that foster the emergence of this Anti-Discrimination Law.

The entire legal structure of the state, which includes protective legal norms for vulnerable and discriminated groups, judicial decisions that develop new perspectives of the principle of equality, moving towards its material dimension, not merely formal, public policies aimed at protecting minorities and vulnerable groups, among other perspectives, are part of what is known as Antidiscrimination Law.

Before moving forward, however, it is important to have clarity on the concept of "discrimination." To do so, the concept brought by international instruments for the protection of human rights, already incorporated into the Brazilian legal system, will be used, notably the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (1965), the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (1979), the Inter-American Convention to Prevent, Punish and Eradicate Violence against Women (1994), the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (2006), and the Inter-American Convention against Racism, Racial Discrimination, and Related Forms of Intolerance (2013). Based on such documents, discrimination is any distinction, exclusion, restriction, or preference that has the purpose or effect of nullifying or impairing the recognition, enjoyment, or exercise on an equal footing of human rights and fundamental freedoms in the economic, social, cultural, or any other field of public life.

It is important to mention here the Inter-American Convention against All Forms of Discrimination and Intolerance, adopted on June 5, 2013,

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

in Guatemala, on the same occasion when the Inter-American Convention against Racism, Racial Discrimination, and Related Forms of Intolerance was approved. Although it has been signed, the mentioned regulation has not been ratified by Brazil. Up to the present moment, only two States parties have ratified the text: Uruguay and Mexico. This regulation is extremely important because, in its Article 1, it can list that

> discrimination can be based on nationality, age, sex, sexual orientation, gender identity and expression, language, religion, cultural identity, political opinion, or any other nature, social origin, socioeconomic status, educational level, migrant status, refugee status, repatriated status, statelessness, or internal displacement, disability, genetic characteristic, physical or mental health status, including infectious or contagious conditions, and disabling psychological condition, or any other condition.

That is, the Convention presents an extensive list of scenarios, beyond racial issues, that can constitute discrimination. Furthermore, it specifies concepts such as direct, indirect, and multiple or aggravated discrimination.

> This Convention is a pioneer in the Americas and also predates any potential universal treaty on combating discrimination and intolerance in general. Moreover, this convention represents a significant advancement in the field: no other human rights convention, up to the present moment, has such an inclusive concept regarding the different facets of discrimination, explicitly addressing factors of discrimination and vulnerable groups (such as sexual orientation and migrants) that were previously overlooked (Ramos, 2021, p. 589).

With the understanding of the legal concept of discrimination in hand, it is now crucial to comprehend Antidiscrimination Law as a legal category. From the perspective of its specific nature, it is the "legal field composed of a series of norms that aim to reduce or eliminate significant disparities between groups, one of the central objectives of constitutional texts in democratic societies" (Moreira, 2020, p. 46). This field seeks to establish an egalitarian relationship among social segments, involving the fight against discrimination through the joint analysis of structural relations between two central elements: equality and discrimination. "The pursuit of the realization of various forms of equality contemplated in this transformation program requires

the annulment of discriminatory mechanisms that keep social groups in a situation of structural disadvantage" (Moreira, 2020, p. 47).

From the perspective of its functions, Antidiscrimination Law articulates "three important themes for constitutional jurisdiction: fundamental rights, ordinary legislation, and substantive democracy" (Moreira, 2020, p. 52). Anti-discrimination norms, in this sense, serve as integrative tools in the democratic system, allowing a higher level of equality among members and groups within the political community, operating to "prevent or mitigate the material and cultural marginalization that vulnerable groups face within a given society" (Moreira, 2020, p. 52).

The goal of Antidiscrimination Law goes beyond legal, political, and philosophical purposes aimed at producing equality —in its material dimension— among individuals, departing from the individualistic conception of equality and adopting a substantive perception aiming to promote social groups, not just individuals. The complexities within the field of discriminations must be incorporated into the political ideology aiming at the transformation of society and the consequent promotion of the values of equality and social respect for all members of the political community, with Antidiscrimination Law serving as the legal instrument for realizing this transformation.

In terms of structure, Antidiscrimination Law

> covers a variety of special categories of legal protection, criteria indicating significant disadvantages among groups, and criteria indicating systematic disadvantages. These disadvantages can take various forms in different areas of individuals' lives. Antidiscrimination Law also incorporates a series of obligations directed at public and private actors. These obligations can take the form of ensuring the observance of rights or imposing measures to promote the inclusion of vulnerable groups (Moreira, 2020, p. 56).

The sources of Antidiscrimination Law stem from norms within various national and international protective legal frameworks. "International treaties, constitutional texts, and special legislation are among the norms intended to protect groups in a disadvantaged situation" (Moreira, 2020, p. 57). It is crucial that anti-discrimination norms evolve with social dynamics, and in this context, jurisprudence plays a significant role in constructing this protective system.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Certainly, the "Antidiscrimination Law can be used as a legal field that seeks to apply the ideal of equality to those dimensions of individuals' lives where equal treatment is relevant for achieving a dignified life" (Moreira, 2020, p. 61).

Many norms have been created with the intention of promoting freedom and equality among people in liberal democracies, and these struggles allow for the increasingly evident expansion of the scope of Antidiscrimination Law.

Finally, given the importance of the topic for the analysis of the hermeneutical aspects of the judgment in the Guevara Díaz case, it is crucial to elaborate on the foundations that underlie Antidiscrimination Law.

The philosophical foundations of Antidiscrimination Law, according to Adilson Moreira (2020), are justice, freedom, and dignity. Justice is the objective that Antidiscrimination Law seeks to achieve, imposing a set of material and procedural rights that legitimize and justify democracies and that should be attained equally for all individuals. Therefore, Antidiscrimination Law warns against the illegality and illegitimacy of practices, decisions, and norms that are inconsistent with the legal-political model of justice. Freedom is a right that allows all individuals to lead their lives with autonomy and authenticity, free from external situations that restrict their ability to act. All individuals are free beings to build their life projects, self-determine, and be a project in themselves. Finally, human dignity is, especially since the Modern era, an essential attribute universally attributed to individuals, a moral condition of their humanity. Human beings carry an inherent dignity in the exact measure that they are an end in themselves and, therefore, have autonomy and authenticity to lead their lives freely and according to their own choices. For this, it is crucial to ensure their rights that guarantee the material and formal conditions of being in the world on an equal footing and in a free manner, without being instrumentalized and without being existentially subordinate (Moreira, 2020).

Regarding anthropological foundations, Moreira (2020) emphasizes that humans, beyond being mere biological and organic bodies that obviously need proper nourishment, are historically, socially, politically, and so on, constituted. They build connections and pathways that give meaning to their existence in the world. This "being" in the world needs to be protected, demanding the safeguarding of identity, work, forms of communication, religious freedom, and more – in essence, all these mechanisms of sociability that constitute the human being and the political forms of organizing pow-

er. Therefore, Antidiscrimination Law needs to ensure that all anthropological experiences, being foundational to individuality and various institutions, are protected on equal terms.

Antidiscrimination Law also has political foundations. Its norms are aligned with a democratic culture that recognizes the equal moral worth of all human beings. In this sense, it establishes norms that mandate equal treatment, acknowledge social contradictions and segregations, and propose a set of measures to correct discriminatory mechanisms. Antidiscrimination norms set standards for relationships among individuals and between individuals and institutions in the context of a democratic society. A truly democratic society recognizes and protects the identity status of minorities, giving them visibility and a voice, enabling vulnerable groups to advocate for better living conditions and dignified existence. In this case, it is about ensuring that everyone, on equal terms, is treated equally, regardless of their differences and, therefore, irrespective of their identifying characteristics that may, to a greater or lesser extent, impose various forms of discrimination and vulnerabilities.

Finally, the legal foundations of Antidiscrimination Law refer to the fact that legal norms allow individuals to bring cases to court seeking protection from discriminatory situations. The status of being a legal subject ensures that discriminated individuals can invoke the law and access legal systems to protect their condition of equality and autonomy. And these norms, due to their importance, are part of the constitutional framework that underpins the law as a whole. "The protective system embodied in antidiscrimination norms expresses the values that mark the objective order of fundamental rights present in a constitutional system" (Moreira, 2020, p. 93).

The standards that operationalize Antidiscrimination Law are, therefore, fundamental rights. Moreover, they express the political dimension of the constitutional order. The universality of fundamental rights is also a legal foundation of Antidiscrimination Law. Since the liberal Modernity, at least formally, the moral equality of human beings and their equal capacity and right to live autonomously have been recognized. If, then, everyone is equally covered by fundamental rights that guarantee individuals to live their lives fully, it is evident that discriminatory practices negatively impact this model of legal protection and must be combated. Finally, a project of an egalitarian society requires legal norms that encompass all individuals and establish a model of treatment among people and the definition of legitimate criteria for the distribution of opportunities and rights.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Ultimately, it is timely to bring up the reflection put forth by Rios, Leivas, and Schäfer (2017, p. 146), who argue that the "confluence of international human rights law and anti-discrimination law can also be fruitful, particularly for Brazilian law and, even more so, for the improvement of legal protection against discrimination of minority groups, adopting a group model of legal protection." In this sense,

> the development of an appropriate dogma of anti-discrimination law, aiming at the collective legal protection of minority groups, demands the consolidation of an understanding of collective rights beyond what is already legislatively established in the realms of consumer law. Otherwise, there will be a deficient protection of human and fundamental rights whose recognition and exercise, by discriminated groups, can only occur in a trans individual manner.

Having covered the main aspects related to Antidiscrimination Law, we will now proceed to the analysis of the Guevara Díaz case, recently adjudicated by the Inter-American Court of Human Rights.

IV. The Guevara Díaz vs. Costa Rica case: Direct justiciability of ESCE rights and Anti-discrimination Law in the Inter-American Court of Human Rights

A discomfort, a disorder, a foreigner
Out of place even among the tough ones
Strange, ugly, and fragile, an obtuse
Profane, uncolonized, an intrusive body
Your sterile pity doesn't ring true
Never spawned the slightest act of humanity
Billy Saga

1. *The facts*

On March 24, 2021, the Inter-American Commission on Human Rights submitted the case Guevara Díaz vs. Costa Rica to the Inter-American Court. The case concerns the violation of the human rights of Mr. Luis Fernando Guevara Díaz, who was not selected in a public competition held by the Ministry of Finance due to his condition as a person with intellectual disabilities.

On June 4, 2001, Mr. Guevara was appointed as an interim worker in the position of Diverse Worker by the Ministry of Finance. Later, the Human Resources department of the Ministry of Finance instituted a public competition for the filling of the same position. Mr. Guevara participated in the mentioned competition and was approved (with the highest grade).

Nevertheless, on June 13, 2003, the person in charge of the department where the victim worked sent an official communication to the General Coordinator of the Technical Unit of Human Resources, in which he stated, "due to his problems of retardation and emotional blockage (information provided by his mother), I consider he is not fit for the position. If you wanted to help him, there are several ways to do so." (IACHR, 2022, § 31). In this sense, it was suggested to review Mr. Guevara Díaz's hiring, which resulted in him not being selected for the appointment to the position, despite having the highest score.

On June 18, 2003, Mr. Guevara Díaz filed an appeal against the decision that dismissed him from his position. On July 9, 2003, the Senior Official and Administrative and Financial General Director of the Ministry of Finance stated that all parameters established by the legal system were followed for cases like Mr. Guevara's and declared the appeal inadmissible.

Subsequently, Mr. Guevara Díaz filed a petition before the Constitutional Chamber, arguing that he had experienced discrimination at work. However, on February 14, 2005, the Constitutional Chamber declared the victim's appeal inadmissible, arguing that

> while it is true that there is a note from the Head of the Maintenance Area of the Ministry of Finance, mentioning the disability issues the appellant faces, it has been reported under oath to this Court (with the legal consequences) that the selection of the employee to fill the vacant position was made prior to the aforementioned note and that it had no influence on choosing the suitable person for the position. In line with the repeated criteria of this Constitutional Court, constitutional protection is limited to ensuring equal participation of those interested in joining the respective list or shortlist, and it is not its role to review the legality, timeliness, or appropriateness of the decision of the competent bodies in the specific selection, which is done in the exercise of discretionary powers (IACHR, 2022, § 38).

On August 6, 2003, the Secretary-General of the Union of Employees of the Ministry of Finance filed a complaint with the National Directorate

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

of Labor Inspection regarding the discrimination suffered by Mr. Guevara. On November 26, 2003, the complaint was deemed unfounded, as the existence of discrimination at work was not proven. On January 27, 2004, the General Secretariat of the Union filed a new appeal, which was deemed valid, and on March 5, 2004, the Union of Employees of the Ministry of Finance sent a communication to the Minister of Finance requesting the immediate reinstatement of the coworker Luis Fernando Guevara Díaz to his position (IACHR, 2022, § 40).

In response to this recommendation, the Minister of Finance replied on March 18, 2004, stating that the reinstatement of the victim was not convenient, as there were no omissions in the procedure carried out, indicating that there was no unequal treatment, arbitrariness, or any other discriminatory act.

With the support of his mother and the Union of Employees of the Ministry of Finance, Mr. Guevara Díaz submitted his case to the Inter-American Commission on Human Rights on July 12, 2005. The Commission approved Admissibility Report No. 13/12 on March 20, 2012. On July 2, 2020, the Commission approved the Merits Report No. 175/2020. The Republic of Costa Rica was notified on August 24, 2020, on which occasion the Commission granted a two-month period to provide information on compliance with the recommendations made in the Merits Report.

Finally, on March 24, 2021, the case is submitted to the Court, which requests the International Court to declare Costa Rica's international responsibility for the violations contained in the Merits Report regarding Mr. Guevara Díaz.

The proceedings of the case before the Court concluded with the recognition by the State of Costa Rica of its international responsibility for the violations of the articles of the American Convention as pointed out by the Commission. This acknowledgment took place during the public hearing held on March 24, 2022, and in its final arguments, and was positively evaluated by the Court.

2. *The verdict*

In its ruling, the Court recognized that, in the current stage of evolution of International Law, the fundamental principle of equality and non-discrimination is situated within the framework of *ius cogens* norms, which are imperative and, therefore, cogent. It also asserted that the right to equality

and non-discrimination encompasses two concepts: one regarding the prohibition of arbitrary differentiated treatment, and the other regarding the obligation of States to create real conditions of equality for groups that have historically been excluded or withheld (Corte IDH, 2022, §§ 46-49).

In this context, the Court analyzed, in light of the State's full acknowledgment of responsibility, its conduct regarding the fulfillment of obligations related to the right to equality before the law and work, the prohibition of discrimination, and the termination of the employment relationship with Mr. Guevara Díaz.

The Court considered that the references to the victim in the letters sent to the General Coordinator of the Technical Unit of Human Resources and the General Coordinator of the Unit of Technical Supplies and General Services constitute sufficient evidence to demonstrate the reason why Mr. Guevara Díaz was bypassed for the position for which he was approved, namely, his condition as a person with intellectual disabilities.

Thus, the Court acknowledged that there was an arbitrary differential treatment regarding Mr. Guevara Díaz based on his intellectual disability. This differentiation was carried out without any objective and rational argument. In summary, "The above constituted an act of direct discrimination in access to employment and, therefore, a violation of Mr. Guevara's right to work" (IACHR, 2022, § 79).

The Court makes it clear, furthermore, that it could have been reasonable and proportional to decide not to appoint a person with a disability if that disability were incompatible with the essential functions to be performed. However, this was not the case, and "the absence of adequate justification for deciding not to appoint a person due to a disability generates a presumption about the discriminatory nature of this measure" (IACHR, 2022, § 80). The case demanded, therefore, a more rigorous and accurate justification for the alleged objective reasons for the decision to dismiss the victim.

Consequently, the Court concluded that the discrimination suffered by Mr. Guevara Díaz regarding access to and retention of employment constituted a violation of the right to work, the right to equality before the law, and represented the State's failure in its duty to prohibit discrimination.

As a result, the State was held responsible for the violation of Articles 24 and 26 of the American Convention on Human Rights (ACHR), in relation to Article 1.1 of the same legal instrument, to the detriment of Mr. Luis Fernando Guevara Díaz.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

In order to repair the harm caused, the Court determined restitution measures, satisfaction measures, and the adoption of guarantees of non-repetition. Concerning the restitution measure, the Court found it pertinent to order the reinstatement of Mr. Guevara Díaz to a position of equal or higher hierarchy than the one for which he competed in the Ministry of Finance. It was also considered that if Mr. Guevara Díaz does not wish to be reinstated or appointed to the Ministry of Finance for justifiable reasons, the State must provide an opportunity for the victim to be appointed to another position that suits his skills and needs. In the event that Mr. Guevara Díaz is not reinstated or does not wish to be reinstated, the State is required to pay compensation of $25,000.00 to the victim.

As for satisfaction measures, the Court determined that the State should publish, within six months from the notification by the Court's Secretariat, an official summary of the judgment in the Official Gazette of Justice and in a widely circulated newspaper. Additionally, the full judgment should be published on the Ministry of Finance's website for a period of one year.

Regarding the guarantee of non-repetition, the Court positively acknowledged the efforts made by the State to train public officials in terms of ensuring the rights to equality and non-discrimination. However, the Court also considered it essential to adopt specific training programs aimed at preventing the occurrence of similar incidents to the present case. Therefore, the Court ordered the State to adopt, within a maximum period of one year, an education and training program for employees of the Ministry of Finance, over a three-year period, on the topics of equality and non-discrimination of people with disabilities. These programs, as stated by the Court, should address essential content related to the state's obligations in terms of respecting and ensuring the right to work for people with disabilities in cases of recruitment, appointment, promotion, and dismissal. They should also cover the special duties that arise in handling complaints related to acts of discrimination based on disability.

Concerning the financial compensation, the Court estimated that, considering the circumstances of the case, the amount of $500,000.00 is sufficient to compensate Mr. Guevara Díaz for lost earnings. As for moral damages, the Court deemed an indemnification of $300,000.00 appropriate for the benefit of the victim to compensate for the intangible harm experienced.

Finally, the Court understood that Costa Rica has spearheaded legislative and public policy measures aimed at ensuring the rights of all people with disabilities and preventing employment discrimination against this

group. Therefore, the Court did not find it pertinent to order general measures to modify the legal framework of the State.

Currently, the judgment is in the compliance monitoring phase, with reports submitted by the State on September 30, 2022, and February 23, 2023.

3. *The infamous article 26 of the American Convention on Human Rights*

In the end, the Court unanimously recognized the violation of Article 24 of the American Convention on Human Rights (CADH), which states, "All persons are equal before the law. Therefore, they are entitled, without discrimination, to equal protection of the law."

There was disagreement, however, regarding the violation of Article 26 of the American Convention on Human Rights.

Article 26 of the American Convention on Human Rights is the only provision in the Convention specifically addressing economic, social, cultural and environmental (ESCE) rights, and it reads as follows:

> CHAPTER III
> ECONOMIC, SOCIAL, AND CULTURAL RIGHTS
> Article 26. Progressive Development
> The States Parties undertake to adopt measures, both at the domestic level and through international cooperation, especially economic and technical, to achieve progressively the full realization of the rights derived from the economic, social, and educational norms set forth in the Charter of the Organization of American States, amended by the Protocol of Buenos Aires, to the extent of available resources, through legislative or other appropriate means.

Discussing Article 26 of the American Convention on Human Rights (ACHR) is talking about the justiciability of economic, social, and cultural rights (ESCE). According to Ramos (2021), discussing its justiciability, involves considering the "judicial (national or international) requirement for the implementation of such rights by the States" (Ramos, 2021, p. 161).

According to Ramos (2021), there are two modes of justiciability for economic, social, and cultural rights: indirect and direct. The indirect mode is the classical model of justiciability, and it is the most commonly used, given the constraints imposed by Article 26 of the American Convention on Human Rights. It involves the possibility of demanding the recognition

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

of social rights through a civil and political right, eliminating the hypothetical barrier between civil and social rights. On the other hand, the direct mode arises from the autonomous violation of social, economic, social, cultural, and environmental rights. Thus, the social right to health, housing, education, work, etc., is invoked directly, as traditionally occurs with civil and political rights. Article 26 of the American Convention on Human Rights and the Protocol of San Salvador on Human Rights in the Area of Economic, Social, and Cultural Rights do not adequately address the issue of economic, social, and cultural rights. Therefore, the legal strategy of demanding ESCE rights through the indirect mode of justiciability has been used in an attempt to compensate for the lack of conventional instruments for direct justiciability.

For the majority of the Inter-American Court, however, the Guevara Díaz case implied a violation of Article 26 of the American Convention on Human Rights (ACHR). This is where the significant paradigm shifts of the judgment, released in September 2022, lies.

The majority of the judges of the Court understood that Article 26 of the American Convention on Human Rights protect rights derived from economic, social, and cultural norms contained in the OAS Charter. Similarly, they recognized that the scope of these rights should be understood in relation to the other clauses of the American Convention. Therefore, States are subject to the general obligations contained in Articles 1.1 and 2 of the Convention and may be subject to the supervision of the Court. This conclusion, according to the Court, is based not only on formal issues but also results from the interdependence and indivisibility of civil and political rights and economic, social, cultural, and environmental rights, as well as their compatibility with the object and purpose of the Convention (Court IDH, 2022, § 56).

According to the Court, the objective and purpose of the Convention are the protection of fundamental human rights. In this sense, the judgment notes that human rights are interdependent and indivisible, and therefore, it does not allow the position that economic, social, and cultural rights should be exempt from the jurisdictional control of the Inter-American Court. Indeed, the Court has argued, as it did in the cases Lagos del Campo vs. Peru, Factory Workers of Santo Antônio de Jesus and Family vs. Brazil, and Laid-off Workers of Petroperu and Others vs. Peru, that the right to work is a right protected by the American Convention. In this context, it was pointed out that Articles 45.b and c, 46, and 34.g of the OAS Charter establish a se-

ries of norms that allow identifying the right to work. Based on this, the Court considered that there is a sufficiently precise reference in the OAS Charter regarding the right to work to solidify its existence and its implicit recognition by the respective Charter.

The Court also refers to the American Declaration of Human Rights, the Protocol of San Salvador, the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, the Inter-American Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Persons with Disabilities, the UN Agenda 2030, and instruments from the advisory jurisdiction of UN and OAS Committees. It states that a joint interpretation of Articles 1.1, 24, and 26 of the American Convention on Human Rights (ACHR) imposes a specific obligation on States to protect the right to work of persons with disabilities. In other words, there is a special duty to protect the rights of individuals in situations of vulnerability, including persons with disabilities. This duty sometimes involves the protection of the right to work. Therefore, States must refrain from, and more than that, prevent actions that violate the right to work as a result of discriminatory acts. They must also adopt positive measures aimed at achieving greater protection, taking into account the particular circumstances of persons with disabilities.

> Considering the above, this Court warns that there is a reinforced obligation on States to respect the right to work of people with disabilities in the public sphere. This obligation translates, first of all, into the prohibition of practicing any act of discrimination on grounds of disability related to the enjoyment of their labor rights, particularly with regard to job selection and hiring, as well as permanence in the position. promotion and working conditions; and, secondly, derived from the mandate of real or material equality, in the obligation to adopt positive measures for the labor inclusion of people with disabilities, which must aim to progressively remove barriers that prevent the full exercise of their labor rights. In this way, States are obliged to adopt measures so that people with disabilities have effective and equal access to public competitions through professional training and education, as well as the adoption of special adaptations in evaluation mechanisms that allow participation on equal terms. conditions, and employing people with disabilities in the public sector (Corte IDH, 2022, § 73).

In this sense, the Court, by majority, understood that there was a direct violation of Article 26 of the American Convention on Human Rights.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Judge Humberto Sierra Porto, in turn, issued a partially dissenting vote regarding the Court's judgment, arguing that the right to work should not be considered an autonomous right in the specific case. He believed that the violation of Article 26 of the American Convention on Human Rights was not established (Court IDH, 2022a, § 2).

Judge Patrícia Peres Goldberg (Court IDH, 2022b), in line with Judge Humberto Porto, issued a partially dissenting vote also to discuss the competence of the Inter-American Court in matters of economic, social, and cultural rights. In her view, "Conceiving Article 26 of the Convention as a referral norm to all ESCE rights, which would be included in the OAS Charter ignores the commitment adopted by the States" (Court IDH, 2022b, § 8).

Regarding the dissenting votes, Judge Rodrigo Mudrovitsch, appointed by the Brazilian government in 2020, expresses concern in his technical and extensive concurring vote about the disagreement regarding the recognition of the violation of Article 26 of the American Convention on Human Rights. For him, the direct justiciability of economic, social, and cultural rights is an element already incorporated into the IAHRS (Court IDH, 2022c, § 18) and is in accordance not only with the Court's language but also with that of the States and other actors who, according to him, form an open society of interpreters of the Convention, using the well-known expression of Peter Häberle (2002). For the most recent Judge of the Inter-American Court of Human Rights (Court IDH, 2022c, § 6),

> the path forward, therefore, is not to deconstruct the block of precedents that recognize the justiciability of the DESC, but rather to evolve in the development of solid reparatory parameters for the interpretation and application of Article 26 of the Convention. The central problem, in my opinion, is not exactly in recognizing the existence of a violation of such a conventional precept, but in defining the appropriate way to repair it, which implies considerations about the decision-making technique and the appropriate choice of remedies to be applied.

In a well-founded argument, the Brazilian Judge of the Court argues that it is not for the judge to interpret human rights in a restrictive manner, as done by the judges who adhered to the minority position in the Court, especially considering the historical-legal tradition of Latin America. It is enough to recall the fact that the Mexican Constitution of 1917 acts as a

driving force for the social constitutionalism it inaugurated, addressing fundamental issues such as those of Antidiscrimination Law. Therefore, the Inter-American Court cannot decide in isolation from social reality. Hence, the promotion of dialogue between courts, with decisions of the Inter-American Court being another standard to be taken into account in domestic law.

V. Final considerations

In light of the above, it is possible to conclude that the ISHR has been reformulated, including regarding the composition of the I/AC HR, in order to increasingly enable the direct justiciability of ESC rights and, consequently, the recognition that the progressive development referred to in Article 26 of the ACHR is more than a mere interpretative vector or a suggestion to the member states, constituting a true guideline in the fight against discrimination of vulnerable groups by non-inclusive state public policies. This requires a concerted effort by the ISHR to finally recognize the indivisibility of human rights.

That is to say, there is no adequate exercise of civil and political rights without the counterpart of economic, social, cultural, and environmental rights. Indeed, in the words of Isaiah Berlin (2002, p. 231), "to offer political rights or safeguards against state intervention to illiterate, undernourished, or sick individuals is to mock their condition: they need medical assistance or education before they can understand or benefit from an increase in their freedom".

Therefore, with this research, the intention was to contribute to a discussion based on a case that is still relatively unexplored in the academic scene, aiming to provide support for further studies and deeper analyses regarding the justiciability of economic, social, cultural, and environmental rights and Antidiscrimination Law precisely in a region where such issues are highly relevant to the legal tradition.

The case, most certainly, establishes a new understanding by the Inter-American Court of Human Rights regarding the principle of progressive development and proves to be a significant precedent that solidifies the interdependence and indivisibility of civil, political, social, economic, cultural, and environmental rights.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

VI. References

Berlin, I. (2002). *Estudos sobre a humanidade: uma antologia de ensaios*. Editora Companhia das Letras.

Cançado Trindade, A. A. (2002). *O direito internacional em um mundo em transformação*. Renovar.

Corte IDH (2022). *Caso Guevara Díaz vs. Costa Rica*, Sentença de 22 de junho. (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf

Corte IDH (2022a). *Voto concorrente e parcialmente dissidente do Juiz Humberto Antonio Sierra Porto*. Sentença de 22 (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf

Corte IDH (2022b.) *Voto parcialmente dissidente da Juíza Patricia Perez Goldberg*. Sentença de 22 de junho (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf

Corte IDH (2022c). *Voto concorrente do Juiz Rodrigo Mudrovitsch*. Sentença de 22 de junho (Fundo, Reparações e Custas). San José da Costa Rica. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_453_esp.pdf

Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) (2013). *Implementación del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Examen del período 2009-2013 y lecciones aprendidas. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3126/S2013403_es.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Galli, M. B., y Dullitzky, A. E. (2000). A comissão interamericana de direitos humanos e o seu papel central no Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos. In L. Fl. Gomes, y F.a Piovesan (Orgs.). *O Sistema Interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro* (53-80). Revista dos Tribunais.

Häberle, Peter (2002). *Hermenêutica constitucional: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e procedimental da Constituição*. (Gilmar Ferreira Mendes, Trad.), Sergio Antonio Fabris Editor.

Lucas, D. C., y Cenci, A. R. (2015). "A identidade latino-americana como problema e a necessidade de uma proposta intercultural". In A. L. Copetti Santos; D. C. Lucas, F. Bragato Frizzo (Orgs.). *Pós-colonialismo,*

pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina (85-100). FURI.

Moreira, Adilson José (2016). Miscigenando o círculo do poder: ações afirmativas, diversidade racial e sociedade democrática. *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, *61*(2), 117-148.

Moreira, Adilson José (2017). *O que é discriminação?* Casa do Direito; Letramento; Justificando.

Moreira, Adilson José (2020). *Tratado de Direito Antidiscriminatório*. Contracorrente.

O'Donnell, Guillermo (1998). "Poliarquias e a (in)efetividade da lei na América Latina". Tradução de Otacílio Nunes. *In: Novos Estudos, CEBRAP.* 37-61, https://unpabimodal.unpa.edu.ar/bibliografia/00-A0190/00-A0190.pdf

Organização Das Nações Unidas (ONU). Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, 1965. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D65810.html

Organização Das Nações Unidas (ONU) (2013). Convenção Interamericana contra toda a Forma de Discriminação e Intolerância. https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-69_discriminacion_intolerancia_firmas.asp#Mexico

Organização Das Nações Unidas (ONU). (2013a). Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância. http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf

Organização Das Nações Unidas (ONU) (2006). Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. http://www.un.org/disabilities/documents/convention/convoptprot-s.pdf

Organização Das Nações Unidas (ONU) (1979). Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2002/d4377.htm

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (1969). Convenção Americana de Direitos Humanos, adotada em 22 de novembro. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (1994). Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher. https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1996/d1973.htm

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (1951). Carta da Organização dos Estados Americanos, 13 dez. http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/marcos/hdh_carta_oea_1948.pdf

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (1948). Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, abr. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/b.Declaracao_Americana.htm

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (1990). *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos Referente à Abolição da Pena de Morte*, 08 jun. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D2754.htm

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (1988). *Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)*, 17 nov. https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/e.Protocolo_de_San_Salvador.htm

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (2009a). *Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos*, out./nov. http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm

Organização Dos Estados Americanos (OEA) (2009). Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nov. http://www.corteidh.or.cr/sitios/reglamento/nov2009por.pdf

Piovesan, F. (2006). *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. Saraiva.

Ramos, A. C. (2021). *Curso de direitos humanos*. 8. ed. Saraiva Educação.

Rios, R. R., Leivas, P. G. C., y Schäfer, G. (2017). Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia*, *22*(1), 126-148.

Salazar, K., y Cerqueira, D. (2015). Las atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos antes, durante y después del proceso de fortalecimiento: por un balance entre lo deseable y lo posible. In Maia, C. B. et al. (Orgs.). *Desafíos del Sistema Interamericano de derechos humanos: nuevos tiempos, viejos retos* (144-189). Centro de Estudios de Derecho.

Streck, L. L. (2014). *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito* (11a. ed.). Livraria do Advogado.

Zaffaroni, E. R. (1989). La historia de los derechos humanos en América Latina. In L. Olguín (Org.). *Educación y derechos humanos: una discusión interdisciplinaria* (21-80). Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Cómo citar

Sistema IIJ

Lucas, Doglas Cesar y Copetti Santos, André Leonardo, "An intruder body". Antidiscrimination law and the justiciability of the economic, social and cultural rights in the Inter-American Court of Human Rights: an analysis based on the *Case of Guevara Díaz vs. Costa Rica*", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18864. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18864

APA

Lucas, D. C. y Copetti Santos, A. L. (2025). "An intruder body". Antidiscrimination law and the justiciability of the economic, social and cultural rights in the Inter-American Court of Human Rights: an analysis based on the *Case of Guevara Díaz vs. Costa Rica*. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e18864. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18864

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

La libre voluntad de disolver el vínculo matrimonial como manifestación del artículo primero constitucional mexicano

The free will to end the matrimonial bond as a manifestation of the first constitutional article in Mexico

Oscar Efrén **Marín Enríquez**

https://orcid.org/0009-0007-5374-0167
Universidad de Sonora. México
Correo electrónico: oscar.marin@unison.mx

Recepción: 20 de marzo de 2024
Aceptación: 14 de mayo de 2024
Publicación: 25 de julio de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18990

Resumen: La disolución del vínculo matrimonial siempre ha sido un tema sujeto al debate social y jurídico, esto debido a que es menester del Estado tutelar la estabilidad familiar, sin embargo, esto no puede ser a costa de vulnerar la libertar personal. En este trabajo se presentará un esbozo histórico de la figura jurídica del divorcio en México, para después exponer las distintas vías que existen en la normativa mexicana para decretar dicha separación, haciendo énfasis en el divorcio sin causales, modalidad que tiene sustento en los derechos humanos establecidos en nuestra Constitución. Concluimos que, el requerimiento del juzgador de acreditar una necesidad o causa para disolver el vínculo es inconstitucional, ya que esto vulnera el derecho humano al libre desarrollo, siendo suficiente para decretar dicha disolución la sola manifestación unilateral de voluntad y la solución de las demás cuestiones familiares importantes, como la custodia de los menores o los alimentos.
Palabras clave: derecho familiar, derechos humanos, derecho constitucional, divorcio.

Abstract: The annulment of the matrimonial bond has always been subject of debate from social and juridical perspectives, as is the State's obligation to protect the family's stability, but, this can't be achieved by imposing restrictions to personal liberties. In this work we will present an historic abridgment of divorce on Mexican law, followed by a scrutiny of current legal ways in Mexico to dissolve the matrimonial bond, making emphasis on non-causal divorce, a legal tool that has its juridical basis on the human rights established in our Constitution. We conclude that, a judge's requirement to prove a cause or need for ruling a divorce is unconstitutional, due to the fact that this transgresses the human right to free development: a unilateral

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

manifestation of will to end the marriage and a solution to all other important family issues, like child custody, is enough to decree the annulment of any matrimonial bond.
Keywords: family law, human rights, constitutional law, divorce.

Sumario: I. *Introducción. Sociedad y matrimonio*. II. *Esbozo histórico del divorcio*. III. *La disolución del vínculo matrimonial en el ordenamiento jurídico mexicano y sonorense*. IV. *El divorcio sin causales y su sustento jurídico en los derechos humanos*. V. *Estado legislativo actual del divorcio sin causales en* México. VI. *Conclusiones*. VII. *Referencias.*

I. Introducción. Sociedad y matrimonio

Desde el comienzo de su andar por este mundo, la humanidad se ha servido de la agrupación social con una miríada de fines: mayores números dan mayor seguridad ante los peligros naturales o, al tener un mayor número de individuos, era más fácil organizar la defensa de la comunidad ante otros grupos, éstos sólo por nombrar algunos ejemplos. El ser humano es inherentemente un ser social, por lo que está en su naturaleza el buscar a otros individuos para agruparse, lo cual lo ha llevado a conformar grupos cada vez más grandes, dando origen primero a pequeñas poblaciones y después a ciudades con estructuras sociales muy complejas.

Sin embargo, una constante presente en la estructura social humana desde sus inicios ha sido que el núcleo de la sociedad es la familia, y dentro de esta, se encuentra su principal pilar: el matrimonio. Incluso, Rousseau afirmaba que el matrimonio era la sociedad más antigua de la que se tiene conocimiento y que su origen se debía a razones naturales, pero que su continuidad se debía a que sus miembros tuvieran la voluntad de seguir unidos (Pérez Duarte y Noroña, 1990, p. 7).

El derecho siempre ha sido un reflejo de la sociedad y, al ser una institución sociojurídica, el matrimonio no es la excepción a esta regla. Esto se puede observar en los matrimonios prehispánicos: los mexicas, al ser una sociedad caracterizada por su belicismo, tenían una constante necesidad de nacimientos de hijos varones para reemplazar a aquellos perdidos en las guerras, por lo cual, se permitían los matrimonios polígamos, a fin de elevar las tasas natales entre la población, como lo plantea Sagaón Infante (1980, pp. 101-102). No obstante, esto no era permitido a toda la población en general, sino sólo a los guerreros que se distinguían en combate. Del mismo modo, existían algunos de los mismos impedimentos que conocemos hoy en día para celebrar este acto jurídico: no podía celebrarse el matrimonio

si existía algún vínculo filial consanguíneo, los futuros cónyuges necesitaban cierta edad cumplida, etcétera.

La evolución del matrimonio ha comenzado desde ser una unión de hecho, practicada desde la antigüedad, para luego convertirse en una ceremonia enteramente religiosa, como podemos observar en la época colonial mexicana, en donde el vínculo matrimonial era un sacramento basado en los aspectos teológicos de la fe católica. Entre los elementos del matrimonio novohispano se destacan los siguientes: *a)* su fin principal era la procreación de estirpe, *b)* se le imponía a los contrayentes la obligación de convivir bajo un mismo techo, y *c)* el vínculo matrimonial era indisoluble, ya que era un juramento formulado y consagrado ante Dios.[1] Adicionalmente, después del Concilio de Trento (1545-1563), se introdujeron requisitos adicionales para su celebración, como el llevar a dos testigos para que dieran fe de la soltería de los contrayentes, o la necesidad de confesarse ante un párroco antes de su celebración, a fin de que este se cerciorara de que se conocían el significado y las obligaciones del sacramento matrimonial (Enciso Rojas, 1999, pp. 105-106).

