CONSTITUCIÓN Y DERECHOS

REFLEXIONES **CONTEMPORÁNEAS** SOBRE DERECHO **CONSTITUCIONAL COMPARADO**

Antonio **Olguín Torres**
Coordinador
Leandro Eduardo **Astrain Bañuelos**
Prólogo

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Colección

Constitución y Derechos

Reflexiones contemporáneas sobre derecho constitucional comparado

Antonio Olguín Torres
Coordinador

Prólogo
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

Universidad de Guanajuato
División de Derecho, Política y Gobierno
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2023

Primera edición: febrero de 2023

Reflexiones contemporáneas
sobre derecho constitucional comparado

© Antonio Olguín Torres

DR © Universidad de Guanajuato
División de Derecho, Política y Gobierno
Lascuraín de Retana no. 5, Centro, 36000,
Guanajuato, Gto.
www.ddpg.ugto.mx

DR © Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
Poder Ejecutivo del Estado de Querétaro
Av. 5 de Mayo, esquina Pasteur
Col. Centro, 76000, Querétaro, México

ISBN: 978-607-7822-95-0

Los trabajos que se incluyen en el presente libro, fueron arbitrados por pares académicos mediante dictamen ciego.

También, el libro en su conjunto fue dictaminado doble ciego por dos árbitros externos y avalado para su publicación por el Comité Editorial del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato.

Las opiniones de los autores son de su exclusiva responsabilidad y no reflejan una posición de la institución editora.

Derechos reservados conforme a la ley. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor.

Coordinación editorial general
Antonio **Olguín Torres**
Rogelio **Flores Pantoja**

Asistencia editorial, formación y corrección
Antonio **Olguín Torres**
Jessica Rosalía **Velázquez Sierra**
Felipe **Luna**

Corrección
Antonio **Olguín Torres**
Elvia Yvette **Hernández González**
Carolina **Hernández Parra**
María Andrea **Niño Rivera**

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO



Luis Felipe Guerrero Agripino
Rector General

Cecilia Ramos
Secretario General

Sergio Antonio Silva Muñoz
Secretario Académico

Teresita Rendón Huerta Barrera
Rectora del Campus Guanajuato

Eduardo Pérez Alonso
Director de la División de Derecho, Política y Gobierno

Jesús Arellano Gómez
Secretario Académico de la División de Derecho, Política y Gobierno





Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional

María Guadalupe Murguía Gutiérrez
Secretaria de Gobierno

Gustavo Arturo Leal Maya
Secretario de Finanzas

Mario Fernando Ramírez Retolaza
Oficial Mayor

Rogelio Flores Pantoja
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Contenido

Prólogo 13
Leandro Eduardo Astrain Bañuelos

La constitucionalización del derecho al medio ambiente sano, una comparación entre México y Ecuador 19
Tania Mariel Farfán García

El test de proporcionalidad como instrumento de control constitucional de las leyes penales Su aplicación por parte de la SCJN y el Tribunal Constitucional Español 41
Mario Javier García García

La necesaria reingeniería de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato 69
Jhonatan García Patiño

El derecho humano al refugio en los sistemas jurídicos de Canadá y México. Una perspectiva desde el derecho comparado 97
Martín González Guzmán

El derecho a la no discriminación al personal de salud durante la declaratoria de contingencia o emergencia sanitaria: comparación en su protección en los estados de Guanajuato y Nuevo León 119
Ana Cristina Gutiérrez Ramírez

Los derechos humanos vistos desde el constitucionalismo local y federal. Breve comparación entre las entidades federativas de Guanajuato y Veracruz 145
Carlos Alberto Juárez Tinoco

El paradigma constitucional de la justicia restaurativa en México y su vinculación con el derecho internacional a través del control de convencionalidad 165
Saúl Adolfo Lamas Meza

Comparación constitucional entre la declaratoria general de inconstitucionalidad en México y la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia en materia tributaria. . . 191
Antonio Olguin Torres
Paulo Aristóteles Quezada Medina

El derecho de petición en la era de los derechos humanos: breve análisis de su regulación y protección en México . 221
Karen Catalina Amairani Pérez Suárez

Derecho a vivir una vida libre de violencia: la necesidad de estadísticas consistentes de victimización sexual. 247
Ricardo Rodríguez Luna

Prólogo

Todo el derecho es derecho constitucional
I

Hace ya bastantes años que leí por primera vez los *Estudios constitucionales* de don Jorge Carpizo. Con toda seguridad lo hice en mis años de estudiante de la licenciatura en derecho. Y aunque ya entonces el derecho penal era el principal centro de mi atención científica, no pude dejar de reconocer en ese libro y, desde luego, en esa disciplina jurídica un aspecto extrañamente atrayente. Ocurre que el derecho constitucional es una disciplina entre dos orillas. Quiero decir con ello que el derecho constitucional se encuentra a mitad, por ejemplo, de las disciplinas particulares como pueden ser el derecho mercantil o el civil; pero está justo a la misma distancia de saberes más abstractos como la filosofía o la teoría del derecho. De ahí que la ciencia constitucional interese, por igual, a los dogmáticos interesados en la actuación concreta de los mecanismos de la justicia constitucional, como a los teóricos que enderezan cuestiones tales como el origen de la normatividad del derecho.

Es por esta doble cara del derecho constitucional que un libro como el que ahora llega a nuestras manos tiene profunda actualidad. En efecto, un estudio completo sobre el derecho constitucional, escrito con rigor metodológico y desde una perspectiva comparada, no es un fruto común en casi ningún campo del saber científico sobre el derecho. Quizá la carencia de estudios con ese talante no se deba a la inadvertencia de los estudiosos del derecho constitucional, sino que hunda sus causas en factores

que incluso trascienden al conocimiento jurídico. Como en pocas áreas, en el derecho constitucional, el vínculo entre la política y el derecho es especialmente visible. Se ha llegado a decir, nada menos que por Tena Ramírez que gran parte de las instituciones constitucionales se afirmaron primero como decisiones políticas, tal es el caso, por ejemplo, de la no-reelección, la separación de poderes o el sistema federal. No quiero aquí emprender una referencia sobre cada uno de estos aspectos, siempre presentes en la reflexión. Por el contrario, ellos salen a cuento precisamente para retomar el hilo de mi argumento principal. Y es que me parece que la falta de una teoría constitucional sólida se debe en parte a las condiciones políticas donde surgió el constitucionalismo posrevolucionario.

La constitución de 1917 fue un intento estabilizador de la lucha armada precedente. Por lo tanto, significó un acuerdo entre las fuerzas revolucionarias que quisieron llevar a la nueva constitución el signo de su ideario principal. Claro está, por lo demás, que ese ideario era marcadamente el del Ejército Constitucionalista que tenía en Carranza a su principal adalid. El caso es que el producto resultante sirvió de base para que, a partir de otros arreglos institucionales posteriores, se alumbrara un régimen marcado por la presencia de un partido dominante en el cual, si bien los principios de la democracia resultaban reconocidos y proclamados en la constitución, ello se hacía solo en la medida justa para garantizar la propia subsistencia del régimen. Con todo este escenario de fondo, no es de extrañar que la teoría constitucional mexicana haya asumido a la Constitución como un producto ya dado; es decir, como la conquista insuperable de la lucha revolucionaria y fruto verdaderamente endémico de la realidad nacional.

Bajo semejantes premisas ¿cuáles son las características que revistieron al estudio del derecho constitucional durante buena parte del siglo XX? Es complejo decirlo, pero la reflexión constitucional apareció centrada en el análisis de las múltiples reformas constitucionales a la luz de las exposiciones de motivos presidenciales; ocupada más en rastrear el origen de las instituciones en el pasado de la nación, como si ellas únicamente hubieren florecido en el clima de la patria; y lo que es tal vez peor, ocupada solamente en sobreponer la opinión propia a la de los demás estudiosos, máxime cuando ella resultaba avalada por los pronunciamientos del Poder

Judicial que podía hacer más por la democracia pero que deliberadamente había optado por no hacerlo. Con ese escenario de fondo no extraña que la dogmática constitucional mexicana haya estado incursa en un callejón sin salida: en cuanto a sus métodos era pobre y en cuanto a sus resultados —que no fueren los meramente descriptivos— estaba asediada por la amenaza de la esterilidad.

Véase la anterior afirmación contrastada con algunos lugares comunes en la reflexión de ese periodo. Para los tratadistas de la época, la Constitución representa la plasmación de unas cuantas decisiones políticas fundamentales que no pueden tocarse por el poder reformador, en cuanto que entrañan la quintaesencia del constitucionalismo nacional. Y si bien, en la actualidad existe un sector importante que acepta la limitación del poder constituyente para alterar "cualquier" parte de la ley fundamental, las justificaciones de semejante impotencia son mucho más sofisticadas, interesantes y sutiles que la apelación a esas enigmáticas "decisiones" que son evidentes en sí mismas, pero que cambian en función del autor que se consulte. Y otro caso ocurre con el instrumento más entrañable para la defensa de los derechos fundamentales acuñado por nuestras constituciones: el juicio de amparo. Es cierto que con toda razón el juicio de amparo ocupa un lugar destacado en la historia, pero de eso a suponer —verbigracia— que sus orígenes se encuentran en ciertas instituciones del derecho azteca —como llega a sugerirlo Arellano García— o que para el estudio procesal de ese juicio no es menester recurrir a las coordenadas de la teoría general de proceso, sin caer en la tendencia extranjerizante de una conquista netamente nacional —como lo dijo con insistencia Burgoa— son, de plano, equívocos evidentes. Claro está que esa situación no podía persistir por demasiado tiempo.

II

Y como no podría ser de otra forma, poco a poco, se fueron abriendo paso nuevos aires de doctrina. Esas nuevas tendencias estuvieron marcadas por el fortalecimiento de una auténtica teoría constitucional, que percibía a las normas fundamentales como el resultado de una constante lucha por la democracia y los derechos y que, por eso mismo, deberían asumirse con la seriedad

que su cuidado y florecimiento implica. Sin temor a equivocarme considero que la obra que ahora llega a nuestras manos, coordinada gracias al dinámico empeño del doctor Antonio Olguín Torres es una muestra formidable de esos nuevos aires que percolan a la ciencia constitucional, pues en ella se aprecian las cualidades de una obra con rigor metodológico y profundidad conceptual.

En efecto, la obra coordinada por el profesor Olguín, sin lugar a duda, estará llamada a ser uno de los textos obligados de consulta para los estudiosos del derecho constitucional y, en general, para todos los interesados en conocer los derechos que la Constitución reconoce y la estructura de poderes que establece. En el libro se hace una brillante exposición de los temas clave sobre los que se asienta nuestro sistema constitucional. En sus páginas se clarifica con maestría el sentido y alcance de todos los preceptos constitucionales, de cada uno de los derechos que nuestra Ley Fundamental reconoce para todas las personas, pero también cada una de instituciones fundamentales que perfilan el carácter de la estructura y funciones de cada uno de los poderes públicos. A través de comentarios precisos y documentados en una amplia serie de fuentes bibliográficas debidas a la más actualizada doctrina nacional y extranjera, se detallan los aspectos más importantes del derecho constitucional contemporáneo, pero sin perder de vista las condiciones que dieron origen a su surgimiento y configuración actual.

De esta manera, el libro que ahora nos ocupa cumple la importante función de llenar un vacío existente en la literatura especializada sobre el tema, pues como he precisado, en general son pocos los libros que abordaban el análisis completo de las instituciones constitucionales, y cuando lo hacían, se limitaban a poner el acento sobre ciertos aspectos parciales, proporcionando una visión soslayada del sistema, reduciendo su análisis a determinadas facetas y dejando de lado la verdadera aproximación jurídica al estudio de la Constitución, con lo cual se ignoraba la auténtica consideración de la Ley Fundamental como norma jurídica, lo que también favorecía un cierto entendimiento de las normas constitucionales como determinaciones de carácter programático no directamente exigibles en la sede judicial. Al contrario, lo que prevalece en textos de la obra que ahora se presenta, es precisamente el afán de que la Constitución sea entendida a partir

de su carácter plenamente normativo y justiciable. Me parece que la lectura que se propone integralmente en el texto presentado expone al derecho constitucional desde la luz de una tradición abiertamente inserta en los modernos derroteros del derecho constitucional y la filosofía del derecho. En los comentarios laten las ideas de las principales corrientes teóricas que actualmente están emprendiendo la tarea de escribir la doctrina más avanzada, pero sin que ello suponga una renuncia a los orígenes de la doctrina publicista de mayor ascendencia en nuestro país.

Este es otro aspecto que quiero destacar en el texto coordinado por el profesor Olguín pues en cada comentario aparecen los aspectos propios del derecho constitucional contrastados a partir de un novedoso entendimiento de dichos problemas a partir de los avances de la teoría constitucional neoconstitucionalista, la cual se ha convertido en un patrimonio común. Ello se debe al hecho de que todos los participantes en este libro colectivo son destacados estudiosos del derecho constitucional de reconocida trayectoria académica en cada campo su especialidad. De este modo la asignación de los temas entre cada uno de los autores participantes obedece a una adecuada determinación del campo de especialidad, de forma que con ello se potencializó definitivamente el dominio de cada tema en manos siempre uno de sus exponentes doctrinarios destacados y reconocidos. Sin duda, todas estas cualidades hacen de la obra *Reflexiones contemporáneas sobre derecho constitucional comparado* un texto que no podrá dejar indiferente a ningún interesado en la defensa de la democracia y los derechos fundamentales.

Tal vez esa es la magia que nos atrae del derecho constitucional, el cual por más tiempo que pase, por más tinta que corra en los gruesos manuales de la materia, no puede considerarse como una materia agotada. Y quizá por eso Jorge Carpizo tenía razón cuando afirmó —no sin cierto dejo de grandilocuencia— que todo el derecho es derecho constitucional. Una afirmación que, por cierto, viene bien recordar cuando se lee el libro *Reflexiones contemporáneas sobre derecho constitucional comparado* coordinado por el profesor Olguín Torres.

Leandro Eduardo Astrain Bañuelos
Doctor en Derecho, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I, y Director del Departamento de Derecho de la Universidad de Guanajuato.

La constitucionalización del derecho al medio ambiente sano, una comparación entre México y Ecuador

*Tania Mariel Farfán García**

Sumario: Introducción. I. Constitucionalismo en América Latina. III. Constitucionalización de un medio ambiente sano en México. IV. La Nueva Constitución de Ecuador y el medioambiente. V. Un análisis comparativo. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

El medioambiente es un derecho fundamental para el desarrollo del ser humano, de su vida y de sus actividades, la protección ambiental es esencial para los que habitamos el planeta como para los que lo harán en años futuros. La comunidad internacional ha reflexionado bastante acerca del tema y se han elaborado propuestas que posteriormente se han positivizado al derecho de las naciones para regular una vida de calidad y sostenibilidad entre el ser humano y el medio ambiente. Los estados han tenido que realizar adecuaciones en sus sistemas normativos para poder cumplir con los requerimientos de protección y garantía del medio ambiente adecuado que establecen los tratados internacionales, pero no todos lo han hecho de la misma forma, en América

* Licenciada en Derecho por la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla, egresada de la Maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato. Correo electrónico: tanfarfang@gmail.com

Latina se han realizado constituciones con capítulos especiales a la *madre tierra* y en otros países simplemente se ha constitucionalizado como un derecho más del Estado constitucional junto a la libertad; la igualdad; la seguridad jurídica; la democracia, etcétera. Para entender mejor lo que ha sucedido en las interminables listas de derechos de las constituciones latinoamericanas en las que ahora aparece como un gran baluarte el medioambiente analizaremos en primer término el constitucionalismo latinoamericano. En segundo lugar, se aborda la constitucionalización del derecho al medioambiente sano y la eficacia que este derecho ha tenido sin ser necesariamente un capítulo de la Constitución. Luego vamos a detallar como se constitucionalizó en Ecuador en una nueva Constitución y la visión de justicia ambiental que se pretende materializar. Finalmente se realiza un análisis comparativo para determinar que en México se han logrado materializar los derechos ambientales en una visión progresista de justicia social con mecanismos ordinarios.

I. Constitucionalismo en América Latina

Con la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 nace el Estado constitucional de derecho con la premisa mayor de garantizar derechos a los ciudadanos del mundo, limitando el poder del estado.[1] Al paso del tiempo estos catálogos de derechos fueron ampliándose y pasaron de simples acciones negativas del estado como en el caso de la libertad, la igualdad y la seguridad jurídica, a requerir acciones positivas a cargo de las autoridades como el de proveer servicios de salud, vivienda digna, fomentar la economía, sancionar la violación de derechos y la protección al medio ambiente. En América Latina nos enfrentamos a grandes problemas en el desarrollo del Estado constitucional en cuanto a la tutela y garantía de los derechos.

Dice Roberto Gargarella que debemos reflexionar sobre "el sentido último de las constituciones", y es en el continente americano donde existen las constituciones más jóvenes del mundo,

[1] Carbonell, Miguel, *Dilemas de la democracia constitucional,* México, Porrúa, 2009, pp. 5-9.

así como la más antigua de las constituciones vigentes, y nos enfrentamos con el problema de los objetivos a corto plazo que se plasman en las nuevas o muy reformadas constituciones como una lista interminable e inatendible de derechos y prerrogativas que en la práctica se convierten en nada, en nada porque no hay forma de atenderles a todos únicamente por que ya se han reconocido en la Constitución. La utilizamos como un remedio para todos los males que se presentan en determinada sociedad, y esto ha sido así desde el siglo XVIII, la Constitución estadounidense de 1787, por ejemplo, se redactó con la finalidad de terminar de una vez con las divididas fracciones que apuntalaban sus ideales con intereses diversos.[2]

El *nuevo constitucionalismo latinoamericano* es una forma de llamarle a las más recientes creaciones, innovaciones e injertos que han sufrido las constituciones de la región a finales del siglo XX y principios del siglo XXI, (Colombia 1991, Argentina 1994, Venezuela 1999, Ecuador 2008, Bolivia 2009).[3] Desde la independencia de los países latinoamericanos se han redactado diversos proyectos de constituciones, la mayoría de estas constituciones "copiadas" de la Constitución de Estados Unidos, con una filosofía liberal y elitista, muy respetuosa de la individualidad de los ciudadanos y con derechos individuales inviolables, por lo que al implantar dicho modelo constitucional en Latinoamérica se utilizan las mismas instituciones de división de poderes, de pesos y contra pesos, en una cosmovisión muy diferente, pues de ninguna forma fue la misma influencia la que tuvo Estados Unidos y la de Latinoamérica.[4] En la Constitución de Ecuador, se muestran cambios sumamente importantes en este aspecto, se relata en la misma Constitución una "nueva filosofía plurinacional" haciendo a un lado el individualismo elitista, para dar cabida a conceptos como "el buen vivir", la "madre tierra", la "pacha mama".[5]

---

2 Gargarella, Roberto y Courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes*, Santiago de Chile, Cepal, 2009.

3 Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo Latinoamericano", *Estudios Sociales. Revista Universitaria Semestral,* Santa Fe, Argentina, año XXV, núm. 48, primer semestre de 2015, pp. 169-174.

4 Gargarella, Roberto, Courtis, Christian, *op. cit.,* nota 2.

5 *Ibidem*.

Las constituciones latinoamericanas comienzan a reformarse a mediados del siglo xx, inspiradas en la Constitución mexicana de 1917, la que se promulgó después del movimiento de Revolución que había iniciado 7 años antes, una Constitución novedosa que incorporó derechos sociales, derechos de los trabajadores, protección para los pobres, derechos que no tuvieron mucho impacto aunque se presumían establecidos en las diferentes constituciones, se veían como derechos programáticos o de segunda generación y tampoco contaban con garantías para hacerse efectivos, estaban ahí pero no significaban mucho, pues tampoco se desarrollaban las instituciones o mecanismos para la efectiva implementación de los mismos.

Para lograr un real Estado social de derecho, en Latinoamérica se ha pretendido transformar las corrientes doctrinales y legales conocidas como neoconstitucionalismo.[6] Tratando de tener además de un reconocimiento de derechos en los textos fundamentales como un efectivo y real goce de estos derechos, Carlos Manuel Villabella Armegol menciona algunas características de lo que se considera el *nuevo constitucionalismo latinoamericano*.

- Preámbulos con la espiritualidad del país.
- Capítulos para establecer las bases del pacto constitucional.
- Normas, principios, preceptos teleológicos y axiológicos que se presentan como valores superiores.
- Supremacía Constitucional.
- Nuevo modelo de Estado.
- Proyección social del Estado.
- Estados plurinacionales e interculturales con amplias protecciones para las minorías étnicas.
- Constituciones garantistas desde la estructuración y la conformación de control de constitucionalidad.
- Refrendo de los derechos novedosos como el caso de "derechos del buen vivir".
- Nuevos deberes constitucionales.
- Amplia protección a los derechos a través de diversos mecanismos.

6 Armengol Villabella, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC,* Puebla, 2010, núm. 25, pp. 49-76.

- Legitimación de la integración jurídica latinoamericana y respaldo a las instituciones supranacionales de la región.
- Protagonismo del Estado en aspectos sociales y económicos.
- Procedimientos de reforma constitucional con la participación del constituyente originario.[7]

Lo que supone que en América latina se tenían "clausulas dormidas"[8] en las anteriores constituciones o antes de las reformas de las que se habla, esto generaba a los jueces no encontrar respaldo de ciertos derechos en los textos constitucionales por lo que se creyó que requerían una presencia textual de esos derechos, que en comparación con constituciones austeras como el caso de la Constitución norteamericana no ha sido necesario, pues los jueces le han ido dando valor normativo a los principios que rigen su Constitución, sin embargo, no es así en cuestión de derechos sociales.[9] El considerar que había "clausulas dormidas" se debe a que aunque los derechos sociales se incorporan a las constituciones, son irreales, son utópicos, tal vez producto de un reclamo social o de una promesa con tintes políticos, pero estancados ahí por décadas, y es en estos nuevos movimientos de constituciones activas estos derechos empiezan a representar, a tener una forma de acceso.[10] En buena medida se han hecho mejoras y se ha tratado de adecuar la realidad latinoamericana a sus constituciones o viceversa, sin demasiada innovación, pero creo que el problema históricamente deviene en cuatro ataduras que en Latinoamérica no hemos podido erradicar para lograr ese Estado ideal de derecho; corrupción, violencia, pobreza y desigualdad social, países enteros marcados por la inequidad, crisis que no tienen fin y la pobreza como una tierra fértil para atraer la criminalidad, la corrupción, la falta de educación. En una entrevista para *El País* el ex secretario general de la Organización de Estados Americanos, José Miguel Insulza dijo que "América Latina no es la parte más pobre del mundo, pero si la más injus-

7 *Idem*.

8 *Ibidem*, p. 32.

9 *Idem*.

10 *Idem*.

ta".[11] La inacción estatal representa, para los más desfavorecidos, los que viven en la pobreza y la desigualdad, una condena que se va heredando y aumentando al paso del tiempo, pues la balanza del Estado inclinada al lado del privilegiado es la raíz de fuertes y muy marcadas desigualdades sociales, económicas y de oportunidades.[12] Tenemos mucho más desigualdad que en otras décadas, no hay un crecimiento económico equitativo. Las nuevas constituciones latinoamericanas y las reformas que se han dado en otros países de la región tratan de enfrentarse a estos problemas que históricamente los han estancado, mejorar la vida de los individuos y de los grupos vulnerables que han sido desplazados por mucho tiempo es uno de los grandes retos que tendrán que cumplir.

III. Constitucionalización de un medio ambiente sano en México

> El cambio ambiental, entendido como el paso de una sociedad esencialmente depredadora, como es la sociedad en que vivimos, a una sociedad estructurada en torno a la idea del desarrollo sostenible, es para mí un cambio posible, es decir, realizable.[13]

Podemos comenzar con una definición de medio ambiente y es lo que Raúl Brañes denomina como:

> El conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de integración que tienen lugar entre los sistemas de organismos vivos y sus sistemas de ambiente mediante la generación de efectos de los

11 Bastenier, Miguel Ángel, "América Latina", *El País*, 27 de diciembre de 2006, *https://elpais.com/diario/2006/12/27/internacional/1167174012_850215.html* (consultado el 28 de abril de 2021)

12 Gargarella Roberto, Courtis, Christian, *op. cit*., nota 2.

13 Palabras leídas por Raúl Brañes en la presentación de su libro "Manual de Derecho Ambiental Mexicano" en noviembre de 1994 en la Ciudad de México. *Cfr*., Rodríguez, Gloria Amparo, "Presentación", en Páez Páez, Iván Andrés y Rodríguez, Gloria Amparo (eds.), *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012, p. ix.

que se espera una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.[14]

Según la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) lo define como: "Un conjunto de elementos naturales y artificiales o inducidos por el hombre que hacen posible la existencia y el desarrollo de los seres humanos y demás organismos vivos que interactúan en un espacio y tiempo determinado".[15]

La constitucionalización del ordenamiento comienza con la premisa de que la Constitución orienta a la sociedad y al poder público a una realización de los valores que propone la ley fundamental. Ricardo Guastini define a la constitucionalización del ordenamiento como impregnar las leyes secundarias con la Constitución y con los valores que se plantean en ella. Una Constitución invasora, que sea rígida, con una fuerza vinculante, con una sobre interpretación, una influencia sobre las relaciones públicas.[16]

La Constitución mexicana de 1917 como una precursora de derechos sociales establece desde entonces bases que tratan de proteger al ambiente, lo que es muy significativo y reafirma el carácter innovador de nuestra carta magna pues para la época esto fue una "obra maestra del constitucionalismo social".[17] La primera base se encuentra en el artículo 27 párrafo tercero que trata la idea de la conservación de los recursos naturales. La segunda base es referente a la prevención y control de la contaminación ambiental en el artículo 73, fracción XVI.[18]

En México 1971, se crea la Ley Federal para Prevenir y Controlar la Contaminación, como respuesta a los primeros movimientos ambientalistas, en 1980 se crea la Ley Federal de Protección al Ambiente, sin tener mucho impacto pues carecía de

14 Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano,* 3a. ed., México, FCE, 2018, p. 29.

15 Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, art. 3.

16 Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismos*, España, Trotta, 2003, pp. 49-74.

17 Brañes, Raúl, *op. cit*., nota 4, p. 66.

18 *Idem*.

recursos efectivos para hacerse cumplir, en 1988 la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente modifica la política ambiental del país incluyendo conceptos como ordenamiento ecológico, evaluaciones de impacto y riesgo ambiental, todo lo anterior como una *gestión ambiental*.[19] Esta ley se desarrolla en un contexto preparativo para la *Cumbre de la Tierra Río 1992*. A la gestión ambiental, Raúl Brañes le da tres componentes esenciales, política, derecho y administración ambiental, se modernizan en las reformas de la LGEEPA de 1996 a través de la descentralización de la gestión ambiental, las modificaciones al artículo 73 constitucional permitieron las competencias de los gobiernos estatales y municipales en materia ambiental.[20] En este nuevo siglo y en las corrientes del constitucionalismo moderno se ha concebido que el Estado tiene diferentes atribuciones, entre ellos los objetivos sociales que requieren la participación activa del Estado, la gestión ambiental es una prerrogativa del estado pero no es exclusiva de este, es necesaria la participación de la sociedad civil para lograr mejores resultados y mayores beneficios tanto para garantizar el derecho humano como para la conservación del medio.[21]

En 1990 comienzan a surgir instituciones ambientales enfocadas principalmente al sector empresarial y a la industria, vinculando el ambiente y la economía por las actividades de impacto y explotación de recursos.[22] El 28 de junio de 1999 se reforma la Constitución mexicana para incluir en el artículo 4º, párrafo quinto, el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.[23] Nuevamente nos sentábamos en espera de la garantía de este derecho, pues no había mecanismos procesales para lograr su protección. La Constitución como

19 *Cfr*. Gil Corrales, Miguel Ángel, *Crónica ambiental gestión pública de políticas ambientales en México*, México, FCE, 2007.

20 Brañes, Raúl, *op. cit.,* nota 14, p. 117.

21 *Idem*.

22 Camacho García, *Empresas y medio ambiente en México,* Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2015, p. 52.

23 *Diario Oficial de la Federación*, 28 de junio de 1999, *https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/decretos_reformas/2016-12/00130157.pdf* (consultado el 30 de abril de 2021).

una respuesta a las peticiones de la sociedad, a lo que se vive en el momento y para enfrentar la problemática de su época, reconoce el derecho a un medio ambiente adecuado como un derecho humano. El 8 de febrero de 2012 se reforma el artículo 4º, párrafo quinto, de la Constitución para establecer que:

> Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley. Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado 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.[24]

En el año 2011, México tuvo una profunda transformación en materia de derechos humanos, se modificó la Constitución federal y se incorpora el *interés legítimo* en el artículo 107, fracción I, para la procedencia del juicio de amparo, que establece

> El juicio de amparo se seguirá siempre a instancia de parte agraviada, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que el acto reclamado viola los derechos reconocidos por la Constitución y con ello se afecte su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

Entonces podemos considerar que con estos cambios constitucionales se reconoce el derecho y además se proporcionan recursos para tutelarlo, para individuos como para comunidades o grupos que requieran defender de manera colectiva sus derechos ambientales.

Como bien sabemos otro punto importante de la reforma constitucional de 2011 es precisamente al artículo 1º constitu-

[24] *Diario Oficial de la Federación, http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_200_08feb12.pdf* (consultado el 30 de octubre de 2021).

cional que establece: "[...]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, [...] Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución".[25] Lo que conocemos como interpretación conforme, interpretación convencional, esto se puede traducir a una protección interamericana del derecho humano al medio ambiente sano en nuestro país, pues el Estado mexicano como parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) reconoce la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y desde la cumbre de Rio 1992, el derecho al medio ambiente sano se une a las listas de derechos humanos que deben ser reconocidos y tutelados. Existen derechos humanos que van de la mano con la protección del medio ambiente, por lo que la Convención Americana protege el conjunto de disposiciones ahí establecidas, de forma indivisible se tiene que tutelar por los estados del orbe el medio ambiente para proteger otros derechos inherentes a este como puede ser el de la propiedad de los pueblos originarios, la libertad, etcétera. Valerio de Oliveira concluye en este tema que las preocupaciones ambientales no surgen por sí mismas, sino que es una necesidad pragmática para cumplir las disposiciones de la Convención Americana.[26]

IV. La Nueva Constitución de Ecuador y el medioambiente

Poner de relieve las aproximaciones y las diferencias que existen entre las instituciones constitucionales es lo que para Jorge Carpizo significa la comparación, con la finalidad de saber cuáles de ellas puede fortalecer a un sistema constitucional específico, teniendo en cuenta, muy importante, la realidad del

25 Reformado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

26 Oliveira Mazzuoli, Valerio de y Teixeira, Gustavo, "La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ius Humani: Revista de Derecho,* Ecuador, núm. 4, pp. 193-226.

país.[27] En este apartado quiero hacer notar los avances que ha tenido la constitucionalización del medio ambiente en Ecuador en comparación con México, y la eficacia traducida a la tutela del medio ambiente como fin primordial del reconocimiento constitucional.

Ecuador y algunos otros países latinoamericanos han marcado la pauta para desarrollar el constitucionalismo ambiental del que se espera que pronto tome fuerza a nivel internacional. Novedosas figuras se incorporan a la Constitución de Ecuador apelando a la importancia que tiene la naturaleza dentro de la cultura de los pueblos originarios del Ecuador y esa relación ancestral que se tiene entre estos dos sujetos (naturaleza y comunidades ancestrales) y de las que se considera que se tenía una deuda histórica por no haberlos protegido a ninguno de los dos como se debió hacer desde hace mucho tiempo, pero ahora se da un vuelco en la consagración de principios para protegerles haciéndolos titulares de derechos reconocidos constitucionalmente.[28]

En Latinoamérica hay un proceso, desde los últimos 20 años, de constitucionalización del medio ambiente, en el caso de México con reformas constitucionales para proteger de forma más amplia este derecho y con una nueva constitución en el caso de Ecuador, Constitución que se sometió a referéndum el 28 de septiembre de 2008 y que se publicó en el Registro Oficial de Ecuador el 20 de octubre de 2008. Esta Constitución buscó su legitimidad en la participación del pueblo, una constitución que plantea nuevos paradigmas en la materia jurídico ambiental. Se incorpora a la naturaleza como sujeto de derechos y objeto de protección, tal como se describió en el artículo 10 de la Constitución ecuatoriana, derechos que podemos estimar de los más novedosos y hasta ahora desatendidos por los estados constitucionales tradiciona-

---

27 Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, vol. 38, pp. 949-989, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041863320050003000001&lng=es&nrm=iso>. ISSN 2448-4873* (consultado el 1 de noviembre de 2021).

28 Macías Gómez, Luis Fernando, "El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional", *Iuris Dictio,* Ecuador, núm. 14, vol. 12, 2012, p. 21.

les. Eleva a rango constitucional la responsabilidad objetiva y la imprescriptibilidad de las acciones para perseguir y castigar los daños ambientales.[29]

> Artículo 10. Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.
>
> La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.[30]

Hay siete artículos constitucionales relacionados con el desarrollo y el medio ambiente, el Estado se hace cargo de planificar el desarrollo nacional y sustentable en la redistribución de los recursos.[31] Se declara de interés público la preservación del ambiente, los ecosistemas y la biodiversidad, se reconoce el derecho a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado garantizando la sostenibilidad y el buen vivir.[32] Los servicios ambientales no serán susceptibles de apropiación, su producción, prestación, uso y aprovechamiento serán regulados por el Estado.[33] Todo esto a razón del modelo de desarrollo denominado *Sumak Kawsay* o buen vivir, el Estado garantizará un modelo sustentable de desarrollo, ambientalmente equilibrado y respetuoso de la diversidad cultural, que conserve la biodiversidad y la capacidad de regeneración natural de los ecosistemas asegurando la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes y futuras. Se desarrolla un principio *in dubio pro natura*, aplicando el sentido más favorable del alcance de las disposiciones a favor de la naturaleza.[34] Se desarrolla el principio de prevención que establece las políticas y medidas oportunas que eviten los impactos ambientales negativos, así como la responsabilidad objetiva por el daño al ambiente, restauración de

29 *Ibidem*, p. 23.

30 Del Ecuador, Asamblea Constituyente, Constitución de la República del Ecuador, 2008, vol. 449.

31 Constitución de la República del Ecuador, art. 3.

32 *Ibidem*, art. 14.

33 *Ibidem*, art. 74.

34 *Ibidem*, art. 395.

ecosistemas e indemnización a las personas y comunidades afectadas. La imprescriptibilidad de las acciones legales respecto a los daños materiales.[35]

En México se protege el derecho humano de los habitantes del Estado a tener un medioambiente sano, pero de ninguna forma se considera ni en la Constitución ni en la legislación ordinaria a la naturaleza como un sujeto de derechos, más bien lo que se busca es proteger el derecho de las personas y comunidades a que tengan un ambiente sano. En la Constitución de Ecuador, se dice que es en la *Pacha Mama* donde se reproduce y realiza la vida y esta tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia, el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales. Toda persona, comunidad, o pueblo podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.[36] Lo que en otras palabras es la legitimación de cualquier individuo o colectividad para acudir a los tribunales o autoridades competentes para hacer efectivos los derechos de la naturaleza sin necesidad de tener un interés "legítimo o jurídico", como sería por ejemplo en el caso del juicio de amparo en México para poder acudir a la tutela del derecho. Para garantizar el derecho individual y colectivo a vivir en un ambiente sano y equilibrado, el Estado ecuatoriano resuelve que cualquier persona física o jurídica, colectividad o grupo, puede acudir a los órganos judiciales y administrativos, sin perjuicio de su interés directo, incluyendo la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan cesar la amenaza o el daño ambiental, con el objetivo de obtener la tutela efectiva en materia ambiental, además se revierte la carga de la prueba y corresponde al demandado demostrar la inexistencia del daño ambiental. Se asegura también la intangibilidad de las áreas naturales protegidas para que se garantice la conservación de la biodiversidad y el mantenimiento de los ecosistemas.[37]

Tomando en consideración todos los aspectos que se abarcan en la Constitución ecuatoriana respecto al medio ambiente y la naturaleza es evidente la necesidad de crear codificaciones al res-

35 *Ibidem*, art. 396.

36 *Ibidem*, art. 71.

37 *Ibíidem*, art. 397.

pecto y en 2018 entra en vigor el Código Orgánico del Ambiente, el cual tiene como objetivo garantizar a los individuos y a las colectividades vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, así como la protección de los derechos de la naturaleza. También se tuvieron que realizar reformas a las leyes de caminos, de salud, de ordenamiento territorial, código civil y ley de minería y se derogaron otras siete leyes que anteriormente regulaban el medio ambiente de forma dispersa y sin atender a los nuevos principios constitucionales del medio ambiente.[38] No era suficiente cambiar la legislación para emprender el camino hacia el nuevo cuidado de la naturaleza y protección del medio ambiente, se tuvieron que tomar medias en cuestión de educación ambiental, investigación científica clara y accesible, sistemas de información ambiental, irretroactividad del sistema de áreas naturales protegidas, incentivos ambientales, protección forestal, marina, costera y en general de todos los ecosistemas. Todo esto que acabo de mencionar atendiendo también a los usos y costumbres de los pueblos originarios de donde adquieren el principio del "buen vivir", para estas comunidades indígenas se permite por ejemplo la cacería como medio de subsistencia y la utilización de plantas y animales exóticos para cuestiones medicinales.

En relación al derecho ambiental internacional y la última agenda que se plantea para mejorar las condiciones de vida de todos los habitantes de nuestro planeta Agenda 2030 Objetivos de Desarrollo Sostenible, en relación al objetivo 13 que son las acciones por el clima, me parece que estas legislaciones se adecuan perfectamente a lo que se busca en esta agenda internacional, por un lado se cuidan los recursos naturales y aprovechamiento del medio ambiente, se le da importancia a los pueblos originarios que históricamente habían sido dejados de lado en cuanto a sus usos y costumbres respecto de las practicas que intervienen con la naturaleza y además se incorporan en la legislación ambiental conceptos como el cambio climático, educación ambiental, planes de desarrollo y ordenamiento territorial.[39]

38 Martínez Moscoso, Andrés, "El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador: estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente", *Actualidad Jurídica Ambiental*, Ecuador, núm. 89, 2019, pp. 14-46.

39 *Ibidem*, p. 9.

V. Un análisis comparativo

Para conocer las tendencias que se están desarrollando en otras partes del mundo y los elementos que deben considerarse en cuanto a la protección del ambiente, es muy importante tener una visión comparatista y en este artículo como se desarrolló con anterioridad podemos destacar que las tendencias y la función del Estado es garantizar la protección del ambiente y por otra parte, el derecho humano a un ambiente adecuado garantizado para los habitantes del Estado.[40] En relación al medio ambiente, la mayoría de las constituciones que se han proclamado después de la segunda posguerra han incluido y armonizado cuestiones medioambientales, en lo que se denomina el surgimiento del constitucionalismo ambiental latinoamericano o enverdecimiento (*greening*) de las constituciones de la región.[41]

Lo que se busca comparar en este apartado son los principios rectores del derecho al medio ambiente, su evolución, su constitucionalización y su garantía, ya que como Norberto Bobbio ha manifestado, "el problema de fondo de los derechos humanos no es hoy tanto de justificarlos sino de protegerlos".[42] Esta comparación como ya sabemos es entre México y Ecuador, dos Estados latinoamericanos, países megadiversos, pluriculturales, que aún cuentan con un número importante de pueblos originarios, que han sido explotados y descuidados en materia de servicios ambientales. Estos dos países fueron colonias españolas, pertenecen al sistema de derecho civil o civil law, han suscrito tratados internacionales en materia de protección al ambiente como *La Conferencia de Río 1992* y han logrado el reconocimiento del derecho a un medioambiente sano en sus constituciones, México en una reforma constitucional en febrero de 2012 y Ecuador a través de un proceso constituyente en el 2007.

Ya hemos dicho en este artículo que en México se ha limitado a reconocer el derecho humano en la constitución como un derecho únicamente tutelado para los habitantes no para la naturaleza

40 Brañes, Raúl, *op. cit.,* nota 14, p. 97.

41 *Ibidem*, p. 99.

42 Asís Roig, Rafael de, *Bobbio y los derechos humanos,* Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994, pp. 169-185.

como se ha hecho en Ecuador, pero eso no es limitativo para la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que ha emitido sentencias constitutivas de derechos en materia ambiental en la que de forma innovadora le ha consagrado de principios a este derecho y que para efectos de este estudio podremos hacer una comparación más completa con los principios constitucionales consagrados en la Constitución de Ecuador. La sentencia a la que me refiero es la sentencia de amparo en revisión 307/2016 dictada por la Primera Sala de la SCJN, que en términos muy resumidos se trata de dos quejosas que se duelen por actos del municipio de Tampico, Tamaulipas, lugar en el que se pretendía construir un parque *ecológico* en la Laguna del Carpintero, afectando su derecho humano a un medio ambiente sano, promueven amparo indirecto contra esos actos de autoridad y la juez de distrito sobresee el asunto por causas de improcedencia al no tener acreditado el interés legítimo, las quejosas presentan recurso de revisión y la Suprema Corte de Justicia ejerce su facultad de atracción para resolver el asunto. En lo sucesivo, me referiré a esta resolución de la Corte como *la sentencia* y este párrafo inmediato anterior es únicamente como un antecedente. Lo que se busca en este reconocimiento del derecho al medio ambiente es lograr un cambio de paradigma de una visión antropocentrista (donde únicamente protegemos el derecho a un medio ambiente sano para beneficio del hombre) a un visión bíocentrista (donde podamos proteger a la naturaleza como un elemento *sine qua non* para el desarrollo y continuidad de la vida en el planeta) por lo que se han desarrollado principios rectores de este derecho y para comenzar habrá que definir a los principios como dice Manuel Atienza, son pautas abiertas que señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos fines, al estar enunciados en términos generales tienen un mayor alcance justificatorio y mayor fuerza expansiva.[43]

El derecho ambiental como una "nueva" rama del derecho atiende principios fundamentales para lograr la tutela efectiva.

> *Principio Precautorio*, en la Conferencia de Naciones Unidas celebrada en 1972 en Estocolmo, Suecia, los gobiernos se comprometieron

[43] Peczenik, Aleksander, *Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero*, *Doxa*, Universidad de Alicante, España, núm. 12, 1992, p. 331.

a orientar todos sus actos atendiendo con mayor cuidado a las consecuencias que pudiera tener para el medio ambiente, lo que puedo distinguir como el nacimiento del principio de precaución, en la Convención de Río sobre el medio ambiente y desarrollo, se define el principio de precaución "Con el fin de proteger el medio ambiente, los estados deberán aplicar ampliamente el criterio de precaución adoptando medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente". En Ecuador se establece en la Constitución en los artículos 73 y 396 que ordena a las autoridades que tengan medidas de protección a favor del ambiente de forma precautoria incluso si la relación de causa y efecto entre la actividad y el daño no se haya comprobado científicamente. En el Código Orgánico del Ambiente que se encuentra vigente en Ecuador desde el 12 de abril de 2018 encontramos establecido este principio en función de adoptar medidas eficaces y oportunas para evitar reducir o mitigar alguna afectación ambiental, en la sentencia del Amparo en Revisión, la Corte establece que lo más importante del principio de precaución es el riesgo ambiental, las evaluaciones de impacto ambiental parten de la premisa precautoria pues las autoridades deben determinar si existe un riego para el medio ambiente, estas valoraciones están sujetas a controversias científicas por lo que la autoridad jurisdiccional "conforme al principio de precaución" tiene que tomar decisiones aún sin tener una precisión sobre el riesgo o el daño ambiental. Lo que la sala sostiene es "una vez identificado el riesgo, la falta de pruebas científicas o técnicas no es motivo para no tomar las medidas necesarias para salvaguardar el medio ambiente".

Principio de prevención. En la declaración de Estocolmo se establece la responsabilidad de los Estados para adoptar medidas y velar por que las actividades realizadas dentro de sus jurisdicciones no causen daño al medio ambiente de otro Estado previniendo daños. En la cumbre de Río decreta que se deben emprender evaluaciones de impacto ambiental de cualquier actividad propuesta que pueda producir un impacto ambiental. En la Constitución de Ecuador artículo 396 como un mandato cuando existe certeza de daño o de la peligrosidad de una determinada actividad. En el Código En la sentencia de la Suprema Corte de nuestro país define que es posible distinguir entre el principio de prevención y de precaución ya que el de prevención se fundamenta en el conocimiento de la situación de riesgo, es decir la certeza de una actividad que va a causar un daño ambiental.

Principio In dubio pro natura. En la reunión de Estocolmo se empieza a hablar de políticas medioambientales que los países deberían adquirir, pero no se habla para nada de este principio que se considera

una novedad latinoamericana, por lo que no contamos en esta declaración con algún parámetro de comparación y evolución respecto al in dubio pro natura. En la declaración de Río únicamente se hace una aproximación a lo que posteriormente en el derecho constitucional de las reglas y los principios vamos a considerar como un estándar que deben seguir las autoridades del Estado y que se refiere a la posibilidad que tienen de elegir en caso de duda la opción que más beneficio tenga para la naturaleza. En la Constitución de Ecuador se establece que "en caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales en materia ambiental se deben aplicar en sentido más favorable a la naturaleza", artículos 395 y 71. En la sentencia de Laguna del Carpintero se establece este principio como precedente y línea guía para los futuros asuntos en materia ambiental. La Sala establece que es un principio estrechamente vinculado con los principios de prevención y precaución, pues ante la duda se debe resolver a favor de la naturaleza o con el mayor beneficio posible para esta y se establece como un "mandato interpretativo general de la justicia ambiental".

Principio de participación ciudadana. En la declaración de Río se establece que el mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos, todas las personas deben de tener acceso a la información sobre medio ambiente. En la Constitución de Ecuador se refiere a la consulta previa que se establece en los artículos 398 y 424, toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente será consultada a la comunidad. En la sentencia de la SCJN reitera que el derecho a un medio ambiente sano implica el deber de los ciudadanos de colaborar en la protección y de las autoridades de propiciar la participación ciudadana pues es necesario reconocer un rol proactivo del Estado.

Principio de no regresión. En la Constitución ecuatoriana no se ha hecho especial énfasis en la no regresión, pero el principio que más se acerca o con el que pudiéramos equiparar es el de la imprescriptibilidad de acciones y sanciones en daños medio ambientales que se refieren al artículo 395 de la Constitución donde se establece que no caduca ni la acción ni la pena. En México el principio de no regresión se refiere a que los poderes públicos no podrán disminuir o afectar el nivel de protección ambiental que ha sido alcanzado, pues se presentaba el problema en nuestro país que en un sexenio determinada área se consideraba como Área Natural Protegida, y al siguiente sexenio se le quitaba tal protección para poder comercializar la tierra en esa área. En los derechos humanos nos podemos referir a este principio como de "progresividad" pues una vez que se alcanzó cierto estándar de protección no se puede tomar una medida regresiva

> a la protección y en materia de medio ambiente y naturaleza tomar acciones como esta es de suma importancia, siempre buscando la mayor protección al medioambiente y mantenerla o aumentarla.

Existen otros principios en materia ambiental que se van desarrollando conforme las necesidades de protección del medio, podemos poner como ejemplo el de inversión de la carga de la prueba que en la Constitución de Ecuador se encuentra en los artículos 87 y 397, que da la posibilidad de acudir a las autoridades haciendo una inversión de la carga de prueba respecto al daño ambiental donde el que tiene que demostrar que NO está dañando al ambiente es la parte que ha sido demandada o acusada del daño. En México, se ha establecido en el precedente de la SCJN una inversión de la carga de la prueba por que en muchas ocasiones las personas o comunidades que demandan el daño ambiental no cuentan con los recursos económicos suficientes para realizar los dictámenes y eso los ponía en una situación de desventaja frente a las empresas que estaban realizando el daño ecológico, se establece que se revierte a cargo del agente potencialmente responsable, esto para que el juzgador tenga herramientas para allegarse de todos los elementos probatorios necesarios para identificar el riesgo ambiental.

Conclusiones

Con el constitucionalismo latinoamericano se le ha dado vida a algunas disposiciones que se encontraban en pausa o que simplemente no parecían importantes, en la actualidad se está buscando un equilibrio en los asuntos sociales a los que no se les había dado la importancia requerida por la forma de desarrollo y el modelo económico, se están tratando de saldar deudas históricas con los pueblos originarios y su entorno, *naturaleza* o *pacha mama*, de tal forma que se han incluido en la constitución de Ecuador conceptos de desarrollo como *sumak kawasi* que le dan voz a los proyectos que se habían descuidado, que representan un gran reto para los juristas latinoamericanos y un extraordinario precedente de instituciones jurídicas que se aportan al mundo. En México tenemos un artículo 4º constitucional que está lleno de principios y el máximo tribunal les ha dado una debida interpretación, confor-

mando un precedente que se deberá tomar en consideración para llegar a una legislación adecuada, tomando en consideración las aristas que la Corte le ha dado al derecho humano al medioambiente sano, así como la protección que todos debemos darle a la naturaleza para garantizar la vida de las generaciones presentes y futuras. Dice Bobbio que el reconocimiento de los derechos humanos es un indicador de progreso histórico y la naturaleza ha conseguido ser protegida y a su vez el derecho de los hombres y mujeres a gozar de un ambiente sano, progresividad es lo que se necesita para seguir instaurando prácticas de protección, así como medios eficaces de acceso a la justicia ambiental.

Como una reflexión final, los principios constitucionales de derechos humanos en estos dos países de los que se ha hablado, valen lo mismo, estén o no *positivizados*, pues además del derecho interno, tenemos el derecho internacional de los derechos humanos y tal como lo establece el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los Estados parte, deben interpretar de acuerdo a los derechos y libertades reconocidas en la CADH así como de las jurisprudencias que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo que hace aún más extensivos los principios contenidos en las cartas magnas y de los cuales los tribunales pueden echar mano para una protección satisfactoria de los derechos humanos y en concreto del medioambiente adecuado o sano para que subsista en este planeta la vida como la conocemos, para esta y las generaciones que vivirán aquí.

Es muy grato también concluir en este trabajo que, la Constitución mexicana a través de la interpretación que ha hecho la SCJN de los principios contenidos en el artículo 4º tiene un avance muy significativo y adecuado a los estándares internacionales de protección al medio ambiente, no quiero dejar de mencionar que la sentencia a la que he hecho referencia no es la única que le da voz a los principios de protección al medio ambiente, incluso la corte publicó un libro de contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente, en una serie de cuadernos jurisprudenciales,[44] en el que, además de la sentencia que se utilizó

[44] Rabasa Salinas, Alejandra *et al.,* "Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano", México, SCJN, 2020, *Cuadernos de jurisprudencia,* núm. 3.

para realizar este análisis comparativo, existen otros precedentes en los que se han abordado diferentes cuestiones y se le ha dado vida a este derecho humano y puedo concluir que a pesar de que la Constitución de México no es tan extensa como lo es la de Ecuador, la protección al medio ambiente y los alcances de este derecho están plenamente garantizados con los precedentes de la SCJN y esto se traduce en un derecho protegido y con mecanismos para garantizarlo de forma muy satisfactoria.

Bibliografía

Armengol Villabella, Carlos Manuel, "Constitución y democracia en el nuevo constitucionalismo latinoamericano", *IUS, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla AC*, Puebla, 2010, núm. 25.

Asís Roig, Rafael de, *Bobbio y los derechos humanos*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 1994.

Bastenier, Miguel Angél, "América Latina", *El País*, 27 de diciembre de 2006, *https://elpais.com/diario/2006/12/27/internacional/1167174012_850215.html* (consultado el 28 de octubre de 2021).

Brañes, Raúl, *Manual de derecho ambiental mexicano*, 3a. ed., México, FCE, 2018.

Camacho García, *Empresas y medio ambiente en México,* Guanajuato, Universidad de Guanajuato, 2015.

Carbonell, Miguel, *Dilemas de la democracia constitucional,* México, Porrúa, 2009.

Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 114, 2005, vol. 38, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041863320050003000001&lng=es&nrm=iso* (consultado el 28 de noviembre de 2021).

Gargarella, Roberto y courtis, Christian, *El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes,* Santiago de Chile, Cepal, 2009.

Gargarella, Roberto, "El nuevo constitucionalismo Latinoamericano", Estudios Sociales. *Revista Universitaria Semestral,* Santa Fe, Argentina, año XXV, núm. 48, primer semestre de 2015.

Gil Corrales, Miguel Ángel, *Crónica ambiental gestión pública de políticas ambientales en México*, México, FCE, 2007.

Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano", en Carbonell, Miguel, *Neoconstitucionalismos*, España, Trotta, 2003.

Macías Gómez, Luis Fernando, "El constitucionalismo ambiental en la nueva Constitución de Ecuador. Un reto a la tradición constitucional", *Iuris Dictio*, Ecuador, núm. 14, vol. 12, 2012.

Martínez Moscoso, Andrés, "El nuevo marco jurídico en materia ambiental en Ecuador: estudio sobre el Código Orgánico del Ambiente", *Actualidad Jurídica Ambiental*, Ecuador, núm. 89, 2019.

Oliveira Mazzuoli, Valerio de y Teixeira, Gustavo, "La protección jurídica del medio ambiente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Ius Humani: Revista de Derecho,* Ecuador, núm. 4.

Peczenik, Aleksander, "Los principios jurídicos según Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero", *Doxa*, Universidad de Alicante, España, núm. 12, 1992.

Rabasa Salinas, Alejandra *et al., Contenido y alcance del derecho humano a un medio ambiente sano,* México, SCJN, 2020, Cuadernos de jurisprudencia, núm. 3.

Rodríguez, Gloria Amparo, "Presentación", en Páez Páez, Iván Andrés y Rodríguez, Gloria Amparo (eds.), *Temas de derecho ambiental: una mirada desde lo público*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2012.

El test de proporcionalidad como instrumento de control constitucional de las leyes penales Su aplicación por parte de la SCJN y el Tribunal Constitucional Español

*Mario Javier García García**

Sumario: Introducción. I. Test de proporcionalidad y leyes penales. II. Objeto de comparación: El test de proporcionalidad utilizado por la SCJN. II. Parámetro de referencia: Test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. IV. Objetivo de la comparación. V. Analogías encontradas. VI. Diferencias encontradas. Conclusiones. Bibliografía

Introducción

En el Estado Constitucional en el que nos encontramos actualmente, el test de proporcionalidad cuenta con una línea teórica y doctrinaria que sustenta y legitima su aplicación a los actos de los poderes públicos, incluidos el poder legislativo, de tal manera que los actos de dichos poderes se encuentren debidamente acordes al texto constitucional, de ahí que la revisión académica del mencionado test sea necesaria a fin de confeccionar de mejor manera su regulación.

En la presente investigación, se planta si el mencionado test de proporcionalidad puede ser o no, un control constitucional

* Licenciado en Derecho y maestrante en la Maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato.

idóneo de las normas penales, ello en el contexto del constitucionalismo contemporáneo en el que nos encontramos, partiendo de una nueva interpretación constitucional que tenga como finalidad aumentar el grado de constitucionalización de nuestro ordenamiento jurídico en general, y de las normas penales en particular. Para los anteriores efectos, se toma como base las ideas desarrolladas por Carlos Bernal Pulido en torno a la utilización del test de proporcionalidad como mecanismo de control de las normas penales que incidan en derechos fundamentales.

En ese orden de ideas, Bernal Pulido realiza el planteamiento referente a si el principio de proporcionalidad debe aplicarse a fin de controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas. Para resolver dicho problema, el autor plantea dos interrogantes. Por una parte, si la tipificación de delitos concierne en exclusiva al legislador, o bien, si dicha actividad legislativa puede o no ser controlada por la Corte constitucional, y de ser el caso, si dicho control de constitucionalidad de las leyes penales a través del principio de proporcionalidad es legítimo y racional. En ese sentido, el autor de referencia sistematiza tres tesis distintas respecto al control constitucional de las leyes penales, las cuales serán desarrolladas a lo largo del presente documento a fin de comprobar si los actos del legislador penal, están o no sujetos a la revisión constitucional utilizando el test de proporcionalidad como una técnica interpretativa eficaz y efectiva.[1]

Por lo que, en la presente investigación, se desarrollará el procedimiento comparado utilizando la regla de las "3 C", es decir la fase de conocimiento, la de comprensión y la de comparación de Scarciglia,[2] realizando una micro comparación pues se realizará el estudio comparativo de una categoría en específico, es decir, el test de proporcionalidad; será externa pues implica a dos Estados, México a través de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y España a través del Tribunal Constitucional Español;

1 Bernal Pulido, Carlos, "Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal", en Carbonell, Miguel (comp.), *Argumentación Jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad*, 4a. ed., México, Porrúa, UNAM, 2019.

2 Scarciglia Pegoraro, Rinella, *Introducción al Derecho Comparado*, Editorial Dykinson, 2011.

nacional en virtud de que conlleva la comparación del test de proporcionalidad aplicado en México y España; en sentido restringido pues el estudio se centrará en el derecho constitucional vigente y sincrónica pues el estudio se realizará en los ordenamientos vigentes de ambos países. A partir de la presente investigación, se pretende descubrir si el modelo seleccionado sirve como parámetro de mejoría del objeto a comparar, es decir, si la aplicación del test de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Español es mejor y en qué medida respecto al utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México, ello bajo el contexto de la aplicación del test de proporcionalidad como medio de control de constitucional de las leyes penales.I. Contexto teórico e histórico del test de proporcionalidad

El auge que ha tenido recientemente el test de proporcionalidad en América Latina, no es un fenómeno aislado, o bien una espontaneidad de los académicos que han profundizado en el tema. Tampoco es una herramienta sin bases teóricas utilizada por los jueces para dar contenido a sus sentencias. Se considera que el test de proporcionalidad representa un auténtico método interpretativo y argumentativo que sirve como parámetro de regularidad constitucional de los actos de los poderes del Estado. Si bien es cierto la utilización del test o examen de proporcionalidad no es un tema nuevo,[3] su auge, expansión y debate si son de reciente data, al menos en América Latina. A mi parecer, dicho auge y expansión de dicho método o criterio interpretativo, se debe principalmente por el cambio de paradigma constitucional en el que nos encontramos desde hace algunos años, del cual me referiré someramente a fin de contextualizar la aparición del examen de proporcionalidad.

Respecto a dicho cambio de paradigma constitucional, Comanducci, establece dos cambios sustanciales en la rama jurídica, originalmente iniciados en Europa: "un cambio estructural, la constitucionalización del derecho, y un cambio doctrinal, la afirmación del neoconstitucionalismo [...] se trata de cambios relacionados entre sí, ya que uno favorece y sustenta al otro, en un

[3] Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales,* Universidad Externado de Colombia, 2014.

proceso de acción y retroacción".[4] Teniendo presente éstos dos cambios sustanciales en el mundo jurídico de los que Comanducci hace mención, conviene precisar los rasgos más importantes de ambos, ello sin la intención de realizar un análisis minucioso pues no es el objeto de este trabajo. El Estado constitucional de derecho, también llamado constitucionalismo contemporáneo, deja atrás la concepción tradicional del estado legislativo de derecho. Este cambio de paradigma principalmente representa una nueva forma de visualizar al texto constitucional. En ese sentido, la corriente teórica que sustenta dicho estado constitucional es el denominado neoconstitucionalismo, el cual "surge justamente en conexión con el desarrollo del proceso de constitucionalización del derecho, y que pretende superar y en un sentido suplantar, sea al positivismo jurídico, sea al iusnaturalismo".[5] Respecto a la constitucionalización del ordenamiento jurídico, Guastini, refiere que "es un proceso de transformación de un ordenamiento, al término del cual, el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales [...] la constitucionalización debe concebirse como un proceso que se va fortaleciendo con sucesivos elementos o exigencias",[6] "como lo son la fuerza vinculante, la aplicación directa por los jueces o funcionarios sin necesidad de interposición legislativa, mayor o menor rigidez frente a la reforma, garantía jurisdiccional y una densidad variable de contenido normativo".[7]

Para Guastini,[8] la constitucionalización del ordenamiento jurídico debe ser capaz de condicionar tanto a la legislación, la doctrina y la jurisprudencia, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales. La constitucionalización es una

4 Comanduchi, Paolo, *op. cit*., nota 4, p. 41.

5 Comanducci, Paolo, *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2006, p. 41.

6 Guastini, Riccardo, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano, en Neoconstitucionalismo(s),* Carbonell Sánchez, Miguel (coord.), s.l.i., Trotta, 2003, p. 154.

7 Sanchís Prieto, Luis, *Principia iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el estado constitucional*, s.l.i., Doxa, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 2008, p. 326.

8 *Idem*.

cuestión de grado, en el sentido de que un ordenamiento puede estar más o menos constitucionalizado, dependiendo de cuántas y cuáles condiciones se encuentren satisfechas. A mi parecer, las condiciones de constitucionalización del ordenamiento jurídico a las que Guastini hace referencia, representan el sustento del constitucionalismo contemporáneo, o en terminología de Ferrajoli al estado constitucional de derecho. En ese sentido, Ferrajoli menciona que su surgimiento aparece con la subordinación de la legalidad a las constituciones rígidas, jerárquicamente supra ordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de validez.[9]

En ese contexto, la utilización del test de proporcionalidad como instrumento para controlar los actos de los poderes públicos que incidan en derechos fundamentales, en específico las normas penales, puede ser ubicado en el marco del constitucionalismo contemporáneo, ello en torno a una nueva forma de interpretar la norma constitucional con la finalidad de aumentar el grado de constitucionalización del ordenamiento jurídico. Para la adopción plena del test de proporcionalidad en el ordenamiento jurídico, se requiere de una constitución flexible y *dúctil* en donde se abone a la protección real y efectiva de los derechos de las personas, por lo que para dichos fines, se propone que la denominada *visión abierta* de la Constitución propugnada por Zagrebelsky, sea ampliada a nivel de la interpretación de la norma, para con ello surta *legitimación* en la utilización del test de proporcionalidad en los actos de los poderes públicos en general, y en los actos del legislador penal en particular.[10] En ese sentido de legitimación, Comanducci denomina estado *sub lege,* al estado donde tiene vigencia el principio de legitimidad, en donde todos los actos normativos, incluso las leyes, deben conformarse al contenido de los derechos fundamentales.[11] Para Comanducci, el neoconstitucionalismo se presenta de tres formas: como teoría, como ideología y como metodología. Para dicho autor, el neoconstitucionalismo como teoría del derecho:

---

9 Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", Revista Internacional de Filosofía Política, España, 2001, núm. 17, p. 34.

10 Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia,* s.l.i., Trotta, 2003.

11 Comanduchi, Paolo, *op. cit.*, nota 4, p. 73.

> Aspira a describir los logros de la constitucionalización, es decir, de ese proceso que ha comportado una modificación de los grandes sistemas jurídicos contemporáneos respecto a los existentes antes del despliegue integral del proceso mismo. El modelo de sistema jurídico que emerge de la reconstrucción del neoconstitucionalismo está caracterizado, además que por una Constitución "invasora", por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la Constitución de principios y no solo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.[12]

En consideración a lo anterior expuesto, es que se estima que el test de proporcionalidad representa una de las variadas manifestaciones del constitucionalismo contemporáneo, o si se quiere, del neoconstitucionalismo. Me parece que en la medida de mayor utilización de dicho test tanto a nivel teórico, jurisprudencial y legislativo, beneficiará la maduración del constitucionalismo contemporáneo en nuestro país, aunado a que representa una modalidad de control constitucional de los actos del Estado, —incluyendo al legislador penal— lo cual evidentemente es benéfico para la correcta protección y efectivización de los derechos fundamentales.

I. Test de proporcionalidad y leyes penales

Una vez mencionado el contexto teórico del test de proporcionalidad, del cual se considera que brinda legitimación para su aplicación, pasaré a analizar una controversia respecto a la aplicación del test de proporcionalidad sobre leyes penales, para dichos fines, se tomará de referencia a la sistematización respecto a dicho debate realizada por parte de Carlos Bernal Pulido en su trabajo denominado "Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal".[13]

[12] *Ibidem*, p. 43.

[13] Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 1, p. 180.

Bernal Pulido realiza el planteamiento referente a si el principio de proporcionalidad debe aplicarse a fin de controlar la constitucionalidad de los tipos penales y de las penas. Para resolver dicho problema, el autor plantea dos interrogantes. Por una parte, si la tipificación de delitos concierne en exclusiva al legislador, o bien, si dicha actividad legislativa puede o no ser controlada por la Corte constitucional, y de ser el caso, si dicho control de constitucionalidad de las leyes penales a través del principio de proporcionalidad es legítimo y racional.[14] En ese sentido, el autor de referencia sistematiza tres tesis distintas respecto al control constitucional de las leyes penales. Las cuáles pueden ser sintetizadas de la siguiente manera.

> Primera tesis. - Desde un punto de vista de política criminal, la tipificación de conductas como delitos corresponde en exclusiva al legislador, ello en base a que dicha tipificación no puede desprenderse de los derechos fundamentales. Dicha tesis denominada por Bernal Pulido como la *tesis de la autorestricción*, refiere medularmente que existen algunos problemas sociales que son imposibles de ser resueltos a través del consenso (jueces), y que la solución a los mismos no puede tampoco desprenderse del texto constitucional, por lo que al ser problemáticas que tienen solución en una política pública a cargo de los poderes legislativo y ejecutivo, en este caso la política criminal, la tipificación de delitos corresponde en exclusiva al legislador. Aunado a lo anterior, y concibiendo los derechos fundamentales como derechos de protección, susceptibles de ser protegidos a través de la tipificación de conductas que pongan en peligro dichos derechos, implica que el legislador determine la necesidad de tipificar determinada conducta como delito, o bien dar un tratamiento alternativo a dicho fenómeno social, ello en el marco de la política criminal. Con ello, de nueva cuenta la competencia del legislador de tipificar conductas como delitos queda plasmada.[15]
>
> Segunda tesis. - La tipificación de un delito [...] representa una intervención en los derechos fundamentales [...] el fundamento de esta tesis se encuentra en la idea de que la Constitución protege la libertad general de acción con normas de derecho fundamental [...] esta libertad no es absoluta, y por lo tanto, puede ser objeto de

[14] *Idem*.

[15] *Ibidem*, p. 192.

> intervenciones y restricciones que deben estar siempre justificadas y proporcionales. Dicha tesis, Bernal Pulido la denomina *tesis de la intervención* en donde su punto central es que toda ley penal es una intervención en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, siendo función de Corte constitucional llevar a cabo un control de constitucionalidad efectivo de esas intervenciones para establecer su legitimidad y proporcionalidad.
>
> Tercera tesis. - En esta tesis, los derechos fundamentales son protegidos por las normas penales, las cuales son medidas tomadas por el Estado a fin de otorgar dicha protección. De ahí que el legislador penal también puede vulnerar derechos fundamentales cuando la severidad de sus previsiones no alcance a ofrecerles una protección suficientemente efectiva. De esta manera los derechos fundamentales se alejan de la percepción de ser meros ideales o principios para convertirse en auténticos derechos subjetivos sujetos a protección por parte del Estado. Dicha tesis puede ser concebida como la *tesis de protección*.[16]

De las anteriores tesis, podemos observar distintas concepciones acerca del control constitucional de las normas penales, en donde la tesis de autocorrección tiene un carácter rígido y la facultad de tipificar leyes penales corresponde al legislador sin injerencia de control constitucional por parte de los jueces; en contraposición, la tesis de intervención establece que la tipificación de delitos representa intervención en derechos fundamentales, en donde dichas intervenciones pueden ser susceptibles de revisión constitucional; y finalmente la tesis de protección, establece que al ser los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de los tipos penales, es igualmente susceptible que el legislador penal en dicha actividad tipificadora vulnere derechos fundamentales.

Como alternancia, o si se quiere, en un sentido subsidiario, Bernal Pulido recoge el modelo tradicional alemán, para establecer *el principio de proporcionalidad como criterio para determinar el marco constitucional de la legislación penal*, del cual, de manera general podemos establecer lo siguiente: En dicha tesis, Bernal Pulido considera que las tres tesis enunciadas anteriormente, pueden armonizarse si se considera que los derechos fundamen-

[16] *Ibidem*, pp. 198-200.

tales representan un marco que limita al legislador penal y a su vez le establece un marco de acción al legislador. Bernal citando a Robert Alexy, establece que:

> Lo constitucionalmente imposible es lo que se deriva de la faceta negativa de los derechos fundamentales y consiste en la prohibición de que la ley penal intervenga en exceso en el libre desarrollo de la personalidad, en la libertad personal y en los demás derechos del individuo (tesis de intervención). Lo constitucionalmente necesario es aquello que ordenan los derechos de protección, o sea, que los bienes más preciados del individuo sean protegidos por el legislador de manera eficaz y suficiente contra las intervenciones del Estado y de los particulares (tesis de protección). Y lo constitucionalmente posible es aquello que tiene cabida dentro de los márgenes de acción del legislador, aquello que no está decidido ni prefigurado por la Constitución, el espacio que se abre a la política criminal y punitiva en la democracia (tesis de la autorestricción).[17]

De lo anterior, se desprende que dicha libertad de la que habla Bernal Pulido, al igual que todos los derechos, no tiene un carácter absoluto, es decir, tiene restricciones o limitaciones. Dichas limitaciones por parte del legislador, deben de estar justificadas y ser proporcionales, de ahí que Bernal Pulido considera que el legislativo no puede desatender las exigencias que se derivan de los tres subprincipios de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, y cuyo cumplimiento debe ser controlado por la corte constitucional.[18]

II. Objeto de comparación: El test de proporcionalidad utilizado por la SCJN

Carlos Bernal Pulido, señala que el principio de proporcionalidad:

> Estructura el procedimiento interpretativo para la determinación del contenido de los derechos fundamentales, el cual resulta vincu-

[17] *Ibidem*, pp. 198-204.

[18] *Ibidem*, p. 209.

> lante para el legislador y para la fundamentación en las decisiones de control de constitucionalidad de las leyes. Dicha función solo puede comprenderse al entender la estructura de los derechos fundamentales y de la estructura del control de constitucionalidad de las leyes.[19]

Bernal Pulido, señala que el principio de proporcionalidad se ha extendido a lo largo de América Latina de una forma notable durante las últimas décadas. La utilización de este principio por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha influido para que casi todas las cortes constitucionales y supremas de los países de la región hayan adoptado esta metodología para la aplicación de derechos fundamentales se trata de un esquema que permite estructurar el examen de constitucionalidad de las leyes a manera de una controversia entre argumentos y réplicas. Este principio no contiene en sí mismo los criterios para precisar cuándo se cumplen o no las exigencias impuestas por sus sub-principios. El cumplimiento de estas exigencias se establece en un proceso argumentativo en donde se consideran razones de índole interpretativa, fáctica y valorativa.[20]

La importancia y trascendencia de la utilización del principio de proporcionalidad en un sistema constitucional es de vital importancia, pues a través de dicho método se pueden proteger de forma más intensa los derechos fundamentales. Lo ideal, es que dicho principio se convierta en un criterio universal de constitucionalidad, pues "su empleo es la marca de madurez de un Tribunal Constitucional".[21]

Según Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad se fundamenta en: a) la adscripción prima facie de una norma de derecho fundamental, y de su posición respectiva, a una disposición de derecho fundamental; b) la verificación de que la ley examinada en el control de constitucionalidad constituye una inter-

19 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit*., nota 3, p. 81.

20 *Idem*.

21 Roca Trías, *Encarnación, Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española*, XV Conferencia Trilateral. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, Roma, 2013.

vención en el ámbito de la disposición de derecho fundamental relevante; c) el examen de idoneidad de la ley; d) el examen de necesidad de la ley; e) el examen de proporcionalidad en sentido estricto de la ley.[22]

La anterior clasificación doctrinaria, ha sido recogida por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana a través de algunos de sus ministros que han ido construyendo la recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad, utilizando este último como un test de proporcionalidad a efecto de dar contenido y resolución a los llamados "casos difíciles". Si bien es cierto, como le refiere Sánchez Gil, el test de proporcionalidad "no se encuentra plasmado en el texto constitucional",[23] la SCJN como intérprete último de aquélla, ha venido utilizando cada vez con mayor frecuencia dicho método para dar contendido en materia de derechos humanos a sus sentencias, por lo que su empleo como figura de la dogmática de los derechos fundamentales y su aplicación sólo pueden ser admisibles si se aclara qué tipo de ente jurídico es y de dónde recibe su validez. "El principio de proporcionalidad, forma parte de las argumentaciones del tribunal constitucional, que en cada caso intentan evidenciar la compatibilidad o la incompatibilidad de la ley con la Constitución".[24]

Lo anterior, puede ser apreciado en el siguiente criterio de la SCJN, en el cual se establece la metodología para la aplicación del test de proporcionalidad por parte de la Corte mexicana:

> Para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realiza-

22 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit*., nota 3.

23 Klatt, Matthias y Moritz, Meister, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, ed., México, Universidad autónoma de Yucatán, 2019, p. 33.

24 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit*., nota 3, p. 505.

> ción del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.[25]

Como antecedente en México, tenemos que la utilización del test de proporcionalidad por parte de la SCJN, inicia en el análisis del amparo en revisión 1659/2006, resuelto en febrero del 2007, el cual origina la jurisprudencia P./J. 130/2007. En dicha sentencia, se introduce por primera vez el principio de proporcionalidad en México, en la que además, la Corte sostuvo que dicho principio aplica sobre la totalidad de los derechos humanos y lo ha hecho consistir en los elementos referentes a fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, adoptando la fórmula alemana,[26] lo que en esencia, como anteriormente fue mencionado, constituye los elementos que Bernal Pulido propone. Dicho antecedente, conocido como el caso del soldado Esteban Cabrera, representa un parteaguas en la recepción del test de proporcionalidad por parte de la SCJN, pues a partir de dicha sentencia, la Corte ha venido utilizando de manera cada vez más frecuente el test de proporcionalidad para dar contenido a sus sentencias, en donde se previene la colisión de derechos fundamentales o bien entre principios constitucionales. Con la utilización de éste método interpretativo, la Corte se aleja de los métodos tradicionales de colisión entre derechos fundamentales y/o principios constitucionales, como lo son los principios de jerarquía, de especialidad y de competencia. El examen de proporcionalidad resulta ser un método relativamente novedoso en México, el cual puede estar sujeto a la comparación en el tratamiento que otorgan otros países respecto a dicho examen constitucional. De ahí que en el presente trabajo se realiza la comparación del test de proporcionalidad utilizado por la SCJN

[25] 1a. CCLXIII/2016 (10a.), Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, p. 915.

[26] Klatt, Matthias y Moritz, Meister, *op. cit*., nota 22, p. 37.

con el tratamiento que el Tribunal Constitucional Español tiene al respecto.

Otro antecedente importante para la incorporación jurisprudencial del mencionado principio de proporcionalidad, es la acción de inconstitucionalidad 2/2014, en donde el principio de proporcionalidad en México se consolida, señalando, entre otras cuestiones que:

> 1) Cobran relevancia los conceptos de contenido esencial y proporcionalidad constitucional para impedir que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución federal; 2) toda restricción a los derechos fundamentales debe basarse en una relación de proporcionalidad entre los medios y los fines que pretende alcanzar a través de la medida de intervención respectiva; 3) el principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad, de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar en exceso de poder o de manera arbitraria y 5) debe emplearse su fórmula clásica alemana: fin legítimo, idoneidad, necesidad y razonabilidad.[27]

De lo anterior, podemos establecer que los elementos esenciales del test de proporcionalidad utilizado por parte de la SCJN, son los siguientes:

> 1. *Fin perseguido por la norma sea constitucionalmente válido o legítimo*. - Implica que la medida legislativa debe perseguir una finalidad constitucionalmente válida, además de que debe lograr en algún grado la consecución de su fin, y no debe limitar de manera innecesaria y desproporcionada el derecho fundamental en cuestión. Ahora bien, al realizar este escrutinio, debe comenzarse por identificar los fines que persigue el legislador con la medida, para posteriormente estar en posibilidad de determinar si éstos son válidos constitucionalmente.[28]

---

27 Sanchez Gil, Rubén, *La proporcionalidad como principio constitucional universal,* en Klatt, Matthias y Meister, Moritz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, serie de estudios jurídicos, México, núm. 301, Estudio preliminar, 2017, pp. 38-39.

28 1a. CCLXV/2016 (10a.), Primera Sala, Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, p. 902.

2. *Examen de idoneidad*. - Presupone la existencia de una relación entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Finalmente, vale mencionar que la idoneidad de una medida legislativa podría mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.[29]

3. *Necesidad de la medida legislativa*. - Toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho fundamental intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. El sub principio de necesidad implica la comparación entre la medida adoptada por el legislador y otros medios alternativos, en dicha comparación se examina si alguno de los medios alternativos logra cumplir dos exigencias: si reviste por lo menos el mismo grado de idoneidad que la medida legislativa para contribuir a alcanzar el objetivo inmediato, y si afecta negativamente al derecho fundamental en un grado menor. Si existe un medio alternativo que llene las anteriores exigencias, la medida legislativa debe ser declarada inconstitucional. La elección de los medios alternativos, el examen de su idoneidad y de la intensidad con la que afectan negativamente al derecho fundamental, son los aspectos determinantes de la estructura argumentativa del sub principio de necesidad.[30]

4. *Examen de proporcionalidad en sentido estricto*. - Consiste en efectuar un balance o ponderación entre dos principios que compiten en un caso concreto. Dicho análisis requiere comparar el grado de intervención en el derecho fundamental que supone la medida legislativa examinada, frente al grado de realización del fin perseguido por ésta. En otras palabras, en esta fase del escrutinio es preciso realizar una ponderación entre los beneficios que cabe esperar de una limitación desde la perspectiva de los fines que se persiguen, frente a los costos que necesariamente se producirán desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados. De este modo, la medida impugnada sólo será constitucional si el nivel de realización del fin constitucional que persigue el legislador es mayor al nivel de intervención en el derecho fundamental. En caso contrario,

29 1a. CCLXVIII/2016 (10a.), Primera Sala. Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, p. 911.

30 Bernal Pulido, Carlos, *op. cit*., nota 3, p. 740.

la medida será desproporcionada y, como consecuencia, inconstitucional.[31]

5. *Utilizado por un Tribunal Constitucional.* Dicho método o herramienta necesariamente es utilizado por un Tribunal Constitucional, en el caso mexicano, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Se considera que, en la utilización de dicho método, debe de intervenir necesariamente un Tribunal Constitucional, pues su objeto es resolver la colisión entre medidas legislativas y principios constitucionales, o bien entre derechos fundamentales, de ahí que, en nuestro país, únicamente un Tribunal Constitucional puede utilizar el test de proporcionalidad. Por lo anterior, se considera que es un elemento esencial del primer formante, pues su utilización no es facultada a tribunales de inferior jerarquía, ello a pesar de que no existe de manera expresa regulación al respecto.

Sin duda alguna, el perfeccionamiento de dicho método es un proceso aún sin concluir, pues hace falta precisar la metodología en su instrumentación, así como de dotar un marco constitucional que siente las bases expresas para su cabal funcionamiento. En ese sentido, existen actualmente un buen número de doctrinarios que propugnan precisamente por asignar al principio de proporcionalidad un rango expreso constitucional, bien como un canon constitucional,[32] bien como principio constitucional universal[33] y no limitarse únicamente a la inferencia constitucional realizada por la SCJN, que por el momento, nos brinda utilidad para los fines del presente trabajo.

III. Parámetro de referencia: Test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español

Preliminarmente, se puede establecer la existencia de distintas concepciones respecto al principio de proporcionalidad utilizado

[31] 1a. CCLXXII/2016 (10a.), Primera Sala. Décima Época, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 36, noviembre de 2016, p. 894.

[32] Rendón Huerta Barrera, Teresita, *El Canon Constitucional de Razonabilidad,* México, Porrúa, 2018.

[33] Klatt, Matthias y Moritz, Meister, *op. cit*., nota 22.

por el Tribunal Constitucional Español, no obstante, se considera de manera inicial, que las reglas operacionales, y tal vez sustantivas utilizadas en España, se encuentran mejor perfeccionadas que las utilizadas por la Suprema Corte de Justicia en México, por lo que podemos vislumbrar que el principio de proporcionalidad como método o instrumento interpretativo se encuentra mejor estructurado y abarca mayores dimensiones en España que en México, de ahí la justificación de que la aplicación del principio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional Español, sea el modelo de la comparación que se pretende efectuar.

Bernal Pulido refiere que la utilización del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Europeo de Justicia, ocasionó la migración del principio de proporcionalidad al derecho constitucional de virtualmente todos los países europeos [...] esto ha hecho que el principio de proporcionalidad se haya convertido en un criterio para el control de la constitucionalidad en España.[34]

Roca Trías menciona que la aplicación del principio de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Español, comienza a partir de la sentencia STC 66/1995, en la cual se desarrolla dicho principio como lo habían realizado previamente el Tribunal Constitucional Alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Justicia.

> Es a partir de la segunda mitad de los años 90 cuando se hace visible en la jurisprudencia constitucional el intento consciente de articular de un modo preciso el control de proporcionalidad. En una serie de decisiones representativas del control de proporcionalidad sobre actuaciones del legislador (STC 55/1996), de jueces (STC 207/1996) y de la administración (STC 66/1995), el Tribunal procedió en cada caso a un análisis ordenado de la adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de la intervención cuestionada [...] en esta etapa el control de proporcionalidad se consolida como canon típico de control en el ámbito de

[34] Bernal Pulido, Carlos, "La Migración del principio de proporcionalidad a través de Europa", en *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria,* Carbonell, M., Fix-Fierro, H., González, L., Valadés, D., (coords.), Universidad Autónoma de México, México, t. IV, vol. 1, 2015, p. 254.

> los derechos fundamentales, desde luego no el único, pero sí el más relevante. En parte, esta centralidad se consigue porque en la configuración "alemana", el test ha podido absorber y acomodar otros cánones de control que ya el Tribunal ya venía aplicando [...] la proporcionalidad no es el único canon de constitucionalidad: la jurisprudencia constitucional, con el tiempo, ha ido desarrollando una variedad de criterios y reglas específicas para determinar en distintos casos, en qué condiciones son legítimas las intervenciones sobre los derechos. Pero no cabe duda de que hoy es el método más ubicuo y recurrente –y en el origen de muchas de esas reglas y criterios ad hoc está, precisamente, un juicio de proporcionalidad.[35]

Respecto al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en España, Amaya Alvez refiere que:

> Dicho sustento es la dignidad humana y por ello se trata de un principio fundamentado en el estado de derecho y en el valor justicia como objetivos permanentes del orden político y social español. Consecuentemente las secciones de la constitución española invocadas en materia de proporcionalidad son: S.1 referente al estado de derecho; S 9.3 referente a la implementación del principio de legalidad; y finalmente S 10.1 referente a la dignidad de la persona humana como elemento fundacional del orden político y social. Ha existido algún debate en España respecto del uso de la proporcionalidad, como principio de solución de conflictos entre normas constitucionales, al no estar incorporado expresamente en el texto de la Constitución [...] a la pregunta cuándo una restricción o limitación a un derecho constitucional se considerará adecuada en el ordenamiento jurídico español, la respuesta es a través del examen escalonado en que se examinará si el acto estatal (1) persigue una finalidad constitucional; (2) si existe una adecuación de los medios para lograr esa finalidad; (3) si no existe un medio menos intrusivo que logre la misma finalidad; (4) si el grado de afectación del derecho fundamental es de una intensidad justificada.[36]

---

35 Roca Trías, Encarnación, *op. cit*., nota 20.

36 Álvez Marín, Amaya, "¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* México, núm. 253, 2010.