Sin embargo, quizá el hito más importante en el derecho mexicano, dentro de lo que al matrimonio se refiere, es el establecimiento de este acto como un contrato civil en vez de un acto enteramente religioso, como se practicaba con anterioridad a las Leyes de Reforma expedidas por el gobierno del presidente Benito Juárez. Estas normativas fueron promulgadas el 7 de julio de 1859, y su fin principal fue separar las esferas de Estado e iglesia para instaurar un gobierno laico. La Ley de Matrimonio Civil establecía que todos los matrimonios efectuados por la iglesia carecían de validez oficial, ya que su artículo primero mencionaba lo siguiente: "El matrimonio es un contrato civil que se contrae lícita y válidamente ante la autoridad civil. Para su validez bastará que los contrayentes, previas las formalidades que establece la ley, se presenten ante aquella y expresen libremente la voluntad que tienen de unirse en matrimonio".

Del mismo modo, esta Ley establecía, en su artículo quinceavo, que el oficial del registro civil, después de expresada la voluntad de los contrayentes, debía manifestarles lo siguiente: "Que este es el único medio moral de fundar la familia, de conservar la especie y de suplir las imperfecciones

[1] Este aspecto aún prevalece en el rito matrimonial eclesiástico: "Lo que unió Dios, que no lo separe el hombre": el vínculo no puede ser disuelto voluntariamente por los cónyuges, salvo por la vía de una dispensa papal o si se prueba que este no se ha consumado formalmente.

ISSN (versión electrónica): 2448-4881
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18990

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

del individuo que no puede bastarse a sí mismo para llegar a la perfección del género humano. Que este no existe en la persona sola sino en la dualidad conyugal...".

Actualmente, la institución social y jurídica que es el matrimonio ha sufrido muchos cambios, algunos bastantes radicales, pero, sin lugar a duda, una de las cuestiones más relevantes hoy en día es: ¿Qué pasa cuando la convivencia familiar no es posible, cuando la integridad de uno de los cónyuges se vea en riesgo por acciones del o la otra, o cuando uno de los cónyuges simplemente decide no querer continuar en la unión? Uno de los aspectos de mayor importancia en relación con el vínculo matrimonial es la posibilidad de su anulación.

En el presente trabajo se tendrá por objeto exponer el fenómeno jurídico de la disolución del vínculo conyugal, cuestión que guarda íntima relación con la Constitución mexicana y los derechos humanos consagrados en la misma, en especial con el derecho al libre desarrollo y la libertad individual. Primeramente, enumeraremos las formas que la normativa actual establece para poder lograr la disolución de este nexo, posteriormente, se expondrá brevemente la situación estadística de la tasa de divorcios actual en nuestro país, como también se proveerá un esbozo histórico de la evolución jurídica y social que ha tenido el matrimonio y su disolución a través de las distintas épocas del derecho mexicano, para después finalizar con la modalidad de este fenómeno jurídico que más concierne a nuestro objeto de estudio: el divorcio incausado y su sustento constitucional.

La principal técnica a emplear para la realización de este trabajo de investigación será la hermenéutica jurídica: por medio del análisis de textos de carácter legal, se planea llegar a una comprensión a fondo sobre la cuestión de la disolución del vínculo matrimonial y las formas que tiene el sistema jurídico mexicano para hacer esto posible. Utilizando la interpretación de los distintos preceptos legales sobre el objeto de estudio, se llegará a una determinación sobre la efectividad que tiene el sistema jurídico actual para reglamentar de una correcta manera el divorcio sin causales.

También se realizará una extensa investigación documental de textos de índole no normativa, como serían: artículos académicos y libros orientados al análisis de la familia y al fenómeno social del divorcio. Debido a que en la separación de los cónyuges interactúan bastantes factores, no solo los jurídicos, también es importante aportar el punto de vista de otras disciplinas, como la sociología. Del mismo modo, se analizarán reportes estadísticos que contengan datos de relevancia para el estudio.

II. Esbozo histórico del divorcio

Desde la perspectiva histórica, la anulación del vínculo matrimonial ha estado presente en el derecho prácticamente desde sus inicios: en la antigua Roma (época clásica), los legisladores contemplaban el *divortium* que derivaba etimológicamente del vocablo *divertere* que se traduce en alejarse o distanciarse. Se consideraba que el *affectio martialis* era un elemento jurídico necesario para que el matrimonio subsistiera, esto era el deseo expreso de los cónyuges a continuar con la unión. Entonces, si cualquiera de las dos partes manifestaba que ya no deseaban continuar el vínculo matrimonial, ese podía disolverse sin necesidad de algún acto formal (Venturini, 2014, p. 106). Esta laxa regulación de la posibilidad de dar por terminado el vínculo matrimonial fue muy criticada por los juristas de la época, quienes argumentaban que era "un signo claro de la decadencia romana" (Lozano Corbí, 1997, p. 186).

Como plantea Venturini (2014, p.113), con posterioridad, en época de Justiniano, específicamente en sus *Novellae Constitutiones*, número 177, se prohibió el divorcio consensual *(communi consensu)*. Sin embargo, no se prohibía el divorcio en su totalidad, ya que aún se permitía el divorcio por culpa *(culpa divortii)* cuando alguno de los dos cónyuges incurría en actos perjudiciales contra el otro, como serían el adulterio, los malos tratos por parte del *páter familias*, o la falta de solvencia económica del esposo.

No obstante, la expansión del cristianismo a través de Europa trajo consigo que el divorcio se convirtiera en una cuestión bastante más restrictiva, ya que se consideraba que este atentaba en contra de las virtudes religiosas. El derecho castellano, en su máxima representación, en las Siete Partidas de Alfonso X "el Sabio",[2] establecía el casamiento como un sacramento exclusivamente monogámico e indisoluble: "*E el otro bien del Sacramento es, que nunca se deven partir en su vida; e pues Dios los ayuntó, non es Derecho que ome los departa*[...]". Pero, también se diferenciaba de matrimonio consumado y no consumado, ya que ambos tenían una distinta solidez jurídica y este último sí podía ser disuelto si cualquiera de los cónyuges se decidía a dedicar su vida al clero.

Del mismo modo, las Partidas mencionaban que si cualquiera de los cónyuges "se ayuntaba carnalmente" es decir, cometía adulterio, el otro podía pedir a un tribunal eclesiástico la separación, mas no la anulación del vín-

[2] Cuarta Partida "que habla de los desposorios y casamientos", Titulo 2, Ley 3.

ISSN (versión electrónica): 2448-4881
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18990

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

culo (Rodríguez Ortiz, 2007, pp. 658-659). Entonces, encontramos que sólo la muerte podía disolver el matrimonio en los territorios pertenecientes a la Corona de Castilla, ya que no se reconocían ni siquiera las dispensas pontificas en relación con la anulación matrimonial.

Contemporáneamente al derecho castellano, otro sistema jurídico se desempeñaba en nuestro país: el derecho mexica. La legislación prehispánica comprendía el divorcio como una separación permanente de los cónyuges con la posibilidad de unirse a otra pareja cuando fuera decretada dicha separación por una autoridad competente y no se tiene evidencia de que existiera la vía voluntaria, sólo la unilateral (Magallón Gómez, 2011, p. 139): el marido podía pedir la separación fundándose en una serie de causas como la imposibilidad de la procreación, la pereza o falta de higiene de la esposa o la incompatibilidad de caracteres. Por su parte, a la esposa también se le permitía solicitar dicha separación por motivos de malos tratos físicos o la imposibilidad del marido de sostener económicamente el hogar.

Tras la conquista, se impone el derecho castellano y, aunque este establecía que los indígenas se regirían por sus propias costumbres, siempre y cuando estas no contravinieran las Leyes de Indias, las Siete Partidas, las buenas costumbres o a los preceptos de la religión católica, los pobladores prehispánicos tenían un concepto bastante diferente de familia que la que tenían los colonizadores europeos. Al estar el derecho castellano fuertemente influenciado por el derecho canónico, se establecieron las mismas leyes relacionadas al divorcio que se aplicaban en la España peninsular y todos los territorios de ultramar del imperio español: era posible una separación, pero no se consideraba disuelto el vínculo, por lo que no era posible contraer nupcias nuevamente mientras el otro cónyuge continuara con vida.

Una de las primeras menciones del término divorcio en la legislación mexicana se puede encontrar en el Código Civil del Estado de Oaxaca, promulgado en 1828, el cual lo definía como "una separación de los consortes en cuanto al lecho y habitación con autorización del Juez". También es importante mencionar que este código lo clasificaba en dos tipos: divorcio perpetuo y divorcio temporal, como nos explica Magallón Gómez (p. 142). Sin embargo, la demanda de divorcio se tenía que presentar ante un Tribunal Eclesiástico y uno de los requisitos para su procedencia era antes haber llevado un juicio de conciliación entre los consortes, mediante el cual se haya resuelto que no hubiere posibilidades de advenimiento.

Posteriormente, las distintas legislaciones relativas al divorcio sostenían el carácter de que era una separación necesaria, mas no una anulación

del vínculo matrimonial, ya que, no permitía a los consortes a contraer nuevas nupcias. A manera de ejemplo tenemos la ya mencionada Ley de Matrimonio Civil (1859), en donde se hacía un énfasis en el carácter temporal del divorcio y sus fines únicamente de separación. Del mismo modo, el Código Civil de 1870[3] dedicó su capítulo V a regular el divorcio y reafirmaba su carácter indisoluble ya de una manera más específica en términos jurídicos: "El divorcio no disuelve el vínculo del matrimonio, suspende sólo algunas de las obligaciones civiles que se expresarán en los artículos relativos a este código".[4]

Pero, no fue sino hasta la Ley de Divorcio, ratificada por el presidente Venustiano Carranza, el 29 de diciembre de 2014, en donde se le daba fin a este carácter indisoluble del matrimonio, ya que reformaba la fracción IX de la Ley Reglamentaria de Adiciones y Reformas a la Constitución. El artículo original era el siguiente: "Fracción IX. El matrimonio civil no se disolverá más que por la muerte de uno de los cónyuges; pero las leyes pueden admitir la separación temporal por causas graves que serán determinadas por el legislador, sin que por la separación quede hábil ninguno de los consortes para unirse con otra persona".

Con la reforma estipulada dentro de la Ley de Divorcio, el nuevo texto del artículo se convierte en el siguiente:

> Fracción IX. El matrimonio podrá disolverse en cuanto al vínculo, ya sea por mutuo y libre consentimiento de los cónyuges cuando el matrimonio tenga más de tres años de celebrado o en cualquier tiempo por causas que hagan imposible o indebida la realización de los fines del matrimonio, o por faltas graves de alguno de los cónyuges que hagan irreparable la desavenencia conyugal. Disuelto el matrimonio, los cónyuges pueden contraer una nueva unión legítima.

Así pues, podemos observar que, aunque el matrimonio y la separación de los consortes han estado presentes desde el inicio de la sociedad, este no ha sido el caso respecto a la anulación del vínculo matrimonial.

Sin embargo, a medida que evolucionan las sociedades, es lógico que evolucionen sus instituciones y las relaciones que entablan los agentes

---

[3] Este es el primer Código Civil legislado en nuestro país y en él se recogía toda la normativa relativa a la materia.

[4] Además, añadía nuevas restricciones, como el hecho de que no procedía la acción de divorcio si no se habían cumplido 2 años desde la celebración del matrimonio.

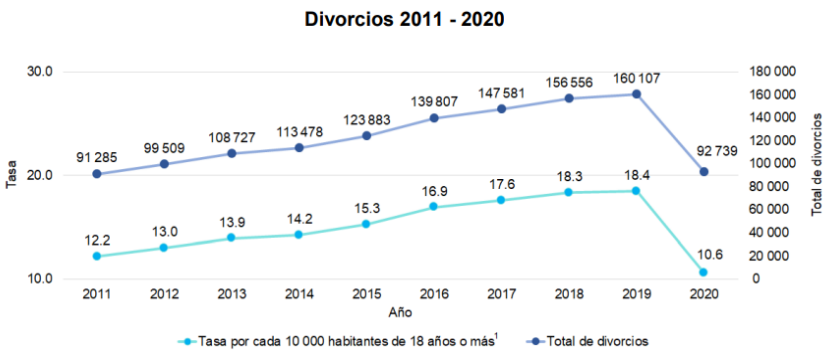
Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

sociales. Según el sociólogo alemán Zygmunt Bauman, la humanidad actualmente se encuentra viviendo dentro de una "modernidad líquida" en donde se ha perdido la solidez que caracterizaba a la antigua sociedad, siendo reemplazada por una más maleable, más rápida, más inestable, más "líquida". Estos veloces cambios han tenido consecuencias muy importantes en la sociedad, entre ellos, la debilitación de los vínculos humanos:

> En la actualidad, las cosas han cambiado, y el ingrediente crucial de este cambio multifacético es la nueva mentalidad a «corto plazo» que vino a reemplazar a la mentalidad a «largo plazo». Los matrimonios del tipo «hasta que la muerte nos separe» están absolutamente fuera de moda y son una rareza: los compañeros ya no tienen la expectativa de permanecer juntos mucho tiempo. (Bauman, 2003, p. 157)

Cuestiones como la precariedad e inestabilidad laboral y la volatilidad del mercado de vivienda, pudieran ser factores que dificultan entablar una relación sólida, lo cual pudiera explicar el evidente incremento anual en las cifras de divorcios en México:[5]

Figura 1.



Fuente: Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2021).

[5] El abrupto descenso de 2020 en cuanto al registro a casos de divorcio se debe a las regulaciones de movilidad y menor aflujo en los tribunales producto de las previsiones de la actual pandemia de COVID-19.

La disolución del vínculo matrimonial es una cuestión cada vez más frecuente y necesaria, ya que no se puede obligar a alguien a continuar en matrimonio en contra de su voluntad, puesto que esto sería un atentado en contra de la libertad individual. Sin embargo, también es cierto que esa separación debe ser regulada de una manera idónea, a fin de que tenga las menores repercusiones negativas posibles en otros miembros de la familia, como sería el correcto esparcimiento, desarrollo y custodia de los menores. Por ejemplo, el solo hecho de que haya diferencias irreparables entre los cónyuges no imposibilita a estos a convivir con los hijos siempre y cuando desempeñen de una manera correcta la patria potestad, por lo que deben existir vías jurídicas para adaptarse a la mayoría de escenarios posibles de separación.

Entonces, el Estado, por medio de los legisladores, tiene la ardua tarea de mantener un estable balance entre la protección del matrimonio y, por ende, de la familia, pero no a costa de restringir la libertad individual que tienen todas las personas de elegir su pareja sentimental lo cual forma parte del derecho humano al libre desarrollo.

III. La disolución del vínculo matrimonial en el ordenamiento jurídico mexicano y sonorense

En México no existe un código familiar de carácter nacional, sin embargo, el 7 de junio de 2023 fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, el cual establece, en sus artículos transitorios, que deberá entrar en vigencia de forma gradual y mediante solicitud de los congresos de los estados de la República y sus respectivos poderes judiciales, teniendo estos como límite para dicha solicitud la fecha 1 de abril de 2027.

Este código introduce al ordenamiento nacional la figura jurídica del divorcio bilateral, la cual guarda extrema similitud con el divorcio voluntario, salvo una diferencia muy importante: la opción de disolver el vínculo sin necesidad de involucrar a una autoridad judicial, ya que, bajo ciertos supuestos, este se pueda tramitar ante notario o autoridad del registro civil. Si bien esta figura ya se encontraba contemplada en las legislaciones locales de varios estados, con la introducción del Código Nacional, se abre esta vía para toda la demarcación territorial.

Entonces, salvo los casos muy específicos de materia federal, en donde se deben aplicar los preceptos del Código Civil Federal, la competencia para

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

conocer asuntos relacionados con el divorcio recae en los juzgadores locales, por lo que este estudio se centrará en el análisis de las disposiciones normativas del Código de Familia para el Estado de Sonora (CFS), además de los distintos criterios jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia que resuelvan sobre el tema objeto del presente trabajo.

A partir de la década de 2010, la sociedad ha avanzado a una velocidad exponencial, cuestiones como las interacciones por vías como las redes sociales establecen una nueva realidad social a la cual el derecho tiene que hacer frente, lo cual origina la interrogante de si las leyes actuales son suficientes para reglamentar fenómenos que se encuentran en constante cambio, como lo son la familia, el matrimonio y el divorcio. Sólo desde diciembre de 2010 a la fecha, se han publicado 13 decretos que reforman el Código Familiar de Sonora, de los cuales, muchos reforman cuestiones relacionadas al tema objeto de este estudio, con el fin de adaptarse mejor los cambios sociales. Un ejemplo muy claro de esto es la reforma del 6 de junio de 2022,[6] en donde se adiciona una fracción VI al artículo 144, la cual estipula que, en caso de separación voluntaria, se debe señalar la compensación a que tiene derecho el o la cónyuge cuya única obligación haya sido el cuidado del hogar y los hijos.

Por otra parte, el concepto de divorcio contenido en la legislación sonorense se entiende como el acto que "[...]disuelve el vínculo matrimonial y deja a los cónyuges en aptitud de contraer otro, con las restricciones establecidas en este capítulo".[7] De igual manera, el Código de Familia reconoce que es un derecho[8] de los cónyuges el optar por la separación de cuerpos o el divorcio.

El mismo Código establece que las relaciones familiares sólo pueden conformarse y disolverse por las maneras expresas contenidas dentro de la misma legislación.[9] Conforme a este precepto, se establecen dos vías para disolver el vínculo matrimonial: la nulidad y el divorcio. Sin embargo, también existe la posibilidad de pedir al juez que decrete la inexistencia del matrimonio que, si bien técnicamente no es una forma de disolver el matrimonio, ya que, de comprobarse, se considera que nunca existió en primer lugar, en fines prácticos tiene bastantes similitudes.

---

6 Decreto número 37, publicado en el Boletín Oficial del Estado, No. 45, sección II.

7 Artículo 137, Código de Familia para el Estado de Sonora.

8 Aunque el artículo resalta el carácter "opcional" de divorciarse.

9 Artículo 9, Código de Familia para el Estado de Sonora.

La nulidad del vínculo matrimonial consiste en ejercer una acción de nulidad tomando como base la existencia de algún vicio que persiste desde la celebración del acto matrimonial y que "representa el incumplimiento o la ausencia de alguno de los requisitos para contraer matrimonio; permitiendo en este caso a los interesados directamente, y/o legitimados, conforme a derecho, soliciten la declaración de nulidad" (Pérez Contreras, 2010, p. 58). Entre las principales causas que permiten la nulidad matrimonial tenemos las siguientes: error acerca de la persona con quien se contrae o sobre un matrimonio previo en donde se presumía muerto el otro cónyuge; violencia física existente al momento de contraer el matrimonio, pudiendo pedir la nulidad la parte afectada dentro de los 60 días de cesados los actos de violencia, y el padecimiento de alguna enfermedad crónica o incurable de carácter infeccioso o hereditario.

Por otra parte, podemos definir la inexistencia del matrimonio como aquellos casos en donde falta un elemento esencial de los que son requeridos para considerar que un acto jurídico es existente. El artículo 99 del CFS enumera los casos en los cuales se considera inexistente un acto matrimonial: cuando el acta respectiva no contenga la manifestación de voluntad, cuando falte o sea imposible el objeto del mismo, cuando se realice ante funcionarios no autorizados o si se obvian las solemnidades respectivas. Sin embargo, también es importante señalar que el CFS establece que, aunque los matrimonios declarados nulos o comprobados inexistentes dejan de surtir efectos como actos jurídicos, no dejan de hacerlo como hechos,[10] incluyendo, por ejemplo, el pago de daños y perjuicios a costa del cónyuge que actuó de mala fe.

En el mismo orden de ideas, como nos reafirma Pérez Contreras (2015, p. 17), nos encontramos ante un divorcio cuando uno o los dos cónyuges decide poner fin a su nexo matrimonial y pueden contraer nuevas nupcias una vez que hayan sido declarados divorciados. En las leyes del estado de Sonora existen dos modalidades: el divorcio voluntario y el necesario. En el caso del voluntario, ambas partes aceptan a la disolución y manifiestan en un convenio todo lo relativo a la extinción de la sociedad conyugal: las cuestiones patrimoniales, las de los alimentos, custodia de los hijos y convivencia, el cual debe ser validado por el tribunal familiar, además del ministerio público adscrito.

[10] Artículo 98.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

Sin embargo, los artículos 143 y 147 del CFS establecen una importante restricción a este divorcio de carácter voluntario: no puede ser solicitado si no ha transcurrido un año desde que se efectuó el matrimonio, del mismo modo, en caso de reconciliación y desistimiento de la acción de divorcio, los cónyuges no pueden volver a solicitarlo por esta vía sino un año después de dicha reconciliación.

Asimismo, el divorcio necesario es aquel que procede a petición de uno de los cónyuges y no necesita de la voluntad del otro para decretarse, sin embargo, sí se necesita acreditar alguna de las causales que el Código Familiar establece,[11] como pueden ser: debido a una enfermedad, por la separación prolongada de los cónyuges o por cuestiones de culpa, como el adulterio, la violencia, actos inmorales, etcétera.

IV. El divorcio sin causales y su sustento jurídico en los derechos humanos

No obstante, existe una tercera vía para solicitar la anulación del vínculo matrimonial y es de carácter totalmente unilateral, aunque esta se encuentra ausente de la normativa estatal sonorense: el divorcio sin causales. Esta modalidad de divorcio es aquella en donde el o la promovente se encuentra exenta de señalar alguna causa o motivo para su solicitud, ya que la sola manifestación de voluntad de no seguir en dicha unión es suficiente para fundar la acción procesal.

En torno a esta figura, es necesario analizar una serie de cuestiones de índole constitucional: la primera de ellas es que la Constitución mexicana, en su artículo cuarto, establece la obligación que tiene el Estado de proteger la organización y el desarrollo de la familia, pero, por otra parte, en su artículo primero se enfatiza que se deberán reconocer los derechos humanos establecidos por la misma Constitución y por los tratados internacionales que hayan sido ratificados por México.

Entonces, nos encontramos ante una disyuntiva: ¿debería primar la "protección" a la familia y ser menos laxos en los procesos judiciales para que esta se mantenga unida, o deberían primar las voluntades personales de disolver los vínculos conyugales? Podemos encontrar una respuesta a esto dentro del mismo primer artículo constitucional, el cual hace mención

[11] Artículos 148 al 166 del CFS.

del principio *pro persona*, ya que enfatiza que "todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán... favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia".

Entonces, ¿podría considerarse el derecho a divorciarse un derecho humano? Sí, pero no hablamos explícitamente del derecho a divorciarse, sino del derecho fundamental que tienen los seres humanos a elegir libremente el desarrollo de su persona, dentro de lo cual se incluye la libre elección de la pareja sentimental.

Lo cual nos lleva al carácter indivisible e interdependiente de los derechos humanos, es decir, todos ellos necesitan cumplirse, ya que son considerados necesarios para el correcto desarrollo de los seres humanos. Por ejemplo, en una interpretación del artículo cuarto constitucional, en donde se menciona el derecho de todas las personas a la salud, lo cual es relevante debido a que la salud psicológica es igual de importante que la física, por lo que, negarle a una persona su derecho a divorciarse de alguien con quien no desea continuar unida podría mermar significativamente su bienestar psicológico. En el mismo orden de ideas el mismo artículo también menciona el derecho de las familias a habitar una vivienda digna, que, si bien se puede interpretar como las características físicas de la misma, también podemos inferir que se debe tomar en cuenta el aspecto armónico que deben guardar todos los integrantes de la misma.

Esto lo vemos concretizado en el criterio emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo Directo en Revisión 917/2009, del 23 de septiembre de 2009, en donde su Primera Sala resolvió negar un amparo que argumentaba que los legisladores no se encontraban facultados para expedir leyes que atentaran en contra de la supervivencia del vínculo matrimonial, puesto que esto suponía una transgresión a la protección de la familia. El criterio emitido por la SCJN bajo el cual se negó dicho amparo es el siguiente:

> El régimen de divorcio incausado es acorde con el derecho a la protección familiar, pues respeta el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges al expresar su voluntad de no continuar casados, lo que logra un ambiente adecuado para su bienestar emocional que trae como consecuencia que se mantenga la armonía entre los integrantes del núcleo familiar. (Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2022, pp. 87-88)

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

También debemos señalar que el derecho al libre desarrollo pudiera ser prioritario sobre otros derechos en caso de confrontación, como se observa en el pronunciamiento de la SCJN, Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1819/2014, 22 de octubre de 2014, en donde ante la resolución de un juez de declarar disuelto el matrimonio aún a pesar de manifestar su inconformidad, la parte demandada interpuso un amparo señalando que la aplicación del artículo 582 del Código Procesal Civil del Estado de Coahuila, en donde se faculta al divorcio incausado, resultaba inconstitucional, alegando que esta vía unilateral resultaba una transgresión a su garantía de audiencia y el derecho al debido proceso, ya que no se tomó en cuenta su punto de vista en contra de la separación.

El órgano máximo judicial en nuestro país determinó que la resolución de conceder el divorcio unilateral no entraba en conflicto con el derecho de audiencia y debido proceso, ya que este derecho no resultaba absoluto, pues contaba con ciertas restricciones: "El artículo 582 del Código Procesal Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza contiene una restricción al derecho de audiencia y debido proceso que obedece a una finalidad objetiva y contemplada en la Constitución Federal, esto es, el derecho superior a la dignidad humana".

De igual modo, otras restricciones en la ley para admitir el divorcio, tanto voluntario, como incausado, también resultan en una transgresión en contra de los derechos humanos, como es el caso del requerimiento de tener que esperar a que haya transcurrido un año para solicitar la disolución del vínculo por cualquiera de estas dos vías, lo cual, al igual que pedir acreditar causa o motivo, vulnera "la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción, ni controles injustificados o impedimentos por parte de los demás[...]" (Centro de Estudios Constitucionales SCJN, 2022, p.93).

Entonces, ¿resulta incorrecta la decisión de un juzgador de aplicar un precepto contenido dentro de un código estatal que requiera al actor o actora probar una necesidad, motivo o esperar que transcurra un año desde la unión para pedir el divorcio? Sí, ya que toda legislación estatal que sostengan la necesidad de probar el causal de divorcio o tenga un requisito temporal son considerados inconstitucionales, al incurrir estos en una fragmentación de los derechos humanos, como se ha visto reiterado por la jurisprudencia nacional (Cuarto Tribunal Colegiado de del Décimo Octavo Circuito, 2012): "El artículo 175 del código familiar para el estado libre y soberano de Morelos, al exigir la demostración de determinada causa para lograr la disolución

del vínculo matrimonial, cuando no existe consentimiento mutuo, es inconstitucional al restringir el derecho al desarrollo de la personalidad humana".

Por otra parte, la mayoría de detractores de esta figura del divorcio incausado argumenta que el hecho de promulgar regulación más laxa en cuestión de requerimientos para el divorcio crea un estado de inestabilidad en la familia, la célula primordial que conforma la estructura social, con lo cual toda la sociedad se verá afectada de manera negativa. Sin embargo, a nuestro criterio, es todo lo contrario, ya que no es benéfico para ninguno de sus integrantes el forzar las relaciones interpersonales. Ese *statu quo* de animosidad que tanto se empeña, incorrectamente, el juzgador en mantener debido a que considera que es obligación de los cónyuges el arreglar las cosas, proviene de un ideal jurídico arcaico y no tiene cabida en la sociedad moderna.

En relación con esto, también es menester mencionar el criterio de Contradicción de Tesis 73/2014 emitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014), en donde se expone lo siguiente: "[...]la protección de la familia no puede conseguirse en ningún caso «creando candados» para mantener unidas a dos personas que han celebrado un matrimonio, cuando al menos una de ellas decide romper esa relación".

En este mismo criterio se menciona que, el facilitar el divorcio es en sí un acto de protección a la familia, ya que se evitan episodios de violencia tanto física como moral. Del mismo modo, se reitera que prolongar el enfrentamiento jurídico entre los padres, tiene un impacto severamente negativo no sólo en los hijos "sino también de los miembros que integran ese núcleo familiar".

En el mismo orden de ideas, la Comisión Nacional de Derechos Humanos (2021) también se ha manifestado al respecto, resaltando el inequivocable nexo que existe entre el divorcio incausado, la perspectiva de género y los derechos de las mujeres: "la solicitud de causas para la disolución de un matrimonio no solo obstaculiza o restringe los derechos humanos, sino que, para las mujeres podría colocarlas en una posición de desigualdad y vulnerabilidad[...]" (p. 1). Adicionalmente, la Comisión señala que, según los datos recabados en un monitoreo de la situación del divorcio en 2019, se observa que la mayoría de los divorcios sin causa son solicitados por mujeres, ya que estos constituyeron el 51 % del total de juicios de esta índole tramitados en el país, en contraste al 39 % solicitados por hombres y el 10 % restante que fue solicitados por las dos partes.

Ahora bien, esto no quiere decir que el solicitar el divorcio por esta vía constituye un hecho de que el juez lo decrete *ipso facto*, dado que, antes

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

de disolver dicho vínculo deben también solucionarse las demás cuestiones relativas al núcleo familiar: quién tendrá la custodia de los hijos menores, qué cuantía de alimentos recibirán estos y como se disolverá el patrimonio familiar, como podemos observar en este acertado criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015):[12]

> [...] los jueces de esas entidades federativas no pueden considerar el otorgamiento del divorcio a la prueba de alguna causal, de tal manera que para decretar la disolución del vínculo matrimonial basta con que uno de los cónyuges lo solicite sin necesidad de expresar motivo alguno. No obstante, el hecho de que en esos casos se decrete el divorcio sin la existencia de cónyuge culpable no implica desconocer la necesidad de resolver las cuestiones familiares relacionadas con la disolución del matrimonio, como pudiera ser la guarda y custodia de los hijos[...]

V. Estado legislativo actual del divorcio sin causales en México

En México, la mayoría de los estados ya han adoptado el divorcio sin causales en sus legislaciones locales, ya sea en sus códigos civiles o en legislaciones especializadas en materia familiar, incluso, el estado de Guerrero cuenta con una Ley de Divorcio. Sin embargo, aún cinco estados se rehúsan a reconocer esta figura jurídica: Sonora, Guanajuato, Campeche, Chihuahua y Tabasco. El estado de Baja California es un caso peculiar, ya que sí incluye en su legislación el divorcio sin causales, pero limita su solicitud hasta después de transcurrido un año desde la unión matrimonial, lo cual resulta una paradoja jurídica, ya que se remueve un requisito solo para establecer otro.

Aunque el Código de Familia de Sonora no incluye esta opción dentro de su articulado, es importante mencionar que el 6 de diciembre de 2022 fue recibida en el Congreso del Estado de Sonora (Guevara Espinoza, 2022) una iniciativa de ley para introducir en la Ley del Registro Civil la vía del divorcio administrativo, pero sólo en aquellos supuestos en que los cónyuges se encuentren unidos por separación de bienes y que no tengan hijos menores

[12] El cual, además reafirma que el libre desarrollo de la persona es un derecho fundamental, por lo que la exigencia procesal de demostrar causales para otorgar la disolución del vínculo "restringe injustificadamente" el ejercicio de este derecho.

de edad, fundamentando los legisladores su propuesta en el derecho al libre desarrollo. Aunque, de aprobarse esta iniciativa fuera un triunfo en materia de derechos humanos, no contiene mención sobre introducir el divorcio sin causales como vía en aquellos casos en donde existan hijos menores o el matrimonio se encuentre en diferente régimen patrimonial al de bienes mancomunados.

Como se observa, aunque progresivamente se está introduciendo esta figura jurídica de protección a los derechos humanos en el orden jurídico mexicano, aún se encuentra cierta resistencia por parte de los legisladores a incluirla, y más, importante, de los juzgadores a aplicarla, ya que, como vemos en los criterios jurisprudenciales mencionados anteriormente, son comunes las decisiones de jueces locales en donde se descarta esta vía de disolución matrimonial debido a erróneas consideraciones sobre lo que es la protección familiar.

Este camino de implementación se observa acorde a un principio muy importante e inherente a los derechos humanos: el principio de progresividad, el cual, establece que, para lograr un pleno y correcto cumplimiento de estos derechos, se deben establecer metas a corto, medio y largo plazo, ya que la efectividad de algo tan primordial como estos derechos no puede lograrse de la noche a la mañana, aunque siempre se debe optar por la mayor brevedad y efectividad que sea posible en su salvaguarda.

Del mismo modo, el derecho a un divorcio sin acreditar causales va acorde al principio de no regresión ya que, si se retoman, expiden o aplican legislaciones similares a las que restringen el libre desarrollo del o la solicitante, se estaría violando este principio fundamental, a razón de que establece la "prohibición de retrocesos o marchas atrás injustificadas a los niveles de cumplimientos alcanzados[...]" (Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2018, p. 12), los cuales ya se han logrado por la vía jurisprudencial y están, poco a poco, legitimándose con más firmeza en las leyes locales.

VI. Conclusiones

Es un hecho indiscutible que el pilar de la sociedad es la familia y esta debe ser tutelada de una manera rigurosa por los poderes públicos, sin embargo, esta tutela no debe ser draconiana y, mucho menos, a costa de la libertad personal, por eso corresponde al legislador y a los juzgadores deshacer el nudo

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

gordiano y encontrar el perfecto balance entre brindar protección familiar y hacerlo sin vulnerar otros derechos humanos.

El divorcio incausado es un mecanismo ágil y conforme a derecho que puede coadyuvar en esta tarea ya que, como se concluyó, no es estrictamente necesario mantener a una pareja unida para protegerla, sino todo lo contrario, hay casos en donde lo que una familia necesita es la separación. A fin de cuentas, no se trata de demeritar la institución familiar, o de proveer un medio para que esta sea menos sólida: en aras de proteger a esa misma institución, el derecho debe evolucionar conforme lo hace la sociedad, ya que el concepto de familia de hoy en día no es el mismo que hace 50 años, por lo tanto, a manera de brindarle una mejor protección, se deben explorar mecanismos más allá de los convencionales y el divorcio sin causales se perfila como uno de los más efectivos.

El establecer menores restricciones jurídicas para disolver el matrimonio resulta más benéfico para la sociedad que introducir legislación más severa que dificulte dicha separación, ya que el forzar a las personas a convivir en contra de su voluntad puede ser más pernicioso a largo plazo para el desarrollo de todos los miembros familiares involucrados. En vez de buscar establecer dificultades en una separación, se debe centrar en atender de una mejor manera las ramificaciones jurídicas y sociales negativas provenientes de este fenómeno social.

El derecho que el ser humano tiene para elegir su camino de vida siempre debe preponderar sobre las restricciones a disolver el vínculo matrimonial, ya que nuestra Constitución y los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos son la máxima en cuanto aplicación de las leyes y los juzgadores siempre deben aplicar estos preceptos normativos sobre cualquier otro que los limite. No obstante, la protección a este derecho sólo significa eliminar la necesidad de establecer causales o motivos para solicitar la disolución del vínculo matrimonial, no dejar de atender las demás cuestiones relacionadas a la disolución del vínculo matrimonial, ya que estas cuestiones también se encuentran tuteladas por los derechos humanos y resulta necesario el darles una solución contundente antes de decretar disuelto el vínculo, sólo así se le estaría brindando una correcta protección a una institución sociojurídica tan importante como es la familia.

VII. Referencias

Bauman, Z. (2003). *Modernidad Líquida.* Fondo de Cultura Económica de Argentina.

Centro de Estudios Constitucionales SCJN (2022). *Cuadernos de Jurisprudencia: Libre desarrollo de la personalidad, número 16*. Suprema Corte de Justicia de la Nación. https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2023-01/CUADERNO%20NUM%2016%20DH_LIBRE%20DESARROLLO_FINAL%20DIGITAL.pdf

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *Los principios de universalidad, interdependencia, indisivilidad y progresividad de los Derechos Humanos*.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (2021). *El panorama legislativo en torno al divorcio sin causales, marzo 2021*. https://igualdaddegenero.cndh.org.mx/Content/doc/Observancia/Divorcio_sin_causales_2021.pdf

Tesis: XVIII.4o.10 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 2012. Libro 2, enero de 2014, t. IV, Décima Época. https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/5fhwMHYBN_4klb4HzzVN/%22Declaraci%C3%B3n%20Universal%20de%20los%20Derechos%20Humanos%22

Enciso Rojas, D. (1999). Matrimonio, bigamia y vida cotidiana en Nueva España. *Dimensión Antropológica*, *6*(17). https://revistas.inah.gob.mx/index.php/dimension/article/view/8529

Guevara Espinoza, A. (2022). *Iniciativa con proyecto de decreto que adiciona diversas disposiciones al C*ódigo de *Familia para el estado de Sonora y a la ley del registro civil para el estado de sonora. (Iniciativa de Ley)*. http://www.congresoson.gob.mx/Transparencia/Asunto/LXIII_7_2550

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2021). El INEGI presenta resultados de las estadísticas de divorcios 2020. *Comunicado de prensa 550/21, 20 de septiembre.* https://www.inegi.org.mx/contenidos/saladeprensa/boletines/2021/EstSociodemo/Divorcios2021.pdf

Lozano Corbí, E. (1997). La causa más conflictiva de disolución del matrimonio: desde la antigua sociedad romana hasta el derecho Justiniano. *Proyecto Social: Revista de relaciones Laborales,* (4-5).

Magallón Gómez, M. A. (2011). Divorcio en el Derecho antiguo mexicano hasta 1884. *Temas de derecho civil en homenaje al doctor Jorge Mario Magallón Ibarra*. Colegio de Profesores de Derecho Civil de la UNAM, Porrúa, https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3861/1.pdf

ISSN (versión electrónica): 2448-4881
DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18990

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

Pérez Contreras, M. M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Universidad Nacional Autónoma de México. https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3993/1/-Derecho-de-Familia-y-Sucesiones-Ma-ri-a-de-Montserrat-Pe-rez-Contreras-pdf-1-1.pdf

Pérez Contreras, M. M. (2015). *Derechos de las familias*. Universidad Nacional Autónoma de México. https://www.inehrm.gob.mx/work/models/Constitucion1917/Resource/1293/Familias_pdf_electronico.pdf

Pérez Duarte y Noroña, A. E. (1990). *Derecho de Familia*. Universidad Nacional Autónoma de México México. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/285-derecho-de-familia

Rodríguez Ortiz, V. (2007). La disolución del vínculo conyugal y otras formas de separación de los cónyuges en la historia del Derecho Castellano. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (77), 615-706.

Sagaón Infante, R. (1980). El matrimonio y el concubinato. México prehispánico y las costumbres que han prevalecido en las comunidades indígenas actuales. En José Luis Fernández Soberanes (Ed.), *Memoria del II Congreso de Historia del Derecho Mexicano*, Universidad Nacional Autónoma de México.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2014). Contradicción de Tesis 73/2014, suscitada entre el Cuarto Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito y el Segundo Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Cuarta Región, en Apoyo del Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Distrito.

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2015). Tesis 1a./J. 28/2015 (10a.); Materia Constitucional; Primera Sala; publicada en el *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta, el 10 de Julio de 2015; registro número 2009591.

Venturini, C. (2014). Matrimonio y divorcio: la tradición romanística versus la actualidad. *Revista Nova Tellvs*. *32*(1). https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-30582014000200105

Cómo citar

Sistema IIJ

Marín Enríquez, Oscar Efrén, "La libre voluntad de disolver el vínculo matrimonial como manifestación del artículo primero constitucional mexicano", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e18990. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18990

APA

Marín Enríquez, O. E. (2025). La libre voluntad de disolver el vínculo matrimonial como manifestación del artículo primero constitucional mexicano. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e18990. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.18990

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*

Cuestiones Constitucionales

Comentarios jurisprudenciales

El derecho al mínimo vital tributario en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

The right to the minimum vital tax in the jurisprudence of the Supreme Court of Justice of the Nation

Mauricio **Estrada Avilés**

https://orcid.org/0009-0001-3802-8979

Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: 0172167@up.edu.mx.

Publicación: 28 de octubre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19179

Resumen: El mínimo vital es un instituto jurídico que encuentra su origen en el derecho a la subsistencia esencial pero que, con posterioridad, es extendido al goce del mayor nivel de bienestar económico y cultural, tanto individual como colectivamente hablando.

El propósito del presente análisis es precisar los matices del mínimo vital en materia impositiva para discernir si lo resuelto por el máximo tribunal, respecto a la previsión normativa contenida en el último párrafo del artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que limita las deducciones personales de las personas físicas, cumple o no con el respeto a este postulado, en términos de los derechos humanos predicados por la Constitución de la República.
Palabras clave: derecho a la subsistencia, mínimo vital, poder tributario, impuesto sobre la renta, deducciones personales.

Abstract: The vital minimum is a legal institute that finds its origin in the right to essential subsistence but that, subsequently, is extended to the enjoyment of the highest level of economic and cultural well-being, both individually and collectively speaking.

The purpose of this analysis is to specify the nuances of the vital minimum in tax matters to discern whether what was resolved by the highest Court, with respect to the regulatory provision contained in the last paragraph of article 151 of the Income Tax Law, which limits the personal deductions of natural persons, whether or not it complies with respect for this postulate, in terms of the human rights established by the Constitution of the Republic.
Keywords: right to subsistence, vital minimum, tax power, income tax, personal deductions.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Sumario: I. Introducción. II. El derecho al mínimo vital o a la subsistencia y el mínimo vital en materia tributaria. III. Delimitación de los temas tratados en la ejecutoria. IV. Análisis crítico de la tesis en estudio. V. Referencias.

I. Introducción

El mínimo vital es un concepto cuya construcción ha correspondido esencialmente a la labor jurisdiccional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual ha determinado que su derivación en el contexto tributario proviene de la consabida fracción IV, del artículo 31 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la anterior tesitura, tenemos que se trata de una figura que ha permeado gradualmente en el sistema jurídico mexicano, si bien con inspiración inicial en el derecho extranjero, lo cierto es que sus características y ámbito de aplicación han adquirido carta de naturalización propia en el ordenamiento jurídico nacional, a tal grado que su identidad en la actualidad es medularmente doméstica.

Con base en lo anterior, el propósito del presente análisis es precisar los matices que el mínimo vital tiene, a efecto de concluir si resulta legítima o no, la posición que el más alto tribunal de la nación adoptó respecto a la *regularidad constitucional* del límite a las deducciones personales previsto por el último párrafo del artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta;[1] a la luz de la correlativa obligación de respeto, promoción y salvaguarda de la prerrogativa fundamental de los pagadores de impuestos, para no contribuir al sostenimiento económico de las cargas públicas cuando no encuentren garantizado un minúsculo de medios de esa naturaleza que les aseguren la atención de sus necesidades más elementales.

En ese orden de ideas, para efectos del impuesto sobre la renta, las deducciones pueden conceptualizarse como las erogaciones que la ley dispone se podrán disminuir de los ingresos acumulables, a efecto de de-

[1] En efecto, la materia del presente documento lo constituye precisamente el criterio contenido en la jurisprudencia de rubro: "RENTA. EL ARTÍCULO 151, ÚLTIMO PÁRRAFO, DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, VIGENTE A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2014, AL ESTABLECER UN LÍMITE PARA LAS DEDUCCIONES PERSONALES, NO VIOLA EL DERECHO AL MÍNIMO VITAL". Tesis 2a./J. 27/2017 (10a.) (2017). *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 40, t. II, marzo de 2017, p. 821.

terminar la base sujeta a tributación, siempre y cuando cumplan los requisitos correspondientes.

Tratándose del correlativo tributo, para las personas físicas, la mecánica de esta contribución distingue diferentes clases de ingresos, en función de la fuente de la cual provienen —lo que se conoce como estructura cedular—, en ese sentido, el contribuyente acumulará los ingresos que obtenga por cada uno de esos tipos previstos, en términos de las disposiciones legales aplicables, descontando las deducciones específicas que, en su caso, estén señaladas para cada categoría.

Sin embargo, adicionalmente a lo anterior, la persona interesada, al final del ejercicio, cuando presente su declaración anual, podrá disminuir de esa acumulación, los conceptos indicados en el mencionado artículo de la Ley del Impuesto sobre la Renta que consisten medularmente en:

a) Los pagos por honorarios médicos y dentales, así como los gastos hospitalarios;
b) Los gastos de funerales;
c) Los donativos no onerosos ni remunerativos;
d) Los intereses reales efectivamente pagados en el ejercicio por créditos hipotecarios destinados a la adquisición de su casa habitación;
e) Las aportaciones complementarias de retiro realizadas directamente por la persona contribuyente;
f) Las primas por seguros de gastos médicos, complementarios o independientes de los servicios de salud proporcionados por instituciones públicas de seguridad social;
g) Los gastos destinados a la transportación escolar de los descendientes en línea recta cuando esta sea obligatoria,
h) Los pagos efectuados por concepto del impuesto local sobre ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado.

Cabe precisar que, hasta el ejercicio de 2013, la Ley del Impuesto sobre la Renta entonces vigente, además de establecer requisitos específicos para cada una de las deducciones personales que los contribuyentes podían aplicar, fijaba límites máximos de deducibilidad para cada una de ellas, en su caso.

Sin embargo, con motivo de la reforma hacendaria de 2014, la respectiva legislación rentística derivada de esta adiciona un límite global para todas

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ellas, actualmente por el equivalente a la cantidad que resulta menor entre *cinco veces el valor anual* de la unidad de medida y actualización o el *15 % del total de los ingresos* del contribuyente, incluyendo aquellos por los que no se pague el impuesto.

II. El derecho al mínimo vital o a la subsistencia y el mínimo vital en materia tributaria

Si bien es reconocido como una prerrogativa humana fundamental que las personas cuenten con un mínimo de recursos que les garanticen su propia subsistencia, tanto en lo material como cultural o espiritual; lo cierto es que frecuentemente las constituciones modernas no lo tratan expresamente como un derecho autónomo, sino que está admitido y, por ende, protegido, asociándolo a algún otro que sí lo esté, como pueden ser los correlativos a la vida, educación, trabajo, salud, seguridad social, vivienda, entre otros más, aunque mayoritariamente supeditado a cualquier derecho de carácter prestacional de los que están previstos dentro del estado social de derecho.[2]

No obstante, los ordenamientos jurídicos que textualmente no lo contemplan, de ninguna manera significa que tal prerrogativa no encuentre cabida al interior de aquellos, ya que, en estos casos, la labor jurisdiccional de los órganos encargados de la impartición de justicia lo han introducido para su debida observancia y, cuando así ha sucedido, es que eventualmente ha logrado la plena emancipación de los derechos a los cuales ha sido conectado, medularmente de los conocidos como los de clase, relativos a los trabajadores asalariados, así como a los titulares de la seguridad social.[3]

---

[2] Aquí también vale la pena enfatizar que, el derecho en comento es conocido con diferentes denominaciones, como derecho a la subsistencia, a la supervivencia, al mínimo vital, a recursos mínimos garantizados, a una renta mínima ciudadana, o renta mínima de inserción. Sin embargo, pese a la multiplicidad de definiciones, puede advertirse una postura coincidente, que consiste en que el fundamento de este derecho está constituido por los principios de dignidad humana y solidaridad social (Duque, S. P., Duque, M. y González, P., 2019, pp. 80-95).

[3] El anterior aserto no pierde de vista que, el derecho aquí glosado ostenta su reconocimiento expreso en sendos documentos internacionales, tales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), la cual mandata que los trabajadores habrán de percibir una remuneración equitativa y satisfactoria de sus necesidades individuales y las de su familia e, igualmente y con más amplitud, señala que toda persona tiene derecho a un nivel de vida digno que le asegure a ella y a su núcleo familiar el mayor bienestar, la salud, el vestido, la

Respecto a la caracterización de este derecho al mínimo vital o a la subsistencia, podemos señalar que, en términos generales, puede ser entendido como la protección que obligadamente el Estado debe procurar a las personas que no estén en aptitud de proveerse, por ellas mismas, los medios indispensables para subsistir o un minúsculo de condiciones de vida digna, a través de asignaciones económicas directas o la prestación material de servicios sociales de asistencia.

Con arreglo en la anterior, de forma análoga al bosquejo formulado hasta el momento, la doctrina jurídica ha sido prolija en la elaboración de definiciones en torno a este instituto, en el contexto tributario; así, a pesar de que se trata de un término que recientemente se ha revalorado en los distintos sistemas jurídicos, aunque es de señalar que, no obstante, se le llega a conocer con diferentes denominaciones —entre las que se encuentran *mínimo exento, mínimo no sujeto a imposición* o *mínimo no imponible* (Arciniega, 2014, p. 106)— lo cierto es que todas aluden a características constantes que le confieren ya una identidad plenamente delimitada.

Pérez de Ayala (1997) sostiene que el mínimo tributario es la "exoneración de aquellos recursos que se estima son de primera necesidad, por el hecho de ser persona, y sobre los que el impuesto no debe recaer" (p. 346).

Queralt (2004) entiende por la figura en comento "la existencia de una cantidad que no puede ser objeto de gravamen [impositivo], ya que se encuentra afectada a la satisfacción de las mínimas necesidades vitales de su titular" (p. 110).

A su vez, Pauner (2001) apunta que el mínimo exento "responde a la prohibición constitucional de considerar como expresión de capacidad contributiva aquellos ingresos que son apenas suficientes para las necesidades elementales de la vida, lo que responde al principio de justicia" (p. 270).

En una expresión cualitativamente superior del concepto en comento, Moschetti (citado por Amatucci, 2001) agrega que el mínimo exento no es un mínimo vital para lograr la supervivencia, más bien, un "mínimo para la existencia libre y digna, y no sólo para el contribuyente sino para la familia entera" (p. 270).

Cencerrado (citado por Pauner, 2001), respecto al mínimo exento lo concibe como "el requerimiento constitucional de justicia tributaria que,

---

alimentación, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios para lograr esta finalidad; en estos dos extremos también se pronuncia el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (Escobar, G., 2012, pp. 1582-1584).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ante la ausencia de riqueza o ante su presencia de forma insuficiente, impide el ejercicio del poder tributario por carecer este del elemento básico que le sirve de fundamento, y correlativamente, exime legítimamente el deber de contribuir a los titulares de la riqueza" (p. 167).

De las construcciones conceptuales que anteceden, es factible inferir los siguientes elementos comunes en cada una de ellas, lo que, sin lugar a duda, proporciona individualidad al mínimo vital, en los siguientes términos:

a) El mínimo vital es un umbral de recursos económicos no afecto a tributación alguna, sino a condición de que exceda un límite de riqueza que permita al sujeto, siempre una persona física, solventar sus necesidades en lo individual y en lo familiar, cuando esto último se actualice en un caso dado;
b) El concepto evolucionó, de ser considerado como una porción mínima destinada a la salvaguarda de la existencia misma de la persona, a un instituto que pugna por asegurarle niveles de vida dignos, dentro de los cuales pueda desempeñarse con total autonomía, libertad y en aptitud de realizar con plenitud su particular proyecto de vida.
c) El mínimo vital se traduce en un límite infranqueable a la potestad tributaria del Estado, a quien le está vedado imponer contribución alguna sobre la porción económica que lo constituya.

De los análisis realizados a las cualidades intrínsecas del mínimo vital, puede surgir duda en cuanto si esta figura se desenvuelve entre los extremos de una *no sujeción*, o bien, de una *exención*.

Tratándose de la no sujeción o *no imposición*, cabe señalar que, en dicho supuesto, el sujeto se mueve fuera de las fronteras del hecho imponible,[4] de tal suerte que su persona, actos o actividades no están previstos como presupuestos para detonar alguna obligación tributaria a su cargo.

Por otro lado, la exención tributaria hace hincapié en una *situación de excepción* en el pago de un tributo. Al respecto, Uresti (2016) expresa que

[4] Vale la pena recordar que el hecho imponible es la hipótesis normativa que comprende el cúmulo de circunstancias a cuya realización se asocia el nacimiento de la obligación fiscal; mientras que el hecho generador es el evento verificado en la realidad, que, de encuadrarse en lo previsto abstractamente dentro del hecho imponible, origina concretamente la obligación impositiva. (Ortega, C. A., 2009, pp. 67-71)

> La exención es un escape a la regla general de tributación mediante la cual se sustrae de la materia imponible una parte, con propósitos específicos como el fomento al ahorro, a la reinversión, o alguna actividad en especial que puede ser productiva, cultural, deportiva, asistencial, etc. La exención, constituye una regla de excepción que tiene por objeto conceder el privilegio de no pagar el gravamen (p. 232).

Como es de advertir, mientras en la no sujeción, no hay obligación tributaria que cubrir, en la exención sí, solamente que se releva de su cumplimiento o pago a los beneficiarios, siempre que no sean concedidas exclusivamente a favor de persona determinada y estén consignadas en ley. Cabe acotar que, para un sector doctrinal, separar a una generalidad de la obligación de tributar no califica auténticamente como exención, solamente lo serán aquellas que concedan privilegios, propios o particulares, y en forma determinada. Sin embargo, la teoría fiscal admite cabalmente la noción de exención para el primer supuesto señalado.

Con arreglo a lo anterior, el mínimo vital importa la naturaleza de una exención, pues previa realización del hecho imponible solamente implica atemperar la carga tributaria, en el entendido de que a través de su establecimiento se rediseña o redefine dicho hecho, mas no lo suprime en su carácter de presupuesto impositivo (García, M. F., 2004, p. 251).

III. Delimitación de los temas tratados en la ejecutoria

La tesis 2a./J. 27/2017 (10a.), objeto del presente, se configuró a través del mecanismo denominado jurisprudencia *por reiteración*, pues se originó de un criterio sostenido por cinco ejecutorias en el mismo sentido, no mediando ninguno en contrario, que se concretó con motivo de la resolución de los amparos en revisión 855/2014 (José Francisco García Cáceres y otros), 919/2015 (Manuel Enrique Romero de Terreros Escalante y otros), 1379/2015 (Rodrigo Navarro Hernández), 440/2016 (Ricardo Alberto Elizondo Garza y otros), 440/2016 (Ricardo Alberto Elizondo Garza y otros) y 867/2016 (José Ramiro Cárdenas Tejeda), del conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, de la consulta a la versión electrónica del Semanario Judicial de la Federación, se colige que la ejecutoria base de la jurisprudencia en comento dimana del primero de los recursos en cita; que entre los actos

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

controvertidos en la primera instancia del juicio constitucional se reclamó el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley del Impuesto al Valor Agregado, de la Ley del Impuesto Especial sobre Producción y Servicios, de la Ley Federal de Derechos; se abroga la Ley del Impuesto Empresarial a Tasa Única y la Ley del Impuesto a los Depósitos en Efectivo, y se expide la Ley del Impuesto sobre la Renta; de este último ordenamiento, particularmente los artículos 96, 111, 129, 151, último párrafo, y 152; publicado en el Diario Oficial de la Federación, el once de diciembre de dos mil trece, en vigor desde el uno de enero de dos mil catorce.

En la segunda instancia referida —por cuestión de técnica en el recurso de revisión— el Tribunal *Ad quem* primeramente se abocó a tratar el sobreseimiento declarado en el juicio de origen, con relación a los actos reclamados, para estar en aptitud de entrar al estudio de la regularidad constitucional de estos últimos.

En efecto, la sentencia de primer grado determinó actualizada la causal de improcedencia prevista en el artículo 61, fracción III, en relación con el diverso numeral 108, fracción III, ambos de la Ley de Amparo, respecto a la publicación de la Ley del Impuesto sobre la Renta en vigor, al no haberse impugnado por vicios propios.

También se declaró el sobreseimiento por lo que hace a los actos de ejecución de las porciones normativas de la Ley del Impuesto sobre la Renta antes anotadas, atribuidos al Secretario de Hacienda y Crédito Público, consistentes en las retenciones que por concepto de ese tributo, en su vertiente de ingresos por salarios y en general por la prestación de un servicio personal subordinado, se hicieron a la parte quejosa por la empresa empleadora, puesto que tales retenciones no fueron aptas para acreditar el extremo argüido.

Asimismo, se sobreseyó en el juicio a propósito de las normas reclamadas de la Ley en mención, de acuerdo con lo que se sigue a continuación:

a) Artículo 96: aduciendo que sin importar que la controversia al precepto en cuestión fue intentada dentro de los treinta días siguientes a su entrada en vigor, lo cierto es que en la especie durante ese lapso se produjo el primer acto de su aplicación en perjuicio de la parte quejosa —retenciones de tributo a cuenta del impuesto del ejercicio efectuadas por la empresa patrona—, razón por la cual debía sujetarse al diverso término de quince días, toda vez que ambos plazos no corren simultáneamente, sino que son excluyentes entre sí, más el segundo de los cuales cobra

aplicación preferente, y habida cuenta que la acción de amparo se dedujo con posterioridad al último de los plazos señalados, luego el juicio deviene en improcedente por consentimiento tácito hacia dicha norma, con fundamento en el artículo 61, fracción XIV, primer párrafo, de la Ley de Amparo.

b) Artículos 111 y 129: al razonarse que se actualizó la causa de improcedencia a que se refiere el artículo 61, fracción XXIII, en relación con el numeral 108, fracción VIII, ambos de la Ley de Amparo, al considerar el *A quo*, que las inconformes no vertieron conceptos de violación en contra de los primeros preceptos mencionados.
c) Artículos 151, último párrafo, y 152: porque la parte quejosa carecía de interés jurídico para instar el juicio, pues el Juez de Distrito consideró que ello sucedía hasta la presentación de la declaración anual del impuesto, por tratarse de disposiciones de naturaleza *heteroaplicativa*, que no causaban perjuicio en su contra con su sola entrada en vigor.

Sobre estos aspectos, en síntesis, el sentenciador de segundo grado determinó confirmar el sobreseimiento decretado por lo que hace a la publicación del decreto de mérito en el Diario Oficial de la Federación e igualmente a los actos de ejecución atribuidos al secretario de Hacienda y Crédito Público; pero tocante a los artículos de la Ley del Impuesto sobre la Renta cuestionados, revocó el sobreseimiento, por lo que procedió a entrar al estudio de su conformidad o no, con el texto constitucional.

IV. Análisis crítico de la tesis en estudio

Las consideraciones que rigen la orientación de la ejecutoria y tesis, por virtud de las cuales la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación negó el amparo y protección de la justicia federal impetrados, por lo que hace al último párrafo del artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, declarando su constitucionalidad al no estimarlo violatorio del principio del mínimo vital, son las que se sintetizan a continuación.

Existen dos tipos de erogaciones relevantes para el impuesto sobre la renta: las necesarias para generar el ingreso del contribuyente, las cuales deben ser reconocidas forzosamente por el legislador, en salvaguarda a los principios de capacidad contributiva y proporcionalidad, y las que no son necesarias e indispensables para generar el ingreso del causante, respecto de las

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cuales el legislador, en ejercicio de su amplia libertad para configurar el diseño del sistema fiscal, puede reconocerlas como conceptos que aminoren la base impositiva, no reconocerlas con ese atributo, o bien, limitar su efecto sustractivo.

Con base en la distinción de trato, la Suprema Corte concluyó que las deducciones personales de las personas físicas no tienen el carácter de indispensabilidad para la generación de ingresos gravables en materia del impuesto sobre la renta, de ahí que no es dable obligar al legislador para que reconozca su efecto en la base imponible por el total de su importe —como lo pretendía el quejoso—a pesar del impacto económico que importen para la persona, y que se traduzcan en desembolsos efectuados por el contribuyente, para sí o su familia.

Por otra parte, si bien existen derechos humanos que el Estado debe promover, respetar, proteger y garantizar, así como servicios básicos que debe brindar —como son el acceso general de los ciudadanos a la alimentación, vestido, vivienda, trabajo, salud, prevención de enfermedades y rehabilitación, transporte, educación, cultura, así como a un medio ambiente sano y sustentable, entre otros— y que lleven al goce de una existencia digna, decorosa y libre de contingencias, que no hagan nugatorio el ejercicio de su libertad y participación en la vida social; lo cierto es que ello no implica que esa tutela, invariablemente, se implemente a través de la legislación tributaria, concediendo un tratamiento fiscal determinado, como otorgar la deducción total de erogaciones, sobre todo si no están vinculadas indefectiblemente con la producción del ingreso gravado.

Asimismo, no cabe desprender un derecho, constitucionalmente tutelado, a que el legislador conceda una exención tributaria, un beneficio o un incentivo fiscal determinado, así como tampoco a que se impida el ejercicio de la facultad legislativa de acotar o eliminar los existentes, para garantizar derechos fundamentales o servicios básicos; más aún, cuando el Estado puede realizar la procura existencial anotada en forma directa, a través de políticas, planes y programas públicos.

En esa guisa, la norma señalada no viola los principios de proporcionalidad ni el mínimo vital, como se dolió el promovente del juicio de amparo que dio origen a la tesis multicitada.

1. *Aspectos de consistencia resolutiva*

Resulta relevante enfatizar que lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en su tesis 2a./J. 27/2017 (10a.), es congruente con los criterios que sobre el mínimo vital ha venido emitiendo ese órgano jurisdiccional.[5]

Las posturas sobre el particular denotan una tendencia que inició precisamente con la delineación general de dicho postulado para después establecer su alcance en cuestiones tributarias.

Es así como, teniendo como punto de partida la definición del instituto, como la parte de la capacidad económica de un sujeto, libre de cualquier afectación proveniente de las autoridades del Estado, en tanto no estén satisfechas sus necesidades más elementales de vida, el máximo tribunal del país le irroga las siguientes cualidades, que podemos clasificar como *generales*, en el ordenamiento jurídico nacional.

Es una figura jurídica con aplicación en contextos diferentes al fiscal, dado el carácter de estado social y democrático existente en México, que pondera la protección de los miembros de la sociedad, en lo individual y colectivo.

Por virtud del artículo 25 constitucional, relativo a la rectoría económica del Estado, en observancia al mínimo vital, este puede proceder de dos maneras: a) proporcionar directamente diversas prestaciones que ministran los elementos materiales para que los gobernados lleven una vida digna y decorosa, por encima de condiciones de mera supervivencia (medidas positivas), o b) remover los obstáculos que impiden la consecución del fin apuntado, como puede ser la abstención de ciertos comportamientos o limitar el ejercicio en sus atribuciones.

La razón de exentar de toda tributación a quien carezca de los recursos económicos para subsistir digna y autónomamente obedece al *deber ético-político* de no agravar su situación de precariedad.

En tal orden de ideas, el mínimo vital puede ser considerado como una expresión del diverso principio de capacidad contributiva y, en ese sen-

[5] Con relación al tema del mínimo vital en el contexto impositivo, cabe mencionar, entre otros: las sentencias de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los amparos en revisión 1780/2006 y 811/2018; los amparos en revisión resueltos por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (2011), interpuestos en contra del artículo 177 y la derogación del 178 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente a partir del 1o. de octubre de 2007; los amparos en revisión 855/2014, 919/2015, 1379/2015, 440/2016, 440/2016 y 867/2016 del conocimiento de la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

tido, garante del postulado de proporcionalidad; en cambio, no tiene incidencia alguna en cuanto al principio de generalidad.

Por otra parte, en materia del impuesto sobre la renta, los criterios jurisprudenciales pormenorizan, de forma *específica*, que el mínimo vital tiene aplicación para cualquier tipo de ingreso, no solamente tratándose de los que derivan de salarios o la prestación de un servicio personal subordinado.

También, en esa tesitura, determinó que siempre es considerable establecer su alcance en función del tipo de ingreso de que se trate, esto es, cada caso en particular.

Sin embargo, no es reclamable hacia el Estado que el respeto al mínimo vital tenga verificativo en el ámbito de la legislación fiscal, a través de exenciones o aminoraciones a la base gravable, en mérito de su libertad para configurar el sistema tributario y de que aquel puede proceder directamente a procurar la satisfacción de las necesidades básicas de los sectores poblacionales que así lo requieran.

Precisamente en este contexto es que la tesis a estudio resuelve correctamente, desde el punto de vista de su consistencia con lo que ya se había establecido en diversas jurisprudencias, al declarar la constitucionalidad del artículo 151, último párrafo, de la Ley del Impuesto sobre la Renta, que limita globalmente el monto que, por concepto de deducciones personales, pueden disminuir los contribuyentes de la base gravable por los diferentes ingresos que obtengan de conformidad con los sendos capítulos del título IV de esa normativa; agregando también que, de acuerdo al objeto del tributo en cuestión, tendente a gravar la efectiva utilidad de los causantes, es que únicamente puede compelerse al reconocimiento íntegro de las erogaciones o gastos indispensables para la generación u obtención de los ingresos gravados por parte del legislador (*estructurales*), lo que no se actualiza por lo que hace a las deducciones de carácter personal, a que se constriñe el dispositivo legal de marras, aun cuando las mismas guarden relación con bienes unidos a necesidades básicas, que brindan al individuo una mejor calidad de vida, pues no son detonantes de los ingresos objeto del gravamen sobre la renta (*no estructurales*).

2. *Aspectos no considerados en la ejecutoria y tesis en examen*

Sin detrimento de lo antes expuesto es de subrayar, pese a que lo resuelto por la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación técnicamente puede admitirse correcto, se detectan aspectos que omitió señalar

y otros más pendientes, perdiendo una oportunidad más que propicia para ello; en otras palabras, nos abocaremos a la crítica de lo que la Corte *no expresó* en su ejecutoria y tesis que origina.

En primer lugar, obvió indicar si el listado de conceptos enumerados por el artículo 151 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, vigente en la época de promoción de los juicios de amparo de los cuales proceden, son a final de cuentas elementos unidos a la procura existencial.

Personalmente considero que sí, pues de la confronta de cada una de las fracciones contenidas en el precepto en cita, se identifica un derecho fundamental previsto por la Constitución, encaminado a la satisfacción de una necesidad vital: salud, alimentación, vivienda, trabajo, educación, retiro digno, seguridad social, etcétera.

Para corroborar lo anterior, en el sentido de aclarar los recursos o instrumentos que quedan comprendidos para que las personas accedan a niveles de vida con calidad y dignidad, trae luz la consulta de los tratados internacionales suscritos por México, destacadamente aquellos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Sobre el particular, cabe hacer referencia, en primer lugar, a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, cuyo artículo 26 señala el compromiso de los Estados parte, para adoptar providencias, tanto a nivel interno como medidas de cooperación internacional —especialmente económica y técnica— que otorguen efectividad a los derechos derivados de normas económicas, sociales, educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, en la medida de los recursos disponibles, *vía legislativa u otros medios apropiados*.[6]

Así, a efecto de dar contenido a esta clase de derechos, es de traer a colación el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (*Protocolo de San Salvador*),[7] instrumento dimanado de la precitada Convención, aprobado por el Senado de la República, según Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de diciembre de 1995; que refrenda en similares términos la disposición mencionada en el párrafo anterior y matiza los mencionados derechos en los siguientes términos:

---

[6] *Cfr*. https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

[7] *Cfr*. https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

a) *Artículo 6o. Derecho al trabajo*. Esta prerrogativa es vislumbrada como la oportunidad de obtener los medios necesarios para llevar una vida digna y decorosa, mediante el desempeño de una actividad lícita, seleccionada libremente o aceptada. De la misma manera, comprende las siguientes medidas a instrumentar, para su plena efectividad: el logro del empleo, la orientación vocacional, capacitación técnico-profesional, medidas laborales especiales para mujeres y minusválidos, salario remunerador y equitativo, promoción y ascenso dentro del trabajo, estabilidad en el trabajo, protecciones para los casos de despidos injustificados y seguridad e higiene en el trabajo;

b) *Artículo 10. Derecho a la salud*. Considerado como un bien público que importa el más alto bienestar físico, mental y social. En dicho tenor, su protección y efectividad incluye la adopción de las siguientes medidas: asistencia sanitaria al alcance de todos, extensión en los servicios de salud, inmunización contra enfermedades infecciosas, prevención y tratamiento de padecimientos endémicos, profesionales y otros; educación sobre tratamiento y prevención de enfermedades, atención a las necesidades en materia de salud de grupos en alto riesgo o situación de mayor vulnerabilidad;

c) *Artículo 11. Derecho a un medio ambiente sano*. Esta prevención comprende, adicionalmente, el contar con servicios básicos y su eficacia conlleva la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente;

d) *Artículo 12. Derecho a la alimentación*. Este derecho implica que la persona tenga una nutrición que le posibilite gozar del mayor bienestar físico, emocional e intelectual, por medio del perfeccionamiento de métodos de producción, aprovisionamiento y distribución de alimentos, así como medidas para erradicar la desnutrición;

e) *Artículo 13. Derecho a la educación*. Se estipula que este derecho se oriente hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad; fortalezca el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz; que la educación capacite a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, logre una subsistencia digna, favorezca la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promueva las actividades en favor del mantenimiento de la paz. Se garantizará a través de: la enseñanza primaria y secundaria, obligatoria y asequible; enseñanza superior accesible; el fomento o intensificación para que las personas que no lo hicieron, finalicen sus ciclos escolares pendientes, relativos a la enseñanza básica; progra-

mas especiales de educación y formación para minusválidos y la posibilidad de que los padres elijan la educación para sus hijos, aunque sobre los ejes rectores antes citados;

f) *Artículo 14. Derecho a los beneficios de la cultura*. Incluye la facultad para participar en la vida cultural y artística de la comunidad; a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico; y a la protección de los intereses morales y materiales sobre las producciones científicas, artísticas o literarias de que la persona sea autora. En mérito de lo anterior, se procurarán las medidas necesarias para la conservación, desarrollo y difusión de la ciencia, cultura y arte; así como el respeto a la libertad para la investigación científica y la actividad creadora;

g) *Artículo 15. Constitución y protección de la familia*. Considerada como el elemento natural y fundamental de la sociedad, consecuentemente cabe asegurarle protección especial que incluya atención y ayuda a las madres, antes y después del parto, por un periodo razonable; la lactancia y adecuada alimentación de los niños, la protección a los adolescentes para que consigan la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral; la creación de un ambiente estable y positivo para que los niños perciban y desarrollen valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad;

h) *Artículo 16. Derechos de la niñez*. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente; el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Así, es que todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo;

i) *Artículo 17. Protección a personas en situación de vulnerabilidad*. Se consagra una protección especial para las personas en su tercera edad, que integre el establecimiento de instalaciones adecuadas, alimentación y atención médica especializada, cuando carezcan de ella y no tengan oportunidad de proporcionárselas a sí mismas; ejecutar programas laborales que puedan desempeñar de acuerdo con su edad, capacidad e intereses personales; incentivar la creación de organizaciones que mejoren su calidad de vida;

j) *Artículo 18. Protección a personas con discapacidad*. Toda persona afectada en sus capacidades físicas o mentales es merecedora de atención especial para alcanzar el mayor desarrollo de su personalidad, para lo cual serán ejecutados programas específicos que proporcionen recursos y el ambiente necesario para ese fin; formar a sus familiares para que les

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

prodiguen la ayuda necesaria para el logro de los dos objetivos anteriores; incluir de manera prioritaria planes de desarrollo urbano para la solución de sus requerimientos específicos; y estimular el desarrollo de organizaciones que propendan al mejoramiento de su calidad de vida.

En segundo lugar, se invoca el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), aprobado también por México, que ratifica en términos similares cada uno de los derechos previamente precisados.

Luego, no obstante el marco jurídico referencial, tanto constitucional como convencional, dada la importante necesidad de definición jurisdiccional acerca de si las partidas controvertidas forman parte de los recursos que garantizan la satisfacción de necesidades elementales con calidad de vida o cuáles de ellas son legítimamente excluibles para tal instituto, máxime que no existe uniformidad ni consenso en el entorno jurídico nacional (González, 2013, p. 15), la labor constructiva que atinadamente otrora emprendiera la Suprema Corte sobre el mínimo vital —pues se recordará que el mismo no está previsto expresamente en el texto constitucional—, ahora quedó trunca.

Otro aspecto que criticar es la determinación a la cual llegó la Sala de la Suprema Corte en cuestión, cuando asevera que la salvaguarda de los bienes que integran el mínimo vital no se consigue exclusivamente a través del marco tributario, mediante *exenciones* o *deducciones generalizadas*, en aras de la libertad del legislador para confeccionar el sistema tributario nacional y la posibilidad para otorgar directamente las prestaciones conducentes por el Estado.

Si bien podemos catalogar este aserto como parcialmente correcto, pierde de vista que precisamente son estos mecanismos tributarios los que con mayor efectividad e identificación pueden tutelar ese mínimo vital; efectivamente, es cierto que las subvenciones pueden conseguir el objetivo en comento al igual que los beneficios de carácter fiscal, pero contrariamente al decir de la Suprema Corte, no es irrelevante la decisión sobre el instrumento jurídico a utilizar, para compensar los gastos en que incurren los sujetos pasivos del impuesto, ya que dejar libre de tributación los montos que los causantes destinen para su subsistencia y mejorar su calidad de vida, como los conceptos personales deducibles para las personas físicas en el contexto del impuesto sobre la renta, el reconocimiento de ese efecto sobre

la base gravable es la técnica más neutral, transparente y que permite contrastar la cobertura real dada a tales requerimientos.

Abona a esto último recordar que en la construcción jurisprudencial del concepto relativo al mínimo vital, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la situación de precariedad en que pueden encontrarse las personas, que les impida colmar sus requerimientos más elementales, puede coexistir con una deficiente red de asistencia o de procura existencial directa del Estado; entonces dicha situación me parece justifica, más que razonadamente, la exclusión en la mecánica del impuesto sobre la renta, al nivel de su base imponible, de aquellos montos o conceptos vinculados a la satisfacción de las necesidades básicas de los contribuyentes, provenientes de la renta generada por ellos mismos, que esté afecta a esa finalidad.

Una parte en la que no se puede estar de acuerdo con la ejecutoria examinada es aquella que predica —en palabras de la propia Suprema Corte—, que las deducciones personales, si bien representan un gasto reflejado en la capacidad económica, no sucede así respecto a la capacidad contributiva, la que se mantiene dentro del parámetro de constitucionalidad cuando obliga solamente al reconocimiento íntegro de gastos o deducciones estructurales, pues estas sí permiten gravar el rendimiento o aumento neto en el patrimonio del contribuyente, y por ende, el impuesto que soporte sea proporcional.

El aserto glosado tiene sustento en los criterios judiciales que al respecto ha forjado gradualmente el máximo tribunal del país, basados en la concepción de una *renta neta*, siendo que las tendencias más progresivas hoy en día, en derecho comparado, aluden a un concepto diverso con relación a la misma, denominado *renta disponible*.

Precisamente es por virtud de esta última clase de rendimiento que el mínimo vital encuentra acogida y plena manifestación en los modernos sistemas impositivos, al considerar que la porción de la renta dedicada a la atención de las necesidades vitales del contribuyente y de su familia está indisponible para cualquier gravamen, por lo cual no puede reputarse indicativa de capacidad económica y, por consiguiente, tampoco de capacidad contributiva.