El anterior sistema escalonado se ve reflejado en el texto de la importante sentencia STC 55/1996, la cual, en conjunto con la sentencia STC 66/1995, representa el inicio de la aplicación del test de proporcionalidad por parte del Tribunal Constitucional Español:

> Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible, es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto —la garantía del orden público sin peligro para personas y bienes—; si, además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia; y, finalmente, si la misma era proporcionada, en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.[37]

Para ampliar de manera preliminar, el estudio de los tres subprincipios o elementos del principio de proporcionalidad, Amaya Álvez (2010) sostiene que:

> El *subprincipio de idoneidad* la exigencia de una finalidad constitucionalmente legítima se ha restringido a una establecida en la propia constitución o que se desprenda de la necesidad de preservar otros derechos o bienes protegidos [...] respecto del subprincipio de necesidad, el Tribunal Constitucional español ha sido extraordinariamente cauteloso al indicar que sólo podrá formular una tacha de desproporción desde la perspectiva de este criterio cuando las medidas alternativas sean palmariamente de intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada [...] respecto del subprincipio de ponderabilidad se presenta como un examen en concreto de la medida en sí y de los efectos que su aplicación conlleva.[38]

En España, existe un debate sobre la pertinencia y eficacia en la utilización del principio de proporcionalidad. En donde al-

[37] España. Tribunal Constitucional (Pleno), en línea: Sentencia núm. 55/1996, de 29 de marzo de 1996, *http://hj.tribunalconstitucional.es/es* (consultado el 27 de mayo del 2020).

[38] Álvarez Marín, Amaya, *op. cit.*, nota 35, p. 370.

gunas corrientes reciben de manera positiva dicho instrumento, ubicándolo como un principio general de derecho, o bien, como canon constitucional de interpretación. Dichas concepciones del principio de proporcionalidad, fueron recogidas en la reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, llevada a cabo en Roma en 2013, en donde en una de las conferencias realizada por la Magistrada Encarnación Roca Trías, ésta sostiene que:

> No hay mención a un principio de proporcionalidad como criterio para determinar con carácter general los límites de los derechos fundamentales o como canon para determinar la legitimidad de la intervención de los poderes públicos en la esfera de los derechos y libertades públicas, no quiere decir que el principio de proporcionalidad no tuviera carta de naturaleza en el Derecho español: era un principio familiar en el ámbito del derecho administrativo y clásico en la doctrina del derecho penal en su vertiente más específica de principio proporcionalidad de la pena. Cómo y por qué sucede el salto o, si se prefiere, su conversión de "principio general" en "canon constitucional" (y no precisamente marginal) es algo que admite una variedad de explicaciones, salvo la de que se trataba de un desarrollo obligado. Lo que está claro es que en la segunda mitad de los años noventa se lleva a cabo por parte del Tribunal Constitucional un deliberado esfuerzo por perfilar las características del principio de proporcionalidad adaptado a las peculiaridades de la litigación constitucional. Las muy citadas SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 161/1997 y 136/1999 procedieron a fijar los elementos del canon de proporcionalidad bajo evidente, aunque no explícitamente reconocida, inspiración alemana.[39]

No obstante, Guérez Tricarico, citando la Sentencia STC 55/1996 del Tribunal Español, sostiene que:

> El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales [...] y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación

[39] Roca Trías, Encarnación, *op. cit.*, nota 20, p. 12.

> que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de constitucionalidad que nos es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad.[40]

Para finalizar este punto, como se anotó inicialmente, se puede apreciar la existencia de distintas concepciones respecto al principio de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional Español, no obstante, se considera que las reglas operacionales, y tal vez sustantivas utilizadas en España, se encuentran mejor perfeccionadas que las utilizadas por la Suprema Corte de Justicia en México, de ahí que podemos establecer que el principio de proporcionalidad español sea el modelo en el ejercicio comparativo.

El método

Ahora bien, pasaré a mencionar otro de los elementos de la comparación jurídica, me refiero a los métodos a utilizar. En ese sentido, en el presente trabajo se utilizan dos métodos: el funcional y el casuístico, respecto a dichos métodos Scarciglia refiere que:

> El enfoque funcional ha sido considerado el principio metodológico básico, del cual derivarían el resto de principios metodológicos, como el ámbito de estudio, o los derechos entre los que se llevará a cabo la comparación. Esta última, no podría llevarse a cabo si los elementos de hecho, objeto de la comparación no asumen la misma función [...] el método casuístico, se caracteriza por el examen de casos judiciales decididos por los tribunales que operan en uno o

[40] Guérez Tricarico, Pablo, "Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional", *Revista Jurídica* , Universidad Autónoma de Madrid, núm. 10, 2014, p. 63.

> más ordenamientos extranjeros, con la finalidad bien de estudio, bien de constatación práctica de las soluciones que se hayan podido proponer, a lo que se añade como fin el comparar con el Derecho conocido por el estudioso.[41]

En la presente comparación, se eligieron los anteriores métodos en virtud de que el test de proporcionalidad no se encuentra plasmado de manera expresa en el texto constitucional español y mexicano. No obstante, a ello, los tribunales constitucionales de ambos países, tienen como función ser los intérpretes últimos de las disposiciones contenidas en sus constituciones, de ahí que surge la necesidad de conocer el papel o función que otorgan ambos tribunales constitucionales en sus respectivos ordenamientos jurídicos. Se considera que también es pertinente el uso del método casuístico, pues las tesis jurisprudenciales provienen del estudio y resolución de casos judiciales puestos a consideración de ambos tribunales constitucionales. En dichas resoluciones, es donde el test de proporcionalidad ve reflejada su aplicación, de ahí que resulta necesario en la presente investigación el uso del método casuístico.

IV. Objetivo de la comparación

Como ha sido mencionado, el formante a comparar es el test de proporcionalidad utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México en los asuntos en donde exista una restricción a los derechos fundamentales por parte de una autoridad, incluido el poder legislativo. Dicho test "mexicano", será comparado con su similar utilizado por el Tribunal Constitucional Español.

En las líneas que anteceden, ha sido contextualizada la utilización del test de proporcionalidad tanto en México como en España, por lo que tomando en consideración dicho contexto teórico y funcional, los objetivos de la comparación a realizar son: 1) Determinar la ubicación del test de proporcionalidad en los sistemas constitucionales español y mexicano, con la finalidad de contrastar el valor jerárquico de dicho test. 2) Determinar cómo es desarrollado el test de proporcionalidad en las sentencias emi-

[41] Scarciglia, Pegoraro, Rinella, *op. cit.*, nota 2, pp. 89-91.

tidas por parte de la SCJN y el Tribunal Constitucional Español, con la finalidad de encontrar puntos a mejorar en la utilización del test de proporcionalidad por la Corte mexicana. 3) Contrastar los elementos que conforman el test de proporcionalidad en ambos sistemas constitucionales, con el objeto de determinar áreas de oportunidad en el tratamiento y utilización del test de proporcionalidad en las sentencias de la Corte Mexicana.

Juicio de comparación:

V. Analogías encontradas

El test de proporcionalidad es aplicado tanto en México como España, por tribunales constitucionales. En el caso mexicano[42] por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en el caso español por el Tribunal Constitucional Español.

En ambos sistemas constitucionales, no se prevé de manera expresa la regulación del test de proporcionalidad en el texto constitucional. El principio de proporcionalidad no aparece consagrado en ninguna disposición de los derechos fundamentales, sino que forma parte de las argumentaciones del tribunal constitucional, que en cada caso intentan evidenciar la compatibilidad o la incompatibilidad de la ley con la Constitución.

En ambos sistemas constitucionales, el tribunal constitucional debe realizar una interpretación funcional y sistemática de la Constitución a efecto de otorgar legitimidad a la aplicación del test de proporcionalidad.

VI. Diferencias encontradas

En México, la SCJN recoge en terminología el modelo tradicional alemán del test de proporcionalidad. Dicho test es desarrollado a partir de los siguientes elementos o subprincipios que conforman el test de proporcionalidad:

[42] Nota: Además de su utilización en las sentencias del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

- Un fin perseguido por la norma sea constitucionalmente válido o legítimo.
- Examen de idoneidad.
- Examen de necesidad.
- Examen de proporcionalidad en sentido estricto.
- Aplicado por un Tribunal Constitucional.

En España, el Tribunal Constitucional, utiliza un sistema escalonado en donde se examinan los siguientes subprincipios o elementos:

- Si el acto estatal persigue una finalidad constitucional.
- Si existe una adecuación de los medios para lograr esa finalidad.
- Si no existe un medio menos intrusivo que logre la misma finalidad
- Si el grado de afectación del derecho fundamental es de una intensidad justificada.
- Aplicado por un Tribunal Constitucional.

En este punto conviene precisar, que la diferencia detectada es a nivel terminológico, pues en esencia, en ambos ordenamientos, los subprincipios del principio de proporcionalidad son lo mismo. Lo anterior a diferencia del sub principio de necesidad, pues en España, dicho sub principio de necesidad será superado en caso de que las medidas alternativas tengan una intensidad coactiva y de una funcionalidad manifiestamente similar a la que se critique por desproporcionada.

> En México, según la SCJN, el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad puede deducirse del texto supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad y de la prohibición constitucional que exige al legislador no actuar en exceso de poder o de manera arbitraria.
>
> En España, el fundamento constitucional en el cual se sustenta el principio de proporcionalidad, es la dignidad humana y por ello se trata de un principio fundamentado en el estado de derecho y en el valor justicia como objetivos permanentes del orden político y social español.
>
> El Tribunal Constitucional español ha aplicado el principio de proporcionalidad en todo tipo de procesos (control de leyes, conflictos

de competencia, amparo), respecto de todo tipo de normas, medidas o actuaciones, de toda procedencia (legislador, administración, jueces, particulares). Ciertamente, la mayor expansión de su empleo se ha producido en el terreno de los derechos, pero no se ha limitado a él. El principio de proporcionalidad es una herramienta de análisis y decisión adecuada en cualquier controversia constitucional en la que la vulneración de la Constitución que se denuncia está provocada por una norma, medida o actuación que, incluso si cuenta con respaldo constitucional, se revela "desproporcionada" a la vista de las circunstancias.

En México, principalmente el uso del test de proporcionalidad por parte de la SCJN, se ha centrado en procesos donde se ventilan colisiones de derechos. Ello a través principalmente de los procesos de Controversia Constitucionalidad y Acción de Inconstitucionalidad.

Conclusiones

1. En el Estado Constitucional en el que nos encontramos, el test de proporcionalidad se desprende de una corriente teórica y doctrinaria que sustenta y legitima su aplicación en el control constitucional de los actos de los poderes públicos, incluido el Poder Legislativo, por lo que el test de proporcionalidad, es una herramienta metodológica y argumentativa útil para dar contenido a los derechos fundamentales que son trastocados por actos de los poderes públicos.
2. En ese sentido, los actos del legislador penal, están sujetos también a la revisión constitucional por parte de las cortes constitucionales. Por lo que, en dicha actividad revisora, es pertinente el uso del test de proporcionalidad a fin de que éste último represente un parámetro constitucional de aquellas normas penales restrictivas de derechos fundamentales.
3. Bajo la concepción consistente en que los derechos fundamentales no son absolutos, y que los mismos son susceptibles de restricciones, y al ser dichas restricciones impuestas por los poderes públicos, incluido el legislador penal, se requiere que las mencionadas restricciones sean legítimas y proporcionales. Siendo el test de proporcio-

nalidad un mecanismo efectivo a fin de constatar dichos extremos.

4. Derivado de la presente comparación, se desprende que, en términos genéricos, la aplicación del test de proporcionalidad en ambos países es muy similar, o si se quiere, el desarrollo que hasta el momento tiene dicho test en los dos países es prácticamente el mismo.
5. En el sistema constitucional de ambos países, se prevén áreas de oportunidad a fin de regular de mejor manera el principio de proporcionalidad. Es decir, para ambos ordenamientos constitucionales, sería muy conveniente adoptar de manera expresa el principio de proporcionalidad, a fin de que todos los actos de los poderes públicos se encuentren vinculados a dicho principio. Se sugiere, como ejemplo de lo anterior, lo estipulado en el artículo 52.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en la cual determina:

> Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por la ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades. Dentro del respeto del principio de proporcionalidad, sólo podrán introducirse limitaciones cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás.

Del anterior precepto, desprendemos que de manera expresa se encuentra consagrado el principio de proporcionalidad, así como las eventuales limitaciones que se realicen a los derechos fundamentales, las cuales deberán ser necesarias, además de responder a objetivos de interés general.

Se considera que una regulación expresa del principio de proporcionalidad, es necesaria para la consolidación del estado constitucional de derecho, pues en palabras de Roca Trias:[43] el *principio de proporcionalidad es la pieza central del 'nuevo consti-*

[43] Roca Trías, Encarnación, *op. cit*., nota 20.

tucionalismo' De ahí que se concluya en este punto, la necesidad de incorporar en las constituciones de ambos países el test de proporcionalidad como mandato supremo para la regulación constitucional de los actos de los poderes del Estado. Sin duda alguna, la implementación del examen de proporcionalidad tanto en España como en México, aún es joven, requiere de maduración y análisis, lo cual en gran medida debe de surgir desde el debate académico que a la postre se vea reflejado en el ordenamiento jurídico, y así evitar confusiones y hasta equivocaciones al momento de aplicación de esta herramienta tan importante para el respeto de los derechos fundamentales.

De lo hasta aquí expuesto, se concluye que, en la presente comparación, el Tertium Comparationis no es aplicable al objeto de comparación, ello en gran medida por las similitudes detectadas, pero sobre todo porque las diferencias encontradas no son de carácter esencial, en otras palabras, la aplicación del test de proporcionalidad utilizado por el Tribunal Constitucional Español, no dista sustancialmente del utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

Bibliografía

Álvez Marín, A., "¿Made in México? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. ¿La migración de un mecanismo constitucional?", *Revista de la Facultad de Derecho de México,* núm. 253, 2010.

Bernal Pulido, C.,"La Migración del principio de proporcionalidad a través de Europa". En *Estado Constitucional, Derechos Humanos, Justicia y Vida Universitaria*. Carbonell, M., Fix-Fierro, H., González, L., Valadés, D. (coords.), Universidad Autónoma de México, t. IV, vol. 1, México, 2015.

Bernal Pulido, C., *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Universidad Externado de Colombia, 2014.

Bernal Pulido, C., "Principio de Proporcionalidad de la Legislación Penal", en Carbonell, M. *Argumentación Jurídica: El juicio de ponderación y el principio de proporcionalidad,* Porrúa, UNAM, 4a. ed., 2019.

Comanducci, Paolo, *Estudios sobre Constitución y Derechos Fundamentales,* Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2006.

Carbonell, Miguel, *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, 1a. ed., Quito, Ecuador, 2008.

Carbonell, Miguel, "Nueva interpretación del principio constitucional de legalidad en materia penal". *Iter Criminis*, Revista de Ciencias Penales, núm. 6, México, 2006.

Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de Derecho", *Revista Internacional de Filosofía Política*, núm. 17, España, 2001.

Guastini, Riccardo, "La constitucionalización del ordenamiento jurídico, el caso italiano", en *Neoconstitucionalismo*(*s*), Miguel Carbonell Sánchez (coord.), Trotta, 2003.

Klatt, Matthias y Meister, Moritz, *La proporcionalidad como principio constitucional universal*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad autónoma de Yucatán, 1a. ed., México, 2019.

Guérez Tricarico, Pablo, "Algunas consideraciones sobre el principio de proporcionalidad de las normas penales y sobre la evolución de su aplicación en la jurisprudencia del tribunal constitucional". *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 10, 2014.

Rendón Huerta Barrera, Teresita. *El Canon Constitucional de Razonabilidad,* Porrúa, México, 2018.

Roma. XV Conferencia Trilateral. Reunión de Tribunales Constitucionales de Italia, Portugal y España, octubre del 2013. Conferencia: "Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la jurisprudencia constitucional española", Magistrada Encarnación Roca Trías.

Sanchís Prieto, Luis, "Principia iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el estado constitucional". DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 31, 2008, p. 326.

Scarciglia, Pegoraro, Rinella, *Introducción al Derecho Comparado*, Editorial Dykinson, 2011.

Sanchez Gil, Rubén, "La proporcionalidad como principio constitucional universal", Klatt, Matthias y Meister, Moritz. Instituto de Investigaciones Jurídicas, *serie de estudios jurídicos*, núm. 301, México, Estudio preliminar, p. XXXIII, 2017.

Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia*. Trotta, 2003.

1a. CCLXIII/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, p. 915.

1a. CCLXV/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, p. 902.

1a. CCLXVIII/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, p. 911.

1a. CCLXXII/2016 (10a.). Primera Sala. Décima Época. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*. Libro 36, noviembre de 2016, p. 894.

España. Tribunal Constitucional (Segunda Sala). [en línea] Sentencia núm. 66/1995 de 13 de mayo de 1995, *http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/2920* (consultado el 27 de marzo del 2020).

España. Tribunal Constitucional (Pleno). [en línea] Sentencia núm. 55/1996, de 29 de marzo de 1996, *http://hj.tribunalconstitucional.es/es* (consultado el 27 de mayo del 2020).

La necesaria reingeniería de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Guanajuato

*Jhonatan García Patiño**

Sumario: Introducción. I. La dinámica y evolución constitucional. II. La dinámica y evolución de la Constitución general. III. La Constitución general como marco de las constituciones locales. IV. La dinámica y evolución de la Constitución local de Guanajuato en comparación con la Constitución general. V. La necesidad de una reingeniería constitucional local. Algunas propuestas a considerar. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El derecho, para que sea útil a la sociedad, debe ser dinámico y dúctil[1] para regular sus múltiples actividades. Bajo esa hipótesis, la Constitución como norma jurídica general dentro de un régimen federal, debe actualizar sus contenidos por medio de la reforma, la enmienda o la mutación. Como herramienta eficiente y eficaz que provea seguridad y certidumbre jurídica a las personas, como titulares de derechos fundamentales oponibles ante

* Licenciado en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México, maestrante de la Maestría en Justicia Constitucional, de la Universidad de Guanajuato.

1 Según Gustavo Zagrebelsky se utiliza en sentido figurado para indicar que algo o alguien es acomodadizo, dócil, condescendiente. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia,* 11a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2016, p. 19.

el Estado y los particulares. No obstante, la reforma, enmienda o mutación no deben quebrantar la herencia política-jurídica de ciertos valores y principios dogmáticos y orgánicos. Aplicando el señalamiento de Lara Chagoyán al decir que "[...] tenemos derecho a cuestionar los contenidos del texto constitucional que heredamos de los muertos [...] ese derecho debiera tener algún límite (material, de contenido), ya que no podríamos desatender [...] algún tipo de herencia constitucional, especialmente en lo que refiere a valores y derechos [...]".[2]

En ese orden de ideas, la Constitución general mexicana ha sido dinámica desde su creación. Adaptándose a las distintas etapas históricas que se le han ido presentando, en las cuales ha sido reformada o mutada; tratando de regular la realidad social en cada uno de esos momentos. Protegiendo desde una ideología político-jurídica liberal, hasta ser precursora de un modelo constitucional social a nivel internacional, para posteriormente fusionar ambas ideologías en un sistema jurídico, político y económico mixto.

Sin que pueda negarse que el abuso en su reforma ha puesto en duda su rigidez, al punto de dudar si siguen teniendo vigencia los preceptos constitucionales iniciales. Puesto que, el constituyente permanente ha ido adaptando su contenido original a las circunstancias imperantes de cada momento histórico. Por ejemplo, asentando en el texto constitucional derechos fundamentales que no estaban previstos o extendiendo el contenido de aquellos que ya lo estaban; o derogando, abrogando o creando instituciones, órganos u organismos para el eficiente y eficaz desarrollo de la administración pública, entre otros ejemplos. Sin que obste a lo anterior, que esas adaptaciones mediante reforma no siempre han sido con eficiente técnica parlamentaria, al establecerlos de forma incoherente y asistemática en el texto constitucional.[3] Por

[2] Lara Chagoyán, Roberto, "El constitucionalismo mexicano en transformación: avances y retrocesos", México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2020, p. 33.

[3] Por mencionar algunos ejemplos, el artículo 123, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que regula el derecho al trabajo y a la seguridad social se encuentra ubicado en la parte orgánica, cuando debería

tal motivo, al ser la Constitución general un marco referente para las constituciones locales, tales carencias se ven reflejadas en su contenido. Ante ello, la mayoría de los constituyentes permanentes locales —con la excepción de ciertas entidades federativas que han realizado aportaciones relevantes al constitucionalismo local, como la Ciudad de México, Veracruz o Tlaxcala, por citar algunos— han omitido regular adecuadamente tales imperfectos, prescindiendo de su autonomía e independencia de configuración legislativa.

Por lo anterior, en la presente investigación se desarrollará un breviario sobre la evolución y la dinámica de la constitución general, así como las modificaciones que han operado en la constitución local guanajuatense; en la que se comparará sincrónica y diacrónicamente el contenido original de los textos constitucionales con los actuales; todo ello con la finalidad de proponer y enunciar[4] ciertos tópicos que deben considerarse en la necesaria reingeniería de la Constitución local, para que se adapte y pueda regular la realidad política, jurídica y social guanajuatense.

I. La dinámica y evolución constitucional

El Diccionario de la Real Academia Española[5] define a la dinámica como la rama de la mecánica que trata de las leyes del movimiento en relación con las fuerzas que lo producen. De tal significado puede extraerse una idea aplicable a la ciencia del derecho, que consiste en el *movimiento en relación con las fuerzas que lo producen*. Ya que el derecho, al ser una construcción humana creada

estar en la parte dogmática. Asimismo, el Banco de México, como órgano constitucional autónomo, se encuentra regulado en el artículo 28, es decir, en la parte dogmática de la Constitución, cuando debería estar ubicado en la parte orgánica.

[4] Toda vez que cada uno de los tópicos que se detallarán en lo posterior, no pueden tratarse ampliamente en el presente capítulo, al no ser el fin de la presente investigación.

[5] Dinámico, ca; del gr. δυναμικός dynamikós, de δύναμις dýnamis 'fuerza'; 4. f. Fís. Rama de la mecánica que trata de las leyes del movimiento en relación con las fuerzas que lo producen, disponible en: *https://dle.rae.es/din%C3%A1mico* (consultado el 28 de agosto de 2020).

para regular sus conductas privadas y públicas, tiene que avanzar a su paso, so pena de tornarse obsoleto y carente de soluciones a las necesidades presentes. Asimismo, esa idea es también aplicable a la Constitución como expresión de derecho positivo y como *norma normarum*; considerando que la fuerza que produce su movimiento, es aquella que radica en los factores sociales, políticos y jurídicos. De ahí, que una Constitución desde que nace, tiende a modificarse en algunos o en todos sus preceptos; afinando todas aquellas cuestiones que resulten necesarias a la realidad presente, sea mediante una reforma o a través de la mutación. En pocas palabras, nunca permanece estática.

En ese orden de ideas, a través de la reforma, la Constitución se modifica a través de un procedimiento instaurado en la misma, donde confluye el debate parlamentario sobre los tópicos a incluirse, derogarse, adicionarse o modificarse. Por lo que, si tiene como característica el ser rígida, deberá someterse a un consenso más generalizado y con la participación de más actores políticos para su aprobación. Ya que, de ser flexible, basta con el procedimiento normal para cualquier legislación ordinaria. Por el contrario, la mutación constitucional consiste en el cambio de contenido de una norma sin alterar su letra o texto que permanece sin variaciones. Teniendo su origen en la incongruencia entre las normas constitucionales y la realidad constitucional.[6]

Si bien es cierto ambas instituciones buscan la dinámica de la Constitución para su adaptación a la realidad, la reforma procede por un camino más complicado —si se distingue por ser rígida—, es decir, a través del consenso de diversas fuerzas políticas o de los factores de poder, que no siempre se unifican para conseguir dicho fin. En lo que hace a la mutación, esta puede proceder por vía de interpretación de los preceptos constitucionales, otorgándoles un sentido novedoso, incluso diverso, al que literalmente se establece en la Constitución.

Estas instituciones son consecuencia de la dinámica constitucional, que permite la adaptación de la Constitución a la realidad social, para seguir sirviéndole a la sociedad que la requiere y

[6] Pino Muñoz, Jacinto Héctor, *Prolegómenos a la teoría y a la reforma constitucional.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 179.

necesita. No obstante, debe considerarse la advertencia de Brito Melgarejo y Guerrero Galván al señalar que "[...] tanto la reforma como la mutación de las constituciones [...] al buscar acoplar la norma a la realidad, son métodos complementarios que se apoyan entre sí; sin embargo, de alguna forma también son excluyentes, pues mientras más se utilice una de ellas, la otra declinará en algún grado".[7]

Para mayor comprensión sobre los puntos que se han esbozado con anterioridad, resultan didácticas las siguientes tablas elaboradas por Hsü Dau-Lin, invocado por Pino Muñoz,[8] en las cuales se aprecia tanto la congruencia, como la incongruencia entre norma y realidad —generando esta última diversas clases de mutaciones—:

Congruencia entre norma y realidad
validez del derecho constitucional

La realidad sigue a la norma	*La norma sigue a la realidad*	*Realidad sin norma*	*Norma sin realidad*
Validez normal del derecho constitucional	Reforma a la Constitución	Práctica que formalmente no viola la Constitución	Imposibilidad de ejercer los derechos estatuidos por las normas

Incongruencia entre norma y realidad:
mutación de la Constitución

Norma con realidad: relación incorrecta entre ambas	
La realidad contradice la norma	La realidad tergiversa a la norma, la reinterpreta
Práctica anticonstitucional	La mutación interpretadora

[7] Brito Melgarejo, Rodrigo y Guerrero Galván, Luis Rene, *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a 100 años de reformas,* t. I: Artículos 1-49. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, t. I, p. 17.

[8] Pino Muñoz, Jacinto Héctor, *op, cit*., nota 7, p. 181.

Expuesto lo anterior, para evitar sendas reformas o mutaciones constitucionales, el constituyente permanente puede evitar la extensión de contenidos en la Constitución; asimismo, puede plasmar de forma abstracta los derechos fundamentales, principios o valores que reconozca, evitando reglamentar en ella cuestiones dogmáticas u orgánicas que deban desarrollarse en leyes ordinarias. Sin que pase desapercibido al presente análisis, la pugna entre los que piensan que no debe modificarse el contenido de la Constitución, con los que sí consideran oportuna su modificación ante la cambiante realidad social, política y jurídica. Sosteniendo los primeros que el contenido del texto constitucional debe ser estático, *a contrario sensu* de los segundos, al permitir su reforma solamente al cumplirse una serie de requisitos complejos para su adecuación a la realidad del momento. Situación que ha generado la disputa que define Lara Chagoyán mediante una pregunta ¿Constitución de los vivos o de los muertos? A la cual da respuesta aludiendo que "[...] mediante el dialogo racional. Deberá de tratarse de una construcción inteligente y democrática [...] mediante la cual podamos hacer los puentes y las conexiones indispensables entre los valores de la constitución existente (la de los muertos) y aquellos de la constitución contingente (la de los vivos) [...] sin alterar los pilares fundamentales".[9]

II. La dinámica y evolución de la Constitución general

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, como código general decimonónico, continúa rigiendo en el México del nuevo milenio y siglo. Porque en 1917, lo que sufrió, fue una reforma, si bien esta fue casi total y radical, no fue lo suficiente para abrogarla. Tal aseveración se constata de su nombre completo y correcto, el cual reza de la forma siguiente: *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la de 5 de febrero de 1857*, según se observa en su versión oficial.[10] No obstante,

[9] Lara Chagoyán, Roberto, *op. cit.,* nota 3, pp. 31-35.

[10] Cámara de Diputados, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum.htm* (consultada el 21 de octubre de 2020).

afirmar que sigue teniendo vigencia y aplicación la Constitución de 1857 —reformada en 1917—, conlleva una serie de cuestionamientos atendiendo a la reflexión expuesta por Soberanes Díez al decir que "deberíamos cuestionarnos si aún rige la Constitución de 1917 [...] o si más bien se encuentra en vigor la Constitución mexicana a secas sin considerar fecha, pues su contenido es [...] una constante voluntad constituyente de los representantes populares...."[11] Basándose para ello, en las múltiples reformas, adiciones, modificaciones o derogaciones, de las cuales ha sido objeto a lo largo de su vigencia, con lo cual, también se debate si realmente se sigue un procedimiento de reforma rígido o flexible.

Tomando en cuenta lo anterior, esta codificación política general fue debatida e instaurada a mediados del siglo XIX, en medio de la convulsión política provocada por la tenencia del poder entre conservadores y liberales; tiempos en que la herida todavía estaba fresca por el cercenamiento ilegitimo de territorios del norte del país; época temprana del amparo local en Yucatán, como antídoto sobre las lesiones comunes del gobierno arbitrario en los derechos fundamentales de las personas, entre otros sucesos. Constituyendo estos factores sociológicos, políticos y jurídicos, en su conjunto, el móvil que conducía el debate de los constituyentes de 1857. Teniendo como resultado la creación de un código supremo político liberal-individualista, en el sentido jurídico y económico de la palabra. No obstante, otro suceso importante que impactó en la configuración constituyente de 1857, fue la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, como aportación histórica para el constitucionalismo comparado de diversas naciones. La cual fue considerada como un experimento social, político y jurídico de vanguardia. Al llevar a la práctica las teorías del contrato social, de la división de poderes y de democracia de autores como Locke, Montesquieu o Rousseau, al crear una codificación política que serviría como ejemplo para las demás naciones en el futuro. Lo cual sucedió con Méxi-

[11] Soberanes Díez, José María, "Los problemas de técnica constitucional en México" en Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro (comps.), "La dinámica del cambio constitucional en México", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13631* p. 517 (consultado el 28 de agosto de 2020).

co, pero con algunos efectos negativos al no haberse armonizado ciertos artículos a la realidad mexicana decimonónica. Tal cual sucedió —por ejemplo— con el control difuso para los jueces locales, introducido en el artículo 126 y ulteriormente negado por interpretación judicial.

Posteriormente, en 1917, el contexto mexicano no era muy distinto al de 1857, ya que la convulsión social giraba en torno a demandas sociales, políticas y jurídicas de la población en general, que no habían sido resueltas por la Constitución de 1857. Puesto que el reparto agrario; la expropiación del petróleo —entre otros minerales—; el derecho al trabajo; la regulación de sindicatos; la extinción de los cacicazgos, entre otros, eran temas pendientes que necesitaban regularse desde la Constitución general. Asimismo, a tal contexto, debían sumarse los conflictos internacionales con los estadounidenses, respecto a la neutralidad de México en relación con los países participantes en la gran guerra o primera guerra mundial. En ese clima caótico, se reformó la Constitución de 1857, lográndose conquistas sociales que se habían negado e ignorado, las cuales fueron digno ejemplo de México para las diversas familias y sistemas jurídicos internacionales, como lo fue el derecho laboral.

Así las cosas, desde el 8 de julio de 1921 a la fecha actual, la Constitución general ha sido reformada a través de 251 decretos —el último se realizó el 28 de mayo de 2021—.[12] Siendo la reforma de junio 2011 —en materia de derechos humanos y amparo— la más importante, sin que por ello se reste importancia a las demás, puesto que con ella se reconocieron los derechos fundamentales de las personas por el simple hecho de serlo, dejando de lado el otorgamiento gracioso que efectuaba.

Por último, cabe destacar que las reformas han reglamentado cuestiones o materias que deberían regularse en leyes reglamentarias, generales o federales; también han generado nuevos organismos u órganos que conviven con los poderes tradicionales, sin armonizar adecuadamente sus interrelaciones, pesos y contrapesos; no han seguido una técnica parlamentaria idónea para

[12] Cámara de Diputados, *http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm* (consultada el 16 de junio de 2021).

no adjuntar órganos u organismos en la parte dogmática; no han reelaborado una clasificación o sistematización correcta de los derechos fundamentales, ya que algunos han sido originados por interpretación judicial —mutación—. En fin, la Constitución general ha sido manipulada en cada sexenio para gobernar a modo, sin importar la técnica parlamentaria, ni las tensiones que se generen entre derechos fundamentales, instituciones, órganos, organismos y poderes tradicionales. Cobrando relevancia el dicho de Gargarella al referir que "[...] Por hipocresía, demagogia, descuido o algún malentendido, el constituyente actúa mal cuando no toma cuidados en los modos en que «el pasado» va a relacionarse con «el presente»; cuando no se hace responsable de los modos en que la «vieja Constitución» va a «recibir» las reformas que se le incorporen [...]".[13]

III. La Constitución general como marco de las constituciones locales

Del compendio de leyes fundamentales de Tena Ramírez[14] se desprende que el artículo 24, de la Acta Constitutiva de la Federación, en relación con el artículo 161, fracción I, de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, establecieron originalmente la concordancia de las constituciones locales para con esta, mediante obligación impuesta a las entidades federativas; sin embargo, ambos preceptos no señalaban la procedencia de medio de defensa constitucional para el caso de extralimitación de alguna Constitución local. Posteriormente, la Constitución de 1857, en su artículo 41, *in fine,* plasmó la concordancia aludida, igualmente, sin mencionar medio de defensa constitucional que proceda ante su violación. Ya que el artículo 98 de esa codificación política, únicamente establecía que la Su-

[13] Gargarella, Roberto, "La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", *Nueva Sociedad,* Buenos Aires, núm. 258, julio-agosto de 2015, *https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/* pp. 104-105 (consultado el 7 de diciembre de 2020).

[14] Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1998,* 21a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 158 y 191.

prema Corte de Justicia conocería de las controversias de los Estados con la Unión. Sin que pudiera interpretarse de tal precepto, su competencia para declarar la inconstitucionalidad de la norma local mediante sentencia.

Así las cosas, al pasar de los años, tal concordancia, deber y obligación de las entidades federativas sigue existiendo. Con la diferencia de que ahora proceden sendos medios de defensa constitucional contra las extralimitaciones al parámetro general –acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional y juicio de amparo, entre otros–. De ahí, que la Constitución general siga siendo el parámetro para la configuración legislativa local de las entidades federativas autónomas e independientes, al establecerles el régimen político a seguir —artículos 39 a 41 y 115—; las directrices, deberes, obligaciones y prohibiciones que les son aplicables —artículos 115 a 122—; y las competencias y concurrencias que poseen ante el federalismo instaurado —artículos 73, 74, 76, 115 a 122 y 124—.

Dentro de ese marco limitativo, el constituyente local tuvo que rediseñar su Constitución local, aunque no necesariamente por obligarlo los artículos transitorios, como refiere Rodríguez Saldaña (2018) al decir que "[...] la constitución de 1917 no previó en sus artículos transitorios ningún mandato para adecuar las constituciones estatales [...] se mandató en el decreto del 22 de marzo de ese año, expedido por Venustiano Carranza [...]".[15] Con la finalidad de que la norma suprema al interior de su territorio, estuviera en sintonía con la norma general. En aras de que constituyese la norma actual y base de toda la legislación local secundaria. Lo cual ha venido sucediendo a la fecha corriente, tomando como ejemplo significativo la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos humanos, que se adicionó de forma refleja en la Constitución local guanajuatense.

[15] Rodríguez Saldaña, Marcial, *La constitución de 1917, reforma de las constituciones estatales y las nuevas constituciones de Guerrero y de la Ciudad de México*, en Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro (comps.), "La dinámica del cambio constitucional en México", México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13631* p. 434 (consultado el 28 de agosto de 2020).

No obstante, si en esa actualización constitucional se transgreden los limites señalados, su creación normativa puede ser expulsada del orden jurídico, al atentar contra el contenido expreso de la Constitución general. Puesto que no puede oponérsele legislación local alguna, al tenor de la supremacía con que se haya revestida y protegida. Por tal motivo, la mayoría de los constituyentes locales optaron por reflejar sus constituciones con la general, a efecto de no incurrir en transgresiones, o porque simplemente no le tomaron la seriedad que se necesitaba, ante el principio de supremacía de que goza aquella. Es entonces, que la mayoría de las constituciones locales sean un simple reflejo o símil de la general, en específico, la guanajuatense. Dejando de lado la curiosidad e imaginación normativa para otorgarse una Constitución local hecha a la medida, sin que vulnere las fronteras impuestas por el constituyente originario. De ahí, que la Constitución general sea considerada marco de la Constitución local.

IV. La dinámica y evolución de la Constitución local de Guanajuato en comparación con la Constitución general

En el presente apartado, se realizaran dos juicios de comparación, uno diacrónico y otro sincrónico:[16] el primero entre la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, con la Constitución Política del Estado Libre de Guanajuato de 4 de abril de 1826;[17] el segundo, entre la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reformada por última vez el 28 de mayo de 2021, con la Constitución Política del Estado Libre

[16] Pegoraro y Rinella refieren que la comparación sincrónica y diacrónica, respectivamente, se presenta [...] *cuando se contrastan ordenamientos cercanos en el tiempo o contemporáneos, aunque lejos en el espacio* [...] l*a que se desarrolla una investigación comparativa entre derechos lejanos en el tiempo, pero en el ámbito del mismo ordenamiento* [...]. Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado*, trad. de César Astudillo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 65.

[17] Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3146/13.pdf* (consultada el 24 de octubre de 2020).

y Soberano de Guanajuato de 17 de febrero de 1984, reformada por última vez el 7 de septiembre de 2020.[18] Por último, brevemente se comparará la Constitución de 1824 con su modelo actual, operando de igual forma con la Constitución de 1826 y su referente vigente. Ello con la finalidad de establecer las características generales y fundamentales de los objetos a comparar; para demostrar cómo fue la regulación constitucional local frente a la general; para detallar cómo se encuentra la regulación actual entre la Constitución general con la guanajuatense; por último, para evidenciar que la Constitución guanajuatense es reflejo sustancial de la general, no obstante, la diversa estructura que guarda.

Bajo ese orden de ideas, la Constitución de 1824 contenía 171 artículos divididos entre 7 títulos, que regulaban lo siguiente: Título I, sección única, de la nación mexicana, su territorio y religión; Título II, sección única, de la forma de Gobierno de la nación, de sus partes integrantes, y división de su poder supremo; Título III, del poder legislativo, secciones: primera, de su naturaleza y modo de ejercerlo; segunda, de la Cámara de diputados; tercera, de la Cámara de senadores; cuarta, de las funciones económicas de ambas Cámaras y prerrogativas de sus individuos; quinta, de las facultades del Congreso general; sexta, de la formación de las leyes; y séptima, del tiempo, duración y lugar de las sesiones del Congreso general; Título IV, del supremo poder ejecutivo de la federación, secciones: primera, de las personas en quien se deposita y de su elección; segunda, de la duración del presidente y vicepresidente, el modo de llenar las faltas de ambos y de su juramento; tercera, de las prerrogativas del presidente y vicepresidente; cuarta, de las atribuciones del presidente y restricciones de sus facultades; quinta, del Consejo de Gobierno; y sexta, del despacho de los negocios de Gobierno; Título V, del poder judicial de la federación, secciones: primera, de la naturaleza y distribución de este poder; segunda, de la Corte Suprema de Justicia y de la elección, duración y juramentos de sus miembros; tercera, de las atribuciones de la Corte Suprema de Justicia; cuarta, del modo de juzgar a los individuos de la Corte Suprema

[18] Congreso del Estado de Guanajuato (LXIV Legislatura), *https://www.congresogto.gob.mx/legislacion* (consultada el 8 de diciembre de 2020).

de Justicia; quinta, de los tribunales de circuito; sexta, de los juzgados de distrito; y séptima, reglas generales a que se sujetará en todos los Estados y territorios de la federación la administración de justicia; Título VI, de los Estados de la federación, secciones: primera, del gobierno particular de los Estados; segunda, de las obligaciones de los Estados; y tercera, de las restricciones de los poderes de los Estados; Título VII, sección única, de la observación, interpretación y reforma de la Constitución y acta constitutiva.

Ahora bien, la Constitución guanajuatense de 1826 contenía 231 artículos y 7 títulos, que regulaban lo siguiente: Título I, secciones: primera, del Estado, su territorio y religión; segunda, de los guanajuatenses, y ciudadanos guanajuatenses; tercera, de las obligaciones y derechos de los guanajuatenses; cuarta, de los transeúntes; quinta, de las causas por que se pierden o suspenden los derechos de ciudadanía; sexta, de la forma de Gobierno del Estado; séptima, del poder legislativo; octava, del nombramiento de diputados, párrafo segundo, de las Juntas Electorales de partido; novena, de la elección de diputados para el general de la federación; décima, de la celebración del Congreso del Estado; undécima, de las atribuciones del Congreso y de la Diputación Permanente; y duodécima, de la formación de las leyes y de su promulgación; Título II, del poder ejecutivo del Estado, secciones: primera, del gobernador; segunda, del vicegobernador: tercera, del Consejo de Gobierno; cuarta, de la elección de gobernador, vicegobernador y consejeros del Estado; quinta, del secretario del despacho de Gobierno; sexta, del Gobierno interior de los departamentos; séptima, del Gobierno político de los partidos; y octava, del Gobierno de las municipalidades; Título III, del poder judicial del Estado, secciones: primera, de la administración de justicia en lo general; segunda, de la administración de justicia en lo civil; tercera, de la administración de justicia en lo criminal; cuarta, de los alcaldes y jueces de hecho y de derecho en primera instancia; y quinta, del Supremo Tribunal de Justicia; Título IV, sección única, de la hacienda pública del Estado; Título V, sección única, de la milicia del estado; Título VI, sección única. de la instrucción pública; Título VII, sección única, de la observancia de la Constitución y requisitos que deben intervenir para hacer variaciones en ella.