Contrariamente a lo razonado por nuestro máximo tribunal, habida cuenta que, como quedó establecido anteriormente en este trabajo, la capacidad contributiva tiene como antecedente o presupuesto necesario a la económica, y si esta última se ve mermada por gastos orientados a cubrir necesidades básicas de su titular, esto ineludiblemente incide en la capacidad contributiva y en la potencialidad para contribuir al sostenimiento de los gastos públi-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

cos —léase aportar proporcionalmente—, siendo así que, no reconocer esta disminución sí tiene relevancia en la tributación conforme a los parámetros de la fracción IV del artículo 31 de la Constitución.

Parecida suerte debe seguir el argumento de la Corte por el cual sostiene que le está vedado ejercer control jurisdiccional a efecto de corregir distorsiones en los tributos, por ser campo propio del legislador, a través de los procedimientos legislativos. Esto último es parcialmente correcto, pero soslaya el hecho de que sí puede declarar la inconstitucionalidad de cualquier precepto normativo, atingente a una contribución, por vulneración a los principios tributarios del precepto de la ley suprema citado en el párrafo previo, como puede ser la trasgresión a los postulados de mínimo vital, proporcionalidad, igualdad, capacidad contributiva y no confiscatoriedad.

En suma, cabe considerar indefectiblemente, como lo hace Marín-Barnuevo (2016): "[…] podría decirse que existe una cierta prelación entre los distintos fines que un sujeto puede o debe dar a sus bienes y derechos: primero debe atender las necesidades vitales suyas y de los sujetos que se encuentran bajo su protección; después, con el excedente, contribuir al sostenimiento de los gastos públicos de forma proporcionada a su riqueza [...]" (p. 51).

V. Referencias

Amatucci, A. (2001). *Tratado de Derecho Tributario.* Temis.

Arciniega, N. (2014). El mínimo exento y la capacidad contributiva. En E. González, *Derecho fiscal homenaje a Eusebio González García* (pp. 103-116). Universidad Panamericana; Novum.

Duque, S. P., Duque, M. y González, P. (2019). Sobre el derecho fundamental al mínimo vital o a la subsistencia: análisis jurisprudencial. *Encuentros. 17(01),* 80-95.

Escobar, G. (2012). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*. Thomson Reuters Aranzadi. https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5154-derechos-sociales-y-tutela-antidiscriminatoria

García, M. F. (2004). El principio de capacidad contributiva. Depalma.

González, J. F. F. (2013). El reconocimiento al mínimo vital, parámetro para gravar los ingresos de quienes se encuentran en edad de retiro. En *Memorias del Foro: derechos fundamentales de las personas físicas contribuyentes.* Procuraduría de la Defensa del Contribuyente. https://www.

prodecon.gob.mx/Documentos/RelacionesInstitucionales/LIBRO_DERECHOS_web.pdf
Marín-Barnuevo, D. (2016). La protección de la familia en el sistema tributario. En *Justicia tributaria y derechos humanos* (pp. 41-82). Universidad Nacional Autónoma de México.
Ortega, C. A. (2009). *Derecho fiscal.* Porrúa.
Uresti, H. (2016). Los impuestos en México. Régimen jurídico. Tax Editores.
https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx.
https://sjf2.scjn.gob.mx/.
https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm.
https://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html.

Cómo citar

Sistema IIJ

Estrada Avilés, Mauricio, "El derecho al mínimo vital tributario de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19179. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19179

APA

Estrada Avilés, M. (2025). El derecho al mínimo vital tributario de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19179. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19179

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La jurisprudencia sobre perspectiva de derechos humanos en los procesos en que intervienen personas adultas mayores. Consideraciones al presupuesto de vulnerabilidad en procesos jurisdiccionales que involucren a personas adultas mayores

Verónica **López Madrigal**

https://orcid.org/0009-0005-1925-0813
Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: veronica.lopez.madrigal@gmail.com

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19161

Publicación: 30 de agosto de 2024

Resumen: La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la necesidad de aplicar una perspectiva de derechos humanos en procesos jurisdiccionales que involucren a personas adultas mayores, por considerar que pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad. No obstante, los tribunales deberían analizar en cada caso las condiciones particulares de la persona adulta mayor, con el objetivo de justificar el sentido de sus resoluciones, ya que la edad avanzada no constituye por sí sola una vulnerabilidad.
Palabras clave: personas adultas mayores, persona de edad, vulnerabilidad, envejecimiento.

Abstract: The Mexican Supreme Court of Justice has recognized the necessity to apply a human rights perspective in jurisdictional processes that involve elderly people, for considering that they may find themselves in vulnerable situations. Nonetheless, the courts should analyze the particular conditions of each elderly person in order to justify the meaning of their resolutions, since advanced age does not constitute a vulnerability in itself.
Keywords: older people, elderly person, vulnerability, ageing.

Sumario: I. *Introducción*. II. *La protección jurídica del envejecimiento*. III. *La Sentencia de Amparo directo en revisión 1875/2022*. IV. *Valoración de la sentencia*. V. *Conclusión*. VI. *Referencias*.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. Introducción

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 1875/2022, reconoció la necesidad de aplicar una perspectiva de derechos humanos en los procesos jurisdiccionales en los que intervienen personas adultas mayores, derivado de las obligaciones contraídas por México en tratados internacionales. Concretamente, consideraron que esa necesidad tiene como fundamento el que la edad avanzada puede generar discapacidad y dependencia, por lo que el goce y ejercicio de sus derechos podrían no ejercerse en igualdad de condiciones frente al resto de la población. Por ello, la implementación de dicha perspectiva implica una atención y cuidado especial de los órganos jurisdiccionales de velar y proteger de aquellos actos de la autoridad que pudieran poner en riesgo la dignidad humana, el acceso al mínimo vital y la seguridad social de dicho sector de la población.

A partir de esas consideraciones, y aplicando esa perspectiva al problema concreto planteado, la Primera Sala declaró nulas aquellas cláusulas en las cuales las instituciones bancarias pretendan otorgarse una facultad de cobro con las cuentas de ahorro para el retiro, por transgredir la naturaleza de seguridad social de tales cuentas. Pese a que la determinación anterior se considera correcta en lo general, resulta oportuno profundizar sobre la cuestión de si, para la obtención de dicho resultado, bastaba con considerar el derecho al patrimonio y la naturaleza de seguridad social que implica por sí misma una cuenta de ahorro para el retiro, como cualquier cuenta de cualquier haber jubilatorio, o si era necesario apelar también a la *vejez* como condición de vulnerabilidad como argumento indispensable para llegar a dicho sentido de la sentencia.

Esta resolución es trascendente no sólo por sus consideraciones en sí mismas, sino porque México experimenta un fenómeno de envejecimiento acelerado de su población. De acuerdo con datos del Censo de Población y Vivienda 2020 del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), en el año 2020 el número de personas de sesenta años y más que habitaban en el país fue de 15,142,976, lo que representó 12.01% de la población total. De las 747,784 muertes registradas en 2019, 64.16% se presentó en personas de 60 años y más.

De acuerdo con datos del INEGI, al 2020 se encontraban afiliadas al Instituto Mexicano del Seguro Social 6,383,576 personas mayores de 60 años, lo que representó 42.15% de la población total de ese segmento. Se estima

que para el año 2050 una de cada cuatro personas tendrá más de 60 años. Esto nos muestra una radiografía de cómo podría encontrarse el resto del país. Asimismo, el aumento de la esperanza de vida ha permitido que más personas alcancen edades avanzadas, aunado a los avances en el ámbito de la salud pública, en el que destaca el acceso al agua potable, la vacunación, así como a mejores condiciones de vida que permiten prolongar la vida de manera saludable.

Así, algunos de los problemas sociales que se deben enfrentar son: *a)* para el año 2050, habrá en México 32.2 millones de personas mayores (CEPAL, 2019);[1] *b)* 20% de esta población experimenta soledad y abandono social; *c)* 17.6% de las personas adultas mayores presentaron síntomas depresivos, tristeza profunda, menor capacidad de concentración, baja autoestima y pensamientos recurrentes de muerte (Instituto Nacional de Salud Pública [INSP], 2020); *iv)* cuatro de cada diez personas mayores de la República mexicana sufren depresión (INEGI, 2021) —este segmento alcanza el primer lugar de discapacidad para las mujeres y el noveno para los hombres—; y *v)* existen factores de riesgo como: padecer enfermedades crónicas, disminución de la capacidad funcional, limitaciones para realizar las actividades de la vida diaria, falta de apoyo social y de satisfacción con la vida, entre otras, que producen depresión.

Tomando en cuenta lo anterior, resulta muy importante analizar los principales razonamientos que expone la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que la llevaron a la conclusión de resolver el caso con una perspectiva de derechos humanos, para lo cual, se analizará la protección jurídica del envejecimiento (apartado II), las consideraciones de la sentencia (apartado III), y la valoración que se hace de estas (apartado IV).

II. La protección jurídica del envejecimiento

El fenómeno del envejecimiento demográfico es una realidad que se extiende con gran velocidad y en contextos de enorme desigualdad, lo cual traerá consecuencias importantes en el ámbito social, de políticas públicas y de derechos humanos tanto a nivel local como global. Esta nueva "revolución

[1] *Boletín de Envejecimiento y Derechos de las Personas Mayores en América Latina y el Caribe*.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

silenciosa",[2] ha evidenciado la necesidad de crear el sustento jurídico e instrumentos normativos particulares requeridos para su regulación, así como el diseño e implementación de políticas públicas para su pronta atención.

A fin de poder establecer un análisis específico en torno a los derechos humanos de personas adultas mayores, vale la pena resaltar que los conceptos tanto de "envejecimiento", como de "persona adulta mayor", están influenciados por factores cronológicos, fisiológicos, sociales, culturales y legislativos. Sin embargo, de manera general, se puede afirmar que el envejecimiento se asocia comúnmente con la pérdida de capacidad para mantener la autonomía por el paso del tiempo y, por ello, se considera como persona adulta mayor a aquella que tiene sesenta años o más de edad.

Hoy en día estamos en presencia de dos fenómenos simultáneos y opuestos. Por una parte, socialmente, se considera a la vejez como una etapa de deficiencias y deterioro. Esa visión es criticada severamente y, por ejemplo, en la obra *Envejecer con sentido* (Nussbaum y Levmore, 2018) se considera que dicha perspectiva se encuentra anclada en los estereotipos sobre la vejez, que ven a quienes conforman dicho segmento como un problema para la sociedad, excluyéndolos de los ámbitos considerados como productivos.

Por otra parte, bajo un enfoque de derechos humanos, se prioriza el empoderamiento y autonomía de las personas adultas mayores, lo que hace necesaria una protección de las personas adultas mayores. Esta regulación, sin embargo, no ha dado lo suficiente para emitir algún tratado internacional específicamente destinado a este sector, aun cuando ha habido intentos de emitirlo.[3] La falta de un instrumento específico, sin embargo, no significa que carezcan de protección convencional, pues existen diversas normas protectoras como, por ejemplo:

1) La Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), la cual promueve, entre otros, el derecho al acceso a la salud médica, así como a los servicios y protección social en la vejez.[4]

---

[2] Así fue denominada por el director del Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE), División de Población de la CEPAL, en sesión extraordinaria del Consejo Permanente de la Organización de Estados Americanos, sobre derechos humanos y personas adultas, el 28 de octubre de 2010.

[3] Obligaciones de respetar, proteger y promover los derechos humanos (Huenchuan y Morlachetti, 2007).

[4] Artículo 25.1. "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vi-

2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), que protege a todas las personas —incluyendo a personas adultas mayores— contra tratos crueles, inhumanos o degradantes, entre otros, así como la privacidad y la dignidad de las personas mayores.[5]
3) La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDP), que reconoce el derecho de las personas con discapacidad, incluyendo a personas adultas mayores, a disfrutar del más alto nivel posible de salud sin padecer discriminación, destacando la importancia del acceso a los servicios de salud y la promoción de la autonomía, así como la participación en la toma de decisiones en relación con el ámbito de la salud.[6]
4) El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social,[7] así como el derecho a gozar del más alto nivel de salud física y mental,[8] considerando esto como un elemento fundamental del bienestar y la dignidad humana. Cabe resaltar en este ámbito que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha establecido, dentro del contenido de la Observación General núm. 6 sobre los derechos económicos, sociales y culturales de las personas de edad, las obligaciones que corresponden a los Estados parte del mencionado Pacto, entre ellas, las obligaciones de seguridad social.[9]

---

vienda, 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".

[5] Véanse artículos 7 y 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

[6] Véase artículo 25 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

[7] Véase artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[8] Véase artículo 12 del Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

[9] Naciones Unidas, "El derecho a la seguridad social (artículo 9)", Observación general núm. 19 (E/C.12/GC/19), 2008. Los Estados parte deben fijar regímenes generales para un seguro de vejez obligatorio, establecer una edad de jubilación flexible, proporcionar subsidios de vejez no contributivos y otras ayudas a todas las personas que, alcanzada la edad establecida en la legislación nacional, no hayan finalizado el periodo de calificación contributivo y no tengan derecho a una pensión de vejez u otro tipo de prestación de seguridad social o ayuda y carezcan de ingresos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

5) El Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, considerado como la continuación del Plan de Acción de Viena de 1982, siendo éste el primer instrumento internacional en asentar que todos los derechos consagrados en la DUDH para las personas, son igualmente aplicables a las personas de edad avanzada.[10] Ahora bien, este Plan establece una serie de medidas y recomendaciones para promover la igualdad, la dignidad y la participación de las personas adultas mayores, así como un mejor entendimiento los derechos humanos y la necesidad de proteger a las personas adultas mayores, eliminando la discriminación, violencia y el abuso en los ámbitos económico, social y cultural;
6) Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés),[11] que ha sido uno de los principales instrumentos en establecer la prohibición de discriminación a las mujeres por edad, entre ellos, en el rubro de la seguridad social y acceso a las prestaciones sociales.[12]

Es importante destacar que existen otros instrumentos,[13] normas y resoluciones internacionales de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo (OIT)[14] y la Organización Mundial de la Salud (OMS), que también protegen y promueven los derechos de las personas mayores con el objetivo de garantizar la dignidad, la salud y la autonomía, pero que, al no ser de relevancia para el objeto del presente artículo, no serán mencionados.

De esta forma, si bien no existe una convención internacional única, vinculante a los Estados en materia de protección de los derechos humanos de las personas adultas mayores, lo cierto es que la práctica ha llevado a que los países incorporen a sus ordenamientos jurídicos los diversos derechos reconocidos en los tratados internacionales. Ejemplo de ello fue la Segunda Conferencia intergubernamental sobre el envejecimiento en América Latina y el Caribe,[15] en la cual se reafirmaron los compromisos que los Estados Miembros de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe

---

[10] Naciones Unidas, Resolución 37/51, "Cuestión del envejecimiento", 3 de diciembre de 1982.

[11] Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women.

[12] Establecido desde 1972.

[13] Por ejemplo, Los Principios de las Naciones Unidas en favor de las personas de edad.

[14] C 128, Convenio sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes.

[15] Celebrada del 4 al 6 de diciembre de 2007 en Brasilia.

(CEPAL) adoptaron en 2003 mediante la *Estrategia regional de implementación para América Latina y el Caribe* del Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, así como se adoptó la Declaración de Brasilia[16] respecto de los compromisos de proteger los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas de edad, y que posteriormente fue adoptada por la Organización de Estados Americanos (OEA) en al año 2010.

Por lo que hace a la normatividad nacional, México cuenta con un amplio número de instituciones, programas y marco normativo que regula de manera dispersa el tema de las personas adultas mayores. No obstante, en el presente documento únicamente se mencionarán aquellos cuyo contenido se considera relevante para efectos del presente artículo.

En primer término se encuentra la Ley Nacional de los Derechos de las Personas Adultas Mayores, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) el 25 de junio de 2022, la cual tiene como objetivo garantizar el ejercicio de los derechos de las personas adultas mayores en México, promover su inclusión, respetar su autonomía, dignidad y calidad de vida para poder disfrutar de una vejez activa,[17] así como prevenir y eliminar cualquier forma de discriminación basada en la edad. La mencionada Ley establece como principios la igualdad, la no discriminación y la participación de las personas adultas mayores en la toma de decisiones que les afecten a nivel social, político y económico. Asimismo, se busca asegurar el acceso de las personas adultas mayores a servicios de salud, educación, vivienda, trabajo, cultura y recreación.

Además de lo anterior, también se establecen los mecanismos de protección y atención integral para las personas adultas mayores mediante las políticas públicas nacionales, con el fin de garantizar su bienestar y prevenir situaciones de abuso, maltrato o abandono, así como la promoción de colaboración entre diferentes instancias del gobierno y de la sociedad civil para la implementación de políticas y programas que beneficien a este sector de la población.

---

[16] La Declaración de Brasilia es el instrumento político en el cual se establecen las premisas y compromisos que los países miembros de la OEA deben observar en diversos ámbitos para promover el bienestar y progreso de la región, mediante la promoción y protección de los derechos humanos.

[17] La OMS (2005) define el envejecimiento activo como "el proceso de optimización de las oportunidades en relación con la salud, la participación y la seguridad para mejorar la calidad de vida a medida que se envejece".

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

En segundo lugar tenemos la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, publicada en el *DOF* el 30 de mayo de 2011, la cual, aunque no se dirige expresamente a personas adultas mayores, puede llegar a beneficiarlas a través de disposiciones que buscan garantizar de manera universal el ejercicio pleno de los derechos de personas con discapacidad.

Por otro lado, en México opera el Instituto Nacional de las Personas Adultas Mayores (INAPAM), que se dedica a promover y proteger los derechos de las personas adultas mayores a través de distintos servicios y programas de atención, así como el Sistema Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), el cual incluye a las personas adultas mayores dentro de su labor de promoción y protección de los grupos poblacionales que se encuentran en situación de vulnerabilidad.

Finalmente, el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) ha implementado diversos programas y acciones tendientes a ofrecer atención a la población adulta mayor de su derechohabiencia, en virtud del Programa Institucional 2020-2024, el cual, mediante la Estrategia Prioritaria 4.2, tiene como objetivo "Responder al bienestar de las personas adultas mayores mediante el componente social del Plan Gerontológico" y en alineación con el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024[18] y el Programa Sectorial del Bienestar 2024.[19]

Pese a todo lo anterior, el gran problema que enfrenta el país es que hoy en día no existe una obligación de actuar de forma coordinada y transversal para crear un sistema de cuidados públicos para las personas adultas mayores. Si bien es cierto que se reconoce la obligación del Estado de garantizar los derechos de los grupos vulnerables —entre ellos, las personas adultas mayores—, no existe un programa presupuestario que permita la creación de la infraestructura que se requiere para la correcta atención y cuidado de la población adulta mayor. Existen varios y diversos programas y apoyos a grupos vulnerables que operan de manera independiente y fragmentada, que atienden principalmente a niños y adolescentes, por lo que la atención

---

[18] Principio rector: "No dejar a nadie atrás, no dejar a nadie afuera". El respeto por la dignidad de las personas mayores. Asimismo, de acuerdo con la visión a 2024, se pretende que las personas mayores puedan gozar de un mayor bienestar a través de pensiones justas y les sea posible vivir sin estrecheces materiales.

[19] Objetivo prioritario 1: Contribuir a garantizar un conjunto básico de derechos humanos de manera efectiva y progresiva comenzando por quienes más lo necesitan.

Objetivo prioritario 4: Reducir las brechas de desigualdad socioeconómica que enfrentan los grupos poblacionales históricamente excluidos.

y presupuesto asignado para personas mayores es menor. Esto deja en evidencia que los derechos humanos de las personas adultas mayores, a pesar de estar reconocidos, aún no han permeado en el ámbito de las políticas públicas, sin olvidar la urgente necesidad de implementar un Sistema Nacional de Cuidados.

III. Sentencia de Amparo directo en revisión 1875/2022

Una vez asentada cuál es la protección jurídica del envejecimiento, corresponde adentramos en la sentencia materia de este trabajo. En este caso se reclamó la disposición sin orden judicial de los recursos de ahorro para el retiro de un adulto mayor de su cuenta bancaria "Suma Pensiones" por parte de una entidad bancaria. Los recursos fueron retirados por la entidad bancaria en función de una deuda derivada de un contrato de apertura de crédito.

Ante dicha disposición, el adulto mayor afectado demandó a la entidad bancaria, con el argumento de que la disposición sin orden judicial de los recursos impactaba de manera arbitraria en sus derechos a la seguridad social, así como al acceso a la justicia para gozar de una pensión suficiente y oportuna como elemento sustituto del salario.

El Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, conocedor del asunto, resolvió que las acciones realizadas por la entidad bancaria en cuestión no constituyeron ni un embargo, ni gravamen, ni una violación al derecho humano al salario. Esto debido a que el contrato de apertura de crédito tuvo su origen en la voluntad de las partes; además de que en dicho contrato previamente se había autorizado el cobro de cualquier crédito vencido; y finalmente se argumentó que después de la disposición de los recursos aún quedaba un remanente en la cuenta, por lo que no se impidió al adulto mayor el disfrute de su haber jubilatorio. Por lo tanto, el tribunal determinó negar la protección constitucional solicitada.

En contra de esa decisión, la parte quejosa interpuso recurso de revisión, que correspondió conocer a la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En su sentencia, la sala determinó que las acciones realizadas por la entidad bancaria sí constituyeron una violación a la prohibición de enajenación, cesión o gravamen de las pensiones establecida en la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, las cuales únicamente pueden ser afectadas por mandamiento judicial, toda vez que lo anterior se realizó sin respetar el mínimo vital del beneficiario,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

afectando sus derechos en materia de seguridad social, así como disposiciones relativas al derecho al salario contenido en los artículos 123, apartado B, fracción VI constitucional, y 10 del Convenio 95 de la OIT Relativo a la Protección del Salario, en relación con el numeral 51 de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado. Por lo tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que las acciones realizadas por la entidad bancaria si vulneraron los derechos del adulto mayor quejoso y, en consecuencia, ordenó que se subsanaran dichos actos cometidos mediante la corrección de la disposición de recursos de la cuenta "Suma Pensiones", la restitución de los derechos afectados, así como garantizar que dichos actos se ajustaran a las disposiciones legales de la materia correspondiente.

Pero lo relevante aquí es que esa decisión se tomó a la luz del reconocimiento del "derecho al mínimo vital", como un parámetro de condiciones básicas y prestaciones sociales imprescindibles para evitar que las personas se vean afectadas en su dignidad por no contar con las condiciones materiales mínimas para un nivel de vida adecuado. Bajo esa perspectiva, los principales razonamientos esgrimidos por la Sala fueron:

1) La protección del derecho a la seguridad social. Especialmente por lo que respecta a lo relativo a garantizar una *vejez digna*, cuyo medio recae, en gran medida, en las pensiones de cesantía, en edad avanzada y vejez. En este contexto, se remarcan las obligaciones por parte del Estado en garantizar pensiones suficientes y de fácil acceso, por lo que resulta de vital importancia el respeto a lo establecido tanto en la Constitución como en las convenciones internaciones, como lo son el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, instrumentos que protegen este derecho. Asimismo, se destaca que, dentro de la protección a este derecho, en caso de violaciones al mismo, el acceso a los recursos la judiciales o de cualquier otro ámbito debe brindarse de manera pronta a este sector de la población.
2) El derecho al mínimo vital. Entendido como el parámetro arriba mencionado, este derecho implica poder garantizar condiciones de vida dignas para el desarrollo y participación de las personas en la sociedad, incluyendo el derecho a una pensión como medida propia de la seguridad social. Se hace referencia a la Convención Interamericana sobre

la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, y se plantea el contenido del derecho a la seguridad social y las obligaciones estatales al respecto, como puede ser: la implementación de medidas de seguridad social eficientes, el otorgamiento pronto de recursos suficientes, que los mismos sean de fácil acceso y oportunos, la adopción de medidas que faciliten una transición gradual a la jubilación como parte del derecho al trabajo, mismo que se consigue con la participación de empleadores, trabajadores y otros interesados.

Cabe resaltar que dichos instrumentos internacionales establecen que, si bien una persona adulta mayor no es sinónimo de vulnerabilidad, lo cierto es que sí es una posibilidad de condición en dicha población, por lo que podría presentarse que en algunos casos no tengan acceso a los medios para procurar una subsistencia digna en igualdad de condiciones que el resto de la población, por lo que requieren una protección especial.

3) La relevancia de adoptar una perspectiva de derechos humanos. En efecto, se requiere de esta perspectiva con la finalidad de garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas adultas mayores, asegurando la dignidad, autonomía y acceso a una vida digna en la etapa de la vejez dentro de los sistemas de seguridad social y ahorro para el retiro. Asimismo, se reconoce la necesidad de una red colectiva para sostener a aquel miembro de la sociedad que no puede procurarse los medios necesarios para satisfacer su mínimo vital por cuenta propia, y cuya afectación podría privar a la persona del goce de un nivel de vida adecuado, así como el subsecuente ejercicio de otros derechos fundamentales, además de imponer cargas injustificadas para las familias u otras personas cercanas a las personas de edad avanzada.

   En este sentido, se menciona lo establecido en el Plan de Acción Internacional de Madrid sobre el Envejecimiento, en el cual se señala la importancia de adoptar medidas prácticas con la perspectiva de derechos humanos, toda vez que permite garantizar la protección de los derechos fundamentales de las personas mayores, asegurando su dignidad, autonomía y acceso a una vida digna en la vejez. Estas medidas contribuyen a la inclusión y desarrollo social, la protección contra la pobreza en la vejez y el respeto a los derechos humanos de este sector de la población.

4) La protección (incluyendo la administración e inversión) de los recursos de los trabajadores para su retiro, así como la libertad de elección y dis-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

posición de los pensionados. Respecto de la protección de los recursos, se exige el tratamiento adecuado de su administración por parte de las entidades financieras, considerando a la pensión no sólo como una parte del patrimonio de una persona adulta mayor, sino como un recurso con naturaleza de prestación de seguridad social y por tanto se resalta la obligación del Estado de adoptar medidas para asegurar y garantizar una vida digna en la vejez.

Lo anterior implica la regulación de entidades financieras a fin de evitar los abusos hacia los usuarios en el sistema de seguridad social y ahorro para el retiro, mediante las prohibiciones y regulaciones oportunas a dichas entidades que manejan los fondos. Dentro de esta regulación, se prevé la eliminación de cláusulas abusivas en los contratos que puedan afectar los derechos de los usuarios, a fin de restablecer la igualdad entre las partes, y proteger en este caso a los adultos mayores frente a prácticas injustas por parte de las entidades financieras. Por consiguiente, se requiere de una adecuada fiscalización, regulación y sanción a las entidades financieras en el sistema de ahorro para el retiro, ya que incluso por su condición de personas adultas mayores existe una dependencia de ellas hacia estas entidades para el manejo adecuado de patrimonio.

Ahora bien, respecto de libertad de elección y utilización de los recursos por parte de los pensionados dentro del marco de los sistemas de ahorro para el retiro se resaltan ciertos elementos, como lo son: la posibilidad de transferir saldos de cuentas individuales, las opciones de pensión disponibles, la inembargabilidad de éstas y la supervisión por parte de la CONSAR sobre las entidades financieras que administran las cuentas. Asimismo, se debe contar con la posibilidad de invertir los recursos acumulados en las cuentas individuales a través de sociedades de inversión.

Por su parte, la Ley de Sociedades de Ahorro para el Retiro determina que las entidades financieras deben privilegiar el interés de los trabajadores por encima de los propios, de modo que su obligación principal es entregar los recursos de la manera pactada. Es por ello que las sociedades de este tipo están limitadas en cuanto a su objeto respecto de los actos de administración e inversión, toda vez que los usuarios de estos servicios cuentan con derechos adquiridos después de haber contribuido por cierto tiempo y cumpliendo con los requisitos legales, por lo que existe una expectativa legítima de recibir el pago de su pensión en los términos pactados con la

entidad financiera para poder ejercer todos sus derechos de propiedad sobre este patrimonio.

Finalmente, la sentencia concluye que, en función de lo antes mencionado y derivado del carácter público de los sistemas de ahorro para el retiro en correspondencia con las obligaciones del Estado en proteger el derecho a la seguridad social, la interpretación que realizó el Tribunal Colegiado fue errónea, ya que validó ciertas disposiciones poco razonables sobre el derecho al salario, lo cual lleva a la necesidad de proteger los intereses de las personas adultas mayores beneficiarias que, en el caso presente, se encuentran en una relación contractual asimétrica frente a las entidades financieras, ya que la naturaleza de la misma no debería ser vista con carácter mercantil, sino como de seguridad social.

Así las cosas, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoce la importancia de aplicar una perspectiva de derechos humanos a las personas adultas mayores, por considerar su posible discapacidad y dependencia. Esto, su vez, implica reconocer que la edad avanzada puede —aunque no siempre— generar situaciones de vulnerabilidad en las que dicha población no tengan acceso al pleno ejercicio de sus derechos fundamentales, en igualdad de condiciones que el resto de la población. Esta misma perspectiva, que se fundamenta tanto en la Constitución como en diversos tratados internacionales ya mencionados, conlleva un deber jurisdiccional de protección al concepto de mínimo vital, a la seguridad social, al acceso a los recursos jubilatorios; ello en consideración de factores como el familiar o redes de apoyo, condición socioeconómica, etcétera, que le permitan vivir una vida con autonomía y dignidad.

IV. Valoración de la sentencia

Tal como se mencionó anteriormente, los instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos de los adultos mayores incluyen, entre otros, la protección y acceso a la seguridad social, un derecho que, dentro de su amplio espectro de contenido, contempla la protección social a las personas que llegan a cierta etapa de vida en la cual se retiran de la actividad ocupacional en cualquiera de sus formas y, por lo tanto, entran a una nueva categoría conocida como *jubilados* o *pensionados*.

Es responsabilidad de los Estados implementar los mecanismos necesarios para que las personas adultas mayores no vean afectados sus derechos

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

por su mera situación de vejez, específicamente por aquellos que recaen en el ámbito patrimonial. Resulta importante hacer especial mención a la protección en el ámbito de estos derechos, ya que son precisamente las convenciones internacionales las que han orientado el discurso sobre el contenido de los derechos a la seguridad social, y versan en gran medida sobre aquello que se refiere al acceso y protección al beneficio conocido como pensión jubilatoria (que contempla también el contenido de cuentas de ahorro, aportaciones voluntarias, etcétera), entendido como aquel medio que garantiza la subsistencia digna y vitalicia en ausencia de un ingreso remunerador por la actividad laboral.

En este sentido, la normatividad internacional señala los puntos de protección a los derechos a la seguridad social, que, en el ámbito de las pensiones económicas, incluyen disposiciones muy específicas.[20] Uno de estos puntos particulares es el que subraya el deber de los Estados de proporcionar una diligencia excepcional al responder a las denuncias jurídicas relacionadas con el otorgamiento de los beneficios por edad avanzada o viudez. Esta estipulación en particular reafirma la idea de que, en efecto, cuando quienes acuden a los órganos de justicia son personas adultas mayores y su asunto versa sobre el otorgamiento de pensiones, resulta fundamental que sus procesos puedan ser sustanciados con especial atención, cuidado y celeridad.

Trasladando este punto al caso de México, debemos señalar que el principio de igualdad jurídica, consagrado desde la Constitución en su artículo 1o., prohíbe toda discriminación por motivo de edad. No obstante, resulta oportuno realizar ciertas precisiones respecto del contenido que abarca el principio de igualdad jurídica en el caso de personas adultas mayores, y sobre la estipulación de "proporcionar una diligencia excepcional al responder a las denuncias jurídicas", ya que, en caso de hacerse alguna distinción sin justificación, podría suscitarse el debate *contrario sensu* sobre aquella inequidad que pudiera presentarse si la norma privilegia cierta impartición de justicia diferenciada sólo por tratarse de personas adultas mayores.

---

[20] Un seguro de vejez obligatorio, el establecimiento de una edad de jubilación flexible, la prohibición de los Estados a reducir los privilegios de las pensiones en detrimento de los beneficiarios de éstas, entre otros. Asimismo, también se han establecido algunos parámetros para aquellos escenarios en donde las personas han finalizado el periodo contributivo y no tienen derecho a una pensión, lo cual incluye las medidas estipuladas por parte de los Estados para proporcionar subsidios no contributivos y que puedan brindar, en proporción a su viabilidad presupuestal y de recursos, apoyos y ayudas a aquellos que no tengan acceso a ningún tipo de beneficios o ingresos (Naciones Unidas, 2008).

Al respecto, si bien es cierto que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga protección jurídica indistinta todas las personas (artículo 1o.) y, por lo tanto, no deberían fijarse diferencias o distinciones de aplicación entre las personas, también sabemos que la igualdad jurídica tiene dos vertientes, a saber: la igualdad formal (o de derecho) y la igualdad sustantiva (o de hecho), las cuales deben implementarse bajo el lente crítico de aplicabilidad en un grupo socialmente vulnerable, que en este caso son las personas adultas mayores

A grandes rasgos, nos referimos al principio de igualdad formal definida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación mediante jurisprudencia número 1a./J.126/2017 como la protección "que va dirigida a la autoridad materialmente legislativa y que consiste en el control del contenido de las normas a fin de evitar diferenciaciones legislativas sin justificación constitucional o violatorias del principio de proporcionalidad en sentido amplio".[21] Por otro lado, nos referimos al principio de igualdad sustantiva establecido en la jurisprudencia citada anteriormente, que consiste en

> alcanzar una paridad de oportunidades en el goce y ejercicio real y efectivo de los derechos humanos de todas las personas, lo que conlleva que en algunos casos sea necesario remover y/o disminuir los obstáculos sociales, políticos, culturales, económicos o de cualquier otra índole que impidan a los integrantes de ciertos grupos sociales vulnerables gozar y ejercer tales derechos.[22]

Dicho lo anterior, resulta oportuno analizar si la sentencia dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el Amparo directo en revisión 1875/2022, fue oportuna tanto en el apego, interpretación y aplicación de la normatividad internacional como constitucional,

---

[21] La violación a este principio trae como consecuencia la discriminación en la aplicación de la norma, ya sea de manera directa "cuando la distinción en la aplicación o en la norma obedece explícitamente a un factor prohibido o no justiciado constitucionalmente", o bien, de manera indirecta "cuando la aplicación de la norma o su contenido es aparentemente neutra, pero el efecto o su resultado conlleva una diferenciación o exclusión proporcionada de cierto grupo social, sin que exista una justificación objetiva para ello". Sobre cómo juzgar y restituir estos casos, puede verse el trabajo de Soberanes (2022, pp. 371 y ss.).

[22] La violación a este principio surge cuando "existe una discriminación estructural en contra de un grupo social o sus integrantes individualmente considerados y la autoridad no lleva a cabo las acciones necesarias para eliminar y/o revertir tal situación". También puede reflejarse en la aplicación desproporcionada de la ley o de sus efectos adversos sobre un grupo social o sus integrantes de manera individual.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ya que al tratarse de un asunto demandado por un adulto mayor, la labor de la Sala debería haber recaído principalmente en justificar la aplicación de excepciones en la atención del caso en cuestión y concluir si la resolución fue oportuna bajo los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad (López, 2015, p. 21) en el caso concreto, y así evitar caer en arbitrariedades y, por tanto, violar el principio de igualdad en la aplicación de la justicia, principalmente por lo que hace a la igualdad sustantiva.

En primer término, se considera oportuna la admisión a la reclamación en la instancia de revisión por parte de la Primera Sala, toda vez que el fondo del asunto recae sobre la disposición arbitraria y sin orden judicial, por parte de una entidad financiera, de los recursos que conformaban el haber jubilatorio del adulto mayor, con lo que no sólo se refuerza la importancia de brindar protección al patrimonio de una persona pensionada, sino que también se apega de manera coherente a los criterios y normatividad internacional sobre considerar que dicho patrimonio, en muchos casos, es la única fuente de subsistencia con la que se cuenta. Esto en coordinación con lo que dispone el Convenio 35, mediante el cual la Organización Internacional del Trabajo establece que los asegurados tienen derecho a una pensión de vejez a la edad que fije la legislación nacional, sin que exceda de los 65 años, así como a la protección constitucional nacional en específico por lo que dispone el artículo 123, apartado B, fracción VI.

Por otra parte, la Primera Sala acierta en resolver a favor de la persona que solicitaba la protección de la justicia, al determinar que la disposición que hizo la entidad bancaria de los recursos pensionarios del adulto mayor constituyen una violación. En efecto, el haber jubilatorio (ya sea que se trate de la pensión misma o en las cuentas de ahorro o de aportaciones voluntarias) no puede tratarse como cualquier ingreso/monto para cobrar un crédito vencido, ya que es un derecho adquirido e inembargable por aquellas personas que, cumpliendo con los requisitos legales, tienen derecho por haber contribuido durante su vida laboral, y podríamos calificarlo como aquella "recompensa" al descanso que trae aparejado del otorgamiento de un medio de subsistencia económico legalmente actualizado. Este derecho a la pensión merece especial protección, toda vez que podríamos tomarlo, incluso, como un seguro de desempleo por la imposibilidad del sujeto de continuar con la vida laboral, y que de no contar con este ingreso tampoco se cuenta con el acceso a ese mínimo vital que le permita vivir de una manera digna.

La finalidad que tiene el haber jubilatorio para poder satisfacer ciertas necesidades es lo que en principio debería sensibilizar a las autoridades

legislativas y administrativas al momento de proteger y resolver con celeridad y correcta diligencia en favor de las personas mayores, considerando desde luego la urgencia de disponer de dichos recursos por no contar con otros medios de subsistencia y evitar recurrir a familiares o amigos para su mantenimiento.