De la reproducción del contenido de las constituciones a comparar, se desprende que existía semejanza entre la forma de regular sus poderes tradicionales, así como en la estructura general que ambas poseían. Respecto a sus diferencias: la Constitución de 1824 omitió referir contenido alguno sobre los derechos, deberes, y obligaciones de las personas, así como la suspensión de sus derechos en los casos aplicables, en pocas palabras, solo configuró su parte orgánica; también omitió referirse a la hacienda pública y sus respectivas atribuciones y facultades; de igual forma, omitió ordenar lo tajante al sector castrense, que por aquellas épocas era fundamental. Por otro lado, la Constitución guanajuatense de 1826, aún con una incoherente estructura, definió aquellos tópicos que la general de 1824 había soslayado u omitido, yendo más allá del contenido expreso, pero sin traspasar el parámetro establecido. Por tal motivo, el constituyente permanente local de 1826 fue vanguardista —no obstante, que no haya realizado una sistematización idónea respecto a derechos, deberes y obligaciones de los ciudadanos con un poder tradicional, o al dispersar derechos en otros títulos y secciones—, a comparación del constituyente general de 1824, al establecer la parte dogmática de la cual adolecía la Constitución general, el sistema tributario que resultaba necesario para el sostenimiento del Estado y respecto a la mención de la instrucción pública, que en esa época resultaba ser una tendencia progresista, aunque no fuese laica.

Realizado el juicio comparativo diacrónico anterior, toca lugar a efectuar el sincrónico entre la Constitución general y la Constitución local guanajuatense, ambas vigentes en la actualidad. Por lo que hace a la Constitución general, está compuesta de 136 artículos en 9 títulos, con diversas secciones cada uno de ellos y artículos transitorios, como se advierte a continuación: Título primero, capítulos: primero, de los derechos humanos y sus garantías; segundo, de los mexicanos; tercero, de los extranjeros; y cuarto, de los ciudadanos mexicanos; Título segundo, capítulos: primero, de la soberanía nacional y de la forma de Gobierno; y segundo, de las partes integrantes de la federación y del territorio nacional; Título tercero, capítulos: primero, de la división de poderes; segundo, del poder legislativo —secciones: primera, de la elección e instalación del Congreso; segunda, de la iniciativa

y formación de las leyes; tercera, de las facultades del Congreso; cuarta, de la Comisión Permanente; quinta, de la Fiscalización Superior de la Federación—; tercero, del poder ejecutivo; cuarto, del poder judicial; Título cuarto, de las responsabilidades de los servidores públicos, particulares vinculados con faltas administrativas graves o hechos de corrupción, y patrimonial del Estado; Título quinto, de los Estados de la federación y de la Ciudad de México; Título sexto, del trabajo y de la previsión social; Título séptimo, prevenciones generales; Título octavo, de las reformas de la constitución; Título noveno, de la inviolabilidad de la Constitución; y artículos transitorios.

En lo que toca a la Constitución guanajuatense vigente, esta se encuentra compuesta de 147 artículos en 11 títulos, con secciones y artículos transitorios, tal cual se observa a continuación: Título primero, de los derechos humanos y sus garantías, capítulos: primero, de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; y segundo, de las garantías políticas; Título segundo, de la población del Estado, capítulos: primero, de los habitantes; segundo, de los guanajuatenses; y tercero, de los ciudadanos guanajuatenses; Título tercero, de la soberanía y forma de gobierno, capítulos: primero, de la soberanía del Estado; y segundo, de la forma de Gobierno; Título cuarto, capítulo único, del territorio del Estado; Título quinto, de la división de poderes, capítulos: primero, generalidades; segundo, del poder legislativo —secciones: primera, del Congreso del Estado; segunda, de los periodos de sesiones; tercera, de la iniciativa y formación de las leyes y decretos; cuarta, de las facultades del Congreso del Estado; quinta, de la Diputación Permanente; sexta, de la Fiscalización Superior del Estado—, tercero, del poder ejecutivo —secciones: primera, del gobernador del Estado; segunda, de las dependencias y paraestatales del ejecutivo; tercera, del Tribunal de Justicia Administrativa—; cuarto, del Tribunal de Justicia Administrativa; quinto, del poder judicial —secciones: primera, del Supremo Tribunal de Justicia; segunda, de los jueces que integran el poder judicial—; sexto, de la Fiscalía General del Estado, sección única; Título sexto, del patrimonio y de la hacienda pública del Estado, capítulos: primero, del patrimonio; segundo, de la hacienda pública; Título séptimo, de la seguridad pública del Estado, capítulo único; Título octavo, del municipio libre: capítulos:

primero, de los municipios del Estado; segundo, del Gobierno municipal —secciones: primera, de los ayuntamientos; segunda, de los titulares del gobierno municipal; tercera, de las facultades y obligaciones del Ayuntamiento—; tercero, del patrimonio y hacienda municipal; Título noveno, de las responsabilidades de los servidores públicos y los particulares, patrimonial del Estado y de los municipios y del Sistema Estatal Anticorrupción, capítulos: primero, de la responsabilidad de los servidores públicos y los particulares; y segundo, del Sistema Estatal Anticorrupción; Título décimo, prevenciones generales, capítulo único; Título décimo primero, de las reformas e inviolabilidad de la Constitución, capítulo único; y artículos transitorios.

La comparación sincrónica entre ambas constituciones, desprende la similitud en el señalamiento de los derechos fundamentales de las personas —sin que el enumerado sea idéntico—, así como los principios y valores que deben observarse en su ejercicio; también resalta la similitud en cuanto a la forma de organización de los poderes tradicionales —salvo lo relativo a la Cámara de Senadores, que por obvias razones no se incluye—. Por otro lado, las diferencias que se suscitan entre ambas constituciones, consiste inicialmente en que la Constitución general no regula la seguridad pública como la Constitución guanajuatense; de igual forma, la general no establece disposición alguna referente a lo que constituye la hacienda pública, salvo vagas referencias a las obligaciones de contribuir de la ciudadanía o sobre presupuesto de ingresos y egresos —entre otras—. De lo anterior, cabe concluir que la Constitución local es un reflejo fiel de la Constitución general —no obstante que no siga el mismo orden, numeración o sistematización—. Lo cual se puede observar con meridiana claridad en la reproducción de los mismos yerros, como incluir un órgano constitucional autónomo dentro del capitulado de derechos fundamentales; en el desorden sistemático y estructural de los derechos fundamentales; al no proponer una nueva idea sobre la división de poderes que convivan con órganos u organismos constitucionales autónomos; o en el establecimiento de las mismas directrices en materia de anticorrupción, entre otros.

Máxime, que al comparar la Constitución general de 1824 con la actual, se advierte inicialmente que, aunque la primera tenga más artículos que la segunda, está última se ha ensanchado en su

contenido por medio de 251 decretos de reforma; asimismo, la primera omitió contener un listado de derechos fundamentales, pero la segunda, no los enlistó o sistematizó adecuadamente, sino que los introdujo tanto en la parte dogmática como en la orgánica; de igual forma, la primera estableció una división de poderes que era aplicable al momento histórico en que tuvo vigencia, en cambio, la segunda sigue posicionada en esa clásica división, sin importarle la convivencia con nuevos actores en el ejercicio del poder.

Por último, de la comparación entre la Constitución local de 1826 con la vigente, se observa que el constituyente permanente de aquella época fue más visionario al incluir un catálogo de derechos, deberes y obligaciones de la ciudadanía guanajuatense, que la Constitución general no preveía —incluyendo los casos en que esos derechos podían suspenderse—; por último, sin que por ello pierda importancia, introdujo la instrucción pública, aunque no fuese laica; con lo cual demostró vanguardia al constitucionalizar un derecho liberal-social (aunque lo haya situado erróneamente). Sin embargo, el constituyente permanente local guanajuatense, ha sido estático al omitir una configuración constitucional de vanguardia que regule la realidad social, supeditándose únicamente a reflejar el contenido sustancial de la Constitución general en la local.

V. La necesidad de una reingeniería constitucional local. Algunas propuestas a considerar

Como se ha apuntado previamente, la Constitución local guanajuatense sigue la metodología y técnica de la Constitución general. Aunque el orden de los artículos no sea idéntico, su mención y regulación es similar, con pocas cuestiones relevantes o importantes que merezcan distinguirse en el presente análisis. Asimismo, el constituyente permanente local ha cometido los mismos errores de técnica parlamentaria que el general, por ejemplo: al mezclar derechos fundamentales con otros en un mismo artículo —como sucede en el artículo 3º, que regula la educación y aspectos relacionados con la información pública—; al introducir un

sistema de planeación democrática en la parte dogmática —peor aun cuando lo inserta en un apartado previo a la regulación del derecho al acceso a la información pública y protección de datos personales, como se observa del artículo 14, apartados A y B—; al introducir un organismo constitucional autónomo dentro de la parte dogmática, en el cual ya se haya insertado un sistema de planeación democrática y un derecho fundamental que exige especial tratamiento. De igual forma, ha omitido regular y adecuar la parte dogmática y orgánica de la Constitución local al tenor de los sucesos sociológicos, políticos y jurídicos que se han venido generando en Guanajuato desde su entrada en vigencia; entre otros yerros y omisiones, que de enumerarse excederían en demasía el objetivo del presente análisis.

En base a lo anterior, ciertamente un organismo constitucional autónomo puede figurar como una garantía institucional de un derecho fundamental, pero en atención a una técnica parlamentaria adecuada, sería necesario que estuviesen aglutinados en un libro, título o capítulos propios, en el que se comprendan los órganos constituidos que ejercen el poder público en sus respectivas esferas competenciales. Lo anterior, en aras de que se reformule la división de poderes, con base en la especialidad que exigen ciertas tareas que no pueden comprenderse dentro de los poderes clásicos. Idea acorde con lo planteado por Cárdenas Gracia al decir que "[...] representan una evolución en la teoría clásica de la división de los poderes, y son ante todo órganos de equilibrio constitucional y político [...]".[19]

No obstante, la idea es bastante clara, el constituyente permanente guanajuatense debe reformar o reingeniar el contenido de la Constitución local para purgar esos vicios de metodología y técnica parlamentaria en que ha incurrido el constituyente permanente general —al seguir el fiel reflejo—. Tarea que debe desarrollar implementando una sistematización adecuada de la parte dogmática y orgánica; estableciendo un catálogo en el que se clasifiquen idóneamente los derechos fundamentales de que gozan las personas en Guanajuato; reorganizando los poderes

[19] Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una constitución para la democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 52-53.

clásicos con los organismos constitucionales autónomos que han surgido, así como de aquellos que resulte su necesaria creación; regulando las nuevas cuestiones territoriales que han surgido en ciertas áreas del territorio guanajuatense —regiones metropolitanas—; inclusive, reasignando o creando nuevas atribuciones y facultades a los municipios, a fin de que se fortalezcan y progresen, como asignatura pendiente en su beneficio; así como la inclusión de una jurisdicción constitucional local que resuelva los conflictos que versen sobre la violación a derechos fundamentales locales o sobre los que se presenten entre poderes, órganos u organismos al ejercer sus competencias asignadas en la Constitución local.

Por lo que, en dicha reingeniería constitucional local deben abordarse todos estos tópicos y aquellos que se han omitido por ejemplificar solo algunos. Toda vez que el constituyente permanente local puede reformar su Constitución con una metodología y técnica parlamentaria de vanguardia. Actuando dentro del perímetro que señala la Constitución general, ya que no hay que olvidar que la Constitución local debe ajustársele en base al sistema federal al que pertenece la entidad federativa. Tomándose en cuenta lo expuesto por Astudillo Reyes al referir que "[...] el desarrollo constitucional dado por los constituyentes locales no vacíe de contenido los principios que al respecto formula la Constitución, pero tampoco que se ensanchen indebidamente hasta llegar a su trasgresión, con la intención de convertir la autonomía en soberanía".[20]

En ese orden de ideas, sería oportuno que el constituyente permanente local tuviera iniciativa para reingeniar el contenido de la Constitución local, antes que la Constitución general sea reinventada, con motivo de las múltiples reformas que ha sufrido desde su promulgación. Ya que, al reorganizarse eficientemente, pueda ser modelo de constitucionalismo de vanguardia y ser considerada como referente para la reelaboración del código político gene-

[20] Astudillo Reyes, César I., "La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive?issuesPage=2#issues*, p. 51 (consultado el 26 de noviembre de 2020).

ral. Puesto que, de reingeniarse la Constitución general, no habría necesidad de reingeniar la constitución local, en base al fiel reflejo que ha seguido el constituyente permanente local. De ahí, que si se reforma la Constitución local, daría pauta a un constitucionalismo local efectivo, eficaz y legítimo, que recoja las necesidades sociales, jurídicas y políticas de la comunidad guanajuatense.

Bajo esa óptica, si la Constitución general necesita una reordenación o reingeniería integral, resulta obvio que la local guanajuatense también la necesite, al ser un reflejo de la primera en mención. Siendo aplicables los argumentos de Fix-Fierro y Valadés que señalan que "[...] las continuas reformas y adiciones que ha sufrido han dado por resultado un texto cada vez más extenso, desordenado, asistemático y descuidado desde el punto de vista técnico [...]".[21] En tal sentido, el objetivo de la reingeniería debe ser la armonización de la parte dogmática y orgánica. Por tal motivo, modesta y someramente, se proponen algunas propuestas a considerar por el constituyente permanente guanajuatense en tal reingeniería:

1) Creación de un catálogo o listado de los derechos humanos y sus garantías de protección. En el cual se introduzcan todos aquellos que ha reconocido el constituyente permanente local; los que considere deben ampliarse o crearse conforme a la realidad social guanajuatense; los formulados por interpretación judicial; y los que se generen por comparación con otras constituciones locales vanguardistas—sugiriendo su clasificación en civiles, políticos, económicos, sociales, culturales—. Sin que resulte óbice destacar, que el catálogo o listado no debe contener instituciones, poderes, órganos u organismos no relacionados; a fin de que estos se regulen en la estructura orgánica correspondiente. De ahí, que el constituyente permanente pueda innovar con su actuar hacia un federalismo humanista, el cual es concebido por Uribe Arzate y Montes de Oca como aquél que vela "[...] por el

[21] Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional Anteproyecto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4050/5.pdf*, p. 1 (consultado el 23 de octubre de 2020).

respeto irrestricto de los derechos fundamentales [...] garantizados por el orden constitucional".[22]

2) Reformulación de la división de poderes. Inicialmente, cabe destacar que la creación de organismos constitucionales autónomos respondió a la crisis y exceso en que venían incurriendo los poderes clásicos en el ejercicio de sus atribuciones y facultades. Verificándose con la reflexión de Acuayte González al decir que su "[...] irrupción se remonta a la década de los noventa, cuando a diversos entes de la administración pública federal se les dotó de autonomía a nivel constitucional, con la finalidad de desvincularlos del Poder Ejecutivo [...] para asegurar su imparcialidad en la toma de decisiones [...] y [...] limitar los excesos en que incurrieron los poderes tradicionales [...]".[23]

Ante dicha situación, proliferaron una serie de organismos constitucionales autónomos que han absorbido sendas atribuciones y facultades de los poderes clásicos —como ejecutar sus decisiones, legislar en su ámbito competencial o resolver jurisdiccionalmente—. No obstante, no se ha reconfigurado o reformulado la clásica división de poderes para armonizar la participación de éstos en el ejercicio del poder. Motivo por el cual, se les ha regulado incorrectamente tanto en la parte dogmática, como en la orgánica. Siendo esta última parte en donde deberían estar regulados, atendiendo a una estructura constitucional coherente. Ya que su introducción en la parte dogmática no encuentra fundamento coherente que la sustente, tal cual se expuso someramente a supra líneas. A causa de ello, el constituyente permanente guanajuatense puede innovar la reformulación de la división de poderes, para armonizar las relaciones que se dan entre los po-

---

[22] Uribe Arzate, Enrique y Montes de Oca, Alfredo, "Notas sobre un federalismo renovado en México y su vinculación con la justicia constitucional local para la garantía de los derechos fundamentales" *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200008,* p. 282 (consultado el 21 de octubre de 2020).

[23] Acuayte González, Gerardo, "Motivos de la irrupción de los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano", en López Olvera, Miguel Alejandro (comp.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, pp. 207-210.

deres clásicos con los organismos constitucionales autónomos, sin alterar el parámetro que marca la Constitución general, configurando adecuadamente los pesos y contrapesos que les sean aplicables según la materia que regulen. Asimismo, puede crear un apartado o título donde se contenga lo relativo a la división de poderes, los poderes clásicos y los organismos constitucionales autónomos. Desincorporándolos de la parte dogmática, atendiendo a una correcta metodología y técnica parlamentaria. Para lo cual, se les pudiese, únicamente, hacer referencia como garantías institucionales para la protección de los derechos fundamentales.

Por último, puede crear nuevos organismos que se especialicen en las distintas necesidades que tienen las personas en Guanajuato. Como lo sería —por ejemplo — la creación de una defensoría pública autónoma e integral que proteja debidamente el derecho a la asistencia legal. En el entendido, que este derecho no ha sido cabalmente protegido, al prestarse separada e incompletamente por ciertas defensorías públicas adscritas al ejecutivo estatal o al tribunal autónomo administrativo. Ante ello, se propone modestamente la creación de una defensoría pública que integre la asistencia legal en las múltiples materias locales en que se requiera, sin que se encuentre adscrita o adjunta a otro poder u organismo autónomo. En aras de que obtenga plena autonomía, independencia y especialidad en la prestación de asistencia letrada, como lo expone magistralmente Meza Márquez al afirmar que "[...] la consolidación de un sistema autónomo de defensoría pública que no dependa directa ni indirectamente de ninguno de los poderes tradicionales y, en consecuencia, se encuentre libre de toda injerencia, presiones políticas e interferencias indebidas, constituye un imperativo del acceso a la justicia y del derecho a una defensa técnica eficaz [...]".[24]

3) Regulación de nuevas regiones territoriales de Guanajuato. Es conocido que la explosión demográfica e industrial han acercado diversos municipios al punto de no reconocerse sus límites

[24] Meza Márquez, Enrique, "La defensoría pública como órgano constitucional autónomo. Apuntes para la construcción de un modelo necesario", en López Olvera, Miguel Alejandro (comp.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020, p. 265.

territoriales. Esa situación se ha presentado en Guanajuato, donde han proliferado las zonas metropolitanas como Laja Bajío[25] o de León.[26] Por lo que, el constituyente permanente debe reingeniar el título constitucional que establece la base territorial en que se divide Guanajuato. Toda vez que tales asignaturas deben ser consideras en el plano constitucional y no solo en programas operativos cambiantes. Ya que tales conformaciones territoriales pueden generar derechos fundamentales para las personas. Asimismo, porque generan deberes y obligaciones entre los municipios participantes que deben hacerse constar como otras en el texto constitucional, a efecto de que gocen de seguridad y certidumbre ante los posibles conflictos que lleguen a surgir. No obstante, también deben regularse las regiones ajenas a dicha metropolización, para que no sean desdeñadas por la atención otorgada a las zonas metropolitanas —como la Subregión 1—.[27]

4. *Reformulación de la jurisdicción constitucional local*. Ciertamente, la Constitución local guanajuatense otorga atribuciones y facultades en materia de control constitucional al Pleno del Supremo Tribunal de Justicia —artículo 88, fracción XV, apartados A (controversias legales) y B (acciones de inconstitucionalidad). No obstante, no puede considerársele como un tribunal constitucional, ya que las materias que le competente, no le permiten

[25] Conformada por Apaseo el Alto, Apaseo el Grande, Celaya, Comonfort, Cortázar, Jaral del Progreso, Santa Cruz de Juventino Rosas, Tarimoro y Villagrán. Programa de desarrollo urbano y de ordenamiento ecológico territorial de la zona metropolitana Laja-Bajío, del Instituto de Planeación, Estadística y Geografía, del Estado de Guanajuato, *http://seieg.iplaneg.net/seieg/doc/PDUOET_Cap_I_al_V_ZMLB_1500911642.pdf* (consultado el 16 de junio 2021).

[26] Conformada por León, Silao, Purísima del Rincón y San Francisco del Rincón. Programa metropolitano de desarrollo urbano y ordenamiento ecológico territorial de la zona metropolitana de León, del Instituto de Planeación, Estadística y Geografía, del Estado de Guanajuato, *http://seieg.iplaneg.net/seieg/doc/PDUOET_ZML_1500911557.pdf* (consultado el 16 de junio 2021).

[27] Compuesta por San Luis de la Paz, San José Iturbide y Doctor Mora. Planes Región 2035 del Estado de Guanajuato Región I Noreste, del Instituto de Planeación, Estadística y Geografía, del Estado de Guanajuato, *http://seieg.iplaneg.net/seieg/doc/Plan_Region_I_Noreste.pdf* (consultado el 16 de junio 2021).

caracterizarse como tal. Es por ello, que el constituyente permanente puede reingeniar o reconfigurar una sala constitucional —dependiente del poder judicial o de un tribunal constitucional autónomo— que conozca y resuelva los conflictos constitucionales locales que se susciten con motivo de la violación de derechos fundamentales locales; sobre los conflictos que se llegasen a presentar entre poderes, órganos u órdenes, al vulnerarse sus esferas competenciales; o sobre el control abstracto que se deba ejercer sobre aquellas normas jurídicas que se tilden de inconstitucionales, sea este previo o posterior. Con la finalidad de hacer preservar la supremacía de la Constitución local sobre los actos, resoluciones u omisiones que traten de infringirla.

A su vez, el constituyente permanente puede configurar nuevos medios de defensa constitucional —como el amparo local o la omisión legislativa que regula Tlaxcala o Quintana Roo–; y reingeniar la procedencia y legitimidad de las partes en los ya existentes —como en la controversia legal (que más bien debería denominarse constitucional, ya que lo que protege es la Constitución y no la ley)—, al tener acotada su procedencia y legitimidad a poderes y ordenes normativos. Dejando de lado los conflictos que se susciten entre un órgano constitucional autónomo con algún municipio o con alguno de los poderes clásicos. Operando de igual forma con la acción de inconstitucionalidad que no acepta conocer de asuntos electorales *a contrario sensu* de la prevista en la Constitución general. A parte de ello, debe reformular la procedencia y legitimidad de las partes, para que pueda ser interpuesta por municipios u organismos constitucionales autónomos en contra de normas jurídicas abstractas que contravengan los preceptos constitucionales locales.

Todo lo anterior, se propone resumidamente (al no poderse abordar ampliamente en el presente trabajo al no ser su finalidad) en aras de que el constituyente permanente guanajuatense sea dinámico en su actuar, configurando la parte dogmática y orgánica de la Constitución local. Proveyendo a la comunidad guanajuatense una codificación política progresista y de vanguardia, que responda a la realidad social, política y jurídica imperante y vigente. Asimismo, para que funja como ejemplo digno a los constituyentes permanentes general y locales, tal cual sucedió con la Constitución yucateca decimonónica.

Conclusiones

Las conclusiones a las que arriba la presente investigación son las siguientes: 1) Para que la Constitución sea un instrumento eficiente y eficaz para regular las relaciones humanas, debe ser dinámica y dúctil a la realidad social que se vive; lo cual, se puede obtener mediante la reforma o mutación constitucional; 2) Para evitar numerosas reformas o mutaciones al texto constitucional, el constituyente permanente debe prevenir la extensión de contenido y usar un lenguaje entendible y claro; asimismo, debe omitir la reglamentación de tópicos que toca regular a la legislación secundaria; 3) Los factores sociales, jurídicos y políticos que originaron la Constitución de 1857 y su reforma de 1917, son distintas a las causas que hoy permean en la sociedad mexicana, por lo que ha experimentado una evolución dinámica y dúctil a los cambios sociales a través de múltiples reformas o mutaciones; de ahí, que sea viable adecuar el contenido del texto constitucional a la realidad actual, respetando los pilares fundamentales como alude el jurista Lara Chagoyán; 4) La Constitución general funge como parámetro de las constituciones locales, por lo que estas deben adecuar su contenido a la de aquella; no obstante, el constituyente permanente local puede legislar ampliamente dentro de ese parámetro, ejerciendo su capacidad de configuración legislativa con cuestiones novedosas que la Constitución general no prevea o que prevea deficientemente; 5) En virtud de que la Constitución local guanajuatense es un reflejo de la general, debe adoptarse una reconfiguración con metodología y técnica parlamentaria de vanguardia, para que sirva eficazmente a la comunidad guanajuatense, abordando las necesidades sociales, jurídicas y políticas que necesitan ser reguladas, so pena de tildarse obsoleta e inaplicable a la realidad vigente; y 6) El constituyente permanente guanajuatense debe ser dinámico y vanguardista al configurar la parte dogmática y orgánica de la Constitución local para regular adecuadamente el catalogo de derechos fundamentales que han sido reconocidos por la Constitución general, por el Estado mexicano en instrumentos internacionales o generados por interpretación judicial; para armonizar los pesos y contrapesos entre los poderes tradicionales y los órganos u organismos constitucionales autónomos, para prevenir fricciones entre ellos; por ello, también debe regular eficientemente los medios de de-

fensa de la Constitución local, otorgando personería a los poderes, órganos u organismos que normalmente carecen de medio de defensa para salvaguardar su autonomía e independencia ante la posible invasión de sus atribuciones o facultades; por último, para reingeniar el territorio guanajuatense ante la creación de zonas metropolitanas que generan atribuciones y facultades a los municipios participantes, así como derechos y obligaciones a la comunidad guanajuatense, en aras de velar por la correcta urbanización de tales áreas territoriales.

Bibliografía

Acuayte González, Gerardo, "Motivos de la irrupción de los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano", en López Olvera, Miguel Alejandro (comp.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Astudillo Reyes, César I., "La justicia constitucional local en México. Presupuestos, sistemas y problemas" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XXXIX, núm. 115, enero-abril de 2006, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/issue/archive?issuesPage=2#issues* (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Brito Melgarejo, Rodrigo y Guerrero Galván, Luis Rene, *La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos a 100 años de reformas*, t. I: Artículos 1-49. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, t. I.

Cárdenas Gracia, Jaime F., *Una constitución para la democracia: propuestas para un nuevo orden constitucional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

Fix-Fierro, Héctor y Valadés, Diego, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Texto reordenado y consolidado. Ley de Desarrollo Constitucional Anteproyecto*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Cámara de Diputados, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2016, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4050/5.pdf* (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Gargarella, Roberto, "La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas. Entre lo viejo y lo nuevo", *Nueva Sociedad,* Buenos Aires, núm. 258, julio-agosto de 2015, *https://nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/* (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Lara Chagoyán, Roberto, *El constitucionalismo mexicano en transformación: avances y retrocesos*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, 2020.

Meza Márquez, Enrique, "La defensoría pública como órgano constitucional autónomo. Apuntes para la construcción de un modelo necesario", en López Olvera, Miguel Alejandro (comp.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2020.

Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Introducción al derecho público comparado*, trad. de César Astudillo, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

Pino Muñoz, Jacinto Héctor, *Prolegómenos a la teoría y a la reforma constitucional.* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

Rodríguez Saldaña, Marcial, "La constitución de 1917, reforma de las constituciones estatales y las nuevas constituciones de Guerrero y de la Ciudad de México", en Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro (comps.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/13631* (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Soberanes Díez, José María, "Los problemas de técnica constitucional en México", en Serna de la Garza, José María y Santos Olivo, Isidro (comps.), *La dinámica del cambio constitucional en México*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2018, *http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/*

handle/123456789/13631 (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Tena Ramírez, Felipe, *Leyes fundamentales de México 1808-1998*, 21a. ed., México, Porrúa, 1998.

Uribe Arzate, Enrique y Montes de Oca, Alfredo, "Notas sobre un federalismo renovado en México y su vinculación con la justicia constitucional local para la garantía de los derechos fundamentales", *Cuestiones Constitucionales,* México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-91932011000200008,* (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 11a. ed., trad. de Marina Gascón, Madrid, Trotta, 2016.

Otras fuentes de información

Cámara de Diputados, *http://www.diputados.gob.mx/* (consultado el 21 de octubre de 2020).

Congreso del Estado de Guanajuato, *https://www.congresogto.gob.mx/* (consultado el 21 de octubre de 2020).

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, *https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3146/13.pdf* (consultado el 26 de noviembre de 2020).

Instituto de Planeación, Estadística y Geografía del Estado de Guanajuato: *http://iplaneg.guanajuato.gob.mx/* (consultado el 16 de octubre de 2020)

Real Academia Española, *https://www.rae.es/* (consultado el 29 de agosto de 2020).

El derecho humano al refugio en los sistemas jurídicos de Canadá y México. Una perspectiva desde el derecho comparado

*Martín González Guzmán**

Sería posible que este mundo nos diera alegría si no estuviéramos refugiados en él.

-Franz Kafka

Sumario: Introducción. I. Sobre el objeto de comparación. II. Hacia una conceptualización del derecho humano al refugio. III. Puntos de afinidad del derecho humano al refugio en los sistemas canadiense y mexicano. IV. Puntos de desencuentro del derecho humano al refugio en los sistemas canadiense y mexicano. A manera de conclusión. Bibliografía.

Introducción

El propósito que me he fijado con motivo de estas modestas líneas es el de desentrañar, a través del método comparativo constitucional y desde la disciplina de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos, cuáles son los puntos asociativos y disociativos que existen respecto al derecho humano al refugio en dos sistemas jurídicos diversos, el canadiense y el mexicano.

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato. Actualmente es Maestrante en el programa de Maestría en Justicia Constitucional de esta Casa de Estudios.

Para ello, apoyándonos en el método comparativo, este texto se ha dividido o estructurado de la siguiente manera. Primero, identificaremos, en un pequeño apartado, cuáles son los formantes sobre los que irá girando nuestra investigación. Posteriormente, aterrizaremos en el modelo de comparación, mejor conocido como *tertium comparationis*, en el cual nos preguntaremos sí efectivamente vale la pena emprender un estudio comparado de los formantes definidos, esto es, si comparten características esenciales y, al mismo tiempo, hay un ámbito de disenso o de diferencias entre uno y otro.

Una vez superado este paso, se procede a la descripción del método utilizado para el desarrollo de la investigación de derecho constitucional comparado que es motivo de este texto. Como penúltimo apartado, realizaremos, quizás, la tarea más ardua; toca la materialización del juicio de valor, es decir, la verificación de las analogías y de las diferencias entre nuestros formantes. Finalmente, cerramos la presente investigación de derecho constitucional, con la aplicación de los resultados de la comparación.

I. Sobre el objeto de comparación

Los formantes normativos constitucionales de la presente investigación de Derecho Comparado los encontramos en un derecho humano que tiene variantes y coincidencias en dos sistemas jurídicos diametralmente diferentes y que, de hecho, pertenecen a dos tradiciones jurídicas distintas: por un lado, Canadá, bajo la impronta del Derecho Anglosajón y, por el otro, México, con la herencia del Derecho Neorromanista.

Se trata, en particular, del derecho humano al refugio, contenido en el artículo once de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y el derecho humano al refugio consagrado en la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, la cual tiene rango constitucional al ser un instrumento jurídico que integra la Constitución de Canadá.

El modelo de comparación que se realiza en la presente investigación versa sobre una institución jurídica constitucional que podemos encontrar tanto en el sistema jurídico canadiense

como en el sistema jurídico mexicano, me refiero al derecho humano al refugio.

Con el propósito de comprobar que efectivamente los formantes pueden ser susceptibles de una comparación jurídica en el marco del Derecho Constitucional Comparado —esto es, la *tertium comparationis*— se han puesto en relieve algunos puntos de similitud y diferencia entre el derecho al refugio que encontramos en el sistema jurídico de Canadá y el que encontramos en el de México, mismos que serán desarrollados a profundidad en el apartado en el que se realizada el juicio de comparación.

En este orden de ideas, podemos encontrar similitudes entre las instituciones pertenecientes a los dos sistemas referidos al nivel del orden internacional, al nivel, por supuesto, del orden constitucional, y en el orden legal, en el que se desarrollan de manera reglamentaria las instituciones.

Por otro lado, los grados de diferenciación los podemos encontrar en el tipo de constitución y sistema constitucional que tiene cada uno de los Estados, y en la optimización de la aplicación y ejercicio debido del derecho, el cual difiere distantemente el uno del otro.

De este modo, en este apartado dedicado al modelo de comparación, podemos concluir que las instituciones de los dos sistemas que son objeto de comparación no son idénticas, pero sí comparten características comunes, por lo que podemos advertir que efectivamente se colma el supuesto de la *tertium comparationis*.

De este modo, puedo considerar que el prototipo que figurará en las siguientes líneas de Derecho Comparado será el Derecho al Refugio en Canadá, pues está más desarrollado y puede representar precisamente un *modelo a seguir*, respecto del que tenemos en México.

Por otro lado, es preciso señalarse que se ha optado por seguir el enfoque o planteamiento funcional (*functional method*), pues lo que pretendemos desentrañar las funciones o roles que cumple la institución jurídica del derecho al refugio en los dos sistemas jurídicos planteados, para que, a partir de ese planteamiento, podamos identificar los puntos de coincidencia y de disidencia que existen entre ellas.

Asimismo, nos hemos apegado a la perspectiva conocida como *law in the book*, dado que los formantes los ubicamos desde la legislación y la doctrina. No obstante, habrá momentos en los que tendremos que salir del derecho en los libros para conseguir la comparación, en el terreno práctico de las instituciones jurídicas en estudio.

Respecto al propósito de la comparación entre los sistemas jurídicos planteados, la mayoría de los autores contemporáneos coinciden en que los objetivos que persigue la disciplina conocida como Derecho Constitucional Comparado giran en torno a las siguientes premisas:

1) La comparación de diversos ordenamientos para buscar la mejor solución a un determinado problema jurídico;
2) Para determinar las relaciones causales entre ellos;
3) Para poner de manifiesto la evolución histórica de un problema jurídico.[1]

En el mismo sentido, el gran comparativista francés René David, en su obra *Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, señala lo siguiente:

> El derecho comparado tiene una función preponderante que desempeñar en la ciencia del derecho. Aspira en efecto, en primer término, a instruir juristas sobre la función y significación del derecho, aprovechando con ese propósito la experiencia de todas las naciones. Aspira también, en una óptica más pragmática, facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales. Finalmente permite a los juristas de diversas naciones plantearse la posibilidad de una mejoría de sus sistemas de derecho internos.[2]

Por otro lado, los propósitos de la investigación constitucional comparada que hemos visto en clase son congruentes con los postulados de la doctrina moderna. Entre ellos encontramos:

---

1 Salvado Martínez, María, *Derecho Constitucional Comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización,* UNED, México, 2012.

2 David, René y Jaufret-Spinosi, Camille*, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos*, UNAM, México, 2010.

1) La valoración empírica de las constituciones para deducir un modelo adecuado;
2) La búsqueda de elementos comunes en las diversas constituciones;
3) El contraste entre una Constitución determinada y los datos comunes a todas para destacas sus singularidades;
4) Proporcionar a los juristas los criterios necesarios en la aplicación del derecho nacional.

Una vez puestas sobre la mesa estas ideas comunes que tenemos sobre los propósitos del Derecho Constitucional Comparado y su aplicación en la investigación jurídica, es preciso mencionar que el fin de estas líneas es precisamente apuntar cuáles son los objetivos del estudio comparado constitucional que estoy realizando actualmente en mi investigación, el cual versa sobre el formante la institución del *Derecho al refugio* entre el sistema jurídico canadiense y el mexicano. Es así como pretendo, en las siguientes líneas, responder a los cuestionamientos ¿para qué comparo? ¿qué comparo? y ¿cómo comparo?

El propósito ulterior del Derecho Comparado, como sabemos, siempre va a ser la mejora del sistema jurídico propio. Este fin siempre se manifiesta como una parte de la propia definición de la disciplina, de tal forma que la mayoría de los teóricos en la materia lo contemplan en sus conceptualizaciones.[3]

En el caso concreto, del ejercicio de comparación entre la institución del derecho al refugio en el sistema mexicano y el sistema canadiense, se puedan detectar o advertir áreas de mejora en el terreno de aplicación de este derecho en nuestro país, toda vez que, en el caso de los sistemas jurídicos con impronta anglosajona, se encuentra en un estado óptimo de desarrollo.

Por otro lado, siguiendo los postulados del profesor francés René David, pretendo que, con el estudio comparativo de los for-

[3] Por ejemplo, Consuelo Sirven Gutiérrez define al Derecho Comparado como "La disciplina que confronta las semejanzas y diferencias de los diversos sistemas jurídicos vigentes en el mundo con el propósito de comprender y mejorar el sistema jurídico de un Estado determinado". Véase en Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Porrúa, México, 2006.

mantes de mi investigación, haya una contribución —aunque sin falsas modestias diría que minúscula— a la organización de la sociedad internacional, con una visión cosmopolita, máxime que se trata de instituciones jurídicas que trastocan, paralelamente al Derecho Constitucional, el terreno propio del Derecho Internacional. De este modo, una aspiración vendría a ser el facilitar la organización de la sociedad internacional revelando las posibilidades de acuerdo y sugiriendo fórmulas para la regulación de las relaciones internacionales.

Finalmente, mi estudio comparativo pretende buscar una solución a un problema común que tienen ambos países, independientemente de que pertenezcan a diferentes tradiciones o familias jurídicas. La nación canadiense, por un lado, es el país *multicultural* por excelencia; se trata de un Estado construido desde el fenómeno de la migración y que, en las últimas décadas, ha reconocido que el pluralismo es lo que hace a su Estado valioso.

Es así como el desplazamiento de las personas provenientes de los países del tercer mundo, conexo a lo atractivo que resulta el proyecto estatal canadiense, ha provocado que las peticiones de refugio aumenten considerablemente, sobre todo en los últimos años. Esta situación *de facto*, hace que el Estado haga más eficiente el desarrollo del derecho al refugio.

México, por otro lado, es un Estado de tránsito, en gran medida por compartir fronteras con los Estados Unidos de Norteamérica. La constante movilización de las personas provenientes de los Estado centroamericanos hacia nuestro país amerita que afinemos la manera en la que concebimos ciertos derechos propios de las personas migrantes, como es el caso del derecho al refugio.

Lo anterior, precisa que los operadores jurídicos, sobre todo los que tienen que ver con el ámbito legislativo, volteen a ver lo que en la materia están haciendo los países que son, en la actualidad, focos de la recepción de personas que buscan refugio, como es el caso de Canadá.

Igualmente, mi pretensión al realizar esta investigación es la de usar el método comparativo como un factor que une, en un sentido de fraternidad, dos sistemas jurídicos contemporáneos, como lo explica Somma:

> Dicho de otro modo, en el momento en el que trata de acreditarse mediante sus objetivos, la comparación jurídica ama presentarse como comparación que une: éste parece ser el hilo conductor que atraviesa muchos procesos de ese campo del saber, incluyendo los procesos relacionados con su fase constitutiva. Ello no obsta para que, evidentemente, pueda hablarse también de una comparación que divide, que es concebida para exaltar identidades y, por tanto, para desunir.[4]

En cuanto a la pregunta ¿qué comparo? hay primero que ubicar los formantes que ya adelantaba a supra líneas, esto es, el derecho al refugio, una institución que es regulada a nivel constitucional tanto en el caso mexicano, como en el canadiense. Luego, resulta importante preguntarnos si los sistemas pertenecen a una misma tradición jurídica, pues de ahí se desprenderá la complejidad de la comparación y, por tanto, el o los caminos a tomar. En este caso, se trata de sistemas completamente diferentes, uno que pertenece a la Familia del *Common Law* o Anglosajona, y otro que sigue la tradición jurídica de la Familia Neorromanista.

Ello también implica un especial cuidado en el desarrollo de la investigación comparada, partiendo desde la conceptualización misma de nuestros formantes, pues debemos contemplar que, incluso desde el punto de vista lingüístico, estamos frente a instituciones del derecho desarrolladas en lenguas diferentes, una en Inglés y otra en Español. A propósito, Lucio Pegogaro señala que:

> Al hablar de derechos en derecho constitucional (y público) comparado, una inicial cuestión debe afrontarse, antes incluso de delimitar el objeto de la búsqueda, teniendo en cuenta el concurso o concurrencia de diferentes culturas y lenguas en la definición, si la palabra es propia solo del lenguaje especializado del cual se habla.[5.]

---

4 Somma, Alessando, *Introducción al Derecho Comparado,* Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015.

5 Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra* <<derechos>> (y de los adjetivos que la acompañan), UNAM, México, 2013.

II. Hacia una conceptualización del derecho humano al refugio

Para poder llegar a buen puerto con el ejercicio de derecho comparado que nos hemos propuesto en estas modestas líneas es preciso que destinemos algunas líneas a revisar cuál es el estado del arte de nuestros formantes, es decir, revisar qué se ha conceptualizado, desde el plano teórico y doctrinal, sobre la institución jurídica internacional del derecho al refugio.

En el ámbito internacional, una de las mejores definiciones del derecho humano al refugio —en su vertiente de asilo— la brinda Yéfime Zarjevski, pues con claridad y simpleza refiere que se trata "de la protección acordada por el Estado, ya sea en su territorio o en algún otro lugar (para algunos Estados puede ser un barco en alta mar que tenga su bandera, o en sus oficinas diplomáticas) sujeto a sus organismos y leyes; a un individuo que lo requiera".[6]

En el ámbito interamericano, la profesora ecuatoriana Daniela Salazar Marín refiere de manera contundente que el refugio *es un derecho humano. Así fue reconocido en 1948 cuando en el marco de la OEA se adoptó la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, cuyo artículo XXVII establece que toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo en caso de persecución. Meses más tarde, cuando se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos, los Estados de la ONU reconocieron que en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él en cualquier país (artículo 14), excepto cuando se trate de una acción judicial originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.*[7] Su conceptualización germina, sin duda, desde la teoría de los derechos humanos propia que nos ha brindado nuestro Sistema Interamericano.