No obstante, por otro lado, la sentencia también pareciera admitir otra consideración adicional a la protección patrimonial de los recursos de ahorro para el retiro, ya que dentro del estudio constitucional señala lo siguiente:

> Estos instrumentos internacionales enfatizan especialmente a la vejez como una posible condición de vulnerabilidad en el acceso a los derechos fundamentales y que justifica la provisión de seguridad social porque las personas mayores podrían no tener acceso a los medios para procurar su subsistencia digna en igualdad de condiciones que el resto de la población. En este sentido, si bien ser una persona mayor no es sinónimo de ser vulnerable, resulta innegable que dentro de este grupo existen personas con una multiplicidad de circunstancias de vida que las vuelve susceptibles de protección especial.[23]

De lo anterior se desprende que la vejez es una posible condición de vulnerabilidad, mas no una condición necesaria, por lo que las personas adultas mayores podrían no tener acceso a los medios de una subsistencia digna, aunque no en todos los casos. Es decir, se considera como una posibilidad de muy probable configuración, mas no una condición indispensable y forzosa en todos los casos. Ejemplo de ello es la tesis jurisprudencial III.2o.C.116 C (10a.) en la que señala que "aun cuando los adultos mayores pueden ser sujetos a un trato especial, esto no es suficiente para estimar por sí, que se encuentran en una situación de vulnerabilidad". Asimismo, la sentencia también defiende la autonomía de las personas adultas mayores, reconociéndola como la facultad para tomar decisiones propias sobre su pensión jubilatoria, a elegir sus planes, servicios o cualquier otra medida para asegurar sus ingresos,[24] y para ello se presupone un estado de independencia suficiente para ejercer ciertos derechos que no se agotan exclusivamente en el ámbito económico.

Por ello, surge la duda sobre si en la presente resolución hizo falta o no que el juzgador, al introducir el argumento de un posible estado de vulnerabi-

[23] Véase página 8 de la sentencia en Amparo directo en revisión 1875/2022.

[24] Véase páginas 18 y 19 de la sentencia en Amparo directo en revisión 1875/2022.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

lidad con la llegada de la cesantía —aunque fuera de una manera muy superficial—, tuviera que comprobar la actualización efectiva de tal estado en la persona recurrente, a fin de afirmar que la sentencia cumplió con la igualdad jurídica en sus dos vertientes, ya que mientras no se compruebe dicha vulnerabilidad, los Tribunales deben ser escrupulosos en la manera en la que las normas deben interpretarse y aplicarse para que en caso de que ésta sea flexible, no caiga en una arbitrariedad.

Por lo anterior, se considera correcta la resolución de la Primera Sala respecto del trato diferenciado que debe darse a cualquier elemento que conforme un haber jubilatorio, por su naturaleza y particularidades mencionadas anteriormente, como un derecho patrimonial, cumpliendo así con la disposición internacional sobre proporcionar una diligencia excepcional al responder a las denuncias jurídicas relacionados con el otorgamiento de los beneficios por edad avanzada o viudez. Sin embargo, también se considera que si la Primera Sala iba a utilizar argumentos relativos a que las personas adultas mayores pueden encontrarse en un posible estado de vulnerabilidad, para con ello reforzar el sentido de su resolución, hubiera sido deseable haber desarrollado más los razonamientos que llevaron a considerar la actualización de un estado de necesidad real y particular en el caso concreto.

V. Conclusión

El hecho de que las autoridades omitan en sus estudios realizar un análisis que exponga los razonamientos particulares que comprueben el estado de vulnerabilidad real y que pretendan que la edad por sí misma sea una justificación suficiente, únicamente reafirma el estereotipo social de que la llegada a cierta edad es excusa suficiente para privar a las personas del goce de ciertos derechos, incapacitarlos o privarlos; o bien, que la vejez deba ser tratada como una enfermedad. Si no queremos seguir excluyendo a las personas adultas mayores, debemos redirigir el debate hacia un discurso que alargue la autonomía e independencia de este grupo, por el mayor tiempo posible. Es responsabilidad de las autoridades legislativas y administrativas generar las medidas necesarias para que la igualdad jurídica y las políticas públicas se encaminen de manera evolutiva y progresiva hacia la integración gradual de este grupo. Por ello, es valiosa la intervención del Estado, en particular a través del Poder Judicial de la Federación, respecto de aquellos criterios que busquen proteger a ciertos grupos que han sido históricamen-

te excluidos y considerados como vulnerables. Sin embargo, esto no exime ni es presupuesto instantáneo para que, en el caso de las personas adultas mayores, se presuma su incapacidad o limitación en el ejercicio de sus derechos, para inclinar sus resoluciones por un sentido u otro, sin que exista una verdadera justificación de hecho para compensar y lograr la igualdad en la protección a sus derechos humanos.

VI. Referencias

Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2021). *Boletín de Envejecimiento y Derechos de las Personas Mayores en América Latina y el Caribe*, (19), 1-8. https://repositorio.cepal.org/server/api/core/bitstreams/bc552554-6bad-4af3-b932-0fb425d96b50/content

Huenchuan, S. y Morlachetti, A. (2007). Derechos sociales y envejecimiento: modalidades y perspectivas de respeto y garantía en América Latina. *Revista Notas de Población*, (85), 145-180.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2020). *Censo de Población y Vivienda 2020*. https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/

Instituto Nacional de Estadística y Geografía. (2021). *Encuesta Nacional sobre Salud y Envejecimiento en México (ENASEM) 2021*. https://www.inegi.org.mx/programas/enasem/2021/

Instituto Nacional de Salud Pública. (2020). *Encuesta Nacional de Salud y Nutrición 2018-19. Resultados nacionales*. https://ensanut.insp.mx/encuestas/ensanut2018/doctos/informes/ensanut_2018_informe_final.pdf

López Arias, J. J. (2015). El derecho humano a la igualdad sustantiva. En E. Barajas Languren y T. E. Hubbe Contreras, *Aportaciones actuales a los derechos humanos en la vida jurídica mexicana*. Tirant lo Blanch.

Naciones Unidas. (2008). *El derecho a la seguridad social (artículo 9)*. Observación general núm. 19 (E/C.12/GC/19).

Nussbaum, M. y Levmore, S. (2018). *Envejecer con sentido. Conversaciones sobre el amor, las arrugas y otros pesares*. Paidós.

Organización Mundial de la Salud. (2005). *Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento: informe sobre su ejecución*. https://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA58/A58_19-sp.pdf

Soberanes Díez, J. M. (2022). La restitución de la igualdad en la ley. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *1*(45), 369-394. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2021.45.16667

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Cómo citar

Sistema IIJ

López Madrigal, Vérónica, "La jurisprudencia sobre perspectiva de derechos humanos en los procesos en que intervienen personas adultas mayores. Consideraciones al presupuesto de vulnerabilidad en procesos jurisdiccionales que involucren a personas adultas mayores", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19161. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19161

APA

López Madrigal, V. (2025). La jurisprudencia sobre perspectiva de derechos humanos en los procesos en que intervienen personas adultas mayores. Consideraciones al presupuesto de vulnerabilidad en procesos jurisdiccionales que involucren a personas adultas mayores. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19161. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19161

La Guardia Nacional. Una definición de su arquitectura institucional en el orden jurídico mexicano a partir de los criterios de interpretación empleados en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en la controversia constitucional 137/2022

The National Guard. A definition of its institutional architecture in the Mexican legal order based on the interpretation criteria used in the ruling of the Plenary Session of the Supreme Court of Justice of the Nation issued in the constitutional controversy 137/2022

Juan Manuel **Otero Varela**

https://orcid.org/0000-0003-0319-4093
Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: jmaotero@up.edu.mx.

Publicación: 31 de julio de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19172

Resumen. A pesar del diseño constitucional de la Guardia Nacional como una institución de seguridad pública de naturaleza civil, adscrita a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, en septiembre de 2022 se publicó un paquete de reformas legales por las que se buscó transferir el control operativo y administrativo de este órgano a la Secretaría de la Defensa Nacional, con el objetivo de dotar a las fuerzas armadas de mayores facultades de intervención sobre dicha institución, perturbando su arquitectura constitucional.
Palabras clave: Guardia Nacional, seguridad pública, control institucional, transferencia de facultades, militarización, mando civil, interpretación legal.

Abstract: Despite the constitutional design of the National Guard as a civil public security institution, attached to the Ministry of Security and Citizen Protection, in September 2022, a package of legal reforms was published that sought to transfer operational control and administrative of this body to the Secretariat of National Defense, with the objective of providing the armed forces with greater powers of intervention over said institution, disturbing its constitutional architecture.
Keywords: National Guard, public security, institutional control, transfer of powers, militarization, civil command, legal interpretation.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Atribución-NoComercial 4.0 Internacional*, IIJ-UNAM

Sumario: I. *Preámbulo*. II. *Planteamiento de la cuestión a resolver*. III. *El estudio de fondo del ministro ponente*. IV. *Análisis de los métodos interpretativos empleados en la resolución*. V. *Consideraciones finales*. VI. *Bibliografía*.

I. Preámbulo

En este trabajo se analiza la resolución dictada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con motivo de la acción de inconstitucionalidad 137/2022, presentada en contra del Decreto por el cual se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley de la Guardia Nacional, de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos y de la Ley de Asensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en materia de Guardia Nacional y Seguridad Pública, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (*DOF*) del 9 de septiembre de 2022 (Decreto, 2022), al que en adelante se le referirá como el Decreto impugnado.

La resolución puede ser consultada en la página web del *DOF* del 20 de septiembre de 2023 (SCJN, 2023). Se trata de un documento de 118 páginas, entre las cuales se encuentra la resolución dispuesta en párrafos numerados del 1 al 374, salvo los resolutivos, las votaciones de estos últimos y los votos particulares solicitados por algunos de los ministros. La referenciación del contenido de la sentencia se hará indicando el número de párrafo, del punto resolutivo o el voto particular correspondiente.

El objetivo específico de este trabajo consiste en analizar los elementos valorados por tribunal constitucional para determinar la naturaleza jurídica de la Guardia Nacional y las condiciones de participación de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública.

Para tales efectos se partirá de la visión tridimensional de la Guardia Nacional que plantea el tribunal constitucional a partir del parámetro contextual construido en la sentencia, que busca concretar su naturaleza institucional y los principios o valores subyacentes a dicha arquitectura constitucional, además de los límites de participación de las fuerzas armadas en las funciones de seguridad ciudadana, partiendo de métodos interpretativos diversos como el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico.

Es a partir de la aplicación integral de estos criterios interpretativos que puede advertirse la complejidad del proceso de construcción institucio-

nal de la Guardia Nacional y su finalidad primordial como garante de la paz social.

II. Planteamiento de la cuestión a resolver

1. *El parámetro de regularidad que da base a la acción*

El 10 de octubre de 2022, un grupo de senadores del Congreso de la Unión presentó ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación una demanda de Acción de Inconstitucionalidad en contra del citado Decreto de reformas de 2022, por considerar que dicha norma general resultaba contraria al texto constitucional, en términos de lo previsto en el artículo 105, fracción II, inciso b), de la Constitución nacional. Dicha acción fue admitida el 17 de octubre del mismo año, registrada bajo el número de expediente 137/2022 y turnada a la ponencia del ministro Juan Luis González Alcántara y Carrancá como instructor del procedimiento.

En su escrito de demanda los accionantes plantearon la impugnación de la totalidad del Decreto, por estimar que violaba los artículos 1o., 21, 29, 73, fracciones XIV y XXIII, 90, 119, 12 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), y los artículos 3o., 4o., 5o. y 7o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (párrafo 5), destacando lo que, desde su perspectiva, son parámetros de regularidad que establecen los límites constitucionales entre el poder militar y el poder civil, tratándose de la salvaguarda de la seguridad pública, mismos que pueden resumirse en dos grandes rubros:

1) La existencia de una "garantía orgánico-institucional" que establece límites a la configuración de la Guardia Nacional por el legislador constitucional en el artículo 21 de la CPEUM, que la determina como "un cuerpo civil, de adscripción civil y bajo un mando civil", a la que se le confieren funciones de seguridad pública, completamente diferenciadas de las de naturaleza militar, haciendo indisponible para el legislador federal reconfigurar su adscripción y, consecuentemente, su dependencia jerárquica, operativa o administrativa bajo una instancia de naturaleza diversa a la del orden civil (párrafos 7 y 8).

   Además de lo anterior, este mandato de separación configura para los accionantes una "garantía de protección de los derechos humanos",

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

en virtud de que ha dejado a cargo de instituciones del orden civil los fines que el texto constitucional atribuye a la seguridad pública, consistentes en salvaguardar la vida, las libertades, la integridad y el patrimonio de las personas (párrafo 10).

2) La existencia de un parámetro normativo que impone "límites a la actuación de las Fuerzas Armadas en las labores de seguridad pública", misma que debe ser "extraordinaria y subordinada a un mando civil", que se encuentra constreñida a tres escenarios concretos: *a)* el régimen transitorio del Decreto de creación de la Guardia Nacional (Decreto, 2019)[1]; *b)* la cláusula de protección federal contenida en el artículo 119 de la CPEUM, y *c)* el estado de excepción previsto en el artículo 29 de la CPEUM (párrafo 9).

2. *Los conceptos de invalidez esgrimidos*

Del marco previamente expuesto, los accionantes hicieron valer cinco conceptos de invalidez por los que consideraron inconstitucional el Decreto, los dos primeros (párrafo 12) se hicieron valer sobre la base de la referida garantía orgánico-institucional, mientras que los restantes (párrafo 14) se generaron a partir de la restricción de las Fuerzas Armadas en labores de seguridad pública:

1) La violación del artículo 21 constitucional, en virtud de que "[...] el Decreto impugnado concentra la organización, dirección y supervisión de la Guardia Nacional en el ámbito castrense", a pesar de que el carácter civil de la misma y su adscripción a la SSCP fueron candados consensuados durante el proceso de reforma constitucional de marzo de 2019, con la finalidad de "[...] contener el desborde militar en la vida pública del país".
2) El exceso por parte del Congreso de la Unión en el ejercicio de su competencia "porque modificó la naturaleza civil de esa institución, siendo

[1] El artículo Quinto Transitorio del Decreto de reformas de 2019 dispone un periodo de cinco años a su entrada en vigor para que el Presidente de la República pueda disponer de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria, en tanto la Guardia Nacional desarrolla su estructura, capacidades e implantación territorial, sin embargo, dicho artículo fue reformado el 18 de noviembre del 2022 para ampliar ese período a un plazo de 9 años, es decir, hasta el año 2028. (Decreto, 2022)

éste un contenido que le resultaba indisponible [...]", rompiendo el orden constitucional.

3) Con el Decreto impugnado se desconoce el carácter excepcional y temporal de la participación de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, en los términos del régimen transitorio del Decreto de reformas constitucionales de 2019.
4) Se deja de observar lo previsto en el artículo 119 constitucional, en el sentido de que, para que la Federación pueda intervenir en labores de seguridad pública local, debe existir una solicitud formulada por la entidad federativa, y
5) Señala que "[...] la militarización del cuerpo policiaco nacional supone una suspensión de la garantía de seguridad pública civil prevista en el artículo 21 constitucional, y de los derechos que con ella se pretenden salvaguardar" sin seguir el proceso previsto para tales efectos en el artículo 29 constitucional.

3. *Los informes de las autoridades involucradas*

Como parte del proceso se solicitaron informes de las cámaras de Diputados y de Senadores del Congreso de la Unión y del Ejecutivo Federal, además de la opinión de la Fiscalía General de la República (párrafo 16), recibiendo comentarios de la Cámara de Senadores y del Ejecutivo Federal (párrafos 19 y 20).

Respecto de los dos primeros conceptos de invalidez, tanto la Cámara de Senadores, como el Ejecutivo Federal destacaron que el artículo 4o. de la Ley de la Guardia Nacional (Decreto de Ley, 2019),[2] en el que se determina su naturaleza civil y su adscripción como órgano desconcentrado de la SSCP no fue materia del Decreto impugnado, por lo que, desde su perspectiva, dicha norma respetó la arquitectura institucional prevista en el artículo 21 constitucional, ya que el Decreto impugnado solamente buscaba transmitir el control operativo y administrativo de dicho órgano, que sería ejercido por el titular de la propia Secretaría de la Defensa Nacional (Sedena), como integrante de la administración pública federal y no como alto mando del Ejército y las Fuerzas Armadas con funciones militares.

[2] El artículo 4 de la Ley de la Guardia Nacional dispone que ésta es "una institución de seguridad pública, de carácter civil, disciplinada y profesional, adscrita como órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana".

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Por su parte, respecto de los tres conceptos restantes, ambos órganos destacaron que el Decreto impugnado daba cumplimiento a las disposiciones transitorias de la reforma constitucional en materia de Guardia Nacional (Decreto, 2019), debido a que la modificación de las facultades de la SSCP y de la Sedena tenía como sustento el artículo Sexto Transitorio del mismo Decreto,[3] argumentando que los accionantes confundían la participación auxiliar de la Fuerza Armada permanente en tareas de seguridad pública, establecida en el referido Decreto constitucional, con el funcionamiento y el control operativo y administrativo de la Sedena, por lo que tampoco transgredía el artículo 129 constitucional.

También señalaron que la colaboración de la Guardia Nacional en materia de seguridad pública con las instituciones del orden estatal y municipal debía ser leída de forma sistemática con la normativa aplicable al Sistema Nacional de Seguridad Pública por lo que, desde su perspectiva, no sólo se respetaba la salvaguarda federal del artículo 119 constitucional, sino que se atendía a lo dispuesto en el artículo 21 del mismo ordenamiento.

III. El estudio de fondo del ministro ponente

Una parte fundamental de la resolución materia de análisis es el denominado "Estudio de Fondo", que resulta ser el más extenso y, como su nombre lo indica, el de mayor profundidad, puesto que se plantea determinar si el Decreto impugnado tergiversaba el carácter que constitucionalmente se le había otorgado a la Guardia Nacional con la reforma constitucional de marzo de 2019.

Para ello, dividió su estudio en dos grandes subapartados, el primero de ellos, enfocado a explorar la institución de la Guardia Nacional, al que denominó "Parámetro Contextual"[4] (párrafo 48), mientras que el segundo,

[3] El artículo Sexto Transitorio del Decreto de la reforma constitucional de 2019 destaca que "Durante el periodo a que se refiere el artículo anterior (5 años), para la conformación y funcionamiento de la Guardia Nacional, las secretarías de los ramos de Defensa Nacional y de Marina participarán, conforme a la ley, con la del ramo de seguridad, para el establecimiento de su estructura jerárquica, sus regímenes de disciplina, de cumplimiento de responsabilidades y tareas, y de servicios, así como para la instrumentación de las normas de ingreso, educación, capacitación, profesionalización, ascensos y prestaciones, que podrán estar homologados en lo conducente, a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente."

[4] Originalmente este subapartado había sido denominado *Parámetro de Regularidad*, sin embargo, dicha designación fue modificada por el ministro ponente prácticamente al inicio del análisis del proyecto de sentencia, para quedar bajo la denominación de *Parámetro Con-*

denominado "Análisis del Decreto impugnado" (párrafo 49), necesariamente derivado del primero, se enfocó a desmenuzar en rubros temáticos o subsistemas, aquellos aspectos que integraban el sistema normativo impugnado.

1. *Parámetro contextual*

Dentro del parámetro contextual se advierten tres aspectos que configuran la base o el punto de partida sobre el que, posteriormente, se generó el análisis del Decreto impugnado por parte del ministro ponente.

A. *Contexto histórico de la Guardia Nacional*

La Guardia Nacional (párrafos 50 a 73), como una figura tomada de la Constitución estadounidense inscrita en el federalismo, es incorporada en nuestro sistema jurídico en la Constitución de 1824, bajo el esquema de milicias locales, en oposición a un ejército permanente y central, esquema que fue replicado en el Acta constitutiva y de reformas de 1847 y, posteriormente, durante el proceso constituyente de 1857, donde se estableció como deber ciudadano el enrolamiento a la misma, manteniendo esa dualidad o coexistencia paralela con las fuerzas armadas, incluso prohibiendo las guarniciones militares permanentes en las entidades federativas (párrafo 60), que llegaron a tener injerencia sobre las autoridades civiles de las localidades, argumento que refuerza la necesidad de separar a los responsables del orden y la paz ciudadana y de las fuerzas militares.

Este mismo andamiaje orgánico institucional fue trasladado al texto de nuestra Constitución vigente y subsistió desde su promulgación en 1917 hasta el Decreto de reformas constitucionales en materia de Guardia Nacional de 2019, destacando que, a pesar de los vaivenes ideológicos que impregnan la historia nacional durante el periodo materia de análisis, se pueden advertir "ciertas constantes en lo que concierne al diseño y a la naturaleza

---

textual (SCJN. Sesión de Pleno. 17 de abril, 2023, pág. 20 y 50.). La diferencia en los términos no es menor, pues a pesar de que ambos refieren a un parámetro, es decir, un *dato o factor que se toma como necesario para analizar o valorar una situación* (Real Academia Española, 2022), también lo es que dicho parámetro se desarrolla más para determinar el contexto, esto es, el *entorno físico o de situación, ya sea político, histórico, cultural o de cualquier otra índole, en el cual se considera un hecho* (Real Academia Española, 2022) o bien, en este caso, un instituto jurídico, como lo es la Guardia Nacional, sin pronunciarse o determinar la regularidad, es decir, el apego a la norma de la misma en este contexto.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

de la Guardia Nacional" (párrafo 54), que resultan orientadoras para enmarcar su transformación y configuración a partir de 2019, destacando que, tanto los órganos constituyentes, como los reformadores y legislativos la mantuvieron como "una institución civil que actúa en defensa del orden interior y la tranquilidad de la ciudadanía, pero de manera diferenciada del Ejército" (Otero Varela, 2023).

B. *Contexto convencional de la función de seguridad pública*

Retoma el tejido normativo en el que se inserta el Decreto por el que se crea la Guardia Nacional de 2019 (párrafos 74 a 89) que, desde el punto de vista constitucional, establece los principios que rigen la actuación de las instituciones policiacas, así como su carácter civil, profesional y disciplinario a la luz del paradigma configurado a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y los precedentes dictados por nuestra propia Corte, así como los de la Corte Interamericana, que en ambos casos han marcado la necesidad de una seguridad pública de orden civil diferenciada de la milicia.

Bajo este contexto, a partir de 2008 se introdujo en el artículo 21 constitucional el respeto a los derechos humanos y el carácter civil, disciplinado y profesional de las instituciones encargadas de la función de seguridad pública, mientras que, desde la perspectiva internacional, existen múltiples pronunciamientos de diversos organismos internacionales, entre los que destacan los precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, vinculantes en nuestro sistema jurídico a partir de 2011 y a diversas resoluciones de nuestro propio tribunal constitucional en materia de convencionalidad.

En este ámbito se advierte que los precedentes interamericanos hacen hincapié en que las cuestiones de orden público interno y las actividades de seguridad ciudadana deben estar a cargo de autoridades civiles (párrafo 87), aspecto que resulta armónico con el texto vigente del artículo 21 de nuestra carta magna, mientras que, por otra parte, precisan que la participación de las Fuerzas Armadas en actividades de seguridad pública debe ser: *a)* acotada, extraordinaria o excepcional (párrafo 86) y proporcional (párrafo 87), y *b)* apegada a los límites y "conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como el pleno respeto a los derechos humanos", evitando en todo momento violaciones graves como la tortura, las desapariciones forzadas y las ejecuciones extrajudiciales, entre otras (párrafos 83 y 87).

Las razones de estas prevenciones responden, por una parte, al hecho de que el entrenamiento militar es diferente al relacionado con la protección y control de civiles, como es el caso de las fuerzas de seguridad pública, haciendo incompatibles estas actividades (párrafos 84, 85 y 87), lo que aunado a la excepcionalidad de la intervención de la armada en estas labores, genera un riesgo importante para los derechos humanos (párrafos 86 y 87).

C. *Parámetro constitucional de la transformación de la Guardia Nacional*

Responde a la forma en la que se encuentra instaurada la Guardia Nacional a partir de su reconfiguración constitucional una institución de seguridad pública de carácter civil y de orden federal (Decreto, 2019), partiendo del amplio proceso deliberativo y los acuerdos alcanzados durante el proceso de reforma constitucional, fruto de amplios debates y ejercicios de parlamento abierto, con la finalidad de advertir la *ratio legis* del legislador constitucional (párrafos 90 a 134).

Este parámetro es importante, debido a que en la exposición de motivos de la Iniciativa con Proyecto de Decreto de reformas constitucionales, presentada por el grupo parlamentario de Morena el 20 de noviembre de 2018 en la Cámara de Diputados (2018), se destaca la necesidad de crear "una Guardia Nacional [...] dotada de la disciplina, la jerarquía y el escalafón propios de los institutos castrenses", debido a que son "los únicos que tienen el personal, la capacidad, el espíritu de cuerpo y las instalaciones requeridas" para conformarla "como una institución adscrita al mando castrense", aunque "los planes, programas y acciones que darán sustento al despliegue de sus tareas correrá a cargo de la autoridad civil", a través de la secretaria de seguridad pública (Cámara de Diputados, 2018, pp. 4 y 51).

Para ejemplificar algunas de las medidas propuestas en el proyecto primigenio, se tenía concebida una arquitectura institucional diferente a la que finalmente aprobó el legislador tanto en la Constitución, como en la legislación secundaria, dado que acogía la creación de una Junta de Jefes de Estado Mayor, propuesta desde el texto original de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, entendida como un órgano colegiado de mando estratégico y táctico, presidido por el titular de la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (SSPC) e integrado por la Sedena y la Secretaría de Marina (Semar) (Gobierno Federal, 2019, p. 43).[5]

[5] Es importante destacar que dicha composición se puede observar en la versión de la

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

El proyecto de iniciativa fue modificado por la Cámara de Diputados, para proponer lo siguiente: *a)* La dirección de la Guardia debe recaer en autoridad civil; *b)* la inamovilidad de competencias de los tres órdenes de gobierno en seguridad pública y el fortalecimiento de la colaboración entre éstos; *c)* fortalecimiento de los cuerpos policiacos; *d)* la formación y capacitación policial de los miembros de la Guardia Nacional (uso proporcional de la fuerza, respeto de los derechos humanos y perspectiva de género), y *e)* mecanismos de control político y jurisdiccional en las actividades de la Guardia Nacional (párrafo 96).

Posteriormente, durante este proceso en la Cámara de Senadores, se mantuvieron comparecencias con los titulares de la SEDENA, la SEMAR y la SSPC y se convocó a un ejercicio de parlamento abierto, en el que participaron diversos grupos, como la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas.

El dictamen que fue aprobado por el pleno de la Cámara de Senadores contiene el texto que finalmente fue integrado a nuestra Constitución, considerando: *a)* el carácter civil de la Guardia Nacional como cuerpo policiaco, excluyéndolo totalmente del ámbito castrense; *b)* la naturaleza civil del mando y su adscripción a la SSCP, descartando la Junta de Jefes de Estado Mayor, y *c)* la eliminación del fuero militar para los elementos que integran la Guardia Nacional y su sometimiento a la jurisdicción ordinaria (párrafo 108).

Como síntesis de los tres parámetros abordados en el estudio de fondo, el juzgador constitucional destacó tres conclusiones:

1) El Decreto por el que se crea la Guardia Nacional se fraguó a partir de un proceso de reforma altamente socializado y consensuado, que buscó configurar una nueva institución de seguridad pública con mando, adscripción e integración civil (párrafo 131).
2) La creación de una nueva institución de seguridad pública federal, acorde a los criterios convencionales y atenta a las demandas sociales, sin desconocer el hecho de la creciente militarización de la seguridad pública, de lo cual da cuenta el régimen transitorio de la reforma, (párrafo 132).

Estrategia Nacional de Seguridad Pública que fue originalmente presentada por el gobierno federal, no así en la aprobada definitivamente por el Senado y publicada en el *DOF* del 16 de mayo de 2019, que ya se encuentra apegada al texto de la reforma constitucional de 2019 (Decreto de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública, 2019).

3) La *ratio legis* queda manifiesta en el Decreto aprobado, sin embargo, es factible comprobar esa misma intencionalidad a través de lo que se rechazó del proyecto original (párrafo 133).

2. *Análisis del Decreto impugnado*

Atendiendo a lo expuesto en este apartado, el juzgador constitucional reconoció la necesidad de analizar el decreto impugnado como un sistema normativo integral, sin embargo, debido a la complejidad del mismo, desde el punto de vista metodológico, se planteó abordar su análisis a partir del establecimiento de cinco índices o subapartados temáticos:

a) Traslado de facultades de mando y cambio de adscripción de la Guardia Nacional: se destacó que, para el caso de la Guardia Nacional, existe una indisponibilidad por parte del legislador ordinario, para configurarla libremente, debido a que su diseño estructural deviene del propio texto del artículo 21 de la Constitución, limitando esta posibilidad (párrafos 151 a 155). Además de que para determinar esta configuración, se transitó por un proceso de reformas constitucionales ampliamente deliberativo, en el que de manera expresa se determinó dejar a dicha institución bajo la dirección del orden civil, particularmente a cargo de la secretaría del ramo de seguridad pública, situación que queda de manifiesto del régimen transitorio de la propia reforma, así como del abandono de la estructura colegiada originalmente propuesta (párrafos 156 a 164).

Bajo esta perspectiva, se dio cuenta de algunas de las modificaciones a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, que facultaban a la Sedena para ejercer el control operativo y la administración de la Guardia Nacional. Así como de algunas modificaciones a la Ley de la Guardia Nacional, que situaban en el nivel más alto de la jerarquía de mando de este órgano a la Sedena, confiriéndole facultades de mando y dirección sobre la Guardia como su control operativo y administrativo; la expedición de sus manuales de organización, de procedimientos y de servicio al público; la elaboración de sus programas operativos y estrategias; la autorización final de todos sus planes y programas, así como la organización de su distribución territorial (párrafos 165 a 171). Además de la derogación de algunas facultades del titular de la SSCP, entre ellas la de "organizar, dirigir y supervisar bajo su adscripción a la Guardia Nacional".

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Como consecuencia de lo anterior, el órgano jurisdiccional destacó que este traslado de facultades de índole presupuestario, administrativo, orgánico y funcional, propiciaba un vaciamiento del contenido del artículo 4 de la Ley de la Guardia Nacional, que sin ser reformado por el Decreto impugnado, continúa afirmando que la Guardia Nacional es un órgano administrativo desconcentrado de la SSCP, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 21 constitucional (párrafos 174 a 192), declarando la nulidad parcial de aquellas disposiciones.[6]

Parte del debate en este rubro, atiende a la naturaleza administrativa de la Sedena, que argumenta la naturaleza civil de esa dependencia y, consecuentemente, pretende legitimar la transferencia de tales facultades, situación que se hace valer tanto en los informes de la Cámara de Senadores y del gobierno federal, así como en los debates de la sesión del Pleno del 18 de abril de 2023 (SCJN. Sesión de Pleno. 17 de abril, 2023, pp. 31 y ss.), y en el voto particular del entonces ministro Arturo Zaldívar (SCJN, 2023), sin embargo, esta legitimidad no se centra en la naturaleza civil de la Sedena, sino en la voluntad expresa del reformador constitucional de que dicha unidad administrativa quede bajo el mando y estructura de la dependencia del ramo de seguridad pública, atendiendo a sus propios fines, según el texto Constitucional.

b) Reformas a la figura de la Comandancia: a este respecto, el órgano jurisdiccional destacó ciertas modificaciones relacionadas con el proceso de designación del titular de la Comandancia que, si bien corresponde al presidente de la República, el decreto impugnado adicionó que dicho nombramiento fuera a propuesta de "la persona titular de la Secretaría de la Defensa Nacional", entre otros aspectos (artículo 14 de la Ley de la Guardia Nacional).

---

[6] Con base en estos argumentos se declaró la validez de los artículos 29, fracción IV (salvo en la porción normativa que indica: "y ejercer el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional, conforme a la Estrategia Nacional de Seguridad Pública que defina la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana"), 29, fracción XVI y 30Bis, fracciones I, II, III, XXV y XXVI de la Ley Orgánica de la Administración Pública; así como de los artículos 12, 13, 13Bis, 23, párrafo segundo, de la Ley de la Guardia Nacional (salvo la porción normativa que refiere a la Sedena en los artículos 12, 13Bis y 23, párrafo segundo) y la invalidez de los artículos transitorios sexto y séptimo del Decreto impugnado.

También dio cuenta de un incremento en la nómina competencial de la Comandancia, como la adición de la facultad de dirigir y supervisar a la Guardia Nacional; la posibilidad de administrar los recursos de esa institución policial sin el acuerdo del SSPC; la facultad de coordinar cursos y eventos, previamente definidos por la Sedena, y la facultad para rendir informes de desempeño y actividades a la Sedena, además de a la SSPC.

Respecto de dichas modificaciones, el juzgador constitucional precisó que corresponden con las atribuciones que son naturales para el legislador ordinario, por lo que el simple aumento de su nómina competencial no tendría que ser del conocimiento del órgano jurisdiccional; sin embargo, consideró que la injerencia de la Sedena en aspectos como el nombramiento y el ejercicio de facultades del titular del órgano policial eran contrarias a su diseño constitucional.

Bajo este contexto, si bien no se invalidaron las facultades que se adicionaron al titular de la Comandancia, debido a que resultan acordes con las facultades de quien detenta la titularidad de un órgano desconcentrado, no sucedió lo mismo con las modificaciones realizadas a su nombramiento, requisitos de perfil y autorización de disposiciones administrativas relativas a su administración y demás actividades, para garantizar el carácter civil de esta institución.

c) Modificaciones al régimen del personal asignado a la Guardia: dentro del régimen transitorio de la reforma constitucional de 2019 se estableció que la Guardia Nacional se integraría por los elementos de la Policía Federal; de la Policía Militar y de la Policía Naval, tomando en consideración las disposiciones generales que al efecto emitiera el titular del Ejecutivo Federal, garantizándoles constitucionalmente[7] a los elementos provenientes de las fuerzas armadas el respeto de su antigüedad y la conservación de sus condiciones de empleo en su armada de origen

[7] *Cfr*: artículo tercero transitorio: "Los elementos de las policías Militar y Naval, así como otros elementos de mando y servicios de apoyo de la Fuerza Armada permanente, que sean asignados a la Guardia Nacional, conservarán su rango y prestaciones; la ley garantizará que cuando un elemento sea reasignado a su cuerpo de origen, ello se realice respetando los derechos con que contaba al momento de ser asignado a aquélla, así como el reconocimiento del tiempo de servicio en la misma, para efectos de su antigüedad. Lo anterior será aplicable, en lo conducente, a los elementos de la Policía Federal que sean adscritos a la Guardia Nacional" (Decreto, 2019).

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

hasta el momento de su eventual reasignación a su cuerpo de origen (párrafo 244 y 291).

No obstante lo anterior, con la reforma legal impugnada se buscó modificar el régimen y estatus jurídico anteriormente indicado, para disponer que si bien dicho personal tiene que cesar de desempeñar un cargo o comisión en su institución de origen, se le considera miembro activo del Ejército y Fuerza Aérea, lo que conlleva que queda sujeto al fuero militar para determinados delitos, además de que puede ser removido por el titular de la Sedena y puede acceder al régimen de estímulos, ascensos y recompensas previstos en la legislación castrense, lo que bajo el criterio del órgano jurisdiccional distorsiona el carácter civil de la Guardia Nacional y su adscripción a la Secretaría del ramo de seguridad pública, además de contravenir el artículo 13 constitucional porque expande la jurisdicción militar a servidores que, de acuerdo con la propia Constitución son civiles (párrafo 283).

d) Cambios a la estructura orgánica, servicio de carrera y profesionalización del personal de la Guardia: respecto de la profesionalización, el juzgador constitucional parte del argumento de la accionante, que contrapone la impartición de cursos de capacitación en instalaciones de la Sedena, atendiendo a que la formación y el desempeño de sus integrantes se debe regir por una doctrina policial fundada en el servicio a la sociedad, la disciplina, el respeto a los derechos humanos, el imperio de la ley, el mando superior y la perspectiva de género, acorde con los precedentes de la Corte IDH (2010, párrafo 307).

No obstante, atendiendo a una interpretación integral del texto de la Ley de la Guardia Nacional, el órgano jurisdiccional desestimó tales argumentos, de acuerdo con el Programa Rector aprobado por el Consejo Nacional de Seguridad Pública, como instancia interdisciplinaria de coordinación y definición de las políticas del Sistema Nacional de Seguridad Pública (párrafo 311), por lo que también determinó infundados los últimos tres conceptos de invalidez planteados por la accionante, dado que con esta disposición no se militariza a la Guardia Nacional, ni se le deja bajo el mando y control militar, ni permite presumir la participación de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública (párrafo 314).

En relación con las disposiciones del decreto impugnado relacionadas con el servicio de carrera y la rotación de personal, el órgano jurisdiccional determinó que si bien el proceso legislativo de la reforma constitucional de 2019 denota la exclusión de la intervención permanente de la Sedena en la organización y dirección de la Guardia Nacional, también habilitó a esta dependencia y a la Semar a participar en los términos de la ley de la materia en la instrumentación de normas de ingresos y asensos[8] (párrafo 324), ello con independencia de que el Consejo de Carrera de la Guardia Nacional es la instancia que determina los periodos y requisitos para realizar los concursos, así como los términos y alcance de la coordinación con la Sedena, por lo que no se advierte que el Congreso Federal haya traspasado algún límite constitucional al respecto (párrafo 328).

Finalmente, respecto de otros cambios planteados en la estructura orgánica, como la desaparición de las coordinaciones regionales; la adición de los servicios de inteligencia e investigación; la modificación a la Coordinación Operativa Interinstitucional y la sustitución de las unidades especializadas por las de servicios, entre otros (párrafos 330, 331 y 335), el órgano jurisdiccional no encontró violación alguna en su determinación por parte del Congreso, por lo que también desestimó los conceptos de invalidez sobre este respecto (párrafo 339).[9]

e) Colaboración entre la Guardia y la Fuerza Armada para el desempeño de funciones de seguridad pública. En este subapartado temático el juez constitucional analizó las disposiciones de la Ley de la Guardia Nacional y de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, por virtud de las cuales el decreto impugnado busca instrumentar la comunicación relacionada con la seguridad pública, entre la Guardia Nacional y la Fuerza Armada permanente, con la finalidad de responder a la cuestión

[8] *Cfr*: Artículo Sexto Transitorio: "…las secretarías de los ramos de Defensa Nacional y de Marina participarán, conforme a la ley, con la del ramo de seguridad, para el establecimiento de su estructura jerárquica, sus regímenes de disciplina, de cumplimiento de responsabilidades y tareas, y de servicios, así como para la instrumentación de las normas de ingreso, educación, capacitación, profesionalización, ascensos y prestaciones, que podrán estar homologados en lo conducente, a las disposiciones aplicables en el ámbito de la Fuerza Armada permanente" (Decreto, 2019).

[9] Bajo este contexto, se declararon validos los artículos 21, fracciones III y VII; 22, párrafo primero, y 86, párrafo segundo de la Ley de la Guardia Nacional, así como los artículos transitorios primero, octavo y noveno transitorios del decreto impugnado.

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

de si resulta válido conforme a los postulados constitucionales vigentes, que la Fuerza Armada permanente se involucre en cuestiones de seguridad pública.

En estos casos, los argumentos de la accionante, basados primordialmente en la desnaturalización de la Guardia Nacional y en la intervención de las fuerzas armadas en tareas de seguridad pública, resultaban infundados (párrafos 351 y 352), atendiendo a una interpretación sistémica por parte del órgano jurisdiccional.[10]

IV. Los métodos interpretativos empleados en la resolución

En la resolución objeto de comentario el ministro ponente emplea varios criterios interpretativos para desentrañar su objetivo principal, consistente en revisar si el Decreto de reformas tergiversa el carácter que constitucionalmente se le asignó a la Guardia Nacional en la reforma constitucional del 26 de marzo de 2019 (párrafo 47).

De esta manera, se puede advertir cómo es que cada uno de los parámetros contextuales asumidos en su estudio de fondo refieren a distintos métodos interpretativos que van desde el histórico, pasando por el sistemático, el gramatical y el teleológico.[11]

1. *Método histórico*

En el primero de los parámetros es claro que discurre por un criterio de interpretación histórico, por virtud de cual el órgano jurisdiccional constitucional desarrolla los antecedentes históricos de la Guardia Nacional, desde su in-

[10] En virtud de lo anterior, se declaró la validez de los artículos 7, fracción IX; 17, tercer párrafo; 18, cuarto párrafo; 19, fracción I; y 32 Bis, de la Ley de la Guardia Nacional. Así como 2 Bis, de la Ley Orgánica del Ejercito y Fuerza Aérea Mexicanos.

[11] De acuerdo con Adame Goddard, estos tipos de interpretación atienden al contenido del texto jurídico, desde "la interpretación conforme a lo declarado por las palabras, que suele llamarse interpretación gramatical o literal" hasta aquella que busca conocer cuál fue la intención del autor, su voluntad o querer, para lo cual puede echarse mano de la interpretación teleológica, la interpretación sistemática y la interpretación histórica, entre otras (Adame Goddard, 2021).

clusión al texto constitucional en 1824, pasando por la Constitución de 1917 y hasta la reforma que la transforma en 2019.

Bajo este contexto, se podría considerar lo expuesto por el entonces ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, que no comparte dicho criterio interpretativo, partiendo de la idea de la poca similitud que guarda la figura de la Guardia Nacional desde 1824 hasta 2019, más allá del nombre, destacando que "aquélla era una milicia de ciudadanos, ésta un cuerpo policial profesional", concluyendo que la búsqueda de líneas continuidad entre ambas figuras es un ejercicio estéril (Decreto, 2022, p. 75).

Bajo este contexto, es clara y razonable la postura del ahora exministro, toda vez que son varios los aspectos que varían entre ambas concepciones de la Guardia Nacional, sin embargo, también es cierto que el ejercicio emprendido por el ministro ponente advierte la existencia de una intencionalidad del reformador constitucional en cualquiera de los momentos abordados, que impone una constante histórica en los propósitos o en la intencionalidad del Constituyente para establecer una determinada norma constitucional y mantener el criterio que se sostenía en el ayer, "ya que todo aquello que la nueva regulación no varía o suprime de lo que entonces era dado, conlleva la voluntad de mantener su vigencia".[12]

En este sentido, el recuento histórico planteado en el primero de los parámetros contextuales permite advertir una intencionalidad clara en el reformador constitucional, de mantener a la Guardia Nacional como una institución civil, ciudadana y democrática, claramente diferenciada e independiente de cualquier órgano castrense y, es en este sentido, que en sus fundamentos más esenciales, existe coincidencia y unidad en el diseño civil de la institución desde su incorporación constitucional a nuestro sistema jurídico y hasta nuestros días.[13]

---

[12] La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido la validez del criterio histórico como forma de interpretación constitucional. Cfr. Jurisprudencia (2000).

[13] En este contexto, parece que el argumento del ministro ponente expone una visión pétrea u originalista de la constitución, toda vez que busca remitirse *"a los significados originales del texto , a su contexto histórico, al significado de las palabras de la época e incluso a los trabajos preparatorios de los redactores"…"siempre bajo dos preguntas: ¿Cuál es el significado original de lo dicho por la Constitución en X materia? y ¿Cuál sería la postura de los Padres Fundadores, redactores de la constitución, frente al problema planteado?"* Cfr. (Akhil, 2012), citado por (García López, 2018). http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1155/570

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

2. *Método sistemático*

La palabra sistemático se entiende como algo que sigue o se ajusta a un sistema; ahora bien, de acuerdo con la Real Academia se puede entender a este término como el "conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí".[14]

Acerca de este mismo método, la Primera Sala de la Corte se ha pronunciado, resaltando que

> [...] la interpretación sistemática de las normas que consiste en conferirles un significado, en atención al contexto normativo o marco legal en que se ubican, puede prevalecer, incluso, sobre el entendimiento subjetivo que el legislador les pretendió asignar a través de los trabajos preparatorios (exposiciones de motivos, dictámenes, opiniones, etcétera), siempre y cuando esa interpretación resulte coherente axiológicamente o afín a la voluntad objetiva que subyace a las normas. (Tesis, 2021)

Este método se puede observar de manera importante durante el desarrollo del estudio de fondo del ministro ponente. En un primer momento, durante el desarrollo del parámetro contextual, donde se observa la integración de la intencionalidad originaria del legislador constitucional de establecer una institución de seguridad pública desvinculada de la influencia de las fuerzas armadas, para después retomar la importancia que la protección de los derechos humanos ha cobrado, desde la reforma constitucional de 2011 y los criterios desarrollados a través de la jurisprudencia de la Corte IDH, hasta pasar por el proceso configurativo de la reforma constitucional por la que se crea la Guardia Nacional como una institución de seguridad pública de carácter civil, profesional y disciplinado.

Este tipo de interpretación permitió al tribunal constitucional concluir la existencia de una congruencia axiológica y normativa desde la perspectiva convencional, constitucional y legal en cuanto al carácter civil de la Guardia Nacional y la excepcionalidad de la participación de las fuerzas armadas en labores de seguridad pública. Este mismo análisis es planteado en un segundo momento por el ministro ponente, cuando procede a realizar el estudio particular del decreto impugnado, como ya se analizó en el apartado

[14] Real Academia Española: *Diccionario de la lengua española*, 23a. ed., [versión 23.7 en línea]. https://dle.rae.es/sistema [16 de abril de 2024].

previo y, como indica Adame Goddard, este análisis parte de la idea de que el texto, en este caso podríamos decir, el marco jurídico, "debe interpretarse como un todo" (Adame Goddard, 2021).

3. *Método textual o gramatical*

El gramatical o de la letra de la ley es el primer método interpretativo naturalmente empleado para analizar el significado de una disposición normativa. Atiende al vocabulario de las leyes, es decir, al significado común de las palabras que integran sus disposiciones en el momento en que se publicó. Siguiendo a Adame Goddard podría decirse que corresponde al "análisis de la sintaxis, con la determinación de la función que tiene cada palabra en la oración" (Adame Goddard, 2021).

Atendiendo a esta metodología, el Tribunal Pleno determinó la intencionalidad clara y sin lugar a duda de trasladar el control administrativo, operativo, presupuestal, de recursos humanos, de mando y control de la Guardia Nacional a la nómina competencial de la Sedena (párrafo 199), por lo que declaró invalidas las disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y de la Ley de la Guardia Nacional que implementaban dicho traslado administrativo, presupuestario, orgánico, funcional y de mando que el Decreto impugnado, por ser contrario al texto del artículo 21 constitucional, tanto en la garantía civil del diseño institucional de la Guardia Nacional, como en su incorporación directa a la Dependencia del ramo de la Seguridad Pública.

4. *Método teleológico*

Esta metodología busca dar un paso adicional a lo que sería el análisis gramatical del texto normativo y pretende atender a lo que habitualmente se conoce como la intensión del legislador, pero que, en todo caso, va más allá de dicha expresión, dado que se refiere a "interpretar la ley teniendo en cuenta el fin u objetivo que se pretende alcanzar con ella" (Adame Goddard, 2021).

En efecto, una parte fundamental en el análisis del Tribunal Constitucional corresponde al objetivo subyacente del diseño normativo e institucional de la Guardia Nacional, toda vez que durante el proceso de reforma constitucional de 2019, se realizaron extensos ejercicios de deliberación a través de los cuales el órgano reformador se decantó por una adscripción y depen-

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

dencia total de la Guardia Nacional a la Secretaría del ramo de seguridad pública, haciendo de ella un ente completamente civil, suprimiendo la originalmente propuesta Junta de Jefes de Estado Mayor, que repartía el control sobre dicha organización entre la Sedena, la Semar y la SSPC. [15]

Fue esta determinación de conferir permanencia al mando civil sobre la institución de referencia, la que motivó el régimen transitorio de esa reforma constitucional, acotando a una temporalidad específica la participación de las fuerzas armadas permanentes en el establecimiento de normas relacionadas con la jerarquía y la disciplina interna de la Guardia Nacional, así como la instrumentación de normas relacionadas con el ingreso, la educación, la profesionalización, los ascensos y las prestaciones, sin dejar de lado la arquitectura institucional y la facultad la SSPC de formular los programas, las políticas y las acciones de la Guardia Nacional, en términos de lo previsto en el artículo 21 constitucional. Es debido a este diseño institucional y la intencionalidad de su permamnencia en la dependencia a cargo del ramo administrativo de la seguridad pública, que se genera una limitante a la libertad configurativa del Poder Legislativo, de realizar cambios orgánicos en la administración pública y distribuir los negocios del orden administrativo a cargo de esta última.

No obstante lo anterior, aprovechando esta metodología que atiende desde una perspectiva filosófica a las causas últimas de las cosas, habría sido encomiable que el juzgador constitucional advirtiera la necesidad de buscar la paz social como fin último de la función de seguridad pública, que no se refiere únicamente a la ausencia de conflictos armados o de violencia directa, sino también a la existencia de condiciones que permiten una convivencia pacífica y ordenada (Gautling, 1996, p. 45), lo que implica la generación de una política integral en la materia, fundada en criterios de justicia social, respeto a los derechos humanos, participación ciudadana, desarrollo sostenible y poco involucramiento de fuerzas armadas en estas labores.

---

[15] Una parte verdaderamente interesante en el empleo de este criterio por parte del ministro ponente consistió en el análisis de aquello que no está expreso en la norma constitucional, para determinar el sentido de la voluntad del legislador originario o visto desde otra perspectiva, la posibilidad de haber acudido a los antecedentes legislativos, los proyectos de reforma y los debates suscitados en los órganos legislativos, para considerar aquellas figuras, instituciones o dispositivos que fueron modificados o suprimidos del texto finalmente aprobado, para integrar de manera objetiva el sentido y la intencionalidad de la norma constitucional y, consecuentemente, aquello que por simple exclusión no lo es.

V. Consideraciones finales

Los criterios vertidos por el Pleno del tribunal constitucional en la sentencia objeto de análisis nos permiten advertir la importancia que tiene la reforma constitucional de 2019 y la complejidad de la labor del órgano reformador, al crear una nueva institución de seguridad pública federal, acorde a los criterios convencionales y atenta a las demandas sociales, sin desconocer el hecho de la creciente militarización de la seguridad pública, de lo cual da cuenta el régimen transitorio de dicha reforma.

No solamente es relevante por poner de manifiesto los principios que deben observarse en el ejercicio de la función de seguridad pública; la necesidad de realizar estas actividades cumpliendo con los protocolos convencionales y garantizar en todo momento los derechos humanos de las personas.

También nos permite tener claridad respecto de la necesidad de que las instituciones a cargo de esta función pública, como es el caso de la Guardia Nacional, se encuentren constituidas, integradas y dirigidas por elementos civiles y su adscripción corresponda a la dependencia encargada del ramo administrativo de seguridad pública, permitiendo la participación de las fuerzas armadas de manera excepcional y temporal, acorde a sus disposiciones transitorias, es por ello que varias de las disposiciones del Decreto impugnado resultaron inválidas, debido a que contravenían directamente estos objetivos o bien, buscaban regularizar aquello que constitucionalmente se encuentra sujeto a una temporalidad y es considerado como algo extraordinario o excepcional.

Aun con estos criterios, es claro que en la resolución se omite expresamente la posibilidad de entrar al análisis de otras situaciones que configuran una parte importante de esta problemática, como lo es la necesidad de aportar claridad a las funciones de seguridad pública, seguridad interior y seguridad nacional, en las que aún se encuentran pendientes algunas definiciones, ámbitos competenciales y formas de actuación, incluso de coordinación, sobre todo ante la complejidad de la realidad objetiva, en la que impera la necesidad de hacer frente a organizaciones delictivas técnica y financieramente competentes, cada vez más reactivas frente al orden político, institucional, administrativo, jurídico e incluso social.[16]

[16] De acuerdo con Moloeznik "en México, la Ley Suprema consagra tres diferentes categorías de seguridad, a cada una de las cuales le corresponde un particular medio coercitivo: seguridad nacional (artículo 89, fracción VI, como obligación del presidente de la república),

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

Finalmente, si bien la resolución materia de análisis tiene por objeto desentrañar si el Decreto impugnado es contrario a la arquitectura constitucional de la Guardia Nacional a partir de 2019, lo que subyace a ese análisis es la finalidad que guardan estas transformaciones, es decir, la manera en la que el Estado mexicano da cumplimiento a una de sus funciones trascendentales, que a la vez es una de las razones de su propia existencia, es decir, la seguridad pública, que tiene como fin primordial el orden y la paz social, tal y como se menciona en varias partes de la propia sentencia, sin embargo, para lograr estos fines no es suficiente tener claridad respecto de la naturaleza civil de esta actividad, también es necesario diseñar una política pública integral, que propicie condiciones de igualdad social, combine la prevención del delito, la justicia social, el respeto a los derechos humanos y la participación ciudadana, solamente de esta manera se podrá construir una sociedad segura y pacífica, donde todos sus miembros puedan desarrollar plenamente sus potencialidades.

VI. Bibliografía

Corte IDH (2010). Caso Cabrera García y Montiel Flores VS. México. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220 (Exposición preliminar, fondo, reparaciones y costas) https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-01/1%5B1%5D.pdf

Cámara de Diputados (2018, noviembre 20). Iniciativa. *Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se reforman los artículos 13, 16, 21, 31, 32, 36, 55, 73, 76, 78, 89 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México. https://comisiones.senado.gob.mx/puntos_constitucionales/docs/convocatorias/expediente_060219.pdf

Adame Goddard, J. (2021). La interpretación de textos jurídicos. *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho* (14), 175-215.

seguridad interior (artículo 89, fracción VI, como facultad del presidente de la república) y seguridad pública (artículos 21 y 115). Sus respectivos instrumentos coercitivos son las fuerzas armadas para atender a la seguridad nacional (misión por excelencia de los militares y marinos) y a la seguridad interior (ante la ausencia de las denominadas fuerzas intermedias, como se explica más adelante), y las instituciones policiales de los tres órdenes de gobierno para garantizar la seguridad pública" (Moloeznik, 2019).

Akhil, R. A. (2012). American Constitutionalism-Written, Unwritten, and Living. *Harv. L. Rev. F.*, 126-195.

Decreto. (26 de marzo de 2019). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019#gsc.tab=0

Decreto. (9 de septiembre de 2022). *Diario Oficial de la Federación.* https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5664065&fecha=09/09/2022#gsc.tab=0

Decreto. (18 de noviembre de 2022). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_252_18nov22.pdf

Decreto de la Estrategia Nacional de Seguridad Pública. (16 de mayo de 2019). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5560463&fecha=16/05/2019#gsc.tab=0

Decreto de Ley (2019, mayo 27). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGN.pdf

García López, L. F. (2018). La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo público y lo jurídico: Teorías y casos de estudio. *Ius et Praxis*, 405.

Gautling, J. (1996). Peace and conflict, development and civilization. SAGE publications.

Gobierno Federal. (2019). Estrategia Nacional de Seguridad Pùblica presentada para aprobación del Senado de la República. https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-02-01-1/assets/documentos/Estrategia_Seguridad.pdf

Jurisprudencia. (2000). P./J. 61/2000, novena época, t. XI. Registro digital 1011616. *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*.

Moloeznik, M. P. (2019). Seguridad interior, un concepto ambiguo. *Revista IUS, 13(44), Epub*, 147-182.

Otero Varela, J. (2023). La transferencia de facultades a la Secretaría de la Defensa Nacional para el control operativo y administrativo de la Guardia Nacional. Un análisis desde el diseño constitucional del carácter civil de la Institución. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, (48), 497-519. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2023.48.18055

Real Academia Española. (2022). *Real Academia Española: Diccionario de la lengua española.* (23. ed.) https://dle.rae.es

Esta obra está bajo una *Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional*

SCJN (2023, septiembre 20). Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 137/2022. *Diario Oficial de la Federación*, p. 1/118. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5702418&fecha=20/09/2023#gsc.tab=0

SCJN (2023). *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. https://www.scjn.gob.mx/pleno/secretaria-general-de-acuerdos/versiones-taquigraficas?fecha=All&page=9

SCJN. (2023, abril 17). Sesión de Pleno. *Suprema Corte de Justicia de la Nación.* https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/versiones-taquigraficas/documento/2023-04-18/17%20de%20abril%20de%202023%20-%20versi%C3%B3n%20definitiva_1.pdf

Tesis 1a. II/2021 (10a.) (2021). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, décima época. Registro 2022675.

Cómo citar

Sistema IIJ

Otero Varela, Juan Manuel, "La Guardia Nacional. Una definición de su arquitectura institucional en el orden jurídico mexicano a partir de los criterios de interpretación empleados en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en la controversia constitucional 137/2022", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19172. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19172

APA

Otero Varela, J. M. (2025). La Guardia Nacional. Una definición de su arquitectura institucional en el orden jurídico mexicano a partir de los criterios de interpretación empleados en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en la controversia constitucional 137/2022. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19172. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19172

Cuestiones Constitucionales

Comentarios legislativos

Los riesgos a los derechos humanos por la inteligencia artificial: su intento de mitigación en la EU AI ACT

The risks to human rights posed by ai: their mitigation efforts in the EU AI ACT

Isabella **Taboada Macías**

https://orcid.org/0009-0003-0254-2348
Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: itaboada@up.edu.mx

Publicación: 28 de octubre de 2024

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19226

Resumen: Este trabajo tiene por objeto analizar la EU AI ACT que supone el primer gran intento por regular la inteligencia artificial para mitigar riesgos a los derechos humanos, analizando sus antecedentes, su regulación y ofreciendo una valoración.
Palabras clave: derechos humanos, inteligencia artificial, legislación.

Abstract: This paper aims to analyze the EU AI ACT, which represents the first attempt to regulate AI to mitigate risks to human rights, exploring its background, regulation and providing an assessment.
Keywords: human rights, artificial intelligence, legislation.

Sumario: I. Introducción. II. Hacia una regulación de la inteligencia artificial. III. La Ley de Inteligencia Artificial de la UA (EU AI ACT). IV. Valoración de la EU AI ACT. V. Referencias.

I. Introducción

La inteligencia artificial (IA) ha revolucionado diversos aspectos de la vida moderna, desde la salud y la educación hasta la seguridad y el empleo.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Sin embargo, esta tecnología emergente también plantea desafíos significativos para los derechos humanos. La capacidad de la IA para procesar grandes volúmenes de datos y tomar decisiones automatizadas puede, por un lado, potenciar derechos fundamentales como el acceso a la información y la salud; pero, por otro, puede amenazar la privacidad, la igualdad y la autonomía personal.

La intersección entre derechos humanos y la IA ha generado un debate global sobre la necesidad de regular esta tecnología para evitar abusos y garantizar que su desarrollo y uso respeten la dignidad humana. Reconociendo esta necesidad, el Parlamento Europeo legisló en la materia, en la ley conocida como EU AI ACT, en marzo de 2024, que es el objeto de este trabajo.

Dicha legislación es especialmente significativa porque no solo establece un marco legal robusto dentro de la Unión Europea, sino que también sienta un precedente a nivel global. La EU AI ACT se posiciona como un referente clave que influirá en la formulación de políticas de inteligencia artificial en otros países y regiones, promoviendo un enfoque ético y responsable en el desarrollo y uso de esta tecnología.

Para tratar esa ley, se abordará, en primer término, el camino que se siguió hacia la legislación: desde su necesidad hasta el desarrollo de normativas y principios éticos previos; posteriormente, se analizará el contenido de la ley propuesta, pata finalmente ofrecer una valoración crítica de la ley.

II. Hacia una regulación de la inteligencia artificial

La IA presenta un doble filo en el ámbito de los derechos humanos. Por un lado, puede ser una herramienta poderosa para apoyar y mejorar estos derechos; por otro, plantea riesgos significativos de transgresión. (Hernández, 2023, pp. 215 y ss.)

Lo anterior queda claro analizando derechos en particular. En el caso del derecho a la protección de la salud, la IA puede ser un aliado en tanto facilita diagnósticos precisos, previsión de riesgos, tratamientos personalizados, cirugía robótica y asistencia médica remota. Sin embargo, el uso de datos personales sensibles y la posible falta de control humano sobre decisiones automatizadas plantean preocupaciones serias sobre la integridad y autonomía del paciente. (Andrés Segovia, 2021, pp. 327 y ss.)

La IA también podría coadyuvar a mejorar el acceso a la justicia, pues ayuda a sistematizar información jurídica y predecir decisiones basadas

en precedentes. No obstante, la falta de capacidad para argumentar y garantizar decisiones justas y equitativas puede resultar en inexactitudes y en discriminación. (Nieva, 2018, p. 17) Lo mismo podría decirse en el caso de la seguridad ciudadana, donde la IA puede ser utilizada para el reconocimiento biométrico, el análisis de comportamientos y la búsqueda de personas desaparecidas, pero con el riesgo de abuso en el tratamiento de datos personales y de dependencia de sesgos discriminatorios en la vigilancia predictiva.

En el caso del derecho al trabajo, la IA puede hacerlo más efectivo, facilitando que las personas encuentren empleo de manera más eficiente y equitativa, además de que puede automatizar y mejorar los procesos de selección; pero el riesgo es el mismo: los algoritmos pueden ocultar y perpetuar sesgos discriminatorios. (Pérez López, 2023, pp. 186 y ss.)

De esta forma, aunque la IA ofrece numerosos beneficios para la sociedad, también conlleva riesgos significativos para la dignidad y los derechos humanos. Estos riesgos se intensifican especialmente en grupos vulnerables, como menores, inmigrantes y personas con discapacidad (Valle, 2023, pp. 7 y ss.). Es esencial abordar estos desafíos para asegurar que la IA contribuya positivamente al bienestar humano sin comprometer los derechos fundamentales.

Ante este panorama, desde hace años en el ámbito europeo se consideró necesario regular la IA. La Unión Europea (UE) adoptó un enfoque particular: en lugar de comenzar con normas jurídicas, decidió primero establecer principios éticos sobre la IA. Este enfoque se eligió porque los principios éticos pueden proporcionar una base sólida y flexible que guíe el desarrollo y la implementación de la IA de manera responsable.[1] Al priorizar la ética, la UE buscaba asegurar que cualquier legislación futura estuviera firmemente anclada en valores fundamentales como la dignidad humana, la justicia y la transparencia.

El primer texto del Parlamento Europeo con contenido ético significativo fue su propuesta de carta sobre robótica de 2017. Esta carta establecía que la IA debería regirse por principios éticos como la beneficencia, la no maleficencia, la autonomía del usuario, la justicia, el respeto de los derechos fundamentales, la precaución, la participación, la transparencia, la ren-

[1] El Parlamento Europeo sostuvo que eran conscientes de que las normas jurídicas no eran suficientes, y por ello afirmó que era mejor contar con "un marco ético claro, estricto y eficiente que oriente el desarrollo, diseño, producción, uso y modificación de los robots" (Resolución, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre Normas de Derecho Civil sobre Robótica).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

dición de cuentas, la seguridad, la reversibilidad de la acción, la privacidad, la maximización de beneficios y la reducción de daños.[2]

El segundo paso lo dio en 2019, cuando aprobó una resolución en la que instaba a la Comisión a revisar y adaptar la legislación europea a la nueva realidad tecnológica desde una perspectiva ética. Esta resolución proponía nuevos principios para complementar la legislación existente y enfatizaba la necesidad de una carta ética de buenas prácticas para la IA.[3]

Los siguientes pasos se dieron en 2020, cuando se emitieron dos resoluciones en las que reconocieron que el marco ético era insuficiente para proteger eficazmente los derechos fundamentales frente a la IA, especialmente en términos de privacidad, autonomía y el desarrollo normal de una sociedad democrática en el ecosistema digital. Por ello, se propuso la aprobación de un par de reglamentos con obligaciones legales uniformes para todos los Estados miembros, y de aplicación directa.[4]

El primer reglamento propuesto señalaba que "los principios éticos comunes solo son eficaces cuando están también asentados en Derecho",[5] y planteaba un anexo que identificara sectores, usos y fines de alto riesgo para los derechos humanos, tales como el empleo, la educación, la asistencia sanitaria, el transporte, la energía, la seguridad, la defensa, las finanzas y el sector público, incluyendo asilo, migración, control fronterizo, sistema judicial y servicios de seguridad social.

El segundo reglamento propuesto pretendía establecer un régimen de responsabilidad civil, tanto objetiva como subjetiva, que permitiría recla-

---

[2] En dicha resolución, de 16 de febrero de 2017, afirmó que era necesario que una futura regulación jurídica se basara "en los principios de beneficencia, no maleficencia, autonomía y justicia, así como en los principios consagrados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, como la dignidad humana, la igualdad, la justicia y la equidad, la no discriminación, el consentimiento informado, la vida privada y familiar y la protección de datos, así como en otros principios y valores inherentes al Derecho de la Unión, como la no estigmatización, la transparencia, la autonomía, la responsabilidad individual, y la responsabilidad social" (núm. 13).

[3] Resolución, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica (2018/2088(INI)). En los núms. 114-137 de ese documento se establecieron las recomendaciones para la modificación del marco jurídico.

[4] Nos referimos a la resolución 2020/2022(INI) y a la 2020/2015(INI), ambas del 20 de octubre de 2020. En la segunda de estas se afirmó que se requería de "un marco regulador operativo y plenamente armonizado en el ámbito de las tecnologías de IA", y sugirió que dicho marco adopte la forma de un reglamento y no de una directiva (núm. 3).

[5] Propuesta de reglamento del marco regulador, Considerando Y. Esa propuesta se encuentra en la 2020/2012(INL), de 20 de octubre de 2020.

mar cualquier daño, material e inmaterial, derivado del uso de la IA, incluyendo violaciones de derechos importantes jurídicamente protegidos, como la vida, la salud, la integridad física y la propiedad.[6] También se preveía un anexo que recogería los sistemas de alto riesgo, los cuales estarían sujetos a un régimen de responsabilidad objetiva, mientras que el resto seguiría bajo responsabilidad subjetiva.

Sin embargo, la Comisión Europea decidió ir más allá, y en abril de 2021 presentó una iniciativa de Ley de Inteligencia Artificial, que busca consolidar un marco legal robusto que no solo incorpore principios éticos, sino que también establezca obligaciones jurídicas claras y mecanismos de responsabilidad para proteger los derechos humanos y garantizar el uso seguro y equitativo de la IA.

III. La Ley de Inteligencia Artificial de la UA (EU AI ACT)

El itinerario antes relatado culminó con la aprobación de la legislación en comento, conocida como EU AI ACT, en marzo de 2024, con 523 votos a favor, 46 en contra y 49 abstenciones.[7] Con esta se crea un marco normativo aplicable a todos los proveedores, implantadores, fabricantes, distribuidores y demás usuarios que interactúen con sistema que sean utilizados o desarrollados en la UE. Tiene como objetivo armonizar el desarrollo, el uso y la comercialización de los sistemas de IA en la UE, la prohibición de prácticas de riesgo inaceptable, la determinación de las obligaciones tanto de los desarrolladores, como de los usuarios y/u operadores, la delimitación de las normas de transparencia, supervisión, comercialización, gobernanza, así como las medidas de apoyo a la innovación de nuevas IA.

1. *La clasificación de los sistemas de IA con base en el riesgo de los derechos humanos*

La norma define a los sistemas de IA como "un sistema basado en máquinas diseñado para funcionar con diversos niveles de autonomía y que puede

[6] La propuesta de reglamento se encuentra en la Resolución 2020/2014(INL), de 20 de octubre de 2020.

[7] Parlamento Europeo (2024). Artificial Intelligence Act: MEPs adopt landmark law. https://www.europarl.europa.eu/news/en/press-room/20240308IPR19015/artificial-intelligence-act-meps-adopt-landmark-law

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

mostrar capacidad de adaptación tras su despliegue y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere, a partir de la entrada que recibe, cómo generar salidas tales como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones que pueden influir en entornos físicos o virtuales" (artículo 3o.), y los clasifica en función de su riesgo hacia los derechos humanos en cuatro categorías: los de riesgo inaceptable, los de riesgo alto, los de riesgo limitado y los de riesgo mínimo para los derechos.

A. *Sistemas de riesgo inaceptable para los derechos*

De acuerdo con el artículo 5o. de la ley, son sistemas de riesgo inaceptable aquellos que incluyen prácticas como el despliegue técnicas subliminales que resulten manipuladoras o engañosas en la toma de decisiones del consumidor; los que exploten vulnerabilidades; los sistemas de categorización biométrica y/o evaluación, clasificación y puntuación de persona con el fin de evaluar o predecir el riesgo de que una persona física cometa un delito; los sistemas que busquen inferir emociones de una persona en los ámbitos del lugar de trabajo en de las instituciones educativas (salvo por razones médicas o de seguridad). Esos sistemas quedan prohibidos.

También proscribe la compilación de bases de datos de reconocimiento facial mediante el raspado no selectivo de imágenes faciales de Internet o de grabaciones de CCTV, y la identificación biométrica a distancia "en tiempo real" con fines policiales, a menos que sea estrictamente necesaria para búsqueda especifica de víctimas de algún delito como secuestro o trata de personas, para la prevención de alguna amenaza especifica, o para la localización de una persona sospechosa de alguna infracción penal.

En esos casos de excepción se requiere de una autorización para operarlos para valorar tanto la naturaleza de la situación (evaluando la magnitud del perjuicio causado en caso de no ser utilizada), como las consecuencias de la utilización para las personas afectadas. Por ello, antes de su aplicación, la policía debe completar una evaluación de impacto sobre los derechos fundamentales y registrar el sistema en la base de datos de la UE (salvo en casos de urgencia) ajustándose a una serie de condiciones temporales, geográficas y personales de las legislaciones nacionales.

B. *Sistemas de riesgo alto*

Por otra parte, en la norma se regulan los sistemas de riesgo alto. En estos encontramos aquellos destinados a utilizarse como componente de seguri-

dad y que deba someterse a una evaluación de la conformidad por terceros con arreglo a la legislación de armonización de la UE, así como los sistemas enumerados en el anexo III, que son los relacionados con el uso de datos biométricos, infraestructuras críticas (suministro de agua, gas, calefacción y electricidad), educación y formación profesional, empleo, gestión de trabajadores y acceso al autoempleo, prestación de servicios esenciales, tanto públicos como privados, fuerzas y cuerpos de seguridad (siempre que el uso esté permitido por la legislación nacional), gestión de migración, asilo y control de fronteras, administración de justicia y procesos democráticos (artículo 6o.).

En estos casos no hay una prohibición absoluta, pero si una intensa regulación, que incluye que los sistemas deben:

a) Establecer un sistema de gestión de riesgos que será revisada y actualizada de manera periódica y sistemática a lo largo de todo el ciclo de la vida del sistema de IA (artículo 9o.);
b) Elaborar documentación técnica antes de su comercialización o puesta en servicio para demostrar a la autoridad que el sistema cumple los requisitos establecidos y proporcione a las autoridades nacionales competentes y a los organismos notificados la información necesaria de forma clara y completa (artículo 11);
c) Dar mantenimiento de registros a fin de garantizar un nivel de trazabilidad del funcionamiento del sistema de IA (artículo 12);
d) Ser totalmente trasparentes en el suministro de información a los empresarios, lo que implica que deberán ser acompañados de instrucciones de uso, cuya información será accesible y comprensible para los usuarios (artículo 13);
e) Contar con supervisión humana para prevenir o reducir los riesgos a la salud, seguridad o derechos fundamentales; (artículo 14);
f) Cumplir con los estándares de precisión, robustez y ciberseguridad, y
g) Los sistemas que hagan uso de técnicas que impliquen el entrenamiento de modelos con datos deberán de llevar a cabo la gobernanza de los datos garantizando su validación y evitando, en medida de los posible, errores (artículo 10).

Este es un caso muy claro de regulación para respetar los derechos humanos que, como se apuntó anteriormente, pueden ponerse en riesgo con la IA. Especial énfasis se pone en el tema de la seguridad y de la vigilancia,

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

con el objeto de no vulnerar los derechos a la privacidad y a la intimidad de las personas, sino que, por el contrario, puedan desarrollarse libremente.

C. *Sistemas de riesgo limitado y mínimo*

Cuando el sistema no supone un riesgo significativo a la salud, seguridad o derechos humanos de las personas, es decir, cuando está destinada a realizar una tarea procedimental limitada, mejorar resultados de una actividad humana o detectar patrones, el proveedor deberá presentar los documentos necesarios para una evaluación y registro antes de comercializarlo o ponerlo en servicio. (artículo 52).

Además, la ley establece las obligaciones de los proveedores e implantadores de sistemas que, de manera enunciativa más no limitativa, incluye disponer de un sistema de gestión de calidad, conservar la documentación y registros generados, garantizar que el sistema se someta al procedimiento de evaluación, cumplir con las obligaciones de registro y transparencia, entre otras (artículos 53 y 54).

Estos modelos, considerados de propósito general, pueden suponer un riesgo sistemático, lo cual es determinado bien mediante una evaluación de si sus metodologías y técnicas son adecuadas; o bien, cuando así lo dispone la comisión de oficio o tras una alerta cualificada de la Comisión Técnica Científica. En este segundo supuesto, la alerta da lugar a que, en respeto a la garantía de audiencia, el proveedor pueda ofrecer pruebas de que no hay un riesgo sistemático, tras lo cual, decidirá la comisión. En cualquier caso, se debe publicar un listado de modelos de IA de propósito general con riesgo sistemático, que debe estar actualizado.

De cualquier manera, sean o no de riesgo sistemático, los proveedores de modelos de IA de propósito general cuentan con una serie de obligaciones, entre las cuales se encuentra elaborar y mantener actualizada la documentación técnica del modelo, proporcionar información y documentación a los proveedores de sistemas de IA que busquen integrar el modelo a sus sistemas, respetar la legislación de la Unión, publicar un resumen detallado sobre el contenido utilizado para entrenar el modelo de IA de propósito general, designar a un representante autorizado y cooperar con la comisión y las autoridades nacionales, entre otras (artículo 53).

A estas obligaciones se les suman otras, en caso de que se trate de un modelo de riesgo sistemático, pues en tal caso los proveedores deben realizar la evaluación del modelo, mitigar los posibles riesgos, documentar y comu-

nicar incidentes graves y garantizar un nivel adecuado de protección de la ciberseguridad (artículo 55).

2. *Autoridades, obligaciones*

El paso de la regulación ética a la jurídica supuso la necesidad de normar a las autoridades y sus competencias para la debida implementación de la EU AI ACT. En concreto, en las secciones 4 y 5 del capítulo III, se determina quienes serán las autoridades competentes para notificar y los organismos notificados que se encargarán de establecer y aplicar los procedimientos para la evaluación, designación y notificación de organismos de evaluación.

Asimismo, en el capítulo VII se determina la gobernanza a escala de la Unión, para lo cual se crea la "Oficina Europea de Inteligencia Artificial", en el seno de la comisión, como encargada de supervisar la aplicación de la ley. Se destaca la función clave de la oficina será la facilitación de la elaboración de códigos de buenas prácticas a nivel europeo, abordando distintas cuestiones como la actualización de información, identificación y gestión de riesgos, y la participación de todos los interesados.