---

6 Zarjevski, Yéfime, *A future preserved. International Assitance to Refugees*, Oxford, Inglaterra, 1998.

7 Salazar Marín, Daniela, "La protección jurídica de los refugiados en Ecuador: retrocesos normativos y su convalidación jurisprudencial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* de la SCJN, México, 2019.

Para la jurista venezolana Gloriana Fernández, señala al referirse en lo general a la institución del refugio y en lo particular al asilo, que:

> Se ha constituido como la figura de protección internacional que se ejerce principalmente ante una situación de persecución tanto por causales políticas como por las establecidas en materia de refugiados, o por violaciones a los derechos humanos. A su vez, ha sido reconocido como un derecho humano en los Sistemas de Protección Internacional y Americano, convirtiéndolo así en un derecho de las personas con un componente exigible frente a los estados.[8]

> Dentro de la doctrina mexicana, las autoras Nancy Pérez García y Diana Martínez Medrano,[9] —quienes por cierto han encabezado distinguidas organizaciones de la sociedad civil— precisan que la institución jurídica del refugio

> tiene una larga historia de lucha por el reconocimiento y la vigencia de los solicitantes de asilo y refugiados por parte de las organizaciones de la sociedad civil... Hasta el año pasado —2011— la normativa que regulaba la protección internacional que se otorga a las personas refugiadas en México era la Ley General de Población y su Reglamento; esta regulación, además de ser muy escasa, no respetaba los estándares internacionales en materia de protección de refugiados ni tampoco establecía de manera clara cuáles eran las fases del procedimiento administrativo que se seguía para que una persona pudiera ser reconocida como refugiada.

En este sentido, advierten también que, ante la conceptualización y materialización efectiva del derecho humano al refugio, existen algunos aspectos que aún no están cubiertos por los Poderes de la Unión en el tema de los refugiados —sobre todo por parte del legislativo, como por ejemplo, la falta de claridad de los mecanismos que deben de seguir las autoridades de nuestro Estado para dar trámite a las solicitudes de las y los migrantes. Otro de los aspectos deficientes de nuestro sistema jurídico, de acuer-

---

8 Fernández de Daniels, Gloriana. "La protección integral de la persona en situación de asilo, Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar", Venezuela, 2007.

9 Pérez García, Nancy y otros, "Los desafíos de la agenda migratoria en México", *Revista de Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, México, 2011.

do con nuestras autoras en la ausencia de garantías del debido proceso que deberían de seguirse en beneficio de las personas refugiadas, lo cual puede constituir potencialmente un menoscabo a sus derechos humanos.

III. Puntos de afinidad del derecho humano al refugio en los sistemas canadiense y mexicano

Orden internacional

La institución jurídica en comento en ambos sistemas tiene un antecedente común en el derecho internacional público: derivan de la suscripción de Canadá y México —y otro puñado de países— a la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, de 1951, misma que tiene como antecedentes a la propia Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

De este modo, la figura constitucional del derecho al refugio de ambos Estados tiene un origen común, pues deriva de la adhesión a un tratado internacional, es decir, se funda en una obligación de carácter internacional. En este orden de ideas, es la propia Convención la que precisa lo que debemos entender por el término refugiado, imponiendo así los márgenes de interpretación de esta institución que los Estados suscriptores deberán de establecer en sus órdenes constitucionales, a saber:

> Artículo 1. –Definición del término *refugiado*
>
> A. A los efectos de la presente Convención, el término *refugiado* se aplicará a toda persona:
>
> 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938, del Protocolo del 14 de septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados.
>
> Las decisiones denegatorias adoptadas por la Organización Internacional de Refugiados durante el período de sus actividades no impedirán que se reconozca la condición de refugiado a personas

que reúnan las condiciones establecidas en el párrafo 2 de la presente sección.

2) Que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1° de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose , a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.[10]

Lo anterior se considera prudente, pues da pauta para que haya una conceptualización jurídica homogénea, que tal vez no podríamos tener, por ejemplo, desde la doctrina. Para empezar, podemos encontrar en la doctrina un debate entre los grados de diferenciación que existe entre el derecho al asilo y el derecho al refugio. Tenemos algunos autores, como López Garrido, quien considera que las dos figuras son manifestaciones de una misma institución jurídica que se entiende como "el derecho de toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye".[11]

Encontramos, por otro lado, autores que afirman que sí hay un grado de diferenciación, como Diez de Velasco, quien señala que "mientras que el derecho de asilo supone una efectiva protección territorial del Estado que consistiría en el permiso de trabajo y residencia, y que podría ser definitiva, el reconocimiento del estatuto de refugiado simplemente conllevaría el derecho de no devolución".[12]

Finalmente, hay conceptualización que intentan poner la discusión del derecho al refugio en una línea más bien orientada hacia la Filosofía del Derecho, que incendia la naturaleza poco esperanzadora de los desplazamientos migratorios actuales. Tal es

10 *Convención sobre el Estatuto de los Refugiados*, adoptada en Ginebra, Suiza, el 28 de julio de 1951, y entrada en vigor el 22 de abril de 1954.

11 López Garrido, D., *El Derecho de Asilo*, Trotta, España, 1991, pp. 17-19.

12 Diez de Velasco, M., *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, España, 2003, pp. 559-562.

el caso de Estévez López, quien refiere: "La figura del refugiado representa un quiebre en la continuidad que hay entre hombre y ciudadano. El refugiado establece la división entre nacimiento y nacionalidad, y con ello la persona que tiene ese estatus no posee nada más que derechos humanos".[13]

3.1. Orden constitucional

Ambos países han introducido la institución jurídica del derecho al refugio en sus órdenes constitucionales, como cumplimiento a la obligación internacional contraída como consecuencia de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados, por lo que podríamos encontrar una coincidencia, en el aspecto constitucional general, lo cual ameritará algunos otros comentarios en los subsecuentes apartados conforme avance el planteamiento de diversas ideas en estas líneas.

3.2. Orden legal

En ambos sistemas, la regulación de la institución jurídica, derivada del orden constitucional, es regulada para su operación en lo que conocemos como *Leyes Secundarias*. En el caso de México, el derecho al refugio es regulado y desarrollado por la Ley sobre Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político, que data de 2011, y cuya denominación fue reformada en 2014, pues anteriormente sólo se llamaba *Ley sobre refugiados y protección complementaria*.

Por otro lado, en el caso canadiense, la institución se pronuncia en la Carta Canadiense de los Derechos y Libertades, y tanto su regulación y desarrollo lo podemos encontrar en la Ley de Inmigración y Protección de los Refugiados (IRPA) y en la Ley de Ciudadanía, ambas leyes de carácter federales que determinan la regulación del derecho de entrada al territorio canadiense, la

[13] Estévez López, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", en *Revista Norteamerica*, UNAM, México, 2012.

condición jurídica y los derechos que los refugiados adquieren cuando entran a este país americano.

IV. Puntos de desencuentro del derecho humano al refugio en los sistemas canadiense y mexicano

4.1. Tipo de constitución

Si bien, hemos advertido que, como un punto en común, tanto México como Canadá han introducido la figura jurídica en mención en su orden jurídico nacional, en concreto a su orden constitucional, hemos también de advertir que hay una diferencia en cuanto a cómo se manifiesta este último elemento en cada país.

En el caso mexicano, el derecho al refugio lo podemos encontrar en el artículo 11 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual fue reformado el 15 de agosto de 2016 con el propósito de adecuar el texto constitucional a los tratados internacionales que el Estado mexicano ha suscrito, de forma tal que las personas que pretenden solicitar asilo político en nuestro país, puedan recibir el apoyo, independientemente de la causa que da origen al desplazamiento migratorio. El artículo referido, en su segundo párrafo señala lo siguiente: "Toda persona tiene derecho a buscar y recibir asilo. El reconocimiento de la condición de refugiado y el otorgamiento de asilo político, se realizarán de conformidad con los tratados internacionales. La ley regulará sus procedencias y excepciones".

En el caso canadiense, el derecho al refugio está contenido en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades, que data del año de 1982. Promulgada durante el gobierno del Primer Ministro Pierre Trudeau, y la cual forma parte de la Constitución canadiense, al tratarse esta un instrumento disperso y difuso. Nuestro formante —usando la terminología propia del método comparado— está contenido, concretamente, en el artículo de la Carta, referido a las Libertades Fundamentales, en el que no se refiere exclusivamente a los ciudadanos —como lo hace en el resto del texto legal— sino que se refiere, en un sentido extensivo e in-

clusivo, a todas las personas, por el hecho de pisar el territorio canadiense. A saber, del citado instrumento constitucional:

> Fundamental freedoms.
>
> 2. Everyone has the following fundamental freedoms:
>
> (a) freedom of conscience and religion;
>
> (b) freedom of thought, belief, opinion and expression, including freedom of the press and other media of communication;
>
> (c) freedom of peaceful assembly; and
>
> (d) freedom of association [...]"
>
> 7. Everyone has the right to life, Liberty and security of the person and the roght to be deprived threof except in accordance with the principles of fundamental justice [...]
>
> 8. Everyone has the right to be secure against unreasonable search or seizure [...]
>
> 12. Everyone has the right not to be subjected to any cruel and unusual treatment or punishment.
>
> 13. Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal Benefit of the law without iscrimination and, in particular, without discrimination base don race, national or ethnic origin, colour, religión, sex, age or mental or physical disability.[14]

Tenemos aquí una primera diferencia en cuanto al continente de la institución jurídica analizada. Por un lado, en el caso mexicano, el derecho al refugio se encuentra inserto directamente en el texto constitucional, y regulado en una Ley Federal; por otro lado, tratándose del Estado canadiense, el derecho en mención se encuentra regulado en una Ley Federal en materia de derechos humanos, que tiene rango constitucional.

Tal vez, a primera vista pueda percibirse como algo formal —incluso banal— esta cuestión del continente constitucional,

[14] Tomados de la *Carta Canadiense de Derechos y Libertades,* de 1982, disponible para su consulta en *https://laws-lois.justice.gc.ca* (consultado el 16 de octubre de 2021).

sin embargo, puede trascender la diferencia en el ejercicio y la protección del derecho de un sistema a otro al considerarse este factor, sobre todo si llegara a presentarse un caso que requiera interpretación judicial. A propósito, la Suprema Corte de Canadá, máximo órgano judicial del sistema y establecida en el año de 1875, refiere lo siguiente, con motivo del movimiento secesionista de Québec:

> La Constitución no es sólo un texto escrito. Ésta engloba todo el sistema de reglas y principios que rige el ejercicio del poder constitucional. Una lectura superficial de determinadas decisiones específicas del texto de la Constitución, sin más, podría inducir a error. Es necesario realizar un examen más profundo de los principios subyacentes que informan el conjunto de nuestra Constitución, entre los que se hallan el federalismo, la democracia, el constitucionalismo y la primacía del derecho, así como el respeto por las minorías. Estos principios deben guiar nuestra apreciación global de los derechos y obligaciones constitucionales que entrarían en juego si una mayoría clara de quebequeses, en respuesta a una pregunta también clara, votaran en favor de la secesión.[15]

En este mismo orden de ideas, tenemos por una parte a México cuenta, que con una Constitución escrita, es decir, aquella que *reúne las normas jurídicas en un cuerpo unitario*,[16] y que también se conoce como formal o codificada. Hay que decir también que el fenómeno jurídico de las Constituciones escritas es relativamente reciente como forma de organización de las sociedades, pues podemos comenzar a ubicarlas a partir del siglo XVIII, en la historia norteamericana francesa, y un poco más tarde —en el siglo XIX— en la entonces Nueva España, y ciertos sistemas jurídicos, como el inglés —y por ende, el Canadiense— no siguieron esa tendencia.

---

15 Las líneas citadas corresponden a un extracto del *Dictamen sobre la secesión de Quebec Nº de Expediente: 25506* del 16, 17, 18 y 19 de febrero de 1998; 20 de agosto de 1998 Presentes: Los magistrados Lamer, Presidente del Tribunal, L´Hereux- Dubé, Gouthier, Cory, McLachlin, Iacobucci, Major, Bastarache et Binnie.

16 Bidart Campos, German J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas,* Centro de Estudios Constitucionales, España, 1988, pp. 292-293.

En este orden de ideas, la figura del derecho al refugio en el sistema mexicano la podemos encontrar inserta —aunque con necesidad de una interpretación sistemática— en el documento conocido como Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En una dirección diferente, Canadá cuenta con una Constitución no escrita, también llamada dispersa, pues su material jurídico se contiene precisamente en normas dispersas, no en un solo compilado constitucional, lo cual tiene una lógica histórica. En este sentido, Matheus Samper afirma que "la evolución gradual de colonia a nación ha negado la adopción de un único documento constitucional en Canadá, lo que hace que el estudio de las normas constitucionales requiera un estudio más profundo de las diferentes fuentes constitucionales escritas y no escritas".[17]

No obstante, esto no significa que no haya normas que tengan una importancia o rango constitucional. En este sentido, Consuelo Sirvent opina que "*la Constitución de Canadá es la ley suprema y torna inoperantes las disposiciones incompatibles con ella* [...] *no está comprendida en un solo documento, sino que son un conjunto de 25 documentos* [...] *siendo el más significativo el Acta Constitutiva de 1882*".[18]

Precisamente esta Acta Constitutiva establece, en su artículo 1982, lo siguiente: "*The Constitution of Canada is the supreme law of Canada, and any law* that is inconsistent with de provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect".[19]

4.2. Optimización en la aplicación y garantía del derecho

Uno de los puntos que más distancia separa a nuestros formantes en estudio, es la manera en la que los países han aplicado en el

17 Matheus Samper, Luisa, "Introducción al estudio de la Constitución de Canadá", en *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. Universidad del Norte, México, 2004, p. 255.

18 Sirvent Gutiérrez, Consuelo. *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*, Porrúa, México, 2012, p. 160.

19 Así lo establece el artículo 52 del *Acta Constitucional canadiense* de 1982.

terreno práctico y han garantizado a las personas el derecho al refugio. Al respecto, Canadá tiene un avance significativo, mientras que México comienza, después de la reforma constitucional de 2016, a dar pasos más largos, en gran medida debido al incremento de las solicitudes de refugio.[20]

Por otro lado, la historia de México ha manifestado una tradición más o menos consolidada en materia de refugio, quizás debido a sus favorables condiciones geográficas que lo hacen atractivo, en principio, como un territorio *de paso*. Al respecto Rea Granados señala:

> México ha sido reconocido a nivel internacional por su tradición de asilo, por ejemplo en el siglo XIX el gobierno mexicano brindó protección a miembros del grupo originario *Kikapú*, quienes huían de la persecución que enfrentaban en Estados Unidos;3 posteriormente, en los años cuarenta, brindó protección a los españoles que escapaban de la Guerra Civil; en los setenta, a los sudamericanos que escapaban de las dictaduras, y, finalmente, el último gran éxodo masivo hacia México se produjo en los años ochenta, durante los conflictos armados en Centroamérica. Actualmente, los flujos masivos de refugiados a México ya no se dan. Sin embargo, este país continúa recibiendo refugiados, aunque en un contexto y situación diferente a los de los hitos ya mencionados. La situación geográfica de México es un factor relevante para los flujos mixtos de migraciones, no sólo de personas provenientes de la región de Centroamérica sino también de otras latitudes.[21]

Aunque a lo largo de este trabajo hemos reconocido el esfuerzo del Estado Mexicano por avanzar en el tema de los refugiados, el cual se ha materializado en estas reformas constitucionales, sin embargo, aún queda mucho camino por recorrer, pues además de la aplicación debida de la Constitución y de las leyes en la materia, se requiere la injerencia de otros factores en el plano de las políticas públicas, por ejemplo.

---

20 Entre 2013 y 2017, las solicitudes de la condición de refugiado en México se incrementaron en 1026% (COMAR 2017).

21 Rea Granados, Sergio Alejandro, "Retos actuales en la implementación de la Ley sobre refugiados y protección complementaria en México: identificación, admisión y acceso al procedimiento de asilo", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, México, 2016.

A propósito, con motivo del 30 aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los refugiados, se dijo:

> [...]no basta con que la ley mexicana contemple esta obligación y ésta se adecúe a los tratados internacionales, sino también, se requiere la formulación de políticas migratorias coherentes con el derecho internacional de los refugiados para una correcta implementación de la ley, además de fortalecer a los agentes de migración sobre los principios pilares de este derecho. Sobre todo cuando se ha denunciado que el sistema mexicano de ingreso y protección, evidencia graves falencias que impiden el acceso a este procedimiento a potenciales refugiados.[22]

Es así como el CONAPRED (Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación), que la responsabilidad de dar certeza sobre el derecho al refugio a las personas que lleguen a nuestro país es responsabilidad de todas las autoridades del Estado mexicano.

Asimismo, apunta algunos ejes sobre los cuales es preciso duplicar esfuerzos, a saber:

1. Asegurar la opción de solicitud de refugio;
2. Garantizar trámites libres de restricciones a derechos;
3. Proporcionar documentación llave para acceder a derechos.
4. Generar condiciones para la inclusión y la no discriminación en todos los ámbitos.
5. Reformar las leyes de Migración y de Refugiados, Protección Complementaria y Asilo Político.[23]

Hacia la otra cara de la moneda, podemos advertir que Canadá es un país que clásicamente ha brindado cobijo a los refugiados y que ha apoyado, con un papel activo, en tratándose de emergencias de carácter humanitario. Por la propia tradición humanitaria, Canadá es, con relación a México, un país en donde las solicitudes de refugio han crecido radicalmente en las últimas

22 Discurso de la audiencia *Situación de derechos humanos de los refugiados y solicitudes de asilo en las Américas en el 30 aniversario de la Declaración de Cartagena*, ACNUR, 153 periodo de sesiones, 27 de octubre de 2014.

23 CONAPRED, *Ficha Temática Personas Refugiadas*, CONAPRED, México, 2017.

décadas, quizá debido a la sofisticación, flexibilidad y respuesta del sistema. Al respecto XX, refiere lo siguiente, con datos duros:

> (Canadá) es uno de los pocos países del mundo que se ha comprometido con serios programas de reasentamiento de refugiados. Tras EE. UU. es el segundo país del mundo en números de refugiados reasentados. Cuenta con una larga tradición en los Programas de Reasentamiento y cabe destacar que, desde la Segunda Guerra mundial hasta el 2008, Canadá ha reasentado a más de 860.000 refugiados y personas en circunstancias similares.[24]

A manera de conclusión

Una vez superados los pasajes que antecedieron, podemos sentar algunas conclusiones derivadas de la comparación que hemos realizado de un mismo derecho humano, el derecho al refugio, en dos sistemas que, a decir verdad, son diametralmente diferentes, el canadiense y el mexicano. Esta afirmación, de que se trata de improntas jurídicas heterogéneas podría ser, por cierto, una primera conclusión de salida.

Es así que hemos podido vislumbrar que hay que hay ciertas características que nos llevan a establecer que, en el modelo de comparación, es el caso canadiense el que constituye el formante ejemplar, pues su nivel de positivización y desarrollo en el plano práctico son, en términos generales, mejores que el contemplado en la Constitución mexicana.

En la marcha de esta investigación nos hemos topado con varios obstáculos que, afortunadamente, luego se convirtieron en fortalezas. Uno de ellos fue el elemento de heterogeneidad de los formantes, pues al tratarse de una comparación de instituciones que se incrustan en sistemas que pertenecen a familias jurídicas radicalmente diferentes, vinieron a enriquecer el curso de navegación de las ideas que aquí se han presentado.

---

[24] García Mahamut, Rosario, "Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva Ley de asilo y de la protección subsidiaria", en *Revista de Derecho Político*, UNED, España, 2010.

En atención a lo anterior, podemos decir que, por un lado, Canadá, que pertenece a la tradición jurídica anglosajona o del *Common Law*, y por el otro, México, cuyo *corpus* jurídico se ha cristalizado a partir de la tradición Neorromanista. Ello, sumado a que las normas constitucionales se encuentran redactadas en dos lenguas diferentes —español e inglés— hicieron el trabajo de investigación más complejo, pero también más interesante y enriquecedor.

Otro de los desafíos de la investigación comparada que aquí hemos presentado lo encontramos en el sistema constitucional diverso al que pertenecen nuestros formantes, es decir, el continente del derecho al refugio. Mientras que en el caso mexicano, el derecho humano al refugio se encuentra expresamente regulado en un solo artículo de la Constitución Federal —esto es, el último párrafo del artículo 11—, en el caso canadiense, al contar este país norteamericano con una Constitución no escrita —sino más bien dispersa—, el derecho al refugio se encuentra diseminado por varios lugares. Más aún, en la misma Carta de Derechos y Libertades Canadiense —la cual como dijimos tiene rango constitucional— el derecho humano en estudio se encuentra incrustado en varias partes del ordenamiento. Èsto hizo más empedrado el camino de la comparación, propiamente dicha, pero también lo hizo más próspero.

Los resultados arrojados de la presente comparación nos llevan también a concluir que hay un amplio margen de aplicabilidad del modelo, en principio, porque en ambos países se encuentra bien desarrollada la institución jurídica del derecho al refugio en el plano doctrinal, esto es, en lo que llamaríamos *law in the books*.

En este orden de ideas, en atención a la efectiva aplicabilidad del modelo de comparación, podemos advertir también —hay que reconocerlo— que existe un gran margen en la manera en la que hemos hecho efectivo el derecho al refugio en nuestro país. Definitivamente, Canadá nos lleva por delante algunos pasos, que debemos ir intentando replicar y alcanzar, si es que queremos mejorar nuestro sistema jurídico, a partir de la diversidad. Creo que es una aspiración común que tenemos los mexicanos.

Bibliografía

Bidart Campos, German J., *Constituciones flexibles y Constituciones rígidas*, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1988.

Conapred, *Ficha Temática Personas Refugiadas*, CONAPRED, México, 2017.

David, René *y* Jaufret-Spinosi, *Camille, Los grandes sistemas jurídicos contemporáneos,* UNAM, México, 2010.

Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, Tecnos, España, 2003.

Estévez López, Ariadna, "Asilo y derechos humanos en Estados Unidos y Canadá. Cuestionamientos a Giorgio Agamben", en *Revista Norteamerica*, UNAM, México, 2012.

Fernández de Daniels, Gloriana, *La protección integral de la persona en situación de asilo,* Programa Andino de Derechos Humanos de la Universidad Andina Simón Bolívar, Venezuela, 2007.

García Mahamut, Rosario, "Reflexiones constitucionales sobre el reasentamiento de refugiados: el régimen jurídico del reasentamiento en Canadá y en España a la luz de la nueva Ley de asilo y de la protección subsidiaria"*, en Revista de Derecho Político*, UNED, España, 2010.

López Garrido, Diego, *El Derecho de Asilo*, Trotta, España, 1991,.

Matheus Samper, Luisa, *Introducción al estudio de la Constitución de Canadá* en la *Revista de Derecho de la Universidad del Norte*. Universidad del Norte, México, 2004.

Pegoraro, Lucio, *Derecho constitucional comparado y uso connotativo de la palabra* <<derechos>> (y de los adjetivos que la acompañan), UNAM, México, 2013.

Pérez García, Nancy y otros, "Los desafíos de la agenda migratoria en México"*, Revista de Derechos Humanos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal*, México, 2011.

Rea Granados, Sergio Alejandro, "Retos actuales en la implementación de la Ley sobre refugiados y protección complementaria en México: identificación, admisión y acceso al

procedimiento de asilo", en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, UNAM, México, 2016.

Salazar Marín, Daniela, "La protección jurídica de los refugiados en Ecuador: retrocesos normativos y su convalidación jurisprudencial", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales de la SCJN,* México, 2019.

Salvado Martínez, María, *Derecho Constitucional Comparado en el contexto de la integración supranacional y la globalización,* UNED, México, 2012.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, Porrúa, México, 2006.

Somma, Alessandro, *Introducción al Derecho Comparado*, Universidad Carlos III de Madrid, España, 2015.

Zarjevski, Yéfime, *A future preserved. International Assitance to Refugees,* Oxford, Inglaterra, 1998.

Acta Constitucional Canadiense, adoptada en 1982 por el Gobierno de Canadá.

Carta Canadiense de Derechos y Libertades, adoptada en 1982 por el Gobierno de Canadá, y cuya última reforma fue registrada en 1993, disponible para su consulta en *https://laws-lois.justice.gc.ca* (consultado el 16 de octubre de 2021).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917, y cuya última reforma fue publicada el 28 de mayo de 2021 en la misma gaceta federal.

Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en Ginebra Suiza el 28 de julio de 1951 por la Conferencia de Plenipotenciarios sobre el Estatuto de los Refugiados y de los Apátridas, convocada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1950, entrando en vigor el 22 de abril de 1954.

Ley sobre refugiados, protección complementaria y asilo político, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 27 de enero de 2011, y cuya última reforma fue publicada el 30 de octubre de 2014 en la misma gaceta federal.

El derecho a la no discriminación al personal de salud durante la declaratoria de contingencia o emergencia sanitaria: comparación en su protección en los estados de Guanajuato y Nuevo León

*Ana Cristina Gutiérrez Ramírez**

Sumario: Introducción. I. La contigencia sanitaria en México (COVID 19). II. Derechos humanos de los trabajadores de la salud. III. La reacción del Estado de Guanajuato ante las agresiones al personal de salud. IV. Medidas tomadas en el Estado de Nuevo León para proteger al personal de salud. V. Análisis comparativo entre las medidas tomadas por los estados de Guanajuato y Nuevo León para proteger el derecho a la no discriminación del personal de salud durante la declaratoria de contingencia. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

El último párrafo del artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contempla la prohibición de discriminación cuando esta se motive por el origen étnico o nacional de las personas, su género, edad, discapacidades, condiciones sociales o de salud, religión, opiniones, preferencias sexuales, esta-

* Licenciada en derecho y maestrante en la maestría en Justicia Constitucional por la Universidad de Guanajuato.

do civil, y cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos o libertades de las personas.[1]

Es en esta última parte, en donde el legislador dejo abierta la posibilidad a la existencia de discriminación por diversas circunstancias que no fueron contempladas en ese catálogo, y donde cabe entonces hablar de discriminación motivada por la profesión, oficio y en general, toda aquella actividad laboral que desempeñe una persona.

Por su parte, en el artículo 123 de nuestra Carta Magna se habla del derecho que tiene toda persona a desempeñar un trabajo digno y socialmente útil.[2]

Son entonces estos dos preceptos, los que contienen los principios de protección a las personas en el desempeño de su trabajo, pues por un lado vemos que es un derecho el laborar en cualquier actividad que resulte lícita y permitida, y por otro lado, que está prohibido que con motivo de dichas labores, sea objeto de actos de discriminación.

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en la fracción III, de su artículo primero, señala lo siguiente:

> Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación

1 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, 181, México, Porrúa, 2018, p. 8.

2 *Ibidem*, p. 203.

familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.[3]

Consideramos además, que la igualdad, específicamente la de consideración y respeto, es el fundamento que justifica la condena moral a la discriminación.[4]

Sabemos todos que estos principios de no discriminación y derecho al trabajo, además de ser socialmente estipulados, y expresamente regulados en nuestra Carta Magna y leyes derivadas, también son derechos humanos mundialmente reconocidos, y por ende, prescritos en los ordenamientos internacionales de máxima importancia como lo son la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Carta de la Organización de los Estados Americanos y, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Aunado a ello, la discriminación se encuentra tipificada como delito en el Código Penal Federal, y en los ordenamientos de algunas entidades federativas de México, como la Ciudad de México y Nuevo León.

Por otra parte, en el mes de diciembre del año 2019, surgió en China una enfermedad epidemiológica llamada COVID-19, o coronavirus (una familia de virus que causan enfermedades que van desde el resfriado común, hasta enfermedades respiratorias más graves),[5] la cual se extendió por el mundo, reportándose en

---

3 Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/ley%20Federal%20para%20Prevenir%20la%20Discriminaci%F3n.pdf* p. 1 (consultado el 16 de octubre de 2021).

4 González Carvallo, Diana Beatriz, "¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación piezas para armar*, México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-04/Libro_DISCRIMINACION-PIEZAS-PARA-ARMAR_19_ABRIL.pdf* p. 28 (consultado el 20 de octubre de 2021).

5 Gobierno de México, *https://coronavirus.gob.mx* (consultado el 16 de octubre de 2021).

México el primer caso, el día 27 de febrero del 2020; así, el número de casos aumento exponencialmente, y para el 30 de marzo del 2020, ya existía un total de 1,094 casos confirmados, 2,752 casos sospechosos, y 28 defunciones.[6]

El 11 de marzo del año 2020, la Organización Mundial de la Salud declaro al coronavirus como una pandemia; por ende, en fecha 30 de marzo del 2020, el Consejo de Salubridad General, perteneciente al poder ejecutivo de México, a través del Diario Oficial de la Federación, emitió un acuerdo por medio del que se declaraba como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia generada por el virus SARS-CoV2 (COVID 19), reconociendo a dicha enfermedad como grave, de atención prioritaria, informando que por parte de la Secretaría de Salud se había reportado el aumento de casos en las últimas horas previas a la emisión del acuerdo, recomendando que los habitantes del país permanecieran en sus casas, para contener la enfermedad referida.[7]

El nacimiento de dicho virus ha impactado significativamente la forma de vida la población de los países a donde se ha propagado el mismo.

Ante la alta capacidad de contagio del virus COVID 19, muchas personas lo han padecido, de las cuales, un gran número ha fallecido, y otras que han sobrevivido, sufren las secuelas ocasionadas por esa enfermedad.

Sin embargo, el riesgo de contagio ha llevado a la población a tomar medidas extraordinarias, que buscan evitar contacto con el virus, y para ello, mantener un distanciamiento social, así como realizar sanitización de todo aquello que pueda portar el mismo.

Todo lo anterior ha generado afectaciones no solamente en la salud, sino también en la psique de las personas, quienes ante el miedo de padecer dicha enfermedad, han adoptado posturas ex-

6 *Idem*.

7 Consejo de Salubridad General, *Diario Oficial de la Federació*n, México, 30 de marzo del 2020, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/544325/CSG_300320_VES.pdf* p. 1 (consultado el 23 de octubre de 2021).

tremas como lo es, el atacar al personal de salud que hace frente a la pandemia, al considerarlos un foco de infección.

Con motivo de la contingencia sanitaria que generó el coronavirus, en México se manifestaron múltiples casos de agresiones hacía personal médico, los cuales iban desde amenazas, hasta inferir lesiones, incluso intentar quemar los hospitales donde se atendía a pacientes de COVID.

En el lapso del 19 de marzo y hasta el 16 de abril del año 2020, el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), recibió quejas provenientes de 26 estados del país (5 del estado de Guanajuato), derivados de insultos, burlas, amenazas, maltratos, hostigamiento vecinal a trabajadoras y trabajadores de centros de salud, médicos, enfermeros y estudiantes de medicina.[8]

Ante tal situación, diversas entidades federativas tomaron acciones, a fin de contener la problemática.

Guanajuato y Nuevo León, fueron algunos de los Estados que reformaron su código penal, agravando las sanciones estipuladas para los delitos de lesiones, cuando el sujeto pasivo fuera un trabajador del área de salud, y que el motivo de la agresión fuera precisamente derivado de las actividades que desempeñara bajo una declaratoria de contingencia.

El 29 del mes de junio del año 2020, se reformó el artículo 303 bis del Código Penal del Estado de Nuevo León, para quedar de la siguiente manera:

> Si se demuestra que las lesiones tuvieren como finalidad obstaculizar o impedir el ejercicio de la libertad de expresión del ofendido, fuere en razón del desempeño de su profesión, cuando ésta se desarrolle en cualquier medio de comunicación; o que éstas se ocasionen dolosamente en virtud del desempeño de sus actividades al personal profesional, técnico o auxiliar de los centros de salud, que presten sus servicios durante las declaratorias de contingencia o emergencia sanitaria declaradas por autoridad competente; se

[8] Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, *https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142* (consultado el 27 de octubre de 2021).

> aumentará la pena hasta al doble de las contenidas en el artículo 301 fracciones I y II o en el artículo 302, y con una multa de cien a quinientas cuotas.[9]

Es de señalar, que en el Código Penal de Nuevo León, se encuentra establecido el delito de discriminación en el artículo 353 bis, el cual se analizará más adelante.

Por su parte, el día 22 de diciembre del 2020, se adicionó un artículo 150 b al Código Penal del Estado de Guanajuato, el cual a la letra reza:

> Al responsable de lesiones en contra de personal profesional, técnico o auxiliar adscrito al sistema de salud, que presten sus servicios durante las declaratorias de contingencia o emergencia sanitaria formuladas por autoridad competente, se le aumentará la punibilidad en un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la que correspondería de acuerdo con los artículos 143, 144, 145, 146, 147, 148 y 149 de este Código.[10]

En el presente trabajo se realizará un análisis comparativo de las medidas que fueron tomadas en los estados de Guanajuato y Nuevo León, y se hablará de cuáles fueron las consideraciones que contemplaron cada uno de los legisladores de estos Estados, para reformar sus códigos penales en los sentidos arriba señalados, considerando como modelo a seguir para Guanajuato, la regulación del Estado de Nuevo León.

I. La contigencia sanitaria en México (COVID 19)

Actualmente, el mundo está pasando por una problemática de salud grave, derivado de la epidemia generada por el virus SARS-CoV2 (conocido comúnmente como coronavirus), que provoca la enfermedad COVID 19.

---

9 Código Penal del Estado de Nuevo León, *http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/codigo_penal_para_el_estado_de_nuevo_leon* (consultado el 27 de octubre de 2021).

10 *Código Penal del Estado de Guanajuato,* 12a ed., México, Yussim, 2021, p. 33.

El primer caso de coronavirus se generó en el mes de noviembre del 2019, en el país oriental de China, en un paciente de 55 años; a partir de ese momento, el virus se ha expandido por todo el mundo, sin ser del todo conocida hasta ahora, la génesis del mismo; lo cierto es que el problema de su propagación en fecha 11 de marzo del año 2020, fue declarado por la Organización Mundial de la Salud, como una pandemia mundial.[11]

México no fue exento de afectación por el ingreso del coronavirus. El primer caso de COVID en México, se generó el día 27 de febrero del 2020; de ahí en adelante, el virus se fue propagando de manera rápida y significativa, convirtiéndose en un grave problema para el Estado, que ha impactado no solo sobre la salud física de los mexicanos, sino también en la salud psíquica, en la economía y en la educación, por citar algunos ámbitos.

El contagio acelerado del virus en la población, así como los síntomas y consecuencias que ocasionan la enfermedad, involucran de manera directa al personal médico, cuya función es vital para el tratamiento de la pandemia, mediante la atención a los pacientes de COVID, por lo que fue necesaria una reacción inmediata de todo el personal de salud, así como la creación de nuevos hospitales que atendieran a la población afectada.

En nuestro país, el 30 de marzo del 2020, el Consejo de Salubridad General, perteneciente al poder ejecutivo, a través del Diario Oficial de la Federación, emitió un acuerdo por medio del que se declaraba como emergencia sanitaria por causa de fuerza mayor, a la epidemia generada por el virus SARS-CoV2 (COVID 19), reconociendo a dicha enfermedad como grave, de atención prioritaria, informando que por parte de la Secretaría de Salud se había reportado el aumento de casos en las últimas horas previas a la emisión del acuerdo, recomendando que los habitantes del país permanecieran en sus casas, para contener la enfermedad referida.[12]

A partir de ello, la lista de los casos de personas de COVID ha ido en un exagerado incremento, trayendo con ello una exigen-

11 Gobierno de México, *op. cit.*, nota 5.

12 Consejo de Salubridad General, *Diario Oficial de la Federación*, México, 30 de marzo del 2020, *op. cit.*, nota 7.

cia de respuesta mayor, en cuanto a la atención medica que debe brindar el Estado.

Al día 31 de diciembre del 2021, en México ya había registrados 3,979,723 casos totales, y 288,428 defunciones totales por COVID-19.[13]

En el estado de Nuevo León, al 31 de diciembre del 2021, se habían reportado 210,212 casos de contagios confirmados, ocupando el tercer lugar a nivel nacional en mayor número de contagios (solo por debajo de Ciudad de México y el Estado de México), con 13,836 muertes registradas, a causa de dicho virus.[14]

A la misma fecha, en el Estado de Guanajuato, se registraron 203, 986 casos confirmados de COVID-19, y 13,321 personas fallecidas a causa del mismo.[15]

Los datos aquí planteados nos permiten visualizar el panorama en que se encuentra el país, y en concreto, los estados de Guanajuato y de Nuevo León, ante el caos que ha ocasionado la pandemia.

Es de resaltar, que la reacción inmediata de un Estado para hacer frente a una contingencia de esta naturaleza, implica en mucho, la intervención del personal médico que se avoque a tratar a todas aquellas personas que desafortunadamente han sido contagiadas.

El 07 de abril del 2020, Antonio Guterres, Secretario General de la ONU, envió un mensaje con motivo del Día Mundial de la Salud, en el que expreso lo siguiente: *En estos momentos traumáticos, les digo a quienes trabajan en el ámbito de la salud: estamos con ustedes y contamos con ustedes. Nos enorgullecen, nos inspiran. Estamos en deuda con ustedes*.[16]

---

13 Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, Comunicado Técnico Diario, COVID 19, México, 31 de diciembre 2021, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/689974/Comunicado_Tecnico_Diario_COVID-19_2021.12.31.pdf* p. 1 (consultado el 13 de octubre de 2021).

14 *Ibidem*, p. 5.

15 *Idem*.

16 Organización Mundial de la Salud, *https://www.who.int/es/campaigns/world-health-day/world-health-day-2020#:~:text=%C2%BFEn%20qu%-*

Sin embargo, la Organización Mundial de la Salud, ha declarado que en nuestro país, los trescientos cuarenta y tres mil setecientos médicos, y doscientos mil enfermeros con que se cuenta, son insuficientes para afrontar la pandemia ocasionada por el virus.[17]

II. Derechos humanos de los trabajadores de la salud

Todo ser humano cuenta con derechos humanos, por el solo hecho de serlo. Los derechos humanos son reconocidos no solo en las Constituciones de los Estados, sino también en ordenamientos de observancia internacional.

En el artículo 7º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (aprobada y promulgada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre del año 1948), se establece lo siguiente: "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación".[18]

El artículo 23 de la misma declaración señala: "Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo".[19]

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (celebrada en San José, Costa Rica del 7 al 22 de noviembre del año 1969), señalo en su artículo 24, lo que a continuación se escribe:

C3%A9%20consistir%C3%A1%20el%20D%C3%ADa,esencial%20a%20la%20salud%20mundial (consultado el 5 de octubre de 2021).

17 ONU, México, 16 de julio 2021, *https://coronavirus.onu.org.mx/la-pandemia-por-covid-19-no-esta-ni-cerca-de-terminar-oms* (consultado el 7 de noviembre de 2021).

18 Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion_U_DH.pdf* p. 2 (consultado el 1 de noviembre de 2021).

19 *Ibidem*, p. 5.

"Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley".[20]

Por su parte, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece lo siguiente en su artículo 1 párrafo primero:

> En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con 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.
>
> Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.
>
> Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.[21]

El artículo 123 de nuestra Carta Magna establece lo siguiente: "Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil;

---

20 Convención Americana sobre los Derechos Humanos, *https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm* (consultado el 7 de octubre de 2021).

21 *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit.,* nota 1, p. 7.

al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley".

La Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, en la fracción III, de su artículo 1º, señala lo siguiente:

> Discriminación: Para los efectos de esta ley se entenderá por discriminación toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que, por acción u omisión, con intención o sin ella, no sea objetiva, racional ni proporcional y tenga por objeto o resultado obstaculizar, restringir, impedir, menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio de los derechos humanos y libertades, cuando se base en uno o más de los siguientes motivos: el origen étnico o nacional, el color de piel, la cultura, el sexo, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, económica, de salud o jurídica, la religión, la apariencia física, las características genéticas, la situación migratoria, el embarazo, la lengua, las opiniones, las preferencias sexuales, la identidad o filiación política, el estado civil, la situación familiar, las responsabilidades familiares, el idioma, los antecedentes penales o cualquier otro motivo.[22]

El artículo 2º de la Ley Federal del Trabajo, señala lo siguiente:

> Las normas del trabajo tienden a conseguir el equilibrio entre los factores de la producción y la justicia social, así como propiciar el trabajo digno o decente en todas las relaciones laborales. Se entiende por trabajo digno o decente aquél en el que se respeta plenamente la dignidad humana del trabajador; no existe discriminación por origen étnico o nacional, género, edad, discapacidad, condición social, condiciones de salud, religión, condición migratoria, opiniones, preferencias sexuales o estado civil; se tiene acceso a la seguridad social y se percibe un salario remunerador; se recibe capacitación continua para el incremento de la productividad con beneficios compartidos, y se cuenta con condiciones óptimas de seguridad e higiene para prevenir riesgos de trabajo[...][23]

---

22 Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *op. cit.*, nota 3, p. 1.

23 Ley Federal del Trabajo, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf* p. 1 (consultado el 12 de noviembre de 2021).