De igual forma, se crea una "Junta Europea de Inteligencia Artificial", cuyo consejo estará compuesto por un representante de cada Estado miembro (electo por su estado por un periodo de 3 años) y deberán asistir el Supervisor Europeo de Protección de datos y la oficina de AI en calidad de observadores sin tomar parte en las votaciones. Este Consejo deberá de manera enunciativa, contribuir a la coordinación entre autoridades nacionales competentes responsables de la aplicación del reglamento, recopilar y compartir conocimientos técnicos y reglamentarios, asesorar en la aplicación del reglamento, contribuir a la armonización de las prácticas administrativas de los Estados miembros, emitir recomendaciones y dictámenes relativos al reglamento, apoyar a la promoción de la alfabetización en la IA, la conciencia pública y comprensión de beneficios, riesgos, salvaguardias y desechos y obligaciones en relación al uso de sistemas de IA, facilitar el desarrollo de criterios comunes y contribuir y cooperar con otras instituciones, órganos u organismos de la Unión, así como con las autoridades competentes de terceros países.

Por otra parte, se creará un "foro consultivo" para asesorar y proporcionar conocimientos técnicos a la junta y la comisión. Este foro consultivo será designado por la comisión y representarán una selección equilibrada de las partes interesadas (la industria, las nuevas empresas, las PYMES, la sociedad civil y el mundo académico). La Agencia de los Derechos Fundamenta-

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

les, la Agencia de Ciberseguridad de la Unión Europea, el Comité Europeo de Normalización (CEN), el Comité Europeo de Normalización Electrotécnica (CENELEC) y el Instituto Europeo de Normas de Telecomunicación (ETSI) serán miembros permanentes del foro consultivo. También podrá crear subgrupos permanentes o temporales, para examinar cuestiones específicas, relacionadas con los objetivos del reglamento.

Asimismo, contempla un "grupo científico" expertos seleccionados por la comisión sobre la base de conocimientos científicos o técnicos actualizados en el ámbito de la inteligencia artificial.

En cualquier caso, los Estados miembros de la Unión tienen también un papel que jugar. Por ello, la ley reconoce que seguirán existiendo espacios propios de regulación de cada Estado, y que cada miembro vele por establecer una autoridad nacional que proporcionen un entorno controlado que fomente la innovación y facilite el desarrollo de los sistemas de IA, mejoren la seguridad jurídica para lograr el cumplimiento normativo, apoyen al intercambio de buenas prácticas, faciliten la cooperación transfronteriza entre las autoridades nacionales y la divulgación pública de información.

IV. Valoración de la EU AI ACT

La Ley de Inteligencia Artificial de la UE ha generado opiniones diversas. Por una parte, organizaciones civiles de protección de los derechos humanos en los entornos digitales, como "Access Now", han expresado su inconformidad con el texto. (Access Now, 2024) Esta organización destaca que, debido a la presión ejercida por la industria tecnológica, la ley presenta numerosas lagunas y excepciones, lo que socava su objetivo de proteger los derechos humanos. Señala, además, que la legislación no prohíbe algunos de los usos más peligrosos de la IA, como el reconocimiento facial en espacios públicos sin un control adecuado, y exime a las autoridades policiales y migratorias de importantes requisitos de transparencia, y esta omisión puede dar lugar a prácticas discriminatorias, y erosionar la confianza pública en la aplicación de estas tecnologías. Además, la ampliación de la exención de seguridad nacional más allá de lo permitido en los tratados de la UE plantea preocupaciones sobre posibles abusos y falta de rendición de cuentas en contextos sensibles como la vigilancia estatal y la seguridad fronteriza, lo cual podría agravar los riesgos en el ámbito migratorio.

Por otro lado, hay quienes consideran que la legislación representa un marco jurídico sólido y exhaustivo. Los defensores de la ley argumen-

tan que adopta un enfoque innovador que permitirá sentar las bases para una regulación integral de la inteligencia artificial. Destacan aspectos positivos como la clasificación de los sistemas de IA por niveles de riesgo, que establece requisitos específicos y proporcionales para diferentes aplicaciones, promoviendo así un uso seguro y ético de la tecnología. Sin embargo, también reconocen que la ley presenta áreas de mejora, particularmente en la falta de regulación del uso de la IA en el ámbito militar, un aspecto crítico dado el potencial uso indebido de estas tecnologías en conflictos armados y operaciones bélicas, lo que podría tener implicaciones graves para la seguridad internacional y los derechos humanos. (Burlacu, F. y Lută, G., 2023)

Además, existen preocupaciones más específicas en diversos sectores. En el ámbito del derecho de daños, se debate cómo la ley aborda la responsabilidad y compensación en casos de perjuicio causado por sistemas de IA, lo que podría complicar la protección de los derechos de los afectados (Chamberlain, J., 2023). En el sector de la robótica, se señala que la legislación no contempla de manera suficiente los desafíos éticos y de seguridad que surgen con el desarrollo y despliegue de robots avanzados, lo cual es crucial para prevenir riesgos asociados con la autonomía y la toma de decisiones por parte de las máquinas (Gallese Nobile, 2023). En cuanto a los sistemas eléctricos, se ha planteado que la integración de la IA expone cuestiones sobre la seguridad y la resiliencia de infraestructuras críticas, y la ley aún no proporciona un marco adecuado para mitigar posibles amenazas en este campo (Niet, I., van Est, R., y Veraart, F., 2021).

Desde mi perspectiva, la Ley de Inteligencia Artificial de la UE debe ser valorada positivamente como la primera legislación de este tipo en el mundo. Este logro es significativo porque establece un precedente global para la regulación de la inteligencia artificial. Aunque no es perfecta, representa un primer paso crucial en la dirección correcta.

La ley pone énfasis en el respeto a la dignidad de las personas, y eso es algo que debe celebrarse. Teniendo claridad en ese valor, pueden desprenderse una serie de principios generales regulatorios que garanticen los derechos humanos. Entrar en más detalles puede ser complicado por la naturaleza compleja y en rápida evolución de la IA. Es necesario que la regulación sea flexible y capaz de adaptarse a los cambios, garantizando que los derechos sean el auriga de la regulación.

No podemos perder de vista que se trata de una regulación pionera, y por ello la UE ha asumido un reto considerable: regular una tecnología en rápida evolución que presenta desafíos técnicos, éticos y sociales complejos.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La complejidad de esta tarea no debe subestimarse: la IA es una tecnología multifacética que afecta a múltiples sectores y aspectos de la vida cotidiana, y su regulación requiere un equilibrio delicado entre fomentar la innovación y proteger los derechos humanos.

Es natural que, como primera ley de su tipo, la legislación presente lagunas y áreas que requieran refinamiento. Sin embargo, su principal valor radica en haber abierto un debate menos abstracto sobre cómo debe regularse la inteligencia artificial. Este debate es esencial no solo para perfeccionar la propia ley, sino también para guiar futuras legislaciones a nivel nacional en los distintos estados miembros de la UE y en otras naciones. La ley ha proporcionado un marco sobre el cual se pueden construir normas más detalladas y específicas, y la crítica constructiva y el debate público serán fundamentales para su evolución y mejora continua.

La implementación de esta ley permitirá identificar áreas de oportunidad y aspectos que necesitan ajustes o clarificaciones. La práctica revelará cómo los principios generales pueden aplicarse en contextos específicos y cómo los distintos actores, desde gobiernos hasta empresas y ciudadanos, interactúan con la legislación.

El debate en torno a la EU AI ACT es esencial no solo para identificar y corregir sus deficiencias, sino también para enriquecer la conversación sobre la vigencia de los derechos humanos en entornos digitales. Es fundamental que en todo momento se priorice la dignidad y los derechos de las personas. La inteligencia artificial tiene el potencial de transformar radicalmente nuestras vidas, pero también presenta riesgos significativos si no se maneja con cuidado.

V. Referencias

Access Now (2024), The EU AI Act: a failure for human rights, a victory for industry and law enforcement. https://www.accessnow.org/press-release/ai-act-failure-for-human-rights-victory-for-industry-and-law-enforcement/

Andrés Segovia, B. (2021). El reinicio tecnológico de la inteligencia artificial en el servicio público de salud. *Ius et Scientia*, *7*(1).

Burlacu, F. y Lută, G. D. G. (2023). The crucial importance of the European Union AI Act as the world's first regulation on artificial intelligence. *Journal of Information Systems & Opera-*

tions Management. https://www.proquest.com/scholarly-journals/crucial-importance-european-union-ai-act-as/docview/2973458065/se-2
Chamberlain, J. (2023). The risk-based approach of the European Union's proposed artificial intelligence regulation: some comments from a tort law perspective. *European Journal of Risk Regulation*. https://doi.org/10.1017/err.2022.38
Gallese Nobile, C. (2023). Regulating smart robots and artificial intelligence in the European Union. *Journal of Digital Technologies and Law*, 1(1), 33-61. https://doi.org/10.21202/jdtl.2023.2
Hernández, M. (2023). Los retos constitucionales de la inteligencia artificial. Prospectiva, debilidades y fortalezas de los paradigmas vigentes, en Soberanes, J. y Garduño, G., *La interacción de las redes sociales, la tecnología y los derechos humanos*. Eunsa.
Niet, I., Van Est, R. & Veraart, F. (2021). Governing AI in electricity systems: reflections on the EU artificial intelligence Bill. *Frontiers in Artificial Intelligence*, (4). https://doi.org/10.3389/frai.2021.690237
Nieva, J. (2018). *Inteligencia artificial y proceso judicial*, Marcial Pons.
Pérez López, J. I. (2023). Inteligencia artificial y contratación laboral. *Revista de estudios jurídico-laborales y de seguridad social (REJLSS)*, (7), 186-205.
Valle Escolano, R. (2023). Inteligencia artificial y derechos de las personas con discapacidad. *Revista Española de Discapacidad*, *11*(1).

Cómo citar

Sistema IIJ

Taboada Macías, Isabella, "Los riesgos a los derechos humanos por la inteligencia artificial: su intento de mitigación en la EU AI ACT", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19226. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19226

APA

Taboada Macías, I. (2025). Los riesgos a los derechos humanos por la inteligencia artificial: su intento de mitigación en la EU AI ACT. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19226. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19226

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La Guardia Nacional. Su transformación constitucional como Fuerza Armada permanente dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional con funciones de apoyo a la seguridad pública

The National Guard. Its constitutional transformation as a permanent armed force dependent on the Secretariat of National Defense with functions of supporting public security

Juan Manuel **Otero Varela**

https://orcid.org/0000-0003-0319-4093
Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: jmaotero@up.edu.mx

Publicación: 8 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19782

Resumen: A dos años de su creación, se modifica el diseño constitucional de la Guardia Nacional, para ser considerada parte de la Fuerza Armada permanente dependiente operativa y administrativamente de la Secretaría de la Defensa Nacional, con funciones de apoyo a la seguridad pública, reconociendo a su personal las mismas prestaciones, deberes, restricciones y jurisdicción que corresponden a las fuerzas armadas.
Palabras clave: Guardia Nacional; seguridad pública; Fuerza Armada permanente; transferencia de facultades; institución de seguridad pública; militarización.

Abstract: Two years after its creation, the constitutional design of the National Guard is modified, to be considered part of the permanent Armed Force operationally and administratively dependent on the Secretariat of National Defense, with functions of supporting public security, recognizing its personnel the same benefits, duties, restrictions and jurisdiction that correspond to the armed forces.
Keywords: National Guard; public safety; permanent Armed Force; transfer of powers; public security institution; militarization.

Sumario: I. Introducción. II. Varios diagnósticos y una narrativa. III. Las nuevas adecuaciones constitucionales a la Guardia Nacional. IV. Las reformas presidencialistas. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

I. Introducción

El 5 de febrero de 2024, el presidente Andrés Manuel López Obrador presentó al Congreso de la Unión una veintena de iniciativas de reforma al texto constitucional, entre las cuales se encontraba una Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se Reforman y Adicionan diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en Materia de Guardia Nacional, misma que fue recibida y publicada en la *Gaceta Parlamentaria* para el trámite correspondiente (Secretaría de Gobernación, 2024).

El proyecto establecía como diagnóstico el incremento de violencia que ha vivido nuestro país en los últimos años y el crecimiento, diversificación, infiltración institucional y empoderamiento que ha tenido el crimen organizado durante este periodo, además de la necesidad de fortalecer las instituciones de seguridad y dotar a las fuerzas armadas de un marco jurídico de actuación como auxiliares en la actividad de seguridad pública.

Es en virtud de esta problemática que combina la violencia, la descomposición y la corrupción institucional, que el entonces titular del Ejecutivo Federal avanzó un paso adicional al esquema organizacional de la Guardia Nacional planteado en su Estrategia Nacional de Seguridad Pública para el período 2018-2024 (Ejecutivo Federal, 2019) y en su Programa Nacional de Seguridad Pública 2022-2024 (Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, 2022),[1] para proponer la adscripción directa de este instituto de seguridad como parte de la estructura y organización de la Secretaría de la Defensa Nacional (SEDENA),[2] reconociéndola como una Fuerza Armada

[1] La propuesta original del Ejecutivo Federal con relación al diseño institucional de la Guardia Nacional la encontramos en estos dos documentos y consistía básicamente en crearla como una institución de naturaleza dual, adscrita a la Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana, con un órgano de mando estratégico y táctico, integrado por una Junta de Jefes de Estado Mayor, compuesto por integrantes de la dependencia de los ramos de Seguridad, Defensa Nacional y Marina. (Ejecutivo Federal, 2019, pp. 40-45).

[2] La intención del Ejecutivo de readscribir funcional y operativamente a la Guardia Nacional no es novedosa, ya durante su administración, el presidente López Obrador había logrado pasar por el Congreso Federal una reforma en ese mismo sentido, que concluiría con el Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal; de la Ley de la Guardia Nacional; de la Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, y de la Ley de Ascensos y Recompensas del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en materia de Guardia Nacional y Seguridad Pública, que fue publicado en el Diario Oficial de la Federación del 9 de septiembre de 2022 y cuyo texto fue invalidado mediante la Controversia Constitucional 137/2022. Para una lectura de la resolución recomiendo un trabajo previo (Otero Varela, 2025).

permanente con funciones de apoyo a la seguridad pública, reconociendo a su personal las mismas prestaciones, deberes y restricciones que corresponden a las fuerzas armadas, entre otros aspectos.

La iniciativa fue recibida por la LXV legislatura que, a pesar de contar con una mayoría del partido oficial y sus aliados políticos, no contaba con el número necesario de votos para aprobar las modificaciones constitucionales presentadas por el Ejecutivo; sin embargo, pocos meses después, derivado del proceso electoral de julio de 2024, por el que se relevó no solamente al titular del Ejecutivo, sino también a los miembros del Congreso federal, el mes de septiembre entró en funciones la LXVI legislatura, con una amplia mayoría de MORENA y sus aliados políticos, haciendo asequibles los votos necesarios para aprobar prácticamente sin necesidad de mayores consensos ni modificaciones el proyecto de Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123 y 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional, mismo que previa aprobación, prácticamente inmediata de las legislaturas estatales, fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de septiembre de 2024, justo el último día del mandato presidencial de Andrés Manuel López Obrador. (Secretaría de Gobernación, 2024)

Lo anterior, además de las implicaciones y efectos que la reforma conlleva por sí misma, nos lleva a otro tema que no está directamente relacionado con el contenido objetivo de la misma, sino con su proceso reformador, que finalmente concretó estas modificaciones constitucionales que a pesar de haber sido aprobadas por una mayoría abrumadora en el Congreso de la Unión y en las legislaturas locales, dominados por MORENA y sus aliados políticos, contrasta radicalmente con la reforma constitucional de 2019 (Ejecutivo Federal, 2019), que dio acta de nacimiento a la Guardia Nacional, cuyo proceso fue ampliamente discutido, debatido y consensado no solamente entre las fuerzas políticas, sino que también fue abierto a la participación de las organizaciones de la sociedad civil, la academia y diversos organismos internacionales, lo que finalmente nos hace reflexionar acerca de estas formas de proceder del poder y de la legitimidad de su actuación.

II. Varios diagnósticos y una narrativa

Conocer las razones de una reforma legal es algo fundamental para cualquier operador jurídico, la *ratio legis* del poder reformador nos permite conocer

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

la necesidad de un nuevo cuerpo normativo o bien, la razón que legitima y justifica su modificación (Marina Grosso).[3]

En este sentido, el proyecto de reformas en materia de Guardia Nacional presentado por el Ejecutivo plantea dos grandes objetivos, el primero de ellos se encuentra dirigido a "fortalecer las capacidades del Estado" (Ejecutivo Federal, 2024, p. 1), es decir, al mejoramiento de las cualidades de los órganos públicos a cuyo cargo se encuentran las labores de seguridad ciudadana, a partir de la garantía del orden público, la vigencia del Estado de Derecho y el goce efectivo de los derechos humanos.

El segundo de los objetivos de la reforma consiste en brindar un marco o andamiaje jurídico que "[...]brinde certeza a la participación auxiliar, extraordinaria y complementaria de las Fuerzas Armadas en tareas de seguridad pública, a fin de hacer frente a la violencia y la inseguridad generadas, principalmente por el crimen organizado" (Ejecutivo Federal, 2024, p. 1).

1. *Los problemas*

El diagnóstico del Ejecutivo Federal se encuentra encaminado a destacar varios derroteros, que sin duda alguna llevan una buena carga de razón en sus argumentos, aunque no por ello, bastante ideologizados, puesto que se detalla el desastre en el que nos han colocado las estrategias contra el crimen y la inseguridad instrumentadas por administraciones anteriores a 2019, sin considerar los resultados arrojados hasta ese momento por la administración lopezobradorista.

El punto central del diagnóstico se sitúa en la descomposición institucional de los cuerpos de seguridad pública federales y un debilitamiento de los estatales y municipales, lo que trae como consecuencia la necesidad de adscribir a la Guardia Nacional a la Secretaría de la Defensa Nacional.

Para efectos de lo anterior, en la iniciativa se destacaron todas las estrategias de seguridad seguidas desde 1990, bajo la presidencia de Ernesto Zedillo hasta 2006, que se generó la estrategia de combate frontal al crimen organizado, conocida como "guerra contra el narcotráfico", instaurada por el presidente Felipe Calderón, que fue continuada hasta 2018 por el presidente

[3] Existen varios trabajos que permiten comprender las razones y la importancia que tiene la fundamentación de una disposición normativa, algunos de ellos atienden a los aspectos principales, técnicos y jurídicos que motivan su aprobación, así como los problemas y razones de orden social, político o económico que las propician (Pérez Bourbon, 2007, pp. 169-177).

Enrique Peña Nieto, destacando que a partir de esta última estrategia "fallida" se generaron varios efectos negativos, como la descomposición institucional de las corporaciones de seguridad en todos los ámbitos, la falta de coordinación entre instituciones y ámbitos de gobierno, la infiltración del crimen organizado en las organizaciones policiales, actuaciones al margen de la ley y desviación de recursos, además de la más grave crisis social y de derechos humanos en la historia de nuestro país.

Otras dos variantes del diagnóstico giran en torno al fortalecimiento de las organizaciones criminales que, por un lado, se han diversificado a otras actividades ilícitas, como la extorsión, el secuestro, la trata de personas; el reclutamiento forzado y explotación de menores, adolescentes y migrantes; robo de hidrocarburos y tráfico de flora y fauna silvestre, entre otras señaladas en el documento, además de que dichas organizaciones operan no solamente como verdaderas corporaciones con una estructura, organización y disciplina de tipo militar, con una infraestructura muy similar a la de la Armada permanente.

El problema de este diagnóstico es su parcialidad, pareciera que la historia violencia e inseguridad se hubiera detenido con los sexenios previos a 2018, incluso se plantea el cambio de estrategia en materia de seguridad de la presidencia de López Obrador bajo una mejoría sustentada en la disminución de denuncias que sobre la materia se han presentado ante la Comisión Nacional de Derechos Humanos, además de afirmar la existencia de la obligación constitucional de respetar los derechos humanos de las corporaciones policiacas, de acuerdo con las reformas previas al artículo 21 constitucional y los índices de confiabilidad institucional sobresalientes que tienen la Marina y el Ejército, a quien estaría confiada la Guardia Nacional.

Sin embargo, se dejan de lado otras métricas, incluso gubernamentales, que dejan ver el fracaso de la política de seguridad del lopezobradorismo, que según los datos del INEGI, durante el gobierno del presidente Calderón hubo 120,463 homicidios; en el de Peña Nieto 156,006, mientras que en los primeros cinco años del sexenio de López Obrador se contabilizaron 176,574 homicidios (Ciudadanos Observando, 2024).

Hasta julio 2024, los resultados de IPSOS arrojan que el crimen y la violencia ocupan el segundo lugar dentro de las preocupaciones más relevantes a nivel mundial, con un 30% de los encuestados; mientras que en el caso mexicano este mismo rubro encabeza la lista con un índice del 57%, muy por encima de otras preocupaciones como la pobreza, la desigualdad o la corrupción incluso (IPSOS, 2024).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

La violencia, la inseguridad, el crimen son claramente uno de los males que más han azotado a nuestro país, surcando buena parte de nuestro territorio de profundas heridas a nivel social y económico, además de minar el estado de derecho y la credibilidad en las instituciones públicas de todos los órdenes de gobierno, sin embargo, esta situación no cambió con la administración del presidente López Obrador, basta con revisar los resultados de la Encuesta Nacional de Seguridad Pública Urbana (ENSU), que hace apenas unos meses, para el mes de junio de 2024, un 59.4% de la población de 18 años y más consideró inseguro vivir en su ciudad.

2. *Las necesidades*

Una de las principales necesidades planteadas por el Poder Ejecutivo en la exposición de motivos es la de establecer un trabajo coordinado de las fuerzas armadas, en la operación de la Guardia Nacional, dotándola de una identidad institucional e infraestructura propia, además de una organización definida, capacitación y profesionalización, además de la disciplina, valores y elementos que rigen la actuación de sus elementos, haciendo valer el alto nivel de confiabilidad que la población ha depositado tanto en la SEDENA, como en la Secretaría de Marina (SEMAR), debido a su lealtad, institucionalidad y disciplina, haciendo de dichas dependencias "los más sólidos pilares para la pervivencia y continuidad del orden constitucional, así como para la estabilidad política y social y la gobernabilidad del Estado mexicano" (Secretaría de Gobernación, 2024, p. 11).

En consecuencia con lo anterior, la iniciativa destaca la necesidad de la existencia de "reglas claras del funcionamiento de este cuerpo policial", que con motivo de la reforma planteada se sujetará a las obligaciones y responsabilidades de de las corporaciones de origen castrense, pero también podrá gozar de las mismas prestaciones y beneficios salariales y de seguridad social conforme a los grados que obtengan. Esta es, precisamente, una de las razones más importantes de la reforma, es decir, la posibilidad de que los elementos que han sido transferidos a la Guardia Nacional puedan contar con prestaciones, jerarquía y oportunidades similares a las del resto de las fuerzas armadas.

Uno de los temas que mayores problemáticas representaba la reforma de 2019, fue precisamente el relacionado con la administración y operación del personal adscrito a la Guardia Nacional, precisamente la falta de un andamiaje jurídico que pudiera hacer compatible la estructura y las prestacio-

nes propias de una corporación de naturaleza civil, con las de un cuerpo de carácter militar, cumpliendo así con el segundo de los objetivos previstos, en el sentido de brindar un marco jurídico adecuado para la operación de esta institución.

III. Las nuevas adecuaciones constitucionales a la Guardia Nacional

En los últimos cinco años se han promovido tres reformas constitucionales que involucran modificaciones relevantes en materia de seguridad y que afectan el texto del artículo 21 constitucional, entre otros.

Fue el propio presidente López Obrador quien ha promovido dos de ellas, buscando en primer orden, la creación de la Guardia Nacional, originalmente como una institución policial de carácter civil, adscrita a la secretaría del ramo de seguridad pública, pero conformada temporalmente y de manera transitoria, por personal proveniente en su mayoría por personal de la Fuerza Armada permanente. Como he destacado en trabajos previos:

> Esta disposición dio paso a la militarización de facto de la Guardia Nacional, debido a que desde el personal de mando hasta el operativo de la corporación se integró, en su mayoría, por elementos activos de las Fuerzas Armadas, transferidos o adscritos a la corporación, con la finalidad de dar una respuesta práctica y operativa frente a los altos índices de delincuencia de nuestro país; combatir el crimen organizado y restituir el orden público. (Otero Varela, 2025, p. 508)

Adicionalmente, se obtuvo la autorización del Congreso general para disponer de las secretarías de la Defensa Nacional y de Marina en tareas de seguridad pública, de manera extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria, en una primera instancia hasta por 5 años contados a partir del 27 de marzo de 2019 (Ejecutivo Federal, 2019, Quinto Transitorio) y después, hasta por 9 años (Ejecutivo Federal, 2022), con la reforma al mismo transitorio que la implementó, dejando en suspenso la prohibición que hasta antes de esta reforma establecía del artículo 129 constitucional, en el sentido de que "en tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tengan exacta conexión con la disciplina militar"

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Con esta primera reforma se advierte aun la intención, tanto del Gobierno Federal, como del Congreso de la Unión, de observar las prevenciones que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en el *caso Alvarado Espinosa y otros vs. México*, en el que se destacó que el mantenimiento del orden público interno y la seguridad ciudadana deben estar primariamente reservados a los cuerpos policiales civiles. No obstante, cuando excepcionalmente intervengan en tareas de seguridad, la participación de las fuerzas armadas debe ser: *a)* extraordinaria, de manera que toda intervención se encuentre justificada y resulte excepcional, temporal y restringida a lo estrictamente necesario en las circunstancias del caso; b) subordinada y complementaria, a las labores de las corporaciones civiles, sin que sus labores puedan extenderse a las facultades propias de las instituciones de procuración de justicia o policía judicial o ministerial; *c)* regulada, mediante mecanismos legales y protocolos sobre el uso de la fuerza, bajo los principios de excepcionalidad, proporcionalidad y absoluta necesidad y de acuerdo con la respectiva capacitación en la materia, y *d)* fiscalizada, por órganos civiles competentes, independientes y técnicamente capaces (Secretaría de Gobernación, 2019).

Con la segunda de las reformas implementadas, que corresponde con la que es objeto del presente trabajo, se busca marchar de un esquema temporal o extraordinario que previsto en el régimen transitorio de la reforma constitutiva de la Guardia Nacional, publicada en 2019, a un esquema que brinde permanencia a la participación de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública, brindando un marco jurídico permanente a la militarización de esta función primaria del Estado.

Esta forma de hacer ordinario lo extraordinario se hace patente principalmente en la reforma de los artículos 21, 89, fracciones VI y VII y 129 del texto constitucional. En el primero de los preceptos invocados, se transfiere la Guardia Nacional a la Secretaría de la Defensa Nacional, dando sustento jurídico permanente a aquello que en 2019 se consideraba transitorio, puesto que destaca su integración de origen militar, aunque precisa su formación policial y su objetivo primario, consistente en ejecutar la Estrategia Nacional de Seguridad Pública en el ámbito de su competencia.

En el segundo de los preceptos de referencia se precisa, por una parte, la nueva carta de naturalización de la Guardia Nacional, destacando su pertenencia a la Fuerza Armada permanente, al igual que el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, quedando a cargo del presidente la facultad de disponer de estos cuerpos para la seguridad interior y la defensa exterior de la Federa-

ción. Una vez definida la Guardia Nacional como parte de la Fuerza Armada, la fracción VII, del mismo 89 constitucional, faculta también al presidente para disponer de dicha fuerza en tareas de apoyo a la seguridad pública, en los términos que señale la ley. Esta última fracción se concatena con el mencionado artículo 129 constitucional que suprime la prohibición expresa a las fuerzas armadas para realizar actividades distintas de las estrictamente militares en tiempo de paz, acotando su actuación a lo previsto en la propia Constitución federal, así como las leyes que de ella emanen.

Con este paso se abre un candado que constreñía a los órganos políticos a destinar a las corporaciones armadas a actividades que son propias de la vida castrense, dejando en manos del legislador ordinario la posibilidad de atribuir funciones adicionales a las que son propias o naturales de una autoridad de naturaleza militar, pudiendo incluso militarizar funciones que tradicionalmente correspondían a las autoridades civiles, como es el caso de la seguridad ciudadana.

Lo anterior es congruente con las modificaciones realizadas al artículo 73, fracciones XXXI y XXXII, que faculta al Congreso de la Unión a expedir leyes que regulen y establezcan requisitos y límites para la participación del Ejército, Armada y Fuerza Aérea en materia de seguridad interior y en tareas de apoyo a la seguridad pública, además de todas aquellas que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por la Constitución a los poderes constituidos.

También se modifica el artículo 13 constitucional, que si bien sujeta a la Guardia Nacional a la jurisdicción militar por faltas o delitos en contra de dicha disciplina, tal y como es el caso del resto de la Fuerza Armada permanente, también es cierto que atendiendo a los criterios jurisdiccionales nacionales existentes (Tesis: P. VII/2013 (10a.), 2013) y a las resoluciones de la Corte Interamericana[4], la competencia para conocer y sancionar los delitos cometidos por militares en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, que afecten los derechos humanos de civiles, la sujeción será a la jurisdicción ordinaria.

Otras disposiciones que establecen limitaciones o restricciones para la Fuerza Armada permanente y que, en consecuencia con su nueva natu-

[4] Esta referencia ha sido tomada de la sentencia a la Controversia Constitucional 137/2022, que cita entre otros, el *caso Durand y Ugarte vs. Perú*, fondo, sentencia de 16 de agosto de 2000, Serie C, núm. 68, párr. 117, y *Caso Osorio Rivera y Familiares vs. Perú*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia de 26 de noviembre de 2013, Serie C, núm. 274, párr. 189 (SCJN, 2023, parr. 269-271).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

raleza, resultan extensivas a la Guardia Nacional son: *a)* la prohibición directa a cualquier extranjero de servir en la Fuerza Armada permanente o en las fuerzas de seguridad pública o de policía (artículo 32); *b)* la prohibición para toda aquella persona que desee postularse para al cargo de diputado federal, de ser miembro activo de la Fuerza Armada permanente o alguno de sus integrantes, cuando menos noventa días previos a la elección (artículo 55, fracción IV); La prevención para toda aquella persona que desee postularse al cargo de presidente de la república, de no estar en servicio activo, en el caso de pertenecer a alguna de las fuerzas armadas, al menos seis meses antes del día de la elección (82, fracción V); la atribución expresa para el titular del Ejecutivo federal para nombrar, con la aprobación del Senado, a los oficiales superiores de la Guardia Nacional (89, fracción IV y 76, fracción II).

Un comentario que no puede soslayarse, aunque sea para poder sobre la mesa esta modificación, que además forma parte de la nueva estrategia de seguridad implementada por la actual titular del Ejecutivo, Claudia Sheinbaum, provocando la tercera reforma al artículo 21 de la Constitución, consistente en facultar a la Guardia Nacional para investigar delitos en el ámbito de su competencia, como una Fuerza Armada permanente con facultades en materia de seguridad pública, entendiendo que, tanto la propia Guardia, como las demás corporaciones de seguridad pública, actúan en coadyuvancia del Ministerio Público en el ejercicio de esta atribución (Ejecutivo Federal, 2024).

No obstante lo anterior, dada su naturaleza como Fuerza Armada permanente, la Guardia Nacional, realizará labores que de acuerdo con los criterios internacionales, deberían estar únicamente en manos civiles, con la finalidad de no poner en riesgo algunos de los "principios del Estado de Derecho tales como la separación de poderes, independencia y autonomía de los tribunales judiciales y la subordinación a las autoridades civiles" (SCJN, 2023, párr. 181).

IV. Las reformas presidencialistas

Unos meses después de que se publicara la resolución a la controversia constitucional 137/2022, a través de la cual el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dejara sin efectos las reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y otras leyes secundarias que buscaron ins-

trumentar la transferencia del control operativo y administrativo de la Guardia Nacional a la Secretaría de la Defensa Nacional, el presidente López Obrador presentó al Congreso de la Unión una veintena de iniciativas de reformas a la Constitución, entre las que se encontraba la iniciativa de reformas en materia de Guardia Nacional.

Como se ha mencionado en el apartado introductorio, para el 5 de febrero de 2024 se veía poco probable, por lo menos en el corto plazo, que dicha iniciativa pudiera alcanzar los consensos necesarios para su aprobación en el Congreso de la Unión, situación que cambió radicalmente con posterioridad al proceso electoral del 1 de julio del mismo año y que propició su aprobación casi inmediata una vez que fue instalada la nueva legislatura el 1o. de septiembre del 2024 y despachada la reforma constitucional al Poder Judicial, que podría decirse que llevaba un interés prioritario en el ánimo presidencial.

En tan solo unos meses se había transformado el panorama político, pues después de la reforma constitucional a la Guardia Nacional, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* del 30 de septiembre del 2024, prácticamente todas las reformas constitucionales presentadas por la administración del presidente López Obrador se han ido aprobando sin modificación alguna, como lo fueron la reforma judicial y la citada reforma a la Guardia Nacional, entre otras que se han ido procesando poco a poco, esperando su turno, que no su discusión.

Tal vez uno de los puntos más criticables que puede hacerse de la reforma constitucional a la Guardia Nacional, pero que podríamos hacer valer para cualquiera de los procesos de reforma constitucional que ahora están en proceso de desahogo por el Congreso de la Unión, es la falta de deliberación acerca de su contenido y alcances.

Es claro el papel minoritario que juega la oposición y que es poco lo que puedan hacer frente a una mayoría política que no necesita del consenso para aprobar sus iniciativas, pero el problema es que tampoco se busca el consenso con las asociaciones y organizaciones civiles, la academia o los organismos internacionales, no hay participación de corporaciones intermedias de la sociedad, ni la creación de parlamentos abiertos, foros u otras formas de participación ciudadana en dichos procesos.

Esto último es lo que más contrasta con la reforma constitucional de 2019, que para concretar la creación de la Guardia Nacional y determinar su arquitectura constitucional, generó un proceso deliberativo de amplia participación de organizaciones nacionales e internacionales, buscando

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

un verdadero consenso en la materia y, consecuentemente, una verdadera legitimación de las decisiones tomadas, aunque también es cierto que la composición del Congreso y las circunstancias eran otras.

La posición del oficialismo se basa en el bono democrático que le otorgó la mayoría a través del voto popular,[5] lo que nos sitúa en una visión parcial de la democracia, que como ha destacado Mauricio Merino, "[...] requiere siempre de la participación ciudadana: con el voto y más allá de los votos" (Merino, 2020, p. 29), sobre todo existiendo mecanismos que permiten generar una participación de la ciudadanía más allá de la simple representación y con ello una mayor legitimidad en las decisiones, aunque como destaca este mismo autor, "[...]conservar un cierto equilibrio entre la participación de los ciudadanos y la capacidad de decisión del gobierno es, quizás, el dilema más importante para la consolidación de la democracia" (Merino, 2020, p. 71).

Aun cuando quisiera jugarse la carta de la gobernabilidad y del bono democrático, es cuando menos cuestionable la actitud de un legislador, es decir, de un representante del pueblo, que aprueba prácticamente sin deliberación ni reflexión alguna toda iniciativa que proviene del Ejecutivo, esto último porque su representación y, consecuentemente, su responsabilidad primaria es con sus representados, no con el titular del Ejecutivo (cuando menos en teoría).

En este sentido, es tal vez este bono democrático el que más daño ha generado a nuestro aparato legislativo y a nuestra democracia misma, pues sin quererlo, ha sido debilitado en su función básica, la de un cuerpo encargado de hacer política, es decir, de deliberar los asuntos que son sometidos a su estudio y consideración, con el objetivo de velar por los intereses de sus representados, que comprenden al conjunto de la sociedad civil y no solamente a su electorado o los otros poderes constituidos.

Sobre este particular destaca Dussauge:

> El nuevo régimen jurídico que se está aprobando no sólo representa una costosa y riesgosa transformación de las bases político-administrativas del Estado

[5] Así lo ha dejado claro el propio Ejecutivo y los legisladores del partido oficial, basta con leer la primera parte de la exposición de motivos del proyecto de iniciativa de reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en el que se señala lo siguiente: "Preponderar estos temas es una exigencia del electorado que, en junio del presente año, a través de los 35 millones 923 mil 669 de votos registrados a favor de la Presidenta de la República, refrendó el proceso de transformación y el modelo de desarrollo [...]".

> mexicano contemporáneo, sino que también deja en claro que la élite gobernante puede ignorar los componentes esenciales de la política democrática (argumentación, debate, negociación) cuando así lo desea. Mientras se cuente con el apoyo de "la mayoría", nos aclaran, la ley, los procedimientos, la legalidad toda pueden reformarse a modo, según lo crean adecuado. Sin embargo, ¿hasta qué punto la legitimidad electoral que detenta la mayoría legislativa puede validar una serie de reformas legales diseñadas y aprobadas sin respetar ni el marco legal existente, ni los criterios democráticos básicos? (Dussauge Laguna, 2024)

Proceder como un mero tramitador de iniciativas presentadas por el Ejecutivo ha convertido al legislador en un instrumento más del oficialismo, situación que nos acercaría cada vez más a ese viejo presidencialismo de culto, centralista, unipersonal, omnipotente, omnipresente y profundamente antidemocrático que con mucha sabiduría supo delinear el maestro Jorge Carpizo[6] y del que México había buscado deslindarse en mayor o menor medida desde hace una treintena de años.