La Organización Mundial de la Salud define la violencia en el trabajo como: *aquellos incidentes en los que la persona es objeto de malos tratos, amenazas, o ataques en las circunstancias relacionadas con su trabajo, incluyendo el trayecto entre el domicilio y el trabajo, con la implicación de que se amenace explícita o implícitamente su seguridad, bienestar o salud*.[24]

A su vez, la Constitución Política del Estado de Guanajuato, establece en el párrafo primero de su artículo 1º, lo siguiente:

> En el Estado de Guanajuato todas las personas gozan de los derechos humanos y de las garantías para su protección reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como en los consagrados por esta Constitución y sus Leyes Reglamentarias, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece [...].[25]

Por último, habremos de citar lo referente al artículo 1º de la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, que reza lo siguiente:

> En el Estado de Nuevo León todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política los Estados Unidos Mexicanos, en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, y por esta Constitución, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la Constitución Federal establece [...].[26]

---

24 Organización Internacional del Trabajo OIT, Consejo Internacional de Enfermeras CIE, Organización Mundial de la Salud OMS, Internacional de Servicios Públicos ISP, *Directrices Marco para afrontar la Violencia Laboral en el Sector Salud*, Ginebra, 2002, p. 1.

25 Constitución Política del Estado de Guanajuato, Congreso del Estado, *https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/1/CONSTITUCION_POLITICA_GUANAJUATO_D215_PO_07sep2020.pdf* p. 1 (consultado el 15 de noviembre de 2021).

26 Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de Nuevo León, *http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/constitucion_politica_del_estado_libre_y_soberano_de_nuevo_leong* (consultado el 15 de noviembre de 2021).

Considerando el marco legal que fue planteado, sabemos entonces que existe una amplia protección a los derechos humanos, que estos deben ser respetados a todas las personas por el solo hecho de serlos, y que está prohibido cualquier acto de discriminación, en el que el afectado forme parte de cualquiera de las categorías sospechosas que son enunciadas por el legislador, así como de cualquier otra que vulnere la dignidad humana, y menoscabe los derechos y libertades de las personas.

Si bien es cierto, las aludidas leyes no señalan expresamente como categoría sospechosa el ejercicio de actividades laborales, debemos entender que este tipo de discriminación debe ser considerada como tal, porque vulnera la dignidad humana y menoscaba los derechos y libertades de las personas.

El derecho a desempeñar la profesión o actividad laboral que cada persona decida y que esta sea bajo parámetros de seguridad e igualdad, debe ser garantizado por el Estado y, respetado por todas las personas en la sociedad, sin embargo, hay situaciones en las que lamentablemente no es así, como es el caso de muchos trabajadores de la salud que han desempeñado sus actividades haciendo frente a la pandemia de COVID 19 en México.

Hemos hablado hasta ahora de las dimensiones de la contingencia sanitaria que ocasionó el ingreso del coronavirus al territorio mexicano, hemos señalado que se trata de un problema de gran magnitud, que ha cobrado la salud y la vida de millones de mexicanos, que evidente es, que nadie se encontraba preparado para hacer frente a la pandemia, pues como ya se señaló, en noviembre de año 2019 se detectó el primer caso en China, y para el mes de febrero del 2020 el virus ya había llegado a México, es decir mediaron apenas 3 meses entre el descubrimiento de la enfermedad, y el ingreso de la misma a nuestro país.

Estamos hablando de una situación atípica, en la que desde un principio se advirtió de sus fatales consecuencias, sin embargo, no se contaban con los recursos científicos, económicos ni humanos para reaccionar de manera efectiva ante el problema.

La sociedad entro en caos, en algunos casos se llegó a dejar llevar por la desinformación, pues sabiendo de la facilidad de contagio y propagación del virus, se comenzó a atacar al personal

médico, de enfermería, auxiliar técnico, de limpieza, y en general, todo aquél que por sus funciones en el ámbito de la salud, tuviera contacto con personas contagiadas de COVID 19.

Fue entonces que la CONAPRED, en el lapso del 19 de marzo y hasta el 16 de abril del año 2020, recibió quejas provenientes de 26 estados del país (5 del estado de Guanajuato), derivados de insultos, burlas, amenazas, maltratos, hostigamiento vecinal a trabajadoras y trabajadores de centros de salud, médicos, enfermeros y estudiantes de medicina.[27]

Por su parte, a través de la Subsecretaría de Derechos Humanos, Población y Migración de la Secretaría de Gobernación, se publicó el documento llamado Observaciones sobre Violaciones a Derechos Humanos cometidas durante la Contingencia Sanitaria por COVID-19, en el que, a través de la revisión de fuentes abiertas, se registraron 47 agresiones al personal médico en abril y, 103 para el periodo de abril a mayo del 2020 en México.[28]

Para el periodo del 19 de marzo, al 09 de junio del 2020, se presentaron 343 peticiones (a nivel país), en contra de actos de discriminación relacionados con COVID 19, ante el Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED).[29]

Por citar un ejemplo, en el mes de agosto del 2020, una enfermera del Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío, en el estado de Guanajuato, fue atacada cerca de su vivienda, por parte de vecinos, quienes agredieron también a diversos miembros de su familia, ello mediante insultos y amenazas de muerte, diciéndoles entre otras cosas, que eran una basura y que iban a contagiar a toda su familia, así como infirieron agresiones físicas.[30]

---

27 Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, *op. cit*., nota 3, p. 1.

28 Responsabilidades y corresponsabilidades en las agresiones a personal sanitario en México en el contexto de la COVID-19, Observatorio Nacional Ciudadano, México, 2020, *https://onc.org.mx/uploads/AgresionesMedicos.pdf* p. 13 (consultado el 16 de noviembre de 2021).

29 Verificado, "En NL sí se ha agredido a personal de salud en pandemia por COVID-19", 2 de septiembre 2020, *https://verificado.com.mx/en-nl-si-se-ha-agredido-al-personal-de-salud-en-pandemia-por-covid-19/* (consultado el 6 de noviembre de 2021).

30 Infobae, "Sentí que me iban a matar: agredieron a una enfermera en Guanajuato por su labor contra el COVID-19", 21 de agosto de 2020, *https://www.*

Conductas de esa índole conllevan una vulneración a los derechos humanos de esta categoría sospechosa en que encuadra el personal de salud que presta sus servicios durante la declaratoria de contingencia, derechos consistentes en su propia salud, seguridad personal, dignidad humana, integridad física, entre otros.

A la fecha existen pronunciamientos de organismos de protección a derechos humanos, que condenan este tipo de conductas y conminan a las autoridades correspondientes a sancionar dichos actos.

III. La reacción del Estado de Guanajuato ante las agresiones al personal de salud

Como ya se dijo, derivado de la contingencia sanitaria, en México se generaron diversas quejas al Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación (CONAPRED), para el 16 de abril del año 2020 ya existían quejas desde 26 estados del país, por insultos, burlas, amenazas, maltratos, hostigamiento vecinal a trabajadoras y trabajadores de los centros de salud, médicos, enfermeros y estudiantes de medicina. De Guanajuato provenían 5 de esas quejas, lo cual devela que se trata de un problema con vigencia en nuestro estado.[31]

En estas circunstancias, tenemos que la violencia no solo se ha dado en espacios laborales y por parte de personas que tienen contacto directo con ellos, sino que en los espacios públicos también se han reproducido estos actos de discriminación.

Es así que el personal de salud, además de estar realizando sus labores en condiciones difíciles (atendiendo al riesgo de infección, largas jornadas de trabajo, y estrés), están siendo maltratados físicamente, se les ha lanzado cloro, se les ha prohibido el acceso a diversos servicios, entre otras agresiones.

---

infobae.com/america/mexico/2020/08/21/senti-que-me-iban-a-matar-agredieron-a-una-enfermera-en-guanajuato-por-su-labor-contra-el-covid-19/ (consultado el 10 de noviembre de 2021).

31 *Idem*.

En fecha 08 de mayo del 2020, se presentó iniciativa por parte de un grupo parlamentario en la Sexagésima Cuarta Legislatura del Estado de Guanajuato, que proponía la reforma a los artículos 150 a y 151 del Código Penal del Estado, para quedar de la siguiente manera:

> Artículo 150 a. Al responsable de lesiones en contra de servidores públicos que desempeñen funciones de seguridad pública, de investigación de delitos, de procuración o administración de justicia en materia penal, de ejecución de penas, de salud pública, de su cónyuge o de sus parientes en línea recta o colateral hasta el cuarto grado o con quien viva en concubinato, se aumentará la punibilidad de la mitad del mínimo a la mitad del máximo de la que correspondiera de acuerdo a los artículos anteriores.
>
> Artículo 151. Si el sujeto pasivo fuere ascendiente o descendiente consanguíneo en línea recta, colateral hasta el cuarto grado, pariente por afinidad con conocimiento de esa relación, cónyuge, concubinario o concubina, haya tenido una relación de matrimonio o concubinato, adoptante o adoptado o estuviere bajo la guarda del autor de las lesiones y estas fueren causadas dolosamente o fuera servidor público del sector salud y estuviere desempeñando sus funciones durante el periodo comprendido como emergencia sanitaria, se aumentará de un mes a tres años de prisión a la sanción que correspondiera con arreglo a los artículos precedentes.32

Sin embargo, tras un análisis de la asamblea legislativa, a través del dictamen de fecha 30 de noviembre del 2020, se aprobó la reforma, pero no en la totalidad de los términos que fue planteada, sino mediante la adición de un artículo 150 b, el cual fue publicado en fecha 22 de diciembre del año 2020, quedando de la siguiente manera:

> Artículo 150-b.- Al responsable de lesiones en contra de personal profesional, técnico o auxiliar adscrito al sistema de salud, que presten sus servicios durante las declaratorias de contingencia o emergencia sanitaria formuladas por autoridad competente, se le aumentará la punibilidad en un tercio del mínimo a un tercio del

32 Iniciativa de reforma, *https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/archivo/archivo/16285/64415.pdf* p. 5 (consultado el 18 de noviembre de 2021).

> máximo de la que correspondería de acuerdo con los artículos 143, 144, 145, 146, 147, 148 y 149 de este Código.[33]

De lo anterior, podemos advertir que la iniciativa de reforma solo consideraba como sujetos pasivos al personal de salud pública, dejando de lado a todos aquellos trabajadores del área privada, y que sin embargo, la reforma si considero a ambos sectores, por lo que concibo adecuada la terminología empleada en el artículo 150 b.

Por otra parte, la iniciativa de reforma pretendía que además de la agravante prevista en el artículo 150 a, se considerará la agravante del artículo 151, es decir, que se aplicará una agravante sobre otra, lo cual no resulta congruente para la finalidad de la ley.

Además, la iniciativa de ley planteaba (conforme al artículo 150 a) que la agravante fuera del medio del mínimo al medio del máximo de la pena establecida para el delito de lesiones, según fuera la gravedad de las mismas, de acuerdo al catálogo prescrito en el Código Penal, sin embargo, la reforma considero agravar el delito, únicamente en un tercio del mínimo a un tercio del máximo.

IV. Medidas tomadas en el Estado de Nuevo León para proteger al personal de salud

El estado de Nuevo León, al igual que todas las entidades federativas de México, se vio afectado por el brote del coronavirus, y entre otras consecuencias, registro diversos actos de violencia hacía el personal médico encargado de trabajar haciendo frente a la contingencia.

De relevancia resulta mencionar, el intento de incendio que se perpetró el 6 de abril del año 2020, en las instalaciones del Hospital General del municipio de Sabinas Hidalgo, situado en dicho estado. Se pretendía que en días posteriores, el nosocomio en cita operará para atender pacientes de COVID, sin embargo durante la madrugada, dichas instalaciones sufrieron daños (al

[33] Código Penal del Estado de Guanajuato, *op. cit*., nota 10, p. 33.

parecer intencionales), en puertas y diversas áreas, derivado de que presuntamente sujetos rociaron un líquido flamable y después le prendieron fuego, hechos que desde luego fueron reprobados enérgicamente por el Ayuntamiento de dicho municipio.[34]

El anterior evento (entre otros) fueron motivo de que en fecha 21 de abril del 2020 se planteara una iniciativa de reforma a diversos preceptos del Código Penal, el contenido de la misma, proponía adiciones, primeramente al artículo 165, el cual sanciona el delito de sabotaje; se adicionaba el artículo 303 Bis 1, relativo lesiones ocasionadas a personal de la salud; y el 403 correspondiente al delito de daños en propiedad ajena, ello en los siguientes términos;

> Artículo 165.- [....] Así como, el daño, destrucción y ataque a las instalaciones, mobiliario o activo de instituciones pertenecientes al sistema estatal de salud y hospitales y clínicas del sector privado.
>
> [....]
>
> Artículo 303 Bis 1.- Cuando las lesiones sean cometidas en contra de médicos, cirujanos, personal de enfermería y demás profesionales similares y auxiliares, de salud público o privado, en el ejercicio de su profesiones y/u oficio, la pena se aumentara hasta el doble en las contenidas en el artículo 301 fracción I y II o en el artículo 302, y con multa de cien a quinientas cuotas.
>
> Durante las declaraciones de contingencia o emergencia sanitaria declaradas por la autoridad, todo el personal que labora en instituciones médicas de salud público o privadas recibirá una indemnización la cual será fijada por el juez en caso de agresión sufrida durante dicha declaratoria.
>
> Artículo 403.- [...]
>
> I.- [...]
>
> II.- Cualquier institución del sector público o privado destinado a la atención médica o cualquier prestación de servicio relacionado con la Salud.

[34] *El Universal*, Intentan incendiar hospital que alojaran pacientes de COVID 19, Nuevo León, 2021, *https://www.eluniversal.com.mx/estados/intentan-incendiar-hospital-que-alojara-pacientes-con-covid-19-en-nl* (consultado el 21 de noviembre de 2021).

III.- a VI [...]

[...][35]

Sin embargo, una vez realizado el proceso legislativo correspondiente, se reformó (el 29 de junio del año 2020) únicamente el artículo 303 Bis, y se adicionó el capítulo III, denominado *PELIGRO DE CONTAGIO* con el artículo 337 Bis al Título Décimo Sexto del Libro Segundo del Código Penal para el Estado de Nuevo León, para quedar como sigue:

> Artículo 303 Bis.- Si se demuestra que las lesiones tuvieren como finalidad obstaculizar o impedir el ejercicio de la libertad de expresión del ofendido, fuere en razón del desempeño de su profesión, cuando ésta se desarrolle en cualquier medio de comunicación; o que estas se ocasionen dolosamente en virtud del desempeño de sus actividades al personal profesional, técnico o auxiliar de los centros de salud, que presten sus servicios durante las declaratorias de contingencia o emergencia sanitaria declaradas por autoridad competente; se aumentará la pena hasta al doble de las contenidas en el artículo 301 fracciones I y II o en el artículo 302, y con una multa de cien a quinientas cuotas.
>
> Artículo 337 BIS.- Si quien con conocimiento de que padece alguna enfermedad grave y transmisible, dolosamente ponga la salud de otro en peligro de contagio, se aplicarán de tres meses a tres años de prisión y una multa de cien a cuatrocientas cuotas.
>
> Si se trata de una grave enfermedad incurable o que cause daño grave permanente, la sanción se incrementara en un tanto más.
>
> Este delito se perseguirá por querella de la víctima u ofendido.[36]

---

35 Congreso del Estado de Nuevo León, Iniciativa de reforma a diversos artículos para el Estado de Nuevo León, México, 2020, *http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/iniciativas/pdf/LXXV-2020-EXP13457.pdf* p. 7 (consultado el 22 de noviembre de 2021).

36 Congreso del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, LXXV legislatura, Decreto, México, 2020, *https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=006534165189079266952:cxqf60ycpzc&q=http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/Dec.%2520320%2520Ref.%2520Codigo%2520Penal%2520lesiones%2520pesonal%2520medico.pdf&sa=U&ved=2ahUKEwiXy_3Z_ujxAhUFlKwKHf7JB44QFjAAegQIAxAB&usg=AOvVaw2xUXVyj1p3-1t1DMVlMci3* p. 1 (consultado el 23 de noviembre de 2021).

V. Análisis comparativo entre las medidas tomadas por los estados de Guanajuato y Nuevo León para proteger el derecho a la no discriminación del personal de salud durante la declaratoria de contingencia

No podemos entrar al análisis enunciado, si primeramente no contextualizamos circunstancias específicas de cada uno de las entidades a las que nos hemos referido en el título.

El estado de Nuevo León, situado al norte del país se compone de una extensión territorial de 64,156.2 km2 (lo que representa el 3.3% de la superficie del país) y, hasta el año 2020, contaba con 5,784,442 habitantes, lo cual lo sitúa en el lugar 7 a nivel nacional por su número de habitantes.[37]

Por su parte, Guanajuato, ubicado en el bajío del país, tiene una extensión de 30,606.7 km2, lo que representa 1.6% de la superficie del país, y para el año 2020 contaba con una población de 6,166,934 habitantes, ocupando el lugar número 6 a nivel nacional por su número de habitantes.[38]

En razón de lo anterior, tenemos que la extensión territorial de Nuevo León es más del doble de la extensión de Guanajuato, pero con una población un poco menor a Guanajuato, lo cual es importante referir, para entender el contexto en que se dan las regulaciones normativas en materia de sanciones a quienes agreden al personal de salud, en tanto la población a quien va dirigida la norma.

Con el fin comparativo señalado, a continuación se expone en una tabla, los delitos que fueron regulados, y la sanción establecida en cada uno de los estados:

37 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/nl/territorio* (consultado el 23 de noviembre de 2021).

38 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/gto/territorio/default.aspx?tema=me&e=11* (consultado el 24 de noviembre de 2021).

Estado	*Delito*	*Punibilidad*
Nuevo León	Lesiones	Se aumentara la pena hasta al doble de la contemplada.
Guanajuato	Lesiones	Se aumentara de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la pena que correspondería.

Además, debemos tomar en cuenta que el Código Penal del Estado de Nuevo León ya contemplaba desde el mes de julio del año 2014, el delito de discriminación (artículo 353 bis) con una pena que va de tres meses a un año de prisión, o de veinticinco a cien días de trabajo comunitario, multa de veinticinco a doscientas cincuenta cuotas.

En ese contexto, consideramos como modelo al Estado de Nuevo León, porque desde el año 2014 ya contemplaba un delito que hiciera frente a todos aquellos abusos motivados por cualquier circunstancia de discriminación negativa, en concordancia con lo establecido en nuestra Carta Magna.

Creo firmemente que dicha regulación de la discriminación como un delito, atiende perfectamente a la realidad social, pues debemos entender que, si bien es cierto, la discriminación vulnera derechos fundamentales de las víctimas, también es cierto que no siempre el responsable de actos de esa naturaleza son una autoridad, por el contrario, muchas veces son ocasionados por ciudadanos pares, tal como son los casos que se han venido vislumbrando con motivo de la contingencia COVID 19.

Además, considerando que en México la declaratoria donde se reconocía a la pandemia de COVID 19 como grave, se dio el día 30 de marzo del 2020, y que para el día 21 de abril, es decir, en menos de un mes, ya se estuviese planteado en Nuevo León una iniciativa de reforma que buscaba proteger dentro de esa etapa de contingencia, y para el mes de junio del mismo año ya se había materializado la misma, tenemos entonces que la reacción del Estado, a través de su órgano legislador, fue relativamente pronta.

No ocurre lo mismo en Guanajuato, primeramente en este estado no se contempla la discriminación como un delito, y por

ende no existe sanción penal para aquel que realice actos de dicha naturaleza, a menos que por si mismos constituyan alguna de las otras conductas tipificadas. En ese contexto, al momento de iniciar la pandemia en el Estado, y con motivo de ello las agresiones al personal médico, no contábamos con alguna medida penal para hacer frente a la situación,

Además, fue hasta el mes de noviembre del año 2020 en que se planteó la iniciativa de reforma aludida, y si bien es cierto, la misma fue aprobada en el mes de diciembre del mismo año, se advierte que la respuesta a la problemática social en agravio de los trabajadores de la salud, no se atendió con la oportunidad debida.

En virtud de los argumentos esgrimidos, considero que Guanajuato puede basarse en el modelo legislativo del Estado de Nuevo León, a fin de tipificar también los actos de discriminación negativa como un delito, ello a fin de que el sistema normativo penal, haga frente de manera integral a la situación social relativa a la agresiones que recibe el personal de salud durante la declaratoria de contingencia en México.

Conclusiones

Del estudio realizado podemos concluir primeramente, que tanto social como jurídicamente, en un Estado de Derecho, es inaceptable que se agreda de cualquier manera, a personas que desempeñan funciones de apoyo a la sociedad, en la prevención y tratamiento de enfermedades, aún y cuando estas sean altamente contagiosas y por ende se constituyan en una pandemia, como lo es el COVID 19.

De esta manera, se repugna que el personal médico, de enfermería, técnico, auxiliar, o en general todo aquel que se desarrolle en el ámbito de la salud, reciba agresiones con motivo de dicha actividades, bajo la falsa creencia de que son un foco de infección.

Además de considerarse violatorio de los derechos humanos de los pasivos, también debe considerarse un ataque a los derechos de todas aquellas personas que con el carácter de usuarios o pacientes, acuden a ser atendidos por el personal de salud, pues

el hecho de que estos últimos sean agredidos directa o indirectamente, merma u obstaculiza el servicio que se presta a los primeros.

Por ende el Estado debe tener una reacción inmediata contra las personas que realizan este tipo de ataques a los ciudadanos, y si bien es cierto, no comulgo con que el Derecho Penal solucione todos los problemas de una sociedad, para esta situación en particular considero que si debe aplicarse la *ultima ratio,* el brazo armado del Estado, pues la naturaleza de las conductas enderezadas hacía las victimas señaladas, no es otra sino la de un delito.

Es evidente que la pandemia nos sorprendió a todos, no solo en México, sino en todo el mundo, y comprensible resulta que en esos momentos no estuviésemos preparados para afrontar las consecuencias que la misma traería consigo, sin embargo, lo que sí era de exigirse era una reacción inmediata para regular la forma en que se haría frente a la problemática, me refiero particularmente a la respuesta que se esperaba para proteger al personal médico de las agresiones de que ha sido objeto.

Si realizamos una comparativa, el Estado de Nuevo León ya contaba con un precedente para actuar, es decir, con la regulación del delito de discriminación, pero además de ello, enseguida se legisló sobre la agravante que implicaba lesionar a personal de la salud.

Por esa razón, debemos ver como un ejemplo a dicho Estado y adoptar la figura de la discriminación como un delito.

Bibliografía

Código Penal del Estado de Guanajuato, 12a, ed., México, Yussim, 2021.

Código Penal del Estado de Nuevo León, *http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/codigos/codigo_penal_para_el_estado_de_nuevo_leon*

Congreso del Estado Libre y Soberano de Nuevo León, LXXV legislatura, *Decreto*, México, 2020, *https://www.google.com/url?client=internal-element-cse&cx=006534165189079266952:-*

cxqf60ycpzc&q=http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/pdf/Dec.%2520320%2520Ref.%2520Codigo%2520Penal%2520lesiones%2520pesonal%2520medico.pdf&sa=U&ved=2ahUKEwiXy_3Z_ujxAhUFlKwKHf7JB44QFjAAegQIAxAB&usg=AOvVaw2xUXVyj1p3-1t1DMVlMci3

Congreso del Estado de Nuevo León, Iniciativa de reforma a diversos artículos para el Estado de Nuevo León, México, 2020, *http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/iniciativas/pdf/LXXV-2020-EXP13457.pdf*

Convención Americana sobre los Derechos Humanos, *https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm*

Consejo Nacional Para Prevenir la Discriminación, *https://www.conapred.org.mx/index.php?contenido=pagina&id=84&id_opcion=142&op=142*

Consejo de Salubridad General, *Diario Oficial de la Federación,* México, 30 de marzo del 2020, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/544325/CSG_300320_VES.pdf*

Constitución Política del Estado de Guanajuato, Congreso del Estado, *https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/ley/pdf/1/CONSTITUCION_POLITICA_GUANAJUATO_D215_PO_07sep2020.pdf*

Constitución Política del Estado Libre y Soberano del Estado de Nuevo León, *http://www.hcnl.gob.mx/trabajo_legislativo/leyes/leyes/constitucion_politica_del_estado_libre_y_soberano_de_nuevo_leon*

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 181, México, Porrúa, 2018.

El economista, *https://www.eleconomista.com.mx/politica/Numero-de-casos-de-Covid-19-en-Mexico-al-29-de-diciembre-de-2020-20201229-0091.html*

El Universal, Intentan incendiar hospital que alojaran pacientes de COVID 19, Nuevo León, 2021, *https://www.eluniversal.com.mx/estados/intentan-incendiar-hospital-que-alojara-pacientes-con-covid-19-en-nl*

Gobierno de México, *https://coronavirus.gob.mx*

González Carvallo, Diana Beatriz, "¿Menos iguales, libres o autónomos?: la fundamentación normativa del derecho de la discriminación", en Ibarra Olguín, Ana María (coord.), *Discriminación piezas para armar,* México, Centro de estudios constitucionales SCJN, 2021, *https://www.sitios.scjn.gob.mx/cec/sites/default/files/publication/documents/2021-04/Libro_DISCRIMINACION-PIEZAS-PARA-ARMAR_19_ABRIL.pdf*

Infobae, *https://www.infobae.com/america/mexico/2020/12/31/mapa-del-coronavirus-en-mexico-31-de-diciembre-record-de-muertes-por-segundo-dia-consecutivo-y-mas-de-12000-contagios-en-24-horas*

Infobae, Sentí que me iban a matar: agredieron a una enfermera en Guanajuato por su labor contra el COVID-19, 21 de agosto de 2020, *https://www.infobae.com/america/mexico/2020/08/21/senti-que-me-iban-a-matar-agredieron-a-una-enfermera-en-guanajuato-por-su-labor-contra-el-covid-19/*

Iniciativa de reforma, *https://congresogto.s3.amazonaws.com/uploads/archivo/archivo/16285/64415.pdf*

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/gto/territorio/default.aspx?tema=me&e=11*

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *http://www.cuentame.inegi.org.mx/monografias/informacion/nl/territorio*

Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, *https://www.conapred.org.mx/userfiles/files/ley%20Federal%20para%20Prevenir%20la%20Discriminaci%F3n.pdf*

Ley Federal del Trabajo, *https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/156203/1044_Ley_Federal_del_Trabajo.pdf*

Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, *https://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Discapacidad/Declaracion_U_DH.pdf*

Noticias gobierno de Nuevo León, *https://www.nl.gob.mx/boletines-comunicados-y-avisos/se-incrementan-casos-y-hospitalizaciones-por-covid-19*

ONU, México, 16 de julio 2021, *https://coronavirus.onu.org.mx/la-pandemia-por-covid-19-no-esta-ni-cerca-de-terminar-oms*

Organización Internacional del Trabajo OIT, Consejo Internacional de Enfermeras CIE, Organización Mundial de la Salud OMS, Internacional de Servicios Públicos ISP, Directrices Marco para afrontar la Violencia Laboral en el Sector Salud, Ginebra, 2002.

Organización Mundial de la Salud, *https://www.who.int/es/campaigns/world-health-day/world-health-day-2020#:~:text=%C2%BFEn%20qu%C3%A9%20consistir%C3%A1%20el%20D%C3%ADa,esencial%20a%20la%20salud%20mundial*

Responsabilidades y corresponsabilidades en las agresiones a personal sanitario en México en el contexto de la COVID-19, Observatorio Nacional Ciudadano, México, 2020, *https://onc.org.mx/uploads/AgresionesMedicos.pdf*

Los derechos humanos vistos desde el constitucionalismo local y federal. Breve comparación entre las entidades federativas de Guanajuato y Veracruz

*Carlos Alberto Juárez Tinoco**

Sumario: Introducción. I. Desarrollo. II. Constitucionalismo local y federalismo frente a los Derechos Humanos. III. Análisis del constitucionalismo local entre las entidades de Guanajuato y Veracruz en el tema de Derechos Humanos. IV. Comparativa en materia de Derechos Humanos entre la Constitución Política del Estado de Guanajuato y del Estado de Veracruz. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

La reforma constitucional de 2011 en México, en materia de Derechos Humanos (DH), incorporó disposiciones de suma trascendencia y que vinieron a revolucionar todo el aparato no sólo legislativo sino jurisdiccional, precisando nuevas adecuaciones y reglas de observancia general tanto para las autoridades como

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato, actualmente se cuenta con la especialidad en Justicia Administrativa por el Instituto de Justicia Administrativa del Estado de Guanajuato, además de ser estudiante de la especialidad en derechos humanos, la cual imparte la Procuraduría de los Derechos Humanos del Estado de Guanajuato. Se desempeña específicamente en la rama del derecho Administrativo. Correo electrónico cjuarez_tinoco@hotmail.com

para los particulares. El impacto mediático obedece al impulso de la comunidad internacional y la nueva ideología que debe asumir nuestro país en el tratamiento de la dignidad humana; y en resonancia a dichos parámetros de la comunidad internacional, recobra vida lo dispuesto en el artículo 133 constitucional que reza lo siguiente: "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. *Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas* (énfasis añadido)".

De dicha concepción emitida por el Constituyente, observamos la elevación de los Tratados Internacionales al nivel de Ley Suprema a pesar de las disposiciones en contrario que puedan surgir en los preceptos constitucionales de cada miembro del pacto federal, trayendo como consecuencia la correcta armonización en la protección y garantía de los Derechos Humanos.

Justamente las premisas vertidas en el párrafo anterior serán el eje central de desarrollo para el presente trabajo, justificado por la preeminencia en el constitucionalismo local y sus implicaciones en la protección de los derechos fundamentales a la luz del precepto supremo que se modificó en la multicitada reforma que tuvo lugar hace más de una década.

Para arribar a dicho análisis, será necesario examinar las características y espíritu del constitucionalismo local, el impacto de la reforma a la constitución general, la nueva sistematización que esto produjo, y finalmente, la comparativa existente entre lo dispuesto por las entidades federativas de Guanajuato y Veracruz.

I. Desarrollo

La naturaleza de los Derechos Humanos

Como punto de partida de este análisis, es necesario tener claro el concepto y alcances del término derechos humanos porque

constituye por excelencia el nuevo paradigma en que descansa el renovado orden jurídico nacional. A manera de exordio, conviene que identifiquemos dos palabras que no por su constante uso debemos dar por entendidas, no al menos en el contexto del presente trabajo:

> *Derecho*: (Del Latín *dírectus*, directo) p.p. irreg. ant. de dirigir. Facultad natural del hombre para hacer legítimamente lo que conduce a los fines de su vida; facultad de hacer o exigir todo aquello que la ley o la autoridad establece en nuestro favor o que el dueño de una cosa nos permite en ella.[1]
>
> *Humano*: (Del latín *humámus*) adj. Perteneciente al hombre o propio de él. Definición:
>
> La doctrina admite que los derechos humanos son derechos subjetivos.[2]
>
> Luigi Ferrajoli afirma que un derecho subjetivo es "toda expectativa jurídica positiva (de prestación) o negativa (de no lesión) frente al Estado y todas las personas, públicas o particulares, individuales o colectivas. Son subjetivos porque emanan del elemento objetivo o básico de la dignidad que toda persona tiene por el hecho de existir, que conlleva los valores y signos distintivos que todos los seres humanos requerirnos para desarrollarnos: libertad, igualdad, seguridad, solidaridad, etcétera".[3]

Se ha decidido recoger la anterior definición, no sólo por ser la más completa, sino que además contiene los elementos que nos ayudan en el presente estudio, identificando un enunciado clave: "que toda persona tiene" y que además mantiene signos distintivos que nos permiten disfrutar los valores intrínsecos que nos identifican.

Bajo ese orden de ideas, los Derechos Humanos se erigen como principios inherentes que nos otorgan un sentido de digni-

---

1 Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*, t. 1, 21a. ed., Madrid, España, 2000, p. 684.

2 *Idem*.

3 Citado por Vázquez, Luis Daniel, y Sandra Serrrano en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 3a. ed., México, UNAM-Porrúa, 2013, p. 137.

dad e identidad y que deben encontrar su respaldo en la norma jurídica, no sólo como mero precepto de reconocimiento o para hacernos saber que existen, sino que se instruyen con el propósito de hacerse valer, garantizando el irrestricto respeto por parte del poder público.

El imperio potestativo del Estado juega un papel importante aquí, ya que estos derechos subjetivos de continuo encuentran su vulneración por aquél, por eso se hace indispensable su regulación y que se ha conquistado con el transcurso de los años a través de movimientos sociales, agitaciones colectivas y reformas estructurales como la que se convierte en nuestro objeto de estudio.

Resaltando las virtudes de los derechos humanos, de acuerdo con diversas corrientes jurídicas, se deben entender que llevan implícitas ciertas cualidades como son todas las libertades, facultades, instituciones o reivindicaciones relativas a bienes primarios o básicos que incluyen a toda persona, por el mero hecho de existir, que garantizan una vida digna. Según la concepción *iusnaturalista* tradicional, son independientes de factores particulares como el estatus, sexo, etnia o nacionalidad, y son independientes porque no dependen exclusivamente del ordenamiento jurídico vigente.[4]

En este último párrafo encontramos los principios del derecho natural, lo cual se tiene que considerar, en estas líneas no se pretende asumir una postura radical respecto a los diversos posicionamientos del derecho, sino asumir que diversas fuentes nos pueden ayudar para entender mejor el origen de la existencia de dichos derechos fundamentales, dejando de lado una teoría pura y aceptando contextos mixtos.

Desde un punto de vista basado en el positivismo jurídico, los derechos humanos se definen como las condiciones que establecen una relación integrada entre la persona y la sociedad, que permita a los individuos ser personas jurídicas, identificándose consigo mismos y con los otros. Agregando que sólo los países que suscriben los pactos internacionales de derechos humanos,

4 Caz, Rosario del, P., Gibosos, y M. Saravia, *La ciudad y los derechos humanos: una modesta proposición sobre derechos humanos y práctica urbanística,* Madrid: Nueva Utopía, España, S. e., 2002.

así como los tratados y convenios, y sus protocolos, están obligados jurídicamente a su cumplimiento.[5]

Habitualmente tales principios fundamentales se definen como inherentes a la persona, irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables. Por definición, el concepto de derechos humanos es universal e igualitario, e incompatible con los sistemas basados en la superioridad de una casta, raza, color, sexo, idioma, religión, pueblo, grupo o clase social determinados, opinión política, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.[6]

La lucha de la humanidad por la vigencia de los derechos humanos ha sido ardua, larga, a veces violenta; nuestro país no ha sido la excepción, porque los mexicanos hemos tenido que enfrentarnos, desde la Conquista hasta nuestros días, a múltiples obstáculos que pretenden obstruirlos, desde el exterior y hasta en lo interno, desde el poder público y privado. Como reveladora muestra de lo anterior, en las negociaciones celebradas que dieron origen a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, así como a la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la posguerra, en 1948, se asumieron las siguientes conclusiones:

Los derechos humanos no deben ser objeto de una convención o una simple declaración. Es inadmisible la llamada protección internacional de los derechos humanos, por lo que no puede aceptarse nada que tienda a constituir una maquinaria internacional para proteger tales derechos, pues los mismos *per se* constituyen un elemento que debería estar integrado en el marco normativo de cada Estado, sin necesidad de que otro tenga que pactar para el reconocimiento y protección del mismo.

La posición anterior reafirma la prevalencia de los Derechos Universales aún por encima de su consagración en el dispositivo legal, algo que fomenta el *iusnaturalismo*, sin embargo, se hace imprescindible visibilizarlos aún más en un texto normativo, algo

5 Díez Quintana, Juan Antonio, *205 preguntas y respuestas sobre garantías individuales y derechos humanos,* México: Pac, México, S.e., 2005.

6 Galvis Ortiz, Ligia, *Comprensión de los derechos humanos: una visión para el siglo XXI*, Bogotá, Aurora, Colombia, S.e., 2005.

que enfatiza el *iuspositivismo*. La intención no es debatir que postura tiene la razón, sino reafirmar que ambas corrientes contribuyen con su matiz respectivo, lo cual nos lleva a concluir que estos derechos tienen su génesis desde el momento del nacimiento (naturalismo) y se hace imprescindible garantizar su protección mediante el aparato legislativo (positivismo).

Debe apoyarse cualquier tendencia en el sentido de fortalecer la protección nacional de los derechos humanos mediante soluciones de derecho interno, tales como la institución mexicana del juicio de amparo.[7] Todos en México, especialmente los abogados, estamos obligados a dar vida y dinamismo a los derechos humanos poniendo en práctica no sólo los preceptos que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene en defensa de éstos, sino también los que prevén los diversos instrumentos regionales e internacionales, sus protocolos, sus sentencias, la jurisprudencia, resoluciones, informes, observaciones generales, opiniones consultivas y demás insumas que aquellos emiten, y los aportes de las nuevas corrientes doctrinales.

Constituyen un amplísimo campo de acción que hará posible aterrizar la tutela efectiva de estos derechos, desde la altura de los grandes instrumentos jurídicos que los contienen, por lo general más liberales y garantistas que la legislación nacional, al plano cotidiano de la vida.[8]

En el pasado reciente en el orden jurídico interno recién superamos —formalmente al menos— la estrecha visión de protección de las "garantías individuales" y la sustituirnos por la nueva concepción más amplia, diríamos más acorde con el concepto de la globalización de "los derechos humanos y sus garantías", cuestión que no es un mero juego de palabras, sino que entraña, como hemos afirmado, un nuevo paradigma en la conceptualización de los fines propios del Estado y su relación con la sociedad.

---

7 Lineamientos contenidos en el memorando del 19 de marzo de 1948 formulado por el representante de la delegación mexicana ante la IX Conferencia Internacional Americana, citado por Saltalamacchia y Covarrubias, en La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma, *op. cit.,* nota 2, p. 9.

8 Ignatieff, Michael, *Los Derechos humanos como política e idolatría,* Barcelona: Paidós Ibérica, Colombia, S.e., 2003.

Antecedentes de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011

En mérito de esta transición de principios dogmáticos en la constitución, nuestro país se encuentra en una prolongada transición democrática, con algunas señales que parecen mostrar retrocesos, en un contexto político cambiante y con una correlación de fuerzas que a veces muestra signos de entendimiento para favorecer las reformas que permitan de una vez por todas el desarrollo sostenido que el pueblo demanda y que por décadas se ha visto entorpecido por el propio poder público, por la enorme corrupción que lastima a la sociedad, por los intereses partidistas que suelen atender más a sus propios grupos y por los llamados poderes fácticos, expresión esta última que en capítulo posterior intentaremos identificar con la novedosa procedencia del juicio de amparo en contra de actos de particulares.

En el frente externo, como Estado soberano, México se encuentra sujeto y comprometido con la comunidad de naciones y el derecho internacional en el avance continuo del sistema democrático, que a nuestro entender no es más que la intervención del pueblo en el gobierno, en la búsqueda y logro permanente del progreso, traducido en sus formas más elementales: libertad, salud, educación, trabajo y medio ambiente sano, por citar algunas.

Por ello, no escapa a esta mencionada integración la evolución que se observa internacionalmente en la más amplia protección a los derechos humanos, que se intensificó desde la Organización de las Naciones Unidas, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de otros organismos internacionales.

No podemos ignorar como causa generadora de esta transformación los tratados comerciales, de justicia laboral, de ideología de género y de diversa índole que nuestro país ha suscrito con grandes potencias cuyas sociedades han alcanzado un mayor grado de desarrollo no sólo en lo económico, sino también en lo político, social, económico, jurídico, etcétera, así como de instituciones que tienen una clara influencia en la marcha de la economía global, como la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el Banco Mundial y otras que recomiendan o abiertamente presionan para que nuestro país se actualice en

distintos campos, incluido, por supuesto, el nuevo orden jurídico en que nos encontrarnos inmersos.

Reforma constitucional en Derechos Humanos

El 10 de junio de 2011 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el decreto por el cual se modificaron varios preceptos constitucionales, a saber: los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105. A continuación, nos avocaremos a estudiar, específicamente, el artículo 1. En este sentido, es pertinente establecer que mediante el decreto al que se ha hecho referencia se cambió la denominación del Capítulo Primero, del Título Primero de la Constitución General de la República. De igual forma, se modificaron los párrafos primero y quinto del artículo que se comenta.

El precepto constitucional en mención contiene la esencia de la nueva concepción del derecho constitucional y de los derechos humanos, porque en el párrafo primero se acogió el orden jurídico interno al orden jurídico internacional a través de los tratados y convenios firmados y ratificados por el Estado mexicano, que ya son parte de la Ley Suprema de la Unión, porque como la doctrina señala, configura el nuevo "bloque de constitucional/convencionalidad".[9] Esta estrecha interconexión integra ya un único sistema jurídico que obliga a partir del inicio de su vigencia a todas las autoridades del país a aplicar dichas normas internacionales; justamente como lo demanda el numeral 133 del mismo cuerpo normativo.

Derivado de tal reforma, se incluyó la adición de dos párrafos, y entre los cambios sustanciales encontramos que el Capítulo Primero únicamente se ocupaba *De las garantías individuales*, para quedar ahora como: "De los Derechos Humanos y sus Garantías". Es decir, primeramente, hace alusión y distingue a los derechos fundamentales o sustantivos, y posteriormente señalar las garantías en conjunto con la parte adjetiva o procesal para hacerlos efectivos.

9 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Sánchez Gil, Rubén, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*, México, UNAM-Porrúa, 2013, p. 367.

La adición actual prescribe que en nuestro país 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*, con lo cual se asume ahora la moderna concepción de que los derechos humanos son inherentes a todas las personas.