V. Conclusiones

La nueva arquitectura constitucional de la Guardia Nacional busca transitar de un esquema temporal o extraordinario a uno que brinde permanencia a la participación de las fuerzas armadas en las labores de seguridad pública, aportando un marco jurídico permanente a la militarización de esta función primaria del Estado.

Esta nueva configuración distingue a la Guardia Nacional como parte integrante de la Fuerza Armada permanente, al igual que el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, quedando a cargo del presidente la facultad de disponer de estos cuerpos para la seguridad interior y la defensa exterior de la Fede-

[6] Jorge Carpizo hace una radiografía muy clara del presidencialismo mexicano, es decir, del predominio del presidente sobre los otros poderes constituidos, dejando ver una serie de características que nos llevan a este estilo o forma de gobernar: *a)* es el jefe del partido predominante; *b)* el debilitamiento del poder legislativo debido a que la mayoría de los legisladores son miembros del partido predominante y saben que si se oponen al presidente las posibilidades de éxito que tienen son nulas, junto con la posible frustración de su carrera política; *c)* la integración de buena parte de la Suprema Corte de Justicia por elementos políticos que no se oponen a los asuntos en los cuales el presidente se encuentra interesado; *d)* las amplias facultades constitucionales y extraconstitucionales para designar a su sucesor entre otros candidatos a cargos de elección, entre otras características (Carpizo, 2004, pp. 25 y 26).

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

ración, incluso disponer de dicha fuerza en tareas de apoyo a la seguridad pública, en los términos que señale el legislador.

Se suprimen los candados constitucionales que prohibían expresamente a las Fuerzas Armadas para realizar actividades distintas de las estrictamente militares en tiempo de paz, acotando su actuación a lo previsto en la propia Constitución federal, así como las leyes que de ella emanen, dejando en manos del legislador ordinario la posibilidad de atribuir funciones adicionales a las que son propias o naturales de una autoridad militar, pudiendo incluso militarizar funciones que tradicionalmente correspondían a las autoridades civiles, como es el caso de la seguridad ciudadana.

Se advierte un debilitamiento en la autonomía y capacidad democrática del Congreso General frente a los intereses de otros poderes constituidos, particularmente respecto del Poder Ejecutivo, perdiendo peso específico como un órgano político, altamente deliberativo y fiel a su función de representación.

VI. Bibliografía

Carpizo, J. (2004). *El presidencialismo mexicano* (18a. ed.). Siglo XXI.

Ciudadanos Observando. (7 de noviembre de 2024). https://www.ciudadanosobservando.org.mx/news/homicidios-por-sexenio-en-mexico/?utm_source=copy&utm_medium=paste&utm_campaign=copypaste&utm_content=https%3A%2F%2Fwww.ciudadanosobservando.org.mx%2Fnews%2Fhomicidios-por-sexenio-en-mexico%2F

Dussauge Laguna, M. (2024, noviembre 18). *Nexos*. https://redaccion.nexos.com.mx/la-hora-de-la-mayoria-adios-a-la-democracia/?_gl=1*1idhbiy*_ga*MTU3NjYyMDMwNC4xNzI3ODIzMDA1*_ga_M343X0P3QV*MTczMzQ0Mjg0Ny4xMC4wLjE3MzM0NDI4NDcuNjAuMC4w

Ejecutivo Federal (2019, febrero 1). https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/1/2019-02-01-1/assets/documentos/Estrategia_Seguridad.pdf

Ejecutivo Federal (2019, marzo 26). *Diario Oficial de la Federación.* https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5555126&fecha=26/03/2019#gsc.tab=0

Ejecutivo Federal (2022, noviembre 18). https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_252_18nov22.pdf

Ejecutivo Federal (2024, febrero 5). *Gaceta Parlamentaria*. Cámara de Diputados. https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-3.pdf

Ejecutivo Federal (15 de noviembre de 2024). Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 4o., 21, 41, 73, 116, 122 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de igualdad sustantiva, perspectiva de género, derecho de las mujeres a una vida libre de violencia. *Diario Oficial de la Federación*.

IPSOS (2024, julio). https://www.ipsos.com/sites/default/files/ct/news/documents/2024-09/What-Worries-the-World-July-2024.pdf

Marina Grosso, B. (S/F). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. https://www.corteidh.or.cr/tablas/a13086.pdf

Merino, M. (2020). *Instituto Nacional Electoral.* https://www.ine.mx/wp-content/uploads/2021/02/CDCD-04.pdf

Otero Varela, J. M. (2025). La Guardia Nacional. Una definición de su arquitectura institucional en el orden jurídico mexicano a partir de los criterios de interpretación empleados en la sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación dictada en la controversia constitucional 137/2022. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19172. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19172

Pérez Bourbon, H. (2007). (K. A. Stiftung, Ed.). https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=591625b8-e7d7-77d2-f52b-a340e36d83ae&groupId=287460

SCJN (2023, septiembre 20). Sentencia dictada por el Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Acción de Inconstitucionalidad 137/202. *Diario Oficial de la Federación*.

Secretaría de Gobernación (2019, julio 18). Acuerdo por el que se ordena la publicación del resumen oficial de la sentencia emitida el veintiocho de noviembre de dos mil dieciocho, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Alvarado Espinoza y otros vs México". *Diario Oficial de la Federación*.

Secretaría de Gobernación. (5 de febrero de 2024). https://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/65/2024/feb/20240205-A.pdf

Secretaría de Gobernación. (30 de septiembre de 2024). Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 13, 16, 21, 32, 55, 73, 76, 78, 82, 89, 123 y 129 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Guardia Nacional. *Diario Oficial de la Federación*.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Secretaría de Seguridad y Protección Ciudadana (2022, diciembre 5). *Diario Oficial de la Federación*. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5673252&fecha=05/12/2022#gsc.tab=0

Tesis: P. VII/2013 (10a.) (2013, marzo). *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XVIII, t. 1, p. 361.



Cómo citar

Sistema IIJ

Otero Varela, Juan Manuel, "La Guardia Nacional. Su transformación constitucional como Fuerza Armada permanente dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional con funciones de apoyo a la seguridad pública", *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, vol. 26, núm. 52, enero-junio de 2025, e19782. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19782

APA

Otero Varela, J. M. (2025). La Guardia Nacional. Su transformación constitucional como Fuerza Armada permanente dependiente de la Secretaría de la Defensa Nacional con funciones de apoyo a la seguridad pública. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, *26*(52), e19782. https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19782

Cuestiones Constitucionales

Reseñas bibliográficas

Castellá Andreu, J. M., y Expósito, E. (Eds.) (2024). *Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista*. Marcial Pons

Laura Giovanna **Gómez Contreras**

https://orcid.org/0009-0001-9859-194X
Universidad Panamericana. México
Correo electrónico: gcn1304@outlook.com

Publicación: 8 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19795

La obra *Contrapoderes en la democracia constitucional ante la amenaza populista*, editada por Josep Mª Castellá y Enriqueta Expósito, presenta una perspectiva moderna de la democracia. Ésta no sólo se entiende como un régimen de participación ciudadana, basado en el poder de las mayorías, sino también como un sistema que establece límites al poder despótico, diseñado, por lo tanto, para evitar las degeneraciones clásicas: tiranía y oclocracia. Por ello, se analiza el fenómeno del populismo, que en las últimas décadas se ha expandido, sirviéndose de organismos democráticos para concentrar el poder y debilitar el equilibrio institucional y fundacional de la democracia.

La obra es resultado de un esfuerzo colectivo realizado durante cuatro años en el marco del proyecto de investigación "Instrumentos contramayoritarios en la democracia constitucional", que fue financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación de España, tras haber sido seleccionado en su convocatoria.

Como se decía, la obra es editada, en primer lugar, por el profesor Josep Mª Castellá, quien es doctor en derecho por la Universidad de Barcelona y catedrático de Derecho Constitucional en la misma institución. Además, es miembro de la Comisión de Venecia, un organismo asesor del Consejo de Europa en materia constitucional. Ha publicado numerosas obras relevantes, entre las cuales destaca *Estado autonómico: pluralismo e integración territorial* (Marcial Pons, 2018), así como la obra en comento.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

La profesora Enriqueta Expósito, la segunda editora, es doctora en derecho por la Universidad de Barcelona y catedrática de Derecho Constitucional en la misma Universidad. Sus principales líneas de investigación abarcan los derechos fundamentales, los Estados compuestos, la participación ciudadana y la organización territorial del Estado, posicionándose como una figura destacada en el ámbito del derecho constitucional.

La obra, como se apuntaba, trata sobre la democracia y su degeneración, un tópico que ha sido objeto de análisis desde antaño. Ya en la antigüedad, Platón en la *República*, preveía que la democracia es un régimen deficiente, susceptible de degenerar en tiranía.[1] Aristóteles, en la *Política*, afirmaba que la democracia, al igual que la monarquía y la oligarquía, es ineficiente porque no atiende al provecho de la comunidad y, al contrario, prioriza intereses particulares.[2] Polibio, en *Historias*, profundizó la teoría sobre los regímenes políticos, argumentando que la democracia inevitablemente se degenera en demagogia o incluso en oclocracia, es decir, el régimen en el que el pueblo, de manera desordenada y sin razón, es el que gobierna, posicionándose por encima el régimen constituido y los límites impuestos.[3]

El libro editado por Castellá y Expósito aborda esas mismas cuestiones, pero en un contexto contemporáneo, en las democracias constitucionales, para responder preguntas muy importantes como: ¿qué factores han debilitado a la democracia constitucional en los últimos años?, ¿es posible identificar herramientas efectivas para revertir los daños? En comparación con la

---

[1] Señaló Platón "Es razonable, entonces, que la tiranía no se establezca a partir de otro régimen político que la democracia, y que sea a partir de la libertad extrema que surja la mayor y más salvaje esclavitud" (544c-569c).

[2] Indicó Aristóteles: "Las desviaciones de los regímenes mencionados son: la tiranía de la monarquía, la oligarquía de la aristocracia y la democracia de la república. La tiranía es una monarquía que atiende al interés del monarca, la oligarquía al interés de los ricos y la democracia al interés de los pobres; pero ninguno de ellos atiende al provecho de la comunidad" (1279b 5).

[3] Apuntó Polibio que "hay que afirmar, pues, que existen seis variedades de constituciones: las tres repetidas por todo el mundo, que acabamos de mencionar, y tres que les son afines por naturaleza: la monarquía, la oligarquía y la demagogia. La primera que se forma por un proceso espontáneo y natural es la monarquía, y de ella deriva, por una preparación y una enmienda, la realeza. Pero se deteriora y cae en un mal que le es congénito, me refiero a la tiranía, de cuya disolución nace la aristocracia. Cuando ésta, por su naturaleza, vira hacia la oligarquía, si las turbas se indignan por las injusticias de sus jefes, nace la democracia. A su vez, la soberbia y el desprecio de las leyes desembocan, con el tiempo, en la demagogia" (Historias VI, IV, 6-10).

antigüedad, ¿las degeneraciones clásicas de la democracia se mantienen, o ha surgido un nuevo fenómeno que representa una amenaza distinta?

Las respuestas a esas interrogantes planteadas comienzan a vislumbrarse con el epígrafe del primer capítulo, que es una cita del historiador mexicano Enrique Krauze: "el populismo es el uso demagógico de la democracia para acabar con ella". La cuestión no es sencilla. Por eso, la obra requirió de la pluma de diversos académicos, entre ellos destacados catedráticos y doctorandos de diversas regiones de España. El resultado fueron veinte capítulos de enfoques variados y complementarios.

Es importante destacar el carácter multidisciplinario de este trabajo, que no se limita exclusivamente al ámbito jurídico, sino que incorpora perspectivas políticas, económicas y sociales, entre otras. Sin embargo, la obra no cuenta con un capítulo dedicado específicamente a la categorización de los conceptos analizados, lo que implica que el lector debe poseer ya conocimientos sobre el tema. Esto es comprensible, pues el propósito de los autores no es brindar definiciones de conceptos como el populismo, ya que dicha tarea al exceder del ámbito constitucional corresponde a otras disciplinas, como la ciencia política.

La estructura del libro, según lo señala el profesor Castellá en su prólogo, pretende agrupar los veinte capítulos en cuatro grandes bloques temáticos: (i) el análisis teórico e histórico de los equilibrios entre poderes y los límites al poder; (ii) la relación entre democracia representativa y democracia directa; (iii) la afectación del populismo a la democracia en su dimensión constitucional, y (iv) los contrapoderes en la democracia constitucional desde la perspectiva de los derechos fundamentales y cómo estos introducen límites al poder político.

Pudiera parecer que el título y la nominación de los capítulos no se corresponde entre la agrupación temática señalada y su contenido. Sin embargo, es fundamental que el lector considere que la intención de los editores fue compilar un análisis exhaustivo de diversas figuras y mecanismos existentes en España y otras naciones europeas desde la perspectiva de los contrapoderes. El propósito principal fue esclarecer si dichas figuras pueden efectivamente catalogarse como contrapoderes del Estado o si su función resulta más limitada.

La obra en comento considera que el populismo es un movimiento que se aferra a la legitimidad democrática que el mismo pueblo otorgó como fundamento de la construcción de un poder omnímodo. Si bien el populismo se instaura sobre las bases democráticas de la soberanía popular, termina

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

por socavar sus fundamentos, pues corroe el zócalo democrático: el equilibrio de poderes. Ello, pues el populismo pretende que el gobierno tenga un control total de los poderes, legitimando su poder con base en la postura de la mayoría.

Si bien el análisis central de la obra se enfoca principalmente en el caso español, su relevancia trasciende esas fronteras y abarca realidades de alcance global. En particular, se incluyen casos latinoamericanos, donde se han observado procesos políticos y de reformas normativas que han debilitado los contrapesos institucionales. En estas naciones, la falsa democracia ha ido hundiendo sus raíces mediante cambios a las leyes fundamentales, lo que permite hablar de la existencia de "populismos constitucionales".

En el texto se tratan aspectos generales del populismo, como su origen, evolución y su aparición en los gobiernos, así como la forma en que desmantela el sistema previo. Al hacerlo, queda claro que este fenómeno no emerge como una corriente externa que irrumpe espontáneamente en el sistema democrático, sino que se origina desde su interior, pues utilizan el fundamento de la voz mayoritaria para socavar los contrapoderes y legitimar sus decisiones.

La intención principal del fenómeno populista es desequilibrar la democracia constitucional al favorecer los poderes de decisión en detrimento de los poderes de control, que son aquellos encargados de evitar que la voluntad popular, expresada a través de sus representantes, sea manipulada. En este sentido, el populismo busca distanciarse de los mecanismos tradicionales de representación y alterar la estructura de la democracia constitucional. Entre los rasgos distintivos que permiten identificarlo se encuentran los ataques a los jueces y tribunales constitucionales, así como el cambio semántico de "partidos" a "movimientos", lo que refleja un intento de deslegitimar las instituciones democráticas establecidas.

Como se ha mencionado, Platón, Aristóteles y Polibio estudiaron las formas de gobierno y sus degeneraciones. En este libro se confirma que el populismo es una corrupción de la democracia, que bien podría identificarse con el concepto de oclocracia acuñado por Polibio, y que hace referencia al poder del tropel. En la obra en cuestión, el populismo se describe como una "democracia erosionada", término que refleja el proceso de deterioro y descomposición *ad intra.*

En relación con lo anterior, es relevante mencionar que la obra no deja de interpelar a los países latinoamericanos, no sólo porque el caso de algunos de ellos se aborda directamente en el texto, sino porque refleja la realidad

de naciones en las que se han observado procesos políticos y reformas constitucionales que han perjudicado el equilibrio de poderes, comprometiendo los *checks and balances*[4] que, como recuerda el libro que nos ocupa, son la piedra angular de la democracia.

Es necesaria la existencia de mecanismos de fuerzas opuestas que impidan la existencia de un poder omnímodo, que derive posteriormente en tiranía o en un partido hegemónico y, por ello, pone énfasis en los contrapoderes, los componentes que existen para limitar el poder de la mayoría. Entre éstos debe ponerse un acento especial en la jurisdicción constitucional, que se erige como el garante supremo del Estado constitucional, en tanto es un artefacto de contención y un límite al poder despótico del gobierno y de la mayoría política del momento. Por eso, estas garantías son la primera línea de ataque del populismo.

Un aspecto particularmente revelador se encuentra en el capítulo primero, titulado "Democracia constitucional y contrapoderes frente al populismo", en el que Castellá realiza la distinción entre el concepto de la democracia liberal y el de "democracia iliberal". La democracia iliberal, en conjunto con el autoritarismo electivo, representa una de las fuerzas que se opone a la democracia constitucional.

La democracia iliberal se entiende como una "*ademocracia*", en donde el sufijo "a" indica ausencia, la falta de democracia. Este término se utiliza principalmente para designar aquellos Estados en donde aparentemente existe democracia, pero en los que las prácticas del gobierno tienden a no respetar los límites impuestos por una democracia constitucional e, inclusive, a desmantelarlos, a pesar de celebrar elecciones. Por eso, el populismo constitucional puede ser considerado un sinónimo de la democracia iliberal, en tanto ambos representan una distorsión de los principios democráticos fundamentales.

Cabe destacar que el libro no se limita a un recorrido histórico ni a una simple descripción de lo que ocurre en diversas naciones, sino que también propone soluciones concretas. De acuerdo con lo observado por José Mª Castellá durante su investigación, la clave para enfrentar a los populismos recae en la ciudadanía misma, ya que es ésta quien tiene la capacidad de cambiar la composición de la mayoría y, en consecuencia, revertir la situación. Por ello propone atender las relaciones entre representantes y repre-

[4] Concepto explicitado en la obra como el equilibrio de poderes y los límites entre los unos y los otros.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

sentados, pues eso permite una práctica democrática sana. Estas relaciones deben ir más allá del simple ejercicio del derecho al sufragio o, incluso, de la verificación del cumplimiento de las promesas electorales. Para que estas prácticas sean realmente efectivas, se deberá dirigir la atención a la protección multinivel de los derechos fundamentales.

La obra ofrece una perspectiva comparada novedosa, pues no solo se enfoca en la necesidad de fortalecer los contrapoderes de la democracia, sino que también cuestiona si los mecanismos existentes son lo suficientemente robustos para combatir el populismo o, en algunos casos, si pueden ser considerados verdaderos contrapoderes.

En términos generales, se trata de una obra en la que, utilizando un amplio repertorio de fuentes, los autores exponen de manera magistral el caso del populismo en gobiernos actuales de Europa y en América Latina, proporcionando una excelente base para el entendimiento del tema. Es un estudio que no se limita exclusivamente a las instituciones y órganos españoles, sino que adopta una perspectiva comparada que permite analizar este fenómeno y a su vez, ofrecer una defensa contra éste, mediante el fortalecimiento de los contrapoderes, proponiendo soluciones para corregir las democracias iliberales instauradas por los partidos políticos o por las mayorías.

Igualmente, constituye un valioso inicio de una investigación que aún dista de agotarse, especialmente en lo que respecta al último bloque dedicado a los derechos fundamentales, mismos que por su naturaleza ameritan una atención continua. Es una lectura valiosa para el caso mexicano, pues brinda una oportunidad para reflexionar sobre la existencia y fortaleza de los contrapoderes en el país.

Esta obra se erige como una lectura obligada para quienes deseen comprender y distinguir la forma de gobierno democrática y su descomposición en el fenómeno identificado como populismo, aportando herramientas para distinguir oportunamente aquellas acciones que conducen a la concentración de poderes y los mecanismos para contrarrestarlas. El fruto de esta investigación no debe ser vista como un cierre definitivo sobre el tema, sino como un llamado a la necesidad de un monitoreo permanente y continuo de la evolución del constitucionalismo, las instituciones y el fenómeno del populismo, el cual, paulatinamente ha adquirido fuerza y se ha implantado en las democracias.

Sahuí, A. (2024). *Constitucionalismo reflexivo. Derechos humanos y democracia en las sociedades complejas*. Universidad Nacional Autónoma de México

Juan **Carbajal-Camberos**

https://orcid.org/0000-0002-6410-5747
Universidad Carlos III, Madrid. España
Correo electrónico: juanpablo.carbajal@alumnos.uc3m.es

Publicación: 8 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19613

La tensión entre la Constitución y la democracia ha sido ampliamente discutida y es improbable que una posición u otra salga victoriosa de cualquier crítica. Aquellos que defienden que la Constitución debe operar con el más alto grado de rigidez ("petrificar") para mantenerla fuera del alcance del poder, son objeto de críticas por parte de quienes consideran excesiva esta posición. Alegan que un alto blindaje ignora principios democráticos básicos necesarios para el funcionamiento adecuado de un sistema normativo. Esta aparente tensión se puede resumir con lo dicho por Holmes, "entre los demócratas, para quienes la Constitución es un fastidio, y los constitucionalistas, para quienes la democracia es una amenaza". Sin embargo, autores como Habermas defienden una conexión intrínseca entre soberanía y derechos, y es este canal de comunicación un elemento central para la pertenencia de los textos constitucionales en sociedades diversas y complejas.

En *Constitucionalismo reflexivo. Derechos humanos y democracia en las sociedades complejas,*[1] Alejandro Sahuí se posiciona en el constitucionalismo deliberativo y enfoca sus esfuerzos en diseñar y discutir una variante

[1] A partir de este momento, cualquier referencia a esta obra se indicará mediante el número de página correspondiente entre paréntesis.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

de esta corriente ante la necesidad de canales de comunicación abiertos entre personas libres (p. XV). Sin embargo, ser libres o tener capacidad de agencia es resultado de una combinación de factores, donde la carencia de recursos materiales, la opresión, exclusión y marginación hacen que quienes más urgencia tienen de cambio sean los menos capaces a través de los dispositivos establecidos (p. 10).

El autor argumenta que la reflexión es una condición indispensable para la producción legítima del derecho. Sin embargo, usa la noción de reflexión como un instrumento que revela la confrontación y detona el diálogo entre el poder y los ciudadanos (pp. 15-16). Esto está acorde con la idea expuesta por Carlos Santiago Nino sobre las Constituciones ideales como contrapeso de las Constituciones históricas. Dicha perspectiva hace visible el puente entre sociedad y derecho, dos esferas que, aunque a menudo parecen distantes, son interdependientes y esenciales para el funcionamiento de una democracia reflexiva.

La obra enfatiza la necesidad de un intercambio constante y efectivo entre distintos actores, instituciones y ciudadanos, argumentando que solo a través de la interacción se puede lograr la legitimidad y adaptabilidad adecuadas para un contexto plural y complejo, como es el caso de la sociedad mexicana y el resto de Latinoamérica. Esta retroalimentación continua no sólo fortalece la capacidad de las instituciones para responder a desafíos contemporáneos, sino también empodera a los ciudadanos al involucrarlos en el proceso de formación y evaluación de las normas y prácticas constitucionales.

Desde mi perspectiva, el libro aborda dos grandes esferas metodológicas, la primera de ellas mediante una profunda discusión filosófica y crítica de conceptos como la libertad, la igualdad, la justicia social o el poder. En este conjunto de capítulos se explora la libertad como una práctica en constante evolución, el ejercicio efectivo de dicha libertad como una cuestión de igualdad y justicia social desde las teorías de la justicia, y las críticas de diferentes enfoques igualitarios. Además, analiza el poder constituyente permanente, destacando la importancia del acceso a la justicia y la participación democrática.

La segunda esfera se centra en la implementación y crítica al modelo actual desde el constitucionalismo reflexivo. A lo largo de dos capítulos, se examina su posible aplicación al ámbito internacional, particularmente al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, y luego se discute la relación entre tribunales, juristas y filósofos. Este enfoque integrador y mul-

tidimensional ofrece una visión robusta y bien fundamentada sobre cómo el constitucionalismo reflexivo puede atajar desde otra perspectiva las problemáticas que el constitucionalismo tradicional no ha resuelto.

El *capítulo primero* es la piedra angular de la propuesta del constitucionalismo reflexivo. Este apartado establece las bases teóricas con el análisis de la libertad entendida como agencia, como autonomía en los derechos y autogobierno en el régimen democrático, es decir, la sitúa dentro de la gramática constitucional, destacando la necesidad de adaptar los textos a las realidades sociales. Sahuí desafía la concepción tradicional de la libertad como un derecho estático y, en cambio, la representa en constante evolución (pp. 15-20). Esta idea amplia de libertad extiende la importancia de la participación ciudadana y la comunicación efectiva dentro del marco constitucional (pp. 21-25). Su enfoque sitúa a la participación como mecanismo de consenso y legitimador del orden constitucional, no solo de la letra de la ley. Esto revela la necesidad de "abrir los cauces para que la posibilidad de crítica esté en manos de cualquiera" (p. 27) para una constante reinterpretación.

El *capítulo segundo* aborda la libertad de participación democrática como una cuestión de igualdad y justicia social, es decir, subrayando el imperativo de la inclusión equitativa y efectiva de la ciudadanía, sin la cual no es posible lograr sociedades igualitarias. Para lograr esto critica que las Constituciones, pese al reconocimiento de derechos sociales y económicos, no haya logrado hacerlos efectivos, muchas veces con el argumento de que son "derechos caros". El autor propone ir más allá para garantizar y trabajar activamente para reducir desigualdades y denuncia el hábito frecuente entre constitucionalistas de debatir en exclusiva la relación poder-autoritarismo frente a los estados, sin visibilizar y sujetar también a los poderes económicos (p. 70). Además, el capítulo discute las relaciones interculturales objetando la visión antropológica que subyace al liberalismo que entiende a los individuos como "independientes y autosuficientes" (p. 76). Sin incurrir en posiciones comunitaristas ni relativistas, aboga por un enfoque que valore y respete las "prácticas culturales" (p. 78).

El *capítulo tercero* señala algunos casos donde ciertos ideales y aspiraciones éticas y morales pasan a convertirse en normas de derechos humanos y del régimen democrático. La interrogante central aquí es cómo estos procesos constituyentes no nacen y mueren con la promulgación de una ley o un texto constitucional, sino ocurren desde el impulso de juridificar alguna pretensión por parte de la ciudadanía de pie (p. 83), es decir, un poder constituyente permanentemente abierto gracias al derecho básico de acceso a la

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

justicia. Esto implica no sólo la existencia de instancias legales, sino también su accesibilidad y efectividad para todos los ciudadanos especialmente los más vulnerados (pp. 96-98).

El *capítulo cuarto* acentúa la importancia del contexto internacional en el proceso reflexivo propuesto por Sahuí. Destacando la necesidad de una visión global que supere las limitaciones nacionales y aborde los retos y problemas de los derechos humanos en un nuevo contexto global (p. 138). El apartado analiza sentencias dentro del sistema interamericano, argumentando que una perspectiva amplia de las problemáticas contribuye a redimensionar positivamente las deudas históricas en la materia. Esto revela la relevancia e importancia de los sistemas regionales de derechos humanos para el constitucionalismo reflexivo.

El *capítulo quinto* es elemental para defender la propuesta del constitucionalismo reflexivo, ya que examina cómo tribunales, juristas y filósofos pueden colaborar para un enfoque más adaptativo del derecho. Esta interacción entre diferentes actores enriquece una comprensión más profunda y matizada de los problemas alrededor del constitucionalismo. Esto sólo se puede lograr a través del razonamiento y la deliberación pública, que promoverán una actitud crítica entre las personas. Para "visibilizar que la ciudadanía ha de reflexionar conscientemente sobre sus roles en cada situación" (p. 189) se necesita un análisis exhaustivo de la llamada "sala de máquinas", de lo contrario, quedaría obsoleta y blindada para siempre para responder a los nuevos desafíos.

A modo de conclusiones el *capítulo sexto* repasa las ideas expresadas en los capítulos anteriores haciendo énfasis en el imperativo de la constante deliberación para adaptar los textos a la realidad social. En este tenor, la democracia se presenta como el mejor sucedáneo del discurso moral, porque sólo mediante la deliberación se puede fijar el contenido vinculante (p. 194). Este argumento contradice a quienes abogan por proteger un "coto de derechos", sacrificando el derecho de los derechos, precisamente el derecho a decidir el contenido de la Constitución. Esta defensa de la democracia como un aliado de los derechos invita a través de la confrontación a conocer las posiciones de los participantes en múltiples sistemas y verificar cómo puede afectar su mirada a la práctica constitucional (p. 197).

En síntesis, el constitucionalismo reflexivo proporciona mediante un enfoque multidimensional una serie de herramientas para influir positivamente sobre "prácticas constitucionales que generan injusticias tales como la desigualdad, pobreza dominación, explotación, exclusión o violencia" (p. 203).

Utilizando la analogía de la sala de máquinas Sahuí propone un mecanismo de participación que imite a una maquinaria de un reloj en movimiento perpetuo a través de la democracia deliberativa.

La obra que tengo la oportunidad de reseñar ofrece una exploración valiosa y destaca por la disposición del autor de fomentar una interacción dialógica entre diversos actores, tanto los especializados como los no especializados. A través de un diálogo abierto, empodera voces poco escuchadas y abre la referida sala de máquinas para que estos reclamos históricos puedan ser escuchados y lograr consensos sobre las principales demandas sociales. En este contexto, México resulta un ámbito inequívoco que muestra la utilidad de propuestas como la presentada, ofreciendo ante la posible reforma del poder judicial y otras reformas de gran impacto, un robusto marco teórico y práctico para experimentar un constitucionalismo como el que se discute. Este enfoque sirve bien a sociedades donde la interacción entre derecho y ciudadanía es fundamental para la evolución y mejora de las instituciones democráticas.

No obstante, pese a esta positividad en torno a la deliberación de los textos constitucionales, surgen enormes dudas sobre la efectividad de la confrontación o reflexión en el nivel de acceso efectivo a los derechos sociales y económicos. Si bien el libro aborda la justicia social y la igualdad, el análisis de los factores que detonan la desigualdad y la escasa movilidad social en sociedades como la mexicana invita a profundizar en la crítica a la estructura que genera y define los mecanismos de acceso a oportunidades como educación, salud, empleo, etcétera. El debate aquí no se centra en determinar quién merece una oportunidad ante la constante escasez de recursos, sino en realizar un giro conceptual que pase de "quien merece determinada oportunidad" a "como hacemos que más personas accedan a determinada oportunidad".

Sin duda, el esfuerzo teórico de Sahuí no sólo es valioso para constitucionalistas o filósofos, sino también para otras áreas de investigación. Al impulsar la reflexión como mecanismo de diálogo, su libro invita una confrontación transdisciplinaria, ampliando la relevancia y aplicabilidad de la propuesta. La habilidad del autor para integrar múltiples perspectivas teóricas y prácticas convierte a este texto en una herramienta interesante para quienes buscamos entender y participar en la evolución positiva de sociedades altamente desiguales. Espero que disfruten su lectura y debate.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional

Ruipérez Alamillo, J., y Vega García, P. de (2024). *Dos estudios sobre la Constitución y su defensa*. Colex

Diego **Fierro Rodríguez**

https://orcid.org/0009-0007-6769-2100

Ministerio de Justicia. España

Correo electrónico: diego.fierro.rodriguez.laj@gmail.com

Publicación: 8 de enero de 2025

DOI: https://doi.org/10.22201/iij.24484881e.2025.52.19411

Dos estudios sobre la Constitución y su defensa se presenta como una obra magistral en el campo del derecho constitucional, consolidándose como una referencia imprescindible para académicos y profesionales del derecho en Iberoamérica. Publicada por la Editorial Colex en su primera edición en 2024, esta monografía se inserta en la Colección Iberoamericana de Ciencias Constitucionales, ofreciendo un análisis profundo y meticuloso sobre aspectos cruciales del constitucionalismo contemporáneo. Bajo la autoría de reconocidos expertos como Javier Ruipérez Alamillo y Víctor Alejandro Wong Meraz, la obra rinde un merecido homenaje a Pedro de Vega García, cuyas contribuciones han dejado una marca indeleble en la teoría constitucional.

El libro se estructura en dos estudios principales que abordan cuestiones esenciales para la comprensión y defensa de la Constitución. El primer estudio, titulado "Supuestos políticos y criterios jurídicos en la defensa de la Constitución: algunas peculiaridades del ordenamiento constitucional español", es un análisis exhaustivo que data de 1984 y se dedica al doctor Pablo Lucas Verdú. Este estudio se centra en desentrañar los fundamentos que sostienen el constitucionalismo moderno, destacando la importancia de principios como el democrático, el liberal y la supremacía constitucional. Pedro de Vega se sumerge en una exploración detallada de cómo estos principios no solo se interrelacionan, sino que también configuran la estructura constitucional española, haciendo hincapié en el papel del Tribunal Constitucional. Este órgano, según De Vega, no sólo actúa como un guardián de la

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional
Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México

Constitución, sino que también representa un componente esencial para asegurar la independencia y funcionalidad del ordenamiento jurídico español. De Vega argumenta con precisión cómo el Tribunal Constitucional garantiza la supremacía de la Constitución frente a otros poderes del Estado, analizando casos específicos y doctrinas que refuerzan su posición.

El segundo estudio, "La crisis del concepto político de Constitución en el Estado social", publicado en 1998 para el "*Líber amicorum*" de Héctor Fix-Zamudio, aborda la evolución del concepto de Constitución en el contexto del Estado social. Este análisis es particularmente relevante dado el creciente debate sobre la adaptación de las Constituciones a las nuevas realidades sociales y políticas. De Vega examina minuciosamente la transición desde el Estado liberal clásico, caracterizado por una clara separación entre la declaración de derechos y el pacto social, hasta las complejidades inherentes al Estado social moderno. En este contexto, el autor destaca cómo los nuevos desafíos, como la justicia social y la equidad económica, han obligado a una reconfiguración del papel de la Constitución. El estudio ofrece una crítica incisiva sobre los dilemas y tensiones que surgen cuando se intenta armonizar los principios tradicionales del constitucionalismo con las demandas emergentes de un Estado social. De Vega, con una prosa precisa y rigurosa, evalúa los mecanismos mediante los cuales las Constituciones pueden adaptarse sin perder su esencia normativa, proporciona ejemplos comparativos que enriquecen el análisis.

El prólogo y las notas añadidas por Javier Ruipérez Alamillo no solo contextualizan las contribuciones de Pedro de Vega, sino que también ofrecen una evaluación crítica de su impacto en las ciencias constitucionales. Ruipérez destaca la coherencia y profundidad del pensamiento de De Vega, subrayando su capacidad para abordar problemas complejos con claridad y rigor. Las notas de Ruipérez no son meras adiciones marginales; proporcionan un marco contemporáneo que facilita una comprensión más profunda y actualizada de las ideas expuestas en los estudios. Este enfoque multidimensional permite al lector apreciar la relevancia continua de las reflexiones de De Vega en el contexto del derecho constitucional actual. Ruipérez utiliza ejemplos actuales y referencias recientes para demostrar cómo los conceptos y teorías de De Vega siguen siendo pertinentes y aplicables, lo que refuerza la durabilidad y versatilidad de su pensamiento.

Desde un punto de vista crítico, *Dos estudios sobre la Constitución y su defensa* se distingue por su enfoque meticuloso y su capacidad para conectar teorías constitucionales con problemas prácticos del derecho. Pedro de Vega

demuestra una habilidad excepcional para sintetizar conceptos teóricos y aplicarlos a contextos específicos, lo cual es evidente en su análisis del Tribunal Constitucional y la supremacía constitucional. Su crítica del Estado social resalta la necesidad de reevaluar las bases teóricas de la Constitución en respuesta a los cambios sociales y políticos, ofreciendo una perspectiva que sigue siendo relevante y provocativa. De Vega, con una visión aguda y penetrante, no solo analiza los elementos técnicos del derecho constitucional, sino que también aborda las implicaciones filosóficas y éticas que subyacen a la práctica constitucional. Su capacidad para entrelazar estos aspectos le confiere a la obra una profundidad y riqueza inigualables, permitiendo al lector explorar múltiples dimensiones del constitucionalismo.

Además, la inclusión de estudios que abordan tanto la defensa de la Constitución como su evolución en el contexto del Estado social proporciona una visión completa y multifacética del constitucionalismo. Esta dualidad en el enfoque es una de las mayores fortalezas de la obra, lo cual permite a los lectores apreciar la amplitud y profundidad del pensamiento de De Vega. La obra no solo se centra en la teoría, sino que también ofrece ejemplos prácticos y estudios de caso que ilustran cómo los principios constitucionales se aplican en situaciones reales. Esto no solo enriquece el texto, sino que también proporciona a los lectores herramientas prácticas para entender y aplicar el derecho constitucional en sus propios contextos. La capacidad de De Vega para combinar teoría y práctica es una de las razones por las que su trabajo sigue siendo una referencia esencial en el campo del derecho constitucional.

Debe tenerse en consideración que *Dos estudios sobre la Constitución y su defensa* es una contribución imprescindible para cualquier estudioso del derecho constitucional a nivel iberoamericano. La obra no solo rinde homenaje a Pedro de Vega García, sino que también perpetúa su legado académico a través de un análisis riguroso y esclarecedor de temas fundamentales en la teoría y práctica constitucional. Javier Ruipérez Alamillo, con su estudio introductorio y notas, enriquece aún más el contenido, asegurando que las ideas de De Vega continúen inspirando y desafiando a nuevas generaciones de constitucionalistas. Este volumen es, sin duda, una referencia esencial en la literatura jurídica contemporánea, se consolida, así, la posición de Pedro de Vega como un pilar en el campo de las ciencias constitucionales. La obra, a través de su detallado y profundo análisis, no solo ilumina los fundamentos del constitucionalismo, sino que también ofrece una guía para abordar los desafíos futuros en el campo del derecho constitucional, reafirmando así su relevancia y vigencia en el mundo jurídico actual.

Esta obra está bajo una Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial 4.0 Internacional