De dicho enunciado debe destacarse que el texto constitucional no se refiere "a los tratados internacionales de derechos humanos, sino a los derechos humanos previstos en tratados internacionales".[10] Es decir, que debe atenderse al contenido y no al continente. La expresión tratados internacionales se debe tomar en el sentido amplio del término, de acuerdo con la definición contenida en el artículo 2.1.a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, de observancia obligatoria para México, que así los define: "Se entiende por tratado un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

No se trata pues de un mero cambio semántico, sino que entraña una trascendente serie de obligaciones objetivas y concretas hacia todas las autoridades para que, obligatoriamente, observen en su actuar el respeto irrestricto a los derechos humanos, porque en caso contrario quien sea afectado puede acudir a los mecanismos legales que prevé la propia Constitución para garantizar su plena vigencia, que por excelencia es el juicio de amparo o incluso acudir a instancias externas a reclamar la responsabilidad que al Estado atañe conforme a sus compromisos internacionales.

En resonancia a este mecanismo de defensa de los Derechos Humanos (Juicio de Amparo) y siguiendo la idea de los autores Eduardo Ferrer y Rubén Sánchez, consideramos que ha llegado el momento para sustituir la denominación del juicio de amparo por la de juicio de derechos fundamentales, porque se ajusta mejor a la moderna concepción que de los derechos humanos y su defen-

[10] Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, en La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma,* México, Porrúa-UNAM, 2013.

sa hacen alusión al precepto comentado, y que debemos emplear para su inmediato arraigo en nuestra labor jurídica cotidiana.[11]

Siguiendo esa línea de pensamiento, afirman Carbonell y Salazar que: "Hay en el párrafo tercero al menos tres distintos niveles de problemas, que conviene analizar de forma separada para su mejor comprensión*[...]*",[12] el primero, relativo al señalamiento de las obligaciones a cargo de todas las autoridades de este país, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. El segundo, en cuanto a sus principios: universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad; y el tercero, las consecuencias para el Estado mexicano cuando sean violados o incluso antes de que se cometa el atropello de tales derechos: prevenir, investigar, sancionar y reparar la violación.

De la suma de todos estos factores, se observa que el impacto de la inclusión del término *Derechos Humanos*, vino a trastocar la ideología y concepción jurídica que imperaba en el sistema mexicano, haciendo evidente la estricta observancia de los principios fundamentales por su carácter de obligatoriedad y observancia, presionando al Estado mexicano para que se ajuste a la dinámica social e internacional.

Si bien es cierto, la multicitada reforma trajo otros cambios sustanciales para otras áreas como el ambiente procesal, aquí lo que nos ocupa es la parte dogmática y la que tiene que ver con la obligatoriedad del sistema jurídico de nuestro país frente a la inclusión de los Derechos Humanos y su debida garantía frente al poder público, y en segundo lugar, la armonización que debe prevalecer en todo el aparato de Derecho que constituye a nuestra nación.

II. Constitucionalismo local y federalismo frente a los Derechos Humanos

Desde nuestra independencia de España en 1821, para México, la historia del federalismo ha sido tan compleja como la propia

11 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit*., nota 8.

12 Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, UNAM-Porrúa, 2013, p. 64.

evolución de la sociedad nacional y sus instituciones. Al iniciar el nuevo milenio, el federalismo se ha consolidado como forma de organizar al Estado y es una figura donde prevalece la integridad y autonomía de las entidades federativas. La centralización del poder político y de los recursos gubernamentales alcanzó un nivel excepcional de concentración en el Ejecutivo Federal.

Al principiar la década de los ochenta del Siglo xx, el sistema presidencialista había arribado a su forma más aguda, considerando la amplitud de las funciones y servicios públicos directamente ofrecidos por la administración federal, en prácticamente todo el territorio nacional. Considerando, además, su intervención en el desarrollo económico, mediante las políticas más diversas, como las regulatorias de la economía, la inversión en infraestructura, e incluso, su intervención como actor económico directo mediante empresas estatales. Y adicionalmente, considerando la subordinación política que el sistema presidencialista ejercía contra los otros poderes federales, legislativos y judiciales, y sobre los gobiernos de los Estados y municipios.

Se entiende por *federalismo mexicano* al acuerdo de voluntades del cual surge una interacción de gobiernos, con propósitos particulares de cada uno de ellos y objetivos comunes y espacios exclusivos de acción. El federalismo se concibe como un modo de organizar y ejercer el poder en el Estado de derecho, respetando la autonomía y la capacidad de gestión de los gobiernos constituidos a través del voto y la democracia electoral. Todo ello, sin que la preeminencia de la constitución política federal se ve en manera alguna amenazada o limitada en sus disposiciones por las que dictara una constitución local.

"El Estado, como la organización política de la sociedad, es un conjunto de capacidades al servicio del bien común y es la institución que permite a la sociedad que su vida civil y pública sea impulsada con principios, normas y criterios de institucionalidad".[13] Y es justamente el Estado el que debe garantizar la satisfacción y ejercicio de los derechos de sus habitantes, otorgando las seguridades necesarias para ampliar incluso tales prerrogativas.

13 Levi, L., "Federalismo", en N. Bobbio y N. Matteucci, *Diccionario de Política*, Siglo XXI, México, 2003.

Ahora bien, el federalismo entra a escena como el elemento central que permitirá definir con claridad las responsabilidades públicas de cada orden de gobierno y las facultades que requieren cada uno de ellos en su ejercicio de gobierno, así como para normar y definir las reglas de convivencia democrática de la sociedad y de su representación sociales y políticas. Por ello, el federalismo y la descentralización han cobrado gran relevancia en la actualidad como principios de organización política y administrativa.

De tales premisas, se advierte que las constituciones locales además de ser un aparato que soporta identidad y autonomía a cada estado, no representan una fuerza vinculante ante la federación, pues, si bien existen situaciones reguladas dentro de las mismas, esas figuras e instituciones, tienen como referencia la Constitución federal y en ninguna manera podrán contravenirla, sea o no justa la primera, empero, el escenario es diferente tratándose de derechos humanos, ya que no existe una restricción en cuanto a la expansión de derechos humanos, ejemplo claro que nos ofrece el Estado de Guanajuato

III. Análisis del constitucionalismo local entre las entidades de Guanajuato y Veracruz en el tema de Derechos Humanos

Dentro de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, a partir de mayo de 2013 se incorporó la denominación de *derechos humanos y sus garantías* en su título primero, desarrollándose casi como un espejo en cuanto hace a los artículos 1º. al 17 consagrados por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es importante recalcar, como ya se expresó en este escrito, que la federación traza las líneas sobre las cuales puede cada entidad federativa dar vida a su constitución local, sin que exista mayor limitante que la prohibición de ir en contra del máximo cuerpo normativo, pues ello vulneraria el pacto federal atentando consecuentemente contra la soberanía nacional.

Siendo todo esto una facultad de cada entidad federativa considerar de manera enunciativa más no limitativa, los dere-

chos humanos establecidos en el apartado correspondiente de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin que ello limite hoy por hoy la posibilidad de expandirlo o incluso innovar en dicho tema; circunstancia lamentable la que ocurre en el Estado de Guanajuato quien se distingue por mantenerse conservador ante esta extensión normativa.

Considero alarmante que la resistencia de Guanajuato para el desarrollo, en materia de derechos humanos, se pase por alto, tomando en consideración que desde octubre de 1995 ya existe un camino labrado por Grupo de Trabajo de las Naciones Unidas, en el que establecen que el derecho al desarrollo se compone de una vertiente con la esencia de ser: multidimensional, integrado, dinámico y gradual.[14] Destaca el elemento Gradual y dinámico de lo antes mencionado ya que la dinámica obedece a cuestiones en constante cambio y movimiento, el aspecto gradual de acoger nuevas instituciones y crear elementos que las garanticen, y en el caso de Guanajuato se desapega de ese aspecto paulatino que debe contener el desarrollo.

Existen corrientes dogmáticas que aseguran que el desarrollo e incorporación de nuevos derechos humanos por lo menos en el Estado de Guanajuato, representa económicamente una carga para el peculio público, que lamentablemente no es posible conmensurar, pues se invierte en la creación de instituciones ex profeso para la defensa, tutela, implementación y desarrollo de derechos humanos, implica por sí mismo cuantificar monetariamente su repercusión y buscar nuevos tributos para echar a andar la visión de adicionarlos en el marco constitucional local.[15]

De una revisión a la Constitución Política para el Estado de Guanajuato y a sus 147 artículos que la componen actualmente, no se advierte ningún mecanismo de defensa constitucional local,

---

14 PNUD, *La integración de los derechos humanos en el desarrollo humano sostenible. Política del PNUD*, NY, Enero 1998, p. 4, *http://magnet.undp.org/Docs/!UN98-21.PDF/!HUMANRI.GHT/!HUMANRI.SP/!hrfront.pdf* (consultado el 8 de octubre 2021).

15 Tapia Urbina, Javier Quetzalcóatl, *El costo de los derechos humanos, Hechos y Derechos*, [S.l.], sep. 2019. ISSN 2448-4725. *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13914/15174* (consultado el 10 marzo 2021).

en el cual se desarrollen los elementos mínimos que conforman el derecho de audiencia y el debido proceso, quizá lo anterior es connatural a que dentro del cuerpo constitucional en mención no se adiciona ningún elemento novedoso para ser protegido por las instituciones como el Poder Judicial local o bien, es quizá una reticencia de considerar a la Figura de Amparo y la consiguiente defensa de los derechos humanos, como un aspecto puramente del ámbito Federal, en el cual los jueces y magistrados no pueden conocer de elementos constitucionales en un ámbito propio, lo cual, seria anacrónico de las reformas constitucionales de 2011 y en especial del artículo 1 de la actual Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En virtud de lo anterior, no debemos olvidar que el Derecho siempre será progresivo, luego entonces, la crítica al constitucionalismo guanajuatense radica en que no existe algún mecanismo o herramienta que amplíe la naturaleza de los Derechos Humanos ya consagrados en el texto de la Carta Magna.

Lo anterior, posiciona a dicha constitución (estatal) meramente como un ornato para no dejar de lado los aspectos del pacto federal, olvidándose de las formas que deben garantizar el aspecto progresivo en la materia que nos ocupa, amparándose en el espíritu de que cada entidad es autónoma y soberana, convergiendo con la Federación en ciertos aspectos económicos, funcionales y de defensa, y no ahondando más en su participación.

En contraposición a su homólogo veracruzano, este último tiene un gran avance respecto a la protección de los derechos humanos y propiamente los aspectos constitucionales que componen su cuerpo normativo superior. Es de mencionarse, que su reforma data de octubre del año 2002, es decir, previa a la reforma en materia de derechos humanos y toda la vorágine de temas que fueron motivo del parte aguas en cuanto a la justicia en todo el Estado Mexicano.

Digno de aplaudir y motivo de reflexión, es cómo la Constitución Política para el Estado de Veracruz, en su texto prevé de manera enunciativa el deber del Poder Judicial para salvaguardar los derechos humanos contemplados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los tratados internacionales, la constitución política local e incluso refiere textualmente: “los

que el pueblo de Veracruz se reserve, mediante el juicio de protección correspondiente", sin embargo, no desarrolla como tal ningún aspecto de lo que compone el juicio o la forma en cómo se garantizara por el Estado de Veracruz la facultad trasladada al Poder Judicial; lo anterior se advierte en el artículo 56 de dicho texto constitucional.

Asimismo, en su artículo 4º, se contiene una parte dogmática donde habla de la igualdad ante ley entre el hombre y la mujer, la garantía de protección más amplia, el hecho de que todos los organismos e instituciones estatales se someterán al respeto y protección de esos derechos fundamentales y conmina a toda autoridad a respetarlos.

Sin embargo, existe una ley secundaría, denominada ley del juicio de protección de Derechos Humanos del estado de Veracruz, cuyo objeto es salvaguardar y, en su caso, reparar, mediante el juicio de protección, los derechos reconocidos u otorgados por dicha Constitución, así como los que se reserve el pueblo veracruzano en ejercicio de su autonomía política.

Resalta el aspecto de la autonomía política, que se menciona tanto en la Constitución Política para el Estado de Veracruz como en la ley secundaria, pues precisamente cobra relevancia el espíritu del pacto federal, al considerar al pueblo de Veracruz como el facultado para reservarse el conocimiento de los temas que tengan que ver con derechos humanos, precisamente en el ejercicio que se establece en la teoría de la autonomía que se reserva a cada entidad pública, para que esta, en el ámbito de su competencia, pueda expandir e innovar en materia de derechos humanos y no solo eso, sino también en su protección.

IV. Comparativa en materia de Derechos Humanos entre la Constitución Política del Estado de Guanajuato y del Estado de Veracruz

En cuanto a los elementos comunes entre la Constitución local del Estado de Guanajuato y Veracruz, en un esbozo superficial podemos determinar, que ambas comparten un capítulo de De-

rechos Humanos, explayando básicamente aquellos que son propios en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ambos no amplían o incorporan derechos humanos diversos a los contemplados en la carta magna.

En lo que respecta a tutela judicial de derechos humanos, para el caso del Estado de Guanajuato, no se expresa en la Constitución Local, que competa al Poder Judicial, así como tampoco delega la posibilidad de legislar en el fuero común, alguna facultad para expedir lineamientos normativos en ese rubro, no obstante, no existe una disposición que impida a su congreso realizar las adiciones o reformas necesarias para incluirlo en su marco normativo.

En cambio el Estado de Veracruz, prevé constitucionalmente en el apartado del Poder Judicial, la tutela y salvaguarda de los derechos humanos conforme a las normas que se expidan, dotando al *pueblo* para reservar los casos que también podrá conocer en materia de Derechos Humanos (artículo 4º). A su vez, abierta la posibilidad de realizar la ampliación, existe actualmente una normativa especifica para el estudio por parte de los órganos jurisdiccionales locales, en materia de derechos humanos, su resarcimiento y defensa, sin que ello sea o constituya un óbice para acudir a los Tribunales de la Nación, en busca de la protección de la justicia federal.

Resultados y aplicación de la comparación constitucional

Como resultado del estudio y la comparación previamente realizada, es claro que nuestro cuerpo constitucional local, merece una renovación en cuanto a los alcances que puedan en ella incorporarse, empero, teniendo en cuenta que la incorporación y subsecuente protección en materia de derechos humanos requiere la inversión e implementación de recursos públicos ex profeso, lo que puede traducirse lisa y llanamente en el engrose de la burocracia y la creación de infraestructura para poder desafiar las nuevas fronteras a tocar en esta materia.

Tomemos en cuenta lo dicho hasta este punto, la incorporación de derechos humanos, no se encuentra prohibida dentro de

la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sino que es ella la que faculta esa posibilidad de ser emitidas las constituciones locales con arreglo a la misma. Entonces, la problemática en esencia, tal como se expresa en los inicios de este artículo, es la visión en la que la Federación por costumbre debe de encargarse de los temas judiciales *importantes*, sin que en las entidades federativas se tenga la autopercepción de poder embestir la gran cantidad de violaciones a derechos humanos.

Por ello, sería necesario valorar la conveniencia de incorporar la facultad del propio Poder Judicial del Estado de Guanajuato para resolver temas referentes a Derechos Humanos, fortaleciendo su conformación, esto último con el bemol de que ese fortalecimiento implica robustecer la burocracia, crear más vacantes, pero también un escrutinio de quienes forman la impartición de justicia, ello en aras de brindar una efectiva protección y no una simulación dogmática.

Lo lamentable aquí es que parece que el constitucionalismo local se ampara en su autonomía para simplemente delegar al contexto nacional la garantía de protección e interpretación de los Derechos Humanos, y este último razonamiento suena más a una posición cómoda en donde cada estado se envuelve en su zona de confort para así no entrar en debate y mucho menos conflicto con el texto emanado del Constituyente.

Se necesita más valor por parte de las autonomías estatales para ofrecer a sus ciudadanos nuevas propuestas, mejores alternativas y grandes respiros en pro de fortalecer sus garantías humanas fundamentales, seguro estoy que dicho valor tendrá su virtuosa recompensa ya que no sólo crearía un precedente sino que además serviría de modelo innovador en la nueva estructura jurídica del Estado mexicano.

Conclusiones

El presente ejercicio nos permite entender mejor la contundencia de las disposiciones contenidas en el artículo 133 constitucional al afirmar categóricamente que: [...] Los jueces de cada entidad federativa *se arreglarán a dicha Constitución*, leyes y tratados,

a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

Esta disposición se resume en entender que el límite de los alcances de las disposiciones constitucionales estatales estará determinado, en todos los casos, en primera instancia por lo que diga el marco constitucional federal, el marco convencional y ya, por último, lo que diga la constitución local, pero única y exclusivamente en cuanto hace a contravenir las normas supremas.

A pesar de los argumentos que en el discurso político hablan de respeto al pacto federal, al federalismo en México parece ser una falacia puesto que el mismo se ha erigido como una mutilación a los progresos en materia de Derechos Humanos, y el claro ejemplo lo encontramos en el Estado de Guanajuato, ya que no se prevé una forma local de protección de los derechos humanos, delegando como tradicionalmente sucede, esa tarea a la federación.

Sin embargo, en otros Estados de la República Mexicana que entienden su sentido autónomo se han aventurado a la incorporación de mecanismos legales que permiten acceder a una justicia pronta y expedita con una clara visión en la protección de derechos humanos, en donde su papel no únicamente se limita al fuero común, sino que dota al Poder Judicial, para conocer y manifestarse respecto a posibles violaciones de derechos humanos, y logrando así continuar dentro del pacto y sometimiento del máximo marco normativo de nuestra Federación, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Luego entonces, podemos concluir, que la protección de los derechos humanos, no es una tarea exclusiva de la federación (y no debe ser), sino que dentro del pacto federal constituido y la autonomía política de cada una de las piezas que lo conforma, existe la obligación de aventurarse a crear elementos normativos, jurídicos e institucionales, que permitan el desarrollo continuo y sistemático de los derechos humanos y que esa actividad no debe estar en disputa con la federación, sino que camine a la par en pro de una cultura que realmente sea progresista en materia de Derechos Humanos en nuestro país.

Procedamos a la reflexión y a la aventura de construir nuevos mecanismos de protección que enaltezcan el noble espíritu con que se han construido los Derechos Humanos, no necesitamos visibilizarlos sino fortalecerlos; no utilicemos la autonomía estatal como un fantasma paternalista frente a la federación sino propiamente como una hermandad en donde cada entidad coloca lo mejor de sí para fortalecer a una nación soberana e independiente como es nuestros querido México.

Bibliografía

Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma,* México, UNAM-Porrúa, 2013.

Carmona Tinoco. Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma,* Porrúa-UNAM, México, 2013.

Caz, Rosario del; P. Gibosos; y M. Saravia. *La ciudad y los derechos humanos: una modesta proposición sobre derechos humanos y práctica urbanística*. Madrid: Nueva Utopía, 2002.

Colmenares David, "El federalismo fiscal y las transferencias condicionadas" (Ramo 33), en *El Economista Mexicano, Federalismo Fiscal desde Estados y Municipios*, Ciudad Universitaria, México, Colegio Nacional de Economistas, México, 1999.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *http://www.diputados.gob.mx/* (consultado el 22 de agosto de 2021). Constitución Política del Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave.

Constitución Política para el Estado de Guanajuato. *http://www.congreso-gto.gob.mx/* (consultado el 7 de octubre de 2021).

Díez Quintana, Juan Antonio. *205 preguntas y respuestas sobre garantías individuales y derechos humanos*. México: Pac, 2005.

Faya Viesca Jacinto, *El federalismo mexicano. Régimen constitucional del sistema federal,* Porrúa, México, 1998.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Rubén Sánchez Gil, *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo,* México, UNAM-Porrúa, 2013.

Galvis Ortiz, Ligia. *Comprensión de los derechos humanos: una visión para el siglo XXI*. Bogotá: Aurora, 2005.

Gutiérrez Lara Abelardo Aníbal, *El federalismo del bicentenario. La necesidad de un nuevo acuerdo fiscal*, CIDE, México, 2008.

Ignatieff, Michael. *Los Derechos humanos como política e idolatría*. Barcelona: Paidós Ibérica, 2003.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Censo de población y vivienda* 2010, INEGTI, México, 2010.

Ley del Juicio de Protección de Derechos Humanos del Estado de Veracruz. *http://www.legisver.gob.mx/* (consultado el 7 de noviembre de 2021).

Levi L., Federalismo. En N. Bobbio y N. Matteucci, *Diccionario de Política,* Siglo XXI, México, 2003.

Martínez Morales, Rafael I., *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, 6a. ed., México, Oxford, 2011.

Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española,* t. 1, 21a. ed., Madrid, España, 2000.

Tapia Urbina, Javier Quetzalcóatl. *El costo de los derechos humanos. Hechos y Derechos*, [S.l.], sep. 2019. ISSN 2448-4725, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13914/15174* (consultada el 10 marzo 2021).

Vázquez, Luis Daniel, y Sandra Serrrano en *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, 3a. ed., UNAM-Porrúa, México, 2013.

El paradigma constitucional de la justicia restaurativa en México y su vinculación con el derecho internacional a través del control de convencionalidad

Saúl Adolfo Lamas Meza[*]

Sumario: I. Preámbulo. II. Instrumentos Internacionales que hacen alusión a esquemas de mediación y resolución pacífica de controversias. Conclusiones. Bibliografía.

I. Preámbulo

Históricamente nuestro país se ha caracterizado por su fraternidad, solidaridad y apertura que ha tenido hacia la comunidad internacional. Su diplomacia ecléctica y conciliadora lo ha distinguido en el mundo como un país confiable en múltiples aspectos. Sus relaciones bilaterales y multilaterales dan certeza a quienes celebran con él, algún acuerdo, tratado, convenio o instrumento internacional.

* Licenciado en Derecho y Maestro en Derecho Penal y Criminología por la Universidad de Guadalajara. Doctor en Derecho egresado del Doctorado Interinstitucional en Derecho por la UAN. Docente de tiempo completo de las cátedras de derecho penal y procesal penal de la Universidad Tecnológica de Guadalajara. E-mail: slamas100@hotmail.com

Incluso en los conflictos bélicos México siempre ha asumido una postura neutral, jamás se ha polarizado de forma recalcitrante en un conflicto armado, eventualmente solo ha asumido sesgos diplomáticos, pero con moderación y por eventos coyunturales.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es por antonomasia garantista, lo que le ha dado fama a nuestro país de ser —en teoría— un país que se ha preocupado por consolidar un Estado de Derecho en donde permee el respeto irrestricto a los Derechos Humanos.

México desde su independencia ha celebrado múltiples instrumentos y tratados internacionales de corte comercial, diplomático, de cooperación, etc., con países de todo el mundo, con el primordial objetivo de impulsar axiológica y jurídicamente la filosofía *pro homine* y la cultura de la paz.

En 1981, México dio un paso muy importante en el afianzamiento de su sistema garantista, al ratificar tres tratados internacionales de suprema importancia y prestigio, los cuales fueron:

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En el 2011, la reforma constitucional en materia de Derechos Humanos generó una nueva forma de enfocar el entendimiento de nuestro sistema jurídico mexicano, pues se elevaron a categoría vinculante los tratados internacionales que versaban sobre derechos humanos, asumiendo estos el mismo rango jerárquico que el de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Tal disposición quedó claramente regulada en los dos siguientes numerales constitucionales:

> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea

> parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.
>
> Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los Tratados Internacionales de la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.[1]
>
> Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.[2]

El *control de convencionalidad* se ha convertido ya en una realidad jurídica y fáctica, tópico que se convierte en motivo de estudio obligado para cualquier operador y estudioso de la ciencia jurídica y de aplicación obligatoria para el juzgador mexicano en razón de que este cambio de paradigma le conmina a conocer y aplicar *ex officio* ya no solo el sistema constitucional interno, sino que ahora también los instrumentos internacionales que integran el sistema interamericano de Derechos Humanos al que está suscrito nuestro país.

En este documento haremos un análisis, a manera de glosa de algunos tratados internacionales que México ha firmado desde que se convirtió en un Estado autónomo y democrático y que aluden a esquemas de justicia restaurativa. Después de analizar los tratados internacionales que aluden a alguna figura de mediación, haremos una conclusión sistemática del impacto que ha tenido nuestro sistema jurídico mexicano con la firma y la ratificación de los mismos.

---

1 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente. Párr. reformado DOF 10-06-2011.

2 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Texto vigente. Artículo reformado DOF 10-06-2011.

II. Instrumentos Internacionales que hacen alusión a esquemas de mediación y resolución pacífica de controversias

2.1. Carta de las Naciones Unidas[3]

"La Carta de las Naciones Unidas se firmó el 26 de junio de 1945 en San Francisco, al terminar la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional, y entró en vigor el 24 de octubre del mismo año. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia es parte integrante de la Carta".[4]

Este documento internacional, sin duda es uno de los más importantes que México ha suscrito en su historia como nación soberana e independiente, la fama de este instrumento internacional estriba en la gran cantidad de países que han firmado y ratificado este tratado; el cual tiene como encomienda según la propia literalidad del propio documento:

> Preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles.
>
> Reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas.
>
> Crear condiciones bajo las cuales puedan mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del derecho internacional.
>
> Promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.
>
> Practicar la tolerancia y convivir en paz como buenos vecinos.
>
> Unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales.

---

3 Organización de las Naciones Unidas, *Carta de las Naciones Unidas* (1945), San Francisco, *https://www.un.org/es/about-us/un-charter* (consultado el 23 de octubre 2021).

4 Preámbulo del Documento recuperado de la página oficial de la ONU, *https://www.un.org/es/sections/un-charter/preamble/index.html* (consultado el 23 de octubre 2021).

> Asegurar, mediante la aceptación de principios y la adopción de métodos, que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común, y
>
> Emplear un mecanismo internacional para promover el progreso económico y social de todos los pueblos.[5]

En este Tratado Internacional se alude en diversos artículos a la importancia de crear mecanismos de resolución de conflictos entre los que destacan los siguientes:

> Artículo 1. Los propósitos de las Naciones Unidas son:
>
> Mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; y lograr por medios pacíficos, y de conformidad con los principios de la justicia y del derecho internacional, el ajuste o arreglo de controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz.

Puede advertirse claramente en este numeral que la principal razón de ser de este tratado es la de preservar la paz en el mundo, después del terror que trajo la segunda guerra mundial, por lo que bajo ese contexto coyuntural histórico fue creado este documento internacional, el cual ha tenido relativo éxito, pues si bien es cierto, que los conflictos bélicos no se han erradicado del mundo, al menos no hemos tenido una guerra mundial con la escala catastrófica de los dos primeros conflictos bélicos internacionales precedentes.

Así las cosas, a partir de la creación de este instrumento internacional se han impulsado la cultura de paz en el mundo y el fomento de la justicia restaurativa integral.

> Artículo 2. (Fracción III). Los Miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacional ni la justicia.

[5] *Idem*.

Aquí se precisa con meridiana claridad la creación de mecanismos de resolución de controversias *per se*, a efectos de incentivar la cultura de la paz, a través de la creación de esquemas de mediación, conciliación, arbitraje y círculos restaurativos, quienes tendrán la teleología de sanar el tejido social que pudo haber sido erosionado por algún conflicto internacional. Las terribles guerras mundiales que han azotado a la humanidad, se tornaron en una gran lección para la humanidad, su ominoso impacto está tan marcado en el subconsciente colectivo social, que de ninguna manera se puede replicar un fenómeno devastador similar. La cultura de paz y la justicia restaurativa debe permear como valor ontológico y filosofía de vida universal.

> Artículo 33.
>
> I. Las partes en una controversia cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales tratarán de buscarle solución, ante todo, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial, el recurso a organismos o acuerdos regionales u otros medios pacíficos de su elección.
>
> II. El Consejo de Seguridad, si lo estimare necesario, instará a las partes a que arreglen sus controversias por dichos medios.

En este numeral se especifican taxativamente los mecanismos de solución de controversias que se consideran los más óptimos, pertinentes y apropiados, para el arreglo de las desavenencias de los países signatarios. La ONU hace la propuesta enunciativa de estos mecanismos sugeridos, mas no es una lista limitativa, pues se sigue el principio de progresividad. Las metodologías de resolución de desavenencias siguen un esquema epistemológico, sin embargo los mecanismos alternativos de solución de controversias siguen el principio de flexibilidad, es decir, se prioriza más el resultado, que el proceso mismo, la formalidad a menudo, solo entorpece los procesos restaurativos, se ha advertido en la práctica, que en los encuentros amistosos, —sin la tensión protocolaria—, se obtienen mejores resultados de avenencia.

> Artículo 36.
>
> I. El Consejo de Seguridad podrá, en cualquier estado en que se encuentre una controversia de la naturaleza de que trata el Artículo

> 33 o una situación de índole semejante, recomendar los procedimientos o métodos de ajuste que sean apropiados.
>
> II. El Consejo de Seguridad deberá tomar en consideración todo procedimiento que las partes hayan adoptado para el arreglo de la controversia.

Justamente en este artículo se considera la posibilidad de que cualquier país signatario pueda utilizar o proponer cualquier mecanismo (formal o emergente) de resolución de controversias, tal como se comentó en el artículo glosado precedente; y así proponer sistemas restaurativos de acuerdo a sus metodologías y sistemas internos. Cualquier país signatario debe sentirse libre de proponer soluciones de amigable composición, de forma genuina y sin sesgo político; lo cual desde luego nunca podrá considerarse una actitud de intromisión, pues uno de los más importantes principios que permea a la justicia alternativa internacional, es el de la libre determinación de los pueblos.

> Artículo 52.
>
> I .Los Miembros de las Naciones Unidas que sean partes en dichos acuerdos o que constituyan dichos organismos, harán todos los esfuerzos posibles para lograr el arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de tales acuerdos u organismos regionales antes de someterlas al Consejo de Seguridad''.
>
> II. El Consejo de Seguridad promoverá el desarrollo del arreglo pacífico de las controversias de carácter local por medio de dichos acuerdos u organismos regionales, procediendo, bien a iniciativa de los Estados interesados, bien a instancia del Consejo de Seguridad.

Es aquí donde la justicia restaurativa sigue un método epistemológico, que bien podría llamarse fractal, pues busca trasladar estas dinámicas a lo micro-social y que no solo queden en lo macro-social, con lo que la ONU intenta que estos mecanismos no solo se generen entre las naciones, sino que incidan e inspiren a las propias comunidades internas de estos Estados. Debe recordarse que todo instrumento internacional es orientador para los países signatarios, y quienes se suscriben a tales tratados, firmándolos y ratificándolos es porque asumen el compromiso moral de extrapolar sus postulados a sus legislaciones internas.

2.2. Carta de la Organización de Estados Americanos (OEA)[6]

Este instrumento internacional nació a la vida jurídica pocos años después de la segunda guerra mundial (1948) y aunque aborda de manera escueta *Alternativas de Solución de Controversias*, inspiró la creación del famoso *Pacto de Bogotá*.

La teleología de este instrumento sin duda es fortalecer una Organización de Estados Americanos, robusteciendo la cultura de la paz, para así garantizar la justicia e impulsar la solidaridad y fraternidad ante los pueblos americanos.

En el capítulo V de este instrumento se contempla un apartado intitulado *Solución Pacífica de Controversias*, el cual establece los siguientes postulados teoréticos:

> Capítulo V. Solución Pacífica de Controversias.
>
> Artículo 24. Las controversias internacionales entre los Estados miembros deben ser sometidas a los procedimientos de solución pacífica señalados en esta Carta.
>
> Artículo 25. Son procedimientos pacíficos: la negociación directa, los buenos oficios, la mediación, la investigación y conciliación, el procedimiento judicial, el arbitraje y los que especialmente acuerden, en cualquier momento, las Partes.
>
> Artículo 26. Cuando entre dos o más Estados americanos se suscite una controversia que, en opinión de uno de ellos, no pueda ser resuelta por los medios diplomáticos usuales, las Partes deberán convenir en cualquier otro procedimiento pacífico que les permita llegar a una solución.
>
> Artículo 27. Un tratado especial establecerá los medios adecuados para resolver las controversias y determinará los procedimientos pertinentes a cada uno de los medios pacíficos, en forma de no dejar que controversia alguna entre los Estados americanos pueda quedar sin solución definitiva dentro de un plazo razonable.

[6] Organización de los Estados Americanos, *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (1948), *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf* (consultado el 23 de octubre 2021).

Como podemos advertir de los artículos transcritos precedentemente, es muy vaga la información que sobre este tópico, este instrumento evoca, limitándose a señalar algunas prácticas alternativas para resolver desavenencias de los países signatarios tales como los *buenos oficios*, la *mediación y la conciliación* y de manera judicial formal el *arbitraje* como esquema hetero-compositivo. Sin embargo, algo de suprema importancia es que en esta misma Convención se celebró el *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas*, del cual daremos cuenta a continuación.

2.3. Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Pacto de Bogotá[7]

También conocido como *Pacto de Bogotá*, suscrito el 30 de abril de 1948 y ratificado por México el 23 de noviembre de 1948. Este tratado abrogó a otros instrumentos internacionales previos que se habían celebrado de manera dispersa y fue ratificado sin reservas por México, Costa Rica, Brasil, Haití, Honduras, República Dominicana, Panamá y Uruguay. Actualmente son veintiuno países signatarios del tratado y se considera un instrumento internacional modelo de justicia alternativa-restaurativa en el contiene americano.

Algunos de los principales numerales que abordan el tópico de la mediación son los siguientes:

> Articulo 2. Las Altas Partes Contratantes reconocen la obligación de resolver las controversias internacionales por los procedimientos pacíficos regionales antes de llevarlas al Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. En consecuencia, en caso de que entre dos o más Estados signatarios se suscite una controversia que, en opinión de las partes, no pueda ser resuelta por negociaciones directas a través de los medios diplomáticos usuales, las partes se comprometen a hacer uso de los procedimientos establecidos en este Tratado en la forma y condiciones previstas en los artículos siguientes,

[7] Organización de los Estados Americanos, *Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Pacto de Bogotá* (1948), Colombia, *http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-42_soluciones_pacificas_pacto_bogota.asp* (consultado el 31 de octubre 2021).

> o bien de los procedimientos especiales que, a su juicio, les permitan llegar a una solución.

Este artículo del Tratado es profiláctico, es decir, marca un principio que bien podríamos llamar de definitividad, pues conmina a los Estados en conflicto a que agoten primero los mecanismos de mediación más cercanos a su jurisdicción antes de movilizar la maquinaria judicial de la Corte Internacional de Justicia.

> Artículo 4. Iniciado uno de los procedimientos pacíficos, sea por acuerdo de las partes, o en cumplimiento del presente Tratado, o de un pacto anterior, no podrá incoarse otro procedimiento antes de terminar aquél.

Este numeral sigue el principio universal *non bis in idem*, que establece que no se pueden llevar dos juicios simultáneos y que es condición indispensable que para recurrir a una instancia de mayor prelación jerárquica, con antelación deben agotarse las instancias previas. El principio de definitividad siempre ha sido contemplado en los tribunales internacionales. Las comisiones receptoras de estos asuntos tendrán la encomienda de cerciorarse de que antes de que se admita una causa en una corte internacional, se agotaran previamente las instancias a las que podían recurrir con antelación las partes.

> Artículo 8. El recurso de los medios pacíficos de solución de las controversias, o la recomendación de su empleo, no podrán ser motivo, en caso de ataque armado para retardar el ejercicio del derecho legítimo de defensa individual o colectiva, previsto en la Carta de las Naciones Unidas.

Este numeral establece un principio excepcional válido en el sentido que cuando algún país sienta vulnerada su soberanía por alguna intervención bélica, ataque terrorista o evento de análoga naturaleza, desde luego podrá hacer uso de la legítima defensa para repeler un ataque real, actual e inminente, independientemente de que haya un convenio de mediación con la nación que inicie la hostilidad. Debemos comprender que este tratado se celebró en el contexto de la posguerra mundial, de ahí que se establecieran estas previsiones que obedecen al sentido común.

> Artículo 9. El procedimiento de los Buenos Oficios consiste en la gestión de uno o más Gobiernos Americanos o de uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano, ajenos a la controversia, en el sentido de aproximar a las partes, proporcionándoles la posibilidad de que encuentren directamente una solución adecuada.

Este esquema de justicia alternativa es equiparable a lo que doctrinalmente se conoce como círculos restaurativos, en los que de forma mancomunada e impulsando el espíritu de cooperación para alcanzar la cultura de paz, cualquier signatario de *buena fe*, puede presentar una iniciativa, proyecto o propuesta para que los países en conflicto puedan atenuar o resolver su desavenencia. La metodología de los buenos oficios es una de las más utilizadas por los recurrentes cuando se busca alcanzar un esquema de avenencia entre dos estados en conflicto.

> Artículo 11. El procedimiento de mediación consiste en someter la controversia a uno o más gobiernos americanos, o a uno o más ciudadanos eminentes de cualquier Estado Americano extraños a la controversia. En uno y otro caso el mediador o los mediadores serán escogidos de común acuerdo por las partes.

Este es un mecanismo hetero-compositivo, en el que si bien es cierto que los países en conflicto tienen autonomía para celebrar un acuerdo restaurativo, voluntariamente se someten a este mecanismo donde un ente independiente y neutral moderará el debate en aras de que se pueda llegar a una resolución óptima, pacífica y resolutiva del conflicto. Lo interesante de este numeral es que se habilita a las partes para que *motu proprio* elijan a quien hará las veces de mediador, con lo que se garantiza que quien desempeñe esta función será alguien altamente cualificado.

> Artículo 12. Las funciones del mediador o mediadores consistirán en asistir a las partes en el arreglo de las controversias de la manera más sencilla y directa, evitando formalidades y procurando hallar una solución aceptable. El mediador se abstendrá de hacer informe alguno y, en lo que a él atañe, los procedimientos serán absolutamente confidenciales.

Aquí podemos advertir dos principios ontológicos que han regido históricamente el *principio de simplicidad y el principio de privacidad*. En el primero, lo que se busca es evitar formalismos protocolarios innecesarios que solo entorpezcan la negociación. En el segundo, se prevé que la información que se emita durante el proceso será totalmente confidencial ya que de ninguna manera se podrá utilizar esta información en un proceso jurídico ulterior.

> Artículo 32. Cuando el procedimiento de conciliación anteriormente establecido conforme a este Tratado o por voluntad de las partes, no llegare a una solución y dichas partes no hubieren convenido en un procedimiento arbitral, cualquiera de ellas tendrá derecho a recurrir a la Corte Internacional de Justicia.

Cuando el modelo de mediación no alcance su objetivo de lograr un acuerdo conciliatorio entre las partes, naturalmente éstas podrán acceder a la justicia formal de la OEA, que en este caso será la *Corte Internacional de Justicia*. Es muy raro que las partes recurrentes que voluntariamente se sometieron a un mecanismo de mediación, no alcancen una avenencia, ya que justamente su intención era resolver el conflicto a través de un esquema de justicia restaurativa. Sin embargo, ello no es óbice, para que su derecho legítimo de acudir a una instancia legal internacional precluya. Su derecho de acudir a un tribunal internacional queda salvo, siempre y cuando no se haya materializado un convenio a través de la justicia alternativa.

> Artículo 42. Cuando más de dos Estados estén implicados en la misma controversia, los Estados que defiendan iguales intereses serán considerados como una sola parte. Si tuvieren intereses opuestos tendrán derecho a aumentar el número de árbitros para que todas las partes tengan igual representación.

Esto es lo que en la doctrina se le conoce como acumulación y conexidad de la causa, es decir, si varios países comparten los mismos intereses deberán adherirse mancomunadamente al esquema compartido de conciliación, de tal suerte que todos los interesados puedan ser beneficiados por el modelo de mediación conjunta. Esto ha lugar a esquemas multilaterales restaurativos.

2.4. Principios básicos del uso de Programas de Justicia Restaurativa en materia Penal[8]

Los Principios Básicos del uso de programas de Justicia Restaurativa en Materia penal nacieron a la vida jurídica en el año 2002, cuyo documento fue elaborado por el *Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas,* para sus miembros signatarios. Su teleología fue incentivar a los Estados Miembros a adoptar y homologar metodologías de justicia restaurativa en el contexto de sus sistemas jurídicos, pero no como una imposición vinculante, sino como un parámetro inspirador con principios universales, que sirviera como modelo a replicar.

La epistemología toral de los *Principios Básicos* tiene como intención marcar esquemas generalizados para el uso y aplicación de la justicia restaurativa, sugiriendo estándares *erga omnes* que podrían incorporar los Estados Miembros, con la finalidad de garantizar modelos de justicia alternativa genuina con procesos restaurativos eficaces y humanitarios que complementen sus sistemas legales.

A continuación, haremos una glosa del presente instrumento internacional, comparando sus postulados con los que ha adoptado nuestra legislación:

> Numeral 1. El Programa de justicia restaurativa busca alcanzar resultados restaurativos.
>
> Numeral 2. Proceso restaurativo, es cualquier proceso en el que la víctima y el delincuente y cuando es adecuado cualquier otro individuo o miembros de la comunidad afectados por un crimen, participan en conjunto activamente en la resolución de asuntos derivados del crimen, generalmente con ayuda de un facilitador''. Los procesos restaurativos pueden incluir mediación, conciliación, conferencias y círculos de sentencias.

[8] Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos del uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal*, Viena, Austria, 2002, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf* (consultado el 27 de octubre 2021).

Es la primera vez que se emplea en un instrumento internacional el término *justicia restaurativa*, ya en que en los instrumentos que precedieron a este, solo se hacía alusión a los conceptos de *justicia alternativa, mecanismos de resolución de controversias*, etc.; este concepto es más integral y humanitario, pues su teleología no solo busca resolver el conflicto entre los intervinientes, sino realmente restaurar el tejido social que fue dañado por el mismo. Lamentablemente nuestra legislación mexicana no utiliza este vocablo ni en la Constitución, ni tampoco en la ley especial, es este caso el Código Nacional de Procedimientos Penales, limitándose exclusivamente a hablar de salidas alternas al conflicto, con lo cual se confirma la idea de que en nuestro país aún no permea esta filosofía cabalmente. La Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, promulgada en el 2016 solo hace referencia a principios axiológicos, mas no profundiza en la epistemología restaurativa a la que alude el presente instrumento internacional en comento.

> 3. Resultado restaurativo, es un acuerdo alcanzado como resultado de un proceso restaurativo. Los resultados restaurativos incluyen respuestas y programas como reparación, restitución y servicio a la comunidad, con la meta de cumplir con las necesidades individuales y colectivas y responsabilidades de las partes y para alcanzar la reintegración de la víctima y del delincuente.

En este numeral se destaca la idea *servicio a la comunidad*, lo que inspiró a muchas legislaciones de múltiples países a crear esquemas de *suspensiones condicionales del proceso,* en donde se le da al imputado de un delito la oportunidad de transmutar la pena (en caso de delitos de bagatela), por otras formas de punición restaurativas como pintar muros, distribuir enseres, montar algún curso, hacer trabajo comunal, etc. Estas prácticas han tenido éxito, especialmente en la justicia restaurativa juvenil con resultados halagüeños. Nuestro sistema integral de justicia penal para adolescentes, incorpora estas prácticas y programas, atendiendo justamente esta propuesta de la ONU.

> 4. La víctima, el delincuente y cualquier otro individuo o miembro de la comunidad afectado por un crimen pueden involucrarse en un proceso restaurativo.

En este numeral se establece que cada una de las partes involucradas en el conflicto tendrá participación pro-activa. Bien es sabido que en el sistema tradicional penal, la víctima siempre fue el gran olvidado, sufriendo además de la indiferencia, la revictimización. Con la Ley General de Víctimas que se expidió en el 2013 y con la ampliación de prerrogativas que se añadieron para las víctimas en el artículo 20, apartado C de la Constitución, se empodera a la figura de la víctima; también en el nuevo sistema penal acusatorio adversarial se incorporan figuras como el asesor jurídico victimal, además se le concedieron derechos adicionales a la víctima ampliando su radio de prerrogativas.

> 5. Facilitador es la persona cuyo rol es facilitar de manera justa e imparcial, la participación de las partes en un proceso restaurativo.

El vocablo *facilitador* sí fue adoptado por la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal, y se utiliza de forma generalizada para referirse al operador que moderará el proceso alternativo, ya sea un mediador, un conciliador o un moderador de una junta restaurativa. Este vocablo abarcante es el más neutral y sin duda el más apropiado, pues no lleva ningún sesgo semántico.

> 6. Los programas de justicia restaurativa pueden usarse en cualquier etapa del sistema de justicia penal, sujetos a las leyes nacionales.

Es lo que se consideraría como justicia alternativa pre-procesal, desarrollada desde sede ministerial cuando se investiga el delito y se integra la carpeta de investigación; procesal, ya en la etapa del proceso *per se*, ya sea a través de derivaciones a un instituto de justicia alternativa o a través de una *suspensión condicional del proceso*; y la etapa postprocesal, ya cuando se ha emitido una sentencia y se busca crear modelos de mediación postpenitenciaria, éstos últimos menos populares en nuestro país, a pesar de que si están contemplados en la Ley Nacional de Ejecución Penal.

> 7. Los procesos restaurativos pueden usarse solamente cuando hay evidencia suficiente de presentar cargos al delincuente y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuen-

> te. La víctima y el delincuente pueden retirar su consentimiento en cualquier momento durante el proceso. Los acuerdos deben ser signados voluntariamente y deberán contener sólo obligaciones razonables y proporcionadas.

Se contemplan los principios de *voluntariedad* y de *proporcionalidad*, de los que se ha escrito prolijamente en apartados precedentes, en los que se establece que de ninguna manera se puede imponer por imperio de ley y mucho menos de forma coactiva a los involucrados en el drama penal, la utilización de un mecanismo alternativo, pues estos deben ser libremente aceptados por los intervinientes. Aquí se materializa el principio clásico que reza: *la voluntad de las partes es la ley suprema*. *La voluntad, como concepto específico, no se debe entender a modo de una causa física, sino como una pauta directiva de nuestra consciencia, consistente en la elección de los medios, para la consecución de los fines.*[9]

> 8. La víctima y el delincuente deberán normalmente acordar en los hechos básicos del caso como la base para su participación en el proceso restaurativo. La participación del delincuente no deberá usarse como evidencia de admisión de culpa en procedimientos legales posteriores.

Esta disposición también está contemplado en nuestra legislación mexicana tanto en el Código Nacional de Procedimientos Penales,[10] como en la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal,[11] en donde se establece que la información que se evoque en un proceso de mediación, en caso de que resulte fallido y no se llegue a un acuerdo, no podrá ser utilizada en el proceso formal cuando este se reanude.

---

9 Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho,* Coyoacán, México, 2008, pp. 71 y 72.

10 Código Nacional de Procedimientos Penales, arts. 189 (párr. IV) y 196 (párr. III). Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada DOF 19-02-2021.

11 Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Art. 4° (frac. III). Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

> 9. Las diferencias que provoquen desbalances de poder así como diferencias culturales entre las partes, deben tenerse en consideración en remisión a un caso.

En nuestra legislación mexicana se establece que en cada módulo de atención temprana en fiscalías o en los Institutos locales de justicia alternativa, habrá traductores e intérpretes de las lenguas indígenas más representativas de nuestro país, para brindar una atención especializada a estos grupos vulnerables, permitiéndoles el acceso fluido a la justicia formal.

> 10. La seguridad de las partes deberá garantizarse en cualquier caso de un proceso restaurativo.
>
> 11. En donde los procesos restaurativos no sean adecuados o posibles, el caso debe remitirse a las autoridades de justicia penal y se debe tomar una decisión sobre cómo proceder sin retrasos. En tales casos, los oficiales de justicia penal deben empeñarse en motivar al delincuente a tomar responsabilidad vis-á-vis la víctima y comunidades afectadas y apoyar la reintegración de la víctima y del delincuente a la comunidad.

En lo que atañe a nuestra legislación mexicana, quedan excluidos los delitos graves, estos actos delictivos por el momento no pueden participar de los esquemas de mediación, como sí ocurre en otros países, como España, en donde sí se admite que delitos severamente lesivos del tejido social, puedan ser mediables después de un largo proceso restaurativo. Si bien es cierto que originalmente estos esquemas restaurativos fueron diseñados para los delitos de bagatela, la expectativa es que su radio de aplicación se amplifique progresivamente en lo ulterior a delitos de mayor impacto social.

> 12. Los Estados miembro deben considerar establecer lineamientos y estándares, con autoridad legislativa cuando sea necesario que gobierne el uso de los programas de justicia restaurativa. Tales lineamientos y estándares deben respetar los principios básicos establecidos en el presente documento y deben dirigirse, entre todo a: (a) Las condiciones para la remisión de casos a los programas de justicia restaurativa; (b) El manejo de casos que siguen un proceso restaurativo; (c) Las calificaciones, entrenamiento y evaluación de facilitadores; (d) La administración de los programas de justicia res-

taurativa; (e) Estándares de competencia y reglas de conducta que gobiernan la operación de los programas de justicia restaurativa.

En este numeral, se impulsa a cada Estado para que sistematice su propio marco normativo local de acuerdo a sus propias necesidades internas, pero con una estructura institucional orgánica sólida. En México, en diferentes entidades federativas se han creado Institutos de Justicia Alternativa que cada vez están permeando en la sociedad, pues el propio Estado le da el respaldo jurídico institucional. Lo que se busca es crear un organigrama nacional de supracoordinación, donde se compartan las buenas prácticas y se erija una red que dé impulso a la institucionalización de la justicia restaurativa en todo el país; y que no sólo quede en esfuerzos aislados.

13. Garantías procesales fundamentales que garantizan justicia al delincuente y a la víctima, deben aplicarse a programas de justicia restaurativa y en particular a procesos restaurativos: (a) Sujetos a las leyes nacionales, la víctima y el delincuente deben tener del derecho de consultar con consejo legal relacionado con el proceso restaurativo y cuando sea necesario, a la traducción y/o interpretación. Los menores deberán, adicionalmente tener el derecho de ayuda de un padre o guardián; (b) Antes de acordar participar en procesos restaurativos, las partes deberán estar completamente informadas sobre sus derechos, la naturaleza del proceso y las posibles consecuencias de su decisión; (c) Ni la víctima ni el delincuente deberán forzarse, o inducirse por medio de medios injustos a participar en procesos restaurativos o aceptar resultados restaurativos.

En este numeral se establecen múltiples garantías. Pero la que destaca por ser la que más preocupación ha tenido en nuestro país, es la hiperprotección de los menores, a través de la filosofía de protección al interés superior del niño, por ser este grupo considerado vulnerable debe dársele un tratamiento focal. Cuando en un proceso restaurativo intervenga un menor, se procurará que haya siempre un especialista que acompañe al infante, de tal suerte que no sufra ninguna tensión psicológica durante el desarrollo de la sesión. Naturalmente deben estar presentes sus padres o en su defecto sus tutores quien darán contención al menor interviniente.

> 14. Las discusiones en procesos restaurativos que no se realicen en público deberán ser confidenciales y no deberán revelarse posteriormente excepto con el acuerdo de las partes y a lo requerido por las leyes nacionales.
>
> 15. Los resultados de acuerdos derivados de los programas de justicia restaurativa deben cuando sea adecuado, ser supervisados judicialmente o incorporarse en las decisiones o juicios judiciales. Cuando eso ocurra, el resultado deberá tener el mismo estado que cualquier otra decisión judicial o juicio y deberá prohibir el enjuiciamiento con respecto a los mismos hechos.

Extrapolado a nuestra legislación mexicana, podemos decir que tanto los *acuerdos reparatorios*, como las *suspensiones condicionales del proceso* son avaladas por el Ministerio Público en sede ministerial, o en sede judicial por el juez de control penal; todo ello dependiendo de la etapa en la que se encuentre el proceso. Cualquier mecanismo alternativo de solución de controversias que sea aprobado por un facilitador especialista en algún Instituto de Justicia Alternativa, debe ser avalado por una autoridad jurisdiccional quien lo elevará a categoría de *cosa juzgada*.

> 16. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá regresarse al proceso de justicia penal establecido y la decisión sobre cómo proceder no deberá retrasarse.

La información que se vierta en un mecanismo alternativo que resulte fallido no deberá usarse en procedimientos de justicia penal posteriores. En nuestra legislación mexicana, el CNPP, establece que una vez judicializada la carpeta de investigación, las partes, pueden solicitar un plazo de treinta días a efecto de que los involucrados puedan optar por una salida alternativa; y en caso de no lograrse el acuerdo, el proceso continuará con normalidad en la etapa procesal en que quedó suspendido el proceso, mas ello no implica que en lo ulterior, las partes no puedan acceder de nuevo a un esquema de mediación, pues en nuestra legislación se establece que ese derecho les precluye hasta la emisión del auto de apertura al juicio oral que emita el juez penal de control.

> 17. El no implementar un acuerdo hecho en el curso de un proceso restaurativo debe remitirse de regreso al programa restaurativo o,

> cuando sea requerido por leyes nacionales, al proceso de justicia penal establecido y se deberá tomar una decisión sobre cómo proceder sin retrasos. El no implementar un acuerdo, diferente a una decisión judicial o juicio no deberá usarse como justificación para una sentencia más severa en procedimientos de justicia penal posteriores.

Toda la información que sea vertida durante el trámite de la mediación, debe ser excluida de la carpeta de investigación de tal suerte que esta información no influya en la sentencia que emita el juzgador, en el caso de que la mediación no haya prosperado.

> 18. Los facilitadores deben realizar sus deberes de manera imparcial, con debido respeto a la dignidad de las partes. En tal capacidad, los facilitadores deberán asegurar que las partes actúan con respeto unas con otras y permiten que las partes encuentren una solución relevante entre ellas mismas.
>
> 19. Los facilitadores deberán poseer un buen entendimiento sobre culturas locales y comunidades y cuando sea necesario, recibir entrenamiento inicial antes de llevar a cabo tareas de facilitación.

Los órganos de justicia alternativa, instalados ya sea en fiscalía, o en los juzgados, como los institutos independientes de justicia alternativa deberán contar con personal conocedor experto de los usos, convencionalismos y tradiciones indígenas, de tal suerte que cualquier persona independientemente de su raíz autóctona, pueda acceder a estos mecanismos sin óbice alguno. La importancia de que el facilitador sea conocedor de la cultura autóctona de la comunidad o estado donde se suscite la desavenencia es suprema. Comprender la idiosincrasia y la cosmovisión del pueblo, resulta fundamental para generar empatía y comprender los móviles ideológicos de su accionar. Los esquemas de mediación deben ser sensibles a estos aspectos culturales.

> 20. Los Estados miembros deben considerar la formulación de estrategias y políticas nacionales con metas en el desarrollo de justicia restaurativa y la promoción de una cultura favorable para el uso de justicia restaurativa entre el cumplimento de la ley, autoridades judiciales y sociales, así como comunidades locales.

En México, desde la reforma del 2008, la constitución en su numeral 17, erige e impulsa la instauración de la justicia alternativa, se ha hecho un gran esfuerzo por consolidar este esquema. El 70% de las entidades federativas tiene sus propios institutos regionales de justicia alternativa y de forma más homologada y sistematizada, pues la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal vino a unificar los criterios de aplicabilidad en todo el país.

> 21. Debe haber consultas regulares entre las autoridades de justicia penal y los administradores de los programas de justicia restaurativa para desarrollar un entendimiento común y mejorar la efectividad de los procesos restaurativos y los resultados para incrementar el grado en que los programas restaurativos se usan y para explorar maneras en que las metodologías restaurativas pueden incorporarse en prácticas de justicia penal.
>
> 22. Los Estados miembros en cooperación con la sociedad civil cuando sea adecuado, deben promover la investigación y la evaluación de los programas de justicia restaurativa para evaluar el grado resultante de los resultados restaurativos, para que sirvan como un complemento o alternativa al proceso de justicia penal y proporcionen resultados positivos para todas las pares. Los procesos de justicia restaurativa pueden necesitar experimentar cambios en forma concreta sobre el tiempo. Los Estados miembros deberán por lo tanto, motivar evaluación regular y la modificación de tales programas. Los resultados de investigación y evaluación deberán guiar una política posterior y desarrollo de los programas.

En México se está dando un gran impulso a la justicia alternativa, haciéndose esfuerzos conjuntos entre ONG, asociaciones civiles, institutos privados de justicia alternativa, organismos gubernamentales, etc. Algunas entidades federativas han hecho esfuerzos loables de promoción y difusión de la filosofía restaurativa y de la cultura de avenencia, en algunos Estados, algunos Institutos de Justicia Alternativa se ha afianzado institucionalmente, promoviendo cursos, diplomados, talleres, etc., para acercar la ideología de la cultura de paz entre sus ciudadanos, con lo que se está logrando que esta ideología permee cada vez entre los justiciables.

Conclusiones

El control de convencionalidad que se instauró en México en el 2011 con la reforma constitucional en materia de derechos humanos vino a crear un nuevo paradigma en México, que representó un reto histórico para todos los juzgadores en particular y para todos los estudiosos de la ciencia jurídica en general.

Reforma histórica en materia penal sin parangón y desafío superlativo que ha asumido con gallardía nuestro país, consolidándose como un estado garantista por antonomasia, firmemente comprometido con el respeto irrestricto de los Derechos Humanos de todos sus justiciables

En cuanto al modelo restaurativo penal en ciernes, el control de convencionalidad vino a dar un impulso denodado a la justicia alternativa en México, pues ya no solo se tendrá el respaldo constitucional, sino que además todos los tratados internacionales que tuvieran contemplada la figura de la mediación, la conciliación, los buenos oficios, juntas restaurativas y demás variantes de mecanismos de resolución de controversias que se hayan firmado y ratificado por nuestro país, ahora serían vinculantes en nuestra legislación.

Asimismo todos los tratados, protocolos e instrumentos internacionales en materia de política penitenciaria de los que nuestro país fuera signatario, permearían en nuestra legislación y su aplicación tendría que ser obligatoria, con efectos *erga omnes* y en congruencia sistemática con la filosofía *pro homine*.

En este trabajo hemos glosado los principales instrumentos que versan sobre justicia alternativa y de los que México es parte. Y un análisis sistemático de todos ellos, podemos concluir que la preocupación por impulsar la justicia restaurativa penal en el mundo, se ha tornado en una prioridad. La historia ha demostrado que las dinámicas punitivas de retribución que se han implementado a través del tiempo no han sido eficientes y que solo han llevado a un círculo vicioso en donde prevalece la sensación de impunidad.

Los esquemas tradicionales punitivos han sido fallidos, por lo que su reestructuración orgánica formal, es un imperativo categórico para todos los países que se ufanan de tener un estado democrático constitucional.

Fue así que, a raíz de la segunda guerra mundial y debido a la devastación indescriptible que se gestó en ella, hubo una necesidad urgente de fomentar la cultura de paz, a través de convenciones internacionales que homologaran criterios aplicativos tanto de justicia alternativa penal como de tratamientos penitenciarios, que fueran modelos inspiradores para que los países pudieran replicar y adoptar en sus legislaciones locales desde su propia soberanía, autonomía e idiosincrasia intrínseca.

Hasta el día de hoy, se advierte en el mundo aún una tendencia a la justicia retributiva y el lastre punitivo se resiste a desaparecer de las legislaciones internacionales, aunque en las últimas dos décadas se ha dado un renovado y denodado impulso por fomentar prácticas alternativas tanto procesales como penitenciarias más humanitarias y bajo un modelo más holístico conciliatorio y de justicia restaurativa genuina.

En América Latina, la justicia alternativa ha tenido un afianzamiento progresivo, desde el año 2000 cuando inició una oleada transformadora que dio paso al sistema adversarial, impulsando que los países que habían reformado su sistema procesal, naturalmente incorporaran mecanismos alternativos de solución de controversias penales con la finalidad de atenuar la carga laboral que podría darse a través de los juicios orales y que llevaría a su colapso inminente.

Desde hace dos décadas que inició este movimiento reformador en América Latina, se ha generado que prácticamente y de forma gradual todos los países latinoamericanos abandonen sus otrora sistemas inquisitivos para experimentar con modelos adversariales. México fue el penúltimo país que hizo la reforma, fuertes lastres le impedían desprenderse del viejo sistema, pero finalmente de forma irremediable —quizá más por la presión internacional que por un genuino deseo de cambio—, a partir del 2008 inició su proceso reformatorio que tuvo su consolidación hasta el 2016, después del largo periodo de ocho años que los artículos transitorio constitucionales estipularon para echar andar la maquinaria procesal acusatoria adversarial en todo el país. Puede decirse que ha sido un periodo de prueba y error, de actualización y práctica.

Para poder emitir un diagnóstico sobre el éxito o fracaso de este sistema quizá falte más tiempo, lo que sí es que la legislación mexicana está en un momento coyuntural jurídico evolutivo. Tomas Kunh,[12] afirma que deben trascurrir al menos 10 años para determinar si un paradigma es consistente o fallido. Virar a los países latinoamericanos que han tenido más éxito en sus sistemas adversariales como Chile y Colombia debe ser un referente obligatorio. La justicia restaurativa implica también la depuración del subsistema penitenciario, la realidad muestra que no se ha dado una renovación integral, sino solo intentos aislados por depurarlo, pues la voluntad política ha sido poca. A raíz de las Reglas Nelson Mandela que publicó la ONU en el año 2015 y el impulso de instituciones locales, como la Comisión Nacional de Derechos Humanos en México por ejemplo, se renueva el impulso por transformar los sistemas carcelarios y erradicar sus perennes problemas de sobrepoblación, hacinamiento, falta de readaptación social de sus reos y generalizada crisis institucional.

Bibliografía

Código Nacional de Procedimientos Penales, arts. 189 (párr. IV) y 196 (párr. III). Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de marzo de 2014. Última reforma publicada *DOF* 19-02-2021.

Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, *Principios básicos del uso de Programas de Justicia Restaurativa en Materia Penal* (2002), Viena, Austria, *https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf* (consultado el 31 de octubre 2021).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917. Texto vigente. Última reforma publicada DOF 28-05-2021.

[12] Kunh, T. (1986), *La estructura de las revoluciones científicas,* México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica. (7a reimpresión), núm. 213. (Original publicado en 1962 por la University of Chicago Press bajo el título de *The structure of scientific revolutions*).

Kuhh, T. (1986), *La estructura de las revoluciones científicas, México: Breviarios del Fondo de Cultura Económica*. (7a. reimpresión), núm. 213. (Original publicado en 1962 por la University of Chicago Press bajo el título de The structure of scientific revolutions).

Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal. Art. 4° (frac. III). Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de diciembre de 2014.

OEA *Carta de la Organización de los Estados Americanos* (1948), Bogotá, *http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.pdf,* (consultado el 30 de octubre 2021).

—— (1948),Tratado Americano de Soluciones Pacíficas. Pacto de Bogotá, Colombia, *http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-* (consultado el 31 de octubre 2021).

ONU, Carta de las Naciones Unidas (1945), San Francisco, *https://www.un.org/es/about-us/un-charter (consultado el 23 de octubre 2021).*

Stammler, Rudolf, *Tratado de Filosofía del Derecho*, Coyoacán, México, 2008.

Comparación constitucional entre la declaratoria general de inconstitucionalidad en México y la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia en materia tributaria

*Antonio Olguín Torres**
*Paulo Aristóteles Quezada Medina***

Sumario: Introducción. I. Antecedentes de la declaratoria general de inconstitucionalidad en México. II. Naturaleza jurídica de la declaratoria general de inconstitucionalidad en México. III. Procedencia y procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad mexicana. IV. La exclusión de la materia tributaria en la declaratoria general de inconstitucionalidad en México. V. Antecedentes y naturaleza jurídica de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia. VI. Procedencia y procedimiento de la acción pública de inconstitucionalidad. VII. La materia tributaria inmersa en la acción pública de inconstitucionalidad. VIII. Resultados de la comparación constitucional. Conclusiones. Bibliografía.

* Doctor en Derecho con Mensión Honorífica, profesor investigador de tiempo completo en el Departamento de Derecho en la Universidad de Guanajuato, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, *https://orcid.org/0000-0002-4843-2983.* Contacto: aolguint@ugto.mx

** Maestro en Justicia Constitucional de la División de Derecho, Política y Gobierno del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato y licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Aguascalientes.

Introducción

El presente trabajo de investigación tiene como objeto la comparación constitucional entre dos medios de control constitucional: la declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad en los países de México y Colombia, respectivamente. La problemática que se aborda, es que en la declaratoria general de inconstitucionalidad existe una restricción expresa a la materia tributaria, mientras que en la acción pública de inconstitucionalidad le es permitida ser objeto de una declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* o dentro de la terminología jurídica colombiana, la materia tributaria puede ser decretada como inexequible. Para poder examinar la limitación que se presenta en el ordenamiento jurídico mexicano y no así en el colombiano, es necesario acudir a los antecedentes históricos y su configuración actual, determinar el enfoque de cómo son concebido tales medios de control constitucional, es decir, su naturaleza jurídica, y revisar los fundamentos constitucionales y secundarios que rigen la procedencia y el procedimiento.

El método de esta investigación es comparado que tiene como propósito el análisis de una pluralidad de ordenamientos y confrontarlos entre sí e inferir sus diferencias y analogías.[1] Así, los objetivos perseguidos por la ciencia del derecho comparado son: la obtención del verdadero nivel científico de los estudios jurídicos, un mejor conocimiento del derecho nacional, el perfeccionamiento del lenguaje jurídico, la comprensión internacional del derecho, la unificación o armonización de los ordenamientos jurídicos y el conocimiento dinámico de los ordenamientos jurídicos.[2] La comparación ha sido un elemento intrínseco del ser humano a lo largo de la historia y la comparación como estudio científico data desde la antigua Grecia. Aristóteles (384-322 a.C.) realizó una comparación de 153 constituciones[3] de Grecia y otras

1 Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2012, p. 3.

2 Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas*, México, Porrúa, 2007, pp. 330-333.

3 Los latinos (a partir de Cicerón) para referirse a la *constitutio* "constitución" o forma y leyes de gobierno empleaban una "traducción" o paráfrasis

ciudades con el fin de hacer un mejor sistema de gobierno.[4] Fue hasta los siglos XIX y XX, donde hubo una evolución de los estudios jurídico-comparativos y en 1900 se llevó a cabo el primer Congreso Internacional de Derecho Comparado.[5]

El derecho constitucional comparado latinoamericano comenzó con el propio constitucionalismo en América Latina y se vio reflejado en los documentos constitucionales de cada país, *verbi gratia*, el juicio de amparo mexicano influyó en diversos ordenamientos constitucionales latinoamericanos como Argentina, Bolivia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, entre otros. Otro ejemplo, es la acción popular de inconstitucionalidad que surgió en Colombia y Venezuela, la cual ha sido considerada como el origen del control concentrado de constitucionalidad.[6]

---

de la palabra griega πολιτεία, Cicerón adoptó la traducción De re publica, en realidad está palabra es mucho más compleja y difícil de traducir y no siempre equivale a constitución, pero es una de las formas más completas de referirse a todos esos elementos que subyacen en el ejercicio cívico-político.

4 Sirvent Gutiérrez, Consuelo, *op. cit*. nota 1, pp. 1-2.

5 Teixeira, Anderson Vichinkeski, "El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa", en Opinión Jurídica, vol. 19, núm. 39, 2020, *https://doi.org/10.22395/ojum.v19n39a13* (consultado el 10 de septiembre de 2020).

6 Cabe señalar que los antecedentes del control concentrado de constitucionalidad se deben a dos países latinoamericanos. "En Colombia y Venezuela nació la acción popular de inconstitucionalidad en el siglo XIX. En esta acción se ha querido ver un antecedente importante, e incluso el origen, del control concentrado de constitucionalidad desarrollado por Kelsen, y se le considera un aporte latinoamericano a los institutos procesales de defensa de la Constitución". Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", en Boletín mexicano de derecho comparado, vol. 38, núm. 114, 2005, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041-86332005000300001&lng=es&tlng=es* (consultado el 11 de septiembre de 2021).

"Si bien el control de constitucionalidad concentrado encontró por primera vez consagración expresa en la Constitución de Venezuela de 1858, como potestad atribuida a la Corte Suprema para anular las leyes provinciales contrarias a la Constitución, fue después de la Primera Guerra Mundial cuando encontró pleno desarrollo a partir de la multiplicación de los tribunales constitucionales en Europa. Por ello, al método de control con-

Desde la antigüedad ha imperado la idea de la protección del orden supremo (actualmente se denomina control de constitucionalidad).[7] Para su cometido, ciudades como Atenas o Esparta creaban instituciones con el fin de limitar el poder de sus gobernantes. Roma creó la doble magistratura, el Senado y el Tribunado. En la Edad Media pregonaba la superioridad de la ley divina y el derecho natural sobre el derecho positivo. La Constitución estadounidense de 1787 fue pionera en crear mecanismos de defensa[8] y el control de constitucionalidad se consolidó bajo el principio de supremacía constitucional, dimensionado por la interpretación del juez Marshall en el famoso caso *Marbury versus Madison* en 1803.[9] En el siglo xx, se sostuvo una dicotomía entre dos destacados juristas para determinar quién debía ser el defensor de la Constitución. Por un lado, Carl Schmitt con su obra *Der Hüter der Verfassung* ("El protector de la Constitución"), planteaba que el órgano encargado del control de constitucionalidad debía ser político. Por el otro, Hans Kelsen con su obra *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, más tarde traducido bajo el título *¿Quién debe ser el protector de la Constitución?*, consideraba que el órgano para proteger las normas fundamentales debía ser un tribunal especializado que no tendría que conside-

centrado se lo conoce como el 'sistema austriaco' o el 'modelo europeo', por la difusión de los tribunales constitucionales especiales originados en Europa con la propuesta de Hans Kelsen para Austria y Checoslovaquia en 1920". Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencion*al, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2021, pp. 351 y 352.

7 Benítez Treviño, V. Humberto, "El principio de supremacía constitucional y los derechos humanos a la luz del pensamiento de Jorge Carpizo", en: Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional , volumen I, (Carbonell, Miguel *et al.)*, UNAM, México, t. IV, 2015, pp. 99-105. "En Grecia eran sancionados quienes elaboraban leyes contrarias a la constitución. En Roma, la supremacía constitucional se representaba con las *maiestas.* [...] En la Edad Media los hidalgos de Aragón le impusieron al rey el *Privilegium Generale Aragonum*, como ley suprema al que debería sujetarse el rey".

8 Suprema Corte de Justicia de la Nación, La defensa de la Constitución, Grandes temas del constitucionalismo mexicano, México, SCJN, 2005, pp. 9 y 10.

9 Benítez Treviño, V. Humberto, *op. cit.,* nota 8, pp. 99-105.

rarse como cualitativamente diferente de cualquier otro órgano jurisdiccional.[10]

Bajo la hipótesis de que la acción pública de inconstitucionalidad funge como prototipo a seguir del medio de control constitucional mexicano. La pregunta de investigación es ¿puede utilizarse una declaratoria general de inconstitucionalidad en materia tributaria en México siguiendo el modelo de comparación constitucional colombiano? Para responder a tal incógnita, se abordarán los elementos característicos de cada garantía constitucional, destacando lo que establece los textos fundamentales y cómo han sido abordados por los tribunales constitucionales, apuntando la permisión en la figura colombiana y las consecuencias jurídicas, políticas y económicas que conlleva.

I. Antecedentes de la declaratoria general de inconstitucionalidad en México

El neonato del juicio de amparo en México se le adjudica a Manuel Crescencio García Rejón, quien con influencias externas como la estadounidense, introdujo la figura en la Constitución yucateca de 1841. A su vez, Mariano Otero impulsó su consagración en el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, mediante su voto particular. En este planteó un sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes. Los artículos 22, 23 y 24 del Acta de Reformas, establecían un control de la constitucionalidad de las leyes (federales o locales) por parte de órganos políticos, donde sus resoluciones tenían efectos generales. Y el artículo 25 del Acta de Reformas, preveía un control por parte de órganos jurisdiccionales, donde sus sentencias tenían efectos relativos, ya que su protección se limitaba al caso particular.[11]

10 Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2a. ed., México , 1998, pp. 21 y 22.

11 Ortiz, Noé Luis, "La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo", *Revista del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentarias*, Quórum Legislativo 130, 2020 , pp. 14-18.

La Constitución de 1857 ya no contempló el control de constitucionalidad de las leyes por órganos políticos. Los constituyentes encontrarían al juicio de amparo, como el mecanismo adecuado para resolver los conflictos entre la Federación y los Estados.[12]

La Constitución de 1917 confirmó la prevalencia del principio de relatividad de las sentencias. Su justificación, de acuerdo con Noé Luis Ortíz se encuentra, en aspectos históricos, políticos, técnicos y teleológicos, tales como:

> a) La marcada influencia que en su confección se tuvo de Tocqueville y del sistema difuso de control de la constitucionalidad, en el cual los jueces únicamente dictan sus fallos sobre casos particulares; b) la necesidad de preservar el equilibrio entre los poderes públicos del Estado, evitando los potenciales conflictos que pudieran derivar de una declaratoria general de inconstitucionalidad; c) su diseño como medio de control concentrado de la constitucionalidad de normas generales –en oposición al control abstracto–, en el que no se impugna a la norma como tal, sino la afectación que causa a un interés particular mediante su aplicación en un caso determinado y, d) su concepción como un instrumento tutelar del interés individual, o sea, como una garantía procesal destinada a proteger las libertades fundamentales de las personas.[13]

Con la reforma del 31 de diciembre de 1994, se creó la acción de inconstitucionalidad y se consolidó la controversia constitucional. Anterior a la reforma, los conflictos en las controversias constitucionales eran resueltos por el Senado, posterior a la reforma, la Suprema Corte fue la competente para conocer en única instancia. Ambas figuras contemplaban que sus resoluciones tuvieran efectos generales —con sus salvedades en las controversias constitucionales—, siempre y cuando se aprobara con la mayoría de 8 votos.[14]

---

12 Fernández Segado, Francisco, "El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la segunda república española", vol. I, México, *Dykinson-Constitucional*, 2020, pp. 575-577.

13 Ortiz, Noé Luis, *op. cit*., nota 10, p. 21.

14 Rincón Mayorga, César Alejandro, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales", Hechos y Derechos, vol. 1, núm. 37, 2017, *https://revistas.*

La Suprema Corte de Justicia de la Nación en 1999 presentó una Comisión de Análisis de Propuestas para la formulación de una nueva Ley de Amparo. El proyecto definitivo aprobado por el Pleno del Alto Tribunal proponía la integración de dos figuras: *la declaración general de inconstitucionalidad* en el juicio de amparo contra norma generales y la *declaración de la interpretación conforme*.[15]

El 6 de junio de 2011, se instauró la declaratoria general de inconstitucionalidad en el artículo 107, fracción II, párrafos segundo, tercero y cuarto, de la Constitución general. Su ley reglamentaria, es decir, la Ley de Amparo, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación,* el 2 de abril de 2013. Sus Acuerdos Generales son el 11/2011 (fijó el procedimiento al no haber ley reglamentaria) y el 15/2013 (emitido después de la Ley de Amparo, regula el procedimiento).

En el año 2020, se presentó una propuesta —Reforma Judicial con y para el Poder Judicial— elaborada por el propio Poder Judicial de la Federación. El Ejecutivo Federal la hizo suya y la envió a la Cámara Alta. El 11 de marzo de 2021, se reformaron los párrafos segundo y tercero de la fracción II, del artículo 107, donde se modificó, entre otras cosas, la forma de integrar jurisprudencia. Esto originó, que se ajustara la Ley de Amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y se creara el Acuerdo General 1/2021 —dando inicio a la undécima época del Semanario Judicial de la Federación—.

II. Naturaleza jurídica de la declaratoria general de inconstitucionalidad en México

En un Estado Constitucional moderno, la norma suprema es la Constitución. Esta idea ha sido estudiada por grandes juristas

juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/10930/1299 (consultado el 15 de septiembre de 2021).

15 Fix-Zamudio, Héctor, "La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", México, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 8, 2001, p. 90.

como Kelsen, Schmitt, Lassalle, García Pelayo, Zagrebelsky, entre otros. Si bien, cada uno desarrolla su teoría y trató de definir lo qué es la Constitución, es muy complicado construir una definición con elementos unívocos.[16] Sin embargo, hay características que comparten la mayoría de las constituciones. Una de ellas es la supremacía constitucional. En México, este principio se encuentra establecido en el artículo 133. Los medios de control constitucional son los instrumentos o mecanismos adecuados para lograr un auténtico Estado Constitucional. Uno de estos medios de control constitucional en México, es la declaratoria general de inconstitucionalidad, que: "es el pronunciamiento con efectos generales que emite un órgano constitucionalmente facultado sobre la irregularidad de una norma general, haciéndola inaplicable respecto de cualquier persona".[17]

La declaratoria general de inconstitucionalidad se encuentra prevista en el artículo 107, fracción II, párrafos segundo, tercero y cuarto. A través de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede declarar la invalidez con efectos generales de normas no tributarias cuya inconstitucionalidad se haya determinado mediante un juicio de amparo indirecto en revisión o se haya establecido jurisprudencia por reiteración —Tribunales Colegiados de Circuito— o precedentes —Salas o Pleno de la Corte—.

En la sentencia de la declaratoria general de inconstitucionalidad 6/2017, el ministro Eduardo Medina Mora en su voto concurrente, determinó que:

> Mediante la declaratoria general de inconstitucionalidad la Suprema Corte puede expulsar una norma general de nuestro sistema jurídico. Esto es, la declaratoria tiene una lógica constitucional distinta a la del control abstracto: las decisiones validadas jurisprudencialmente mediante el sistema de reiteración en juicio de amparo, a partir del conocimiento y resolución de casos concretos, permiten la invalidez de normas con efectos generales.

16 Beca Freí, Juan Pablo, "La (im)posibilidad de construir un concepto científico de Constitución". Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 309-330, *https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200009* (consultado el 17 de septiembre de 2021).

17 Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.,* nota 7, p. 568.

Por su parte, el ministro Javier Laynez Potisek en su voto concurrente de la declaratoria general de inconstitucionalidad 1/2018, señaló que no existe un consenso claro sobre la configuración de su naturaleza, lo que conlleva a que el Alto Tribunal no siga pautas o reglas para determinar si se cumple o no la irregularidad constitucional de la norma. Es decir, para que los ministros se pronuncien a favor o en contra de una propuesta, "algunos solo basan su voto en aspectos 'formales', tales como: *a)* La existencia de una jurisprudencia que determine que cierta(s) norma(s) resulta(n) inconstitucional(es); *b)* Una adecuada notificación de tales criterios a los emisores de tales normas, y *c)* La omisión del órgano legislativo de superar el vicio de inconstitucionalidad advertido". Para otros ministros no es suficiente que se cumplan esos requisitos, sino que además, cada integrante del Tribunal Pleno debe estar de acuerdo con el criterio plasmado en ello.

III. Procedencia y procedimiento de la declaratoria general de inconstitucionalidad mexicana

La declaratoria general de inconstitucionalidad es un medio de control constitucional "autónomo", al menos así ha sido el tratamiento que se le ha dado. Sin embargo, no podemos omitir que su procedencia se encuentra supeditada a otro medio de control constitucional, como lo es el juicio de amparo. Esta afirmación halla fundamento en el artículo 107, fracción II, párrafos segundo, tercero y cuarto, de la Constitución general. Es decir, el primer supuesto de procedencia, se determina por la inconstitucionalidad de una norma declarada en un juicio de amparo indirecto en revisión. El segundo supuesto de procedencia, se da cuando los Tribunales Colegiados de Circuito establecen jurisprudencia por reiteración, o la Suprema Corte de Justicia de la Nación por precedentes, en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, siempre y cuando las jurisprudencias sean criterios provenientes de amparos indirectos en revisión. Solo a través de estos supuestos, se puede acceder a una posible declaración de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. Así que la procedencia queda condicionada a que la demanda de amparo indirecto no haya sido desechada o sobreseída.

Una vez que se haya dado alguno de los dos supuestos de procedencia, la autoridad emisora cuenta con el plazo de 90 días naturales para superar el problema de inconstitucionalidad. Durante este plazo se pueden presentar las siguientes circunstancias:

a) Cuando la jurisprudencia relativa a la inconstitucionalidad de una norma general provenga de un Tribunal Colegiado de Circuito, este lo hará del conocimiento del Pleno Regional al que pertenezca, quien lo comunicará a la presidencia de la Suprema Corte acompañando copia certificada de las cinco ejecutorias correspondientes y, en su caso, de las tesis respectivas, con el objeto de que se notifique y se integre el expediente, el cual precisará, de ser el caso, que el criterio jurisprudencial no ha sido materia de análisis por la Corte y si se encuentra pendiente de resolver alguna contradicción de tesis sobre la constitucionalidad de la norma general respectiva. En este último supuesto, no se resolverá el fondo de la declaratoria general de inconstitucionalidad hasta en tanto no se decida la contradicción de tesis, lo que se deberá realizar preferentemente dentro del plazo de noventa días a que se refiere el párrafo tercero de la fracción II del artículo 107 constitucional. En caso de que exista duda sobre la naturaleza tributaria de la norma general cuya inconstitucionalidad se haya determinado en jurisprudencia por un Tribunal Colegiado de Circuito, el presidente de la Suprema Corte lo consultará al Tribunal Pleno en sesión privada, antes de practicar la notificación a la autoridad emisora.

b) Si antes de transcurrir los noventa días contados a partir del siguiente al en que surta efectos la notificación por oficio que se realice a la autoridad emisora de la norma general respectiva, entra en vigor una nueva norma general que a juicio del Tribunal Pleno modifique aquélla, el procedimiento de declaratoria general relativo se deberá declarar sin materia. El Ministro Ponente someterá al Pleno el proyecto de resolución respectivo.[18]

[18] Ortiz, Noé Luis, *op. cit*., nota 11, p. 29.

Posterior al plazo de los 90 días naturales sin haberse superado el problema de constitucionalidad de la norma general, la Suprema Corte tomará las siguientes medidas:

a) Dentro de los 10 días hábiles siguientes al vencimiento del referido plazo de 90 días, sin que se hubiese superado el problema de inconstitucionalidad de la norma general respectiva, mediante la emisión de una nueva norma general, el Ministro Ponente deberá remitir a la Secretaría General de Acuerdos de este Alto Tribunal el proyecto de resolución correspondiente, el que deberá listarse para sesión pública que se celebrará dentro de los 10 días hábiles subsecuentes.

b) Al emitir una declaratoria general de inconstitucionalidad, el Pleno deberá señalar la fecha a partir de la cual surtirá sus efectos, así como sus alcances y condiciones, tomando en cuenta lo previsto en el artículo 234 de la Ley de Amparo. Si el proyecto de declaratoria general de inconstitucionalidad no alcanza la votación calificada requerida, se desestimará el asunto y se ordenará su archivo.

c) La Secretaría General de Acuerdos realizará las gestiones necesarias para que la declaratoria general de inconstitucionalidad emitida por el Pleno de este Alto Tribunal se publique en el *Diario Oficial de la Federación* y, en su caso, en el diverso órgano oficial en el que se hubiera publicado la norma declarada inconstitucional, dentro de los siete días hábiles siguientes al en que se apruebe el engrose respectivo, incluyendo los votos correspondientes.

IV. La exclusión de la materia tributaria en la declaratoria general de inconstitucionalidad en México

El Estado mexicano es una República representativa, democrática, laica y federal, así lo establece el artículo 40 de la Constitución federal. Para cumplir con esa concepción garantista, existen principios encaminados a la obtención de un fin, como lo puede ser un derecho humano. En materia tributaria estos principios

constitucionales están enfocados a la defensa de los derechos sociales. Para lograr su cometido, deben cumplir con tres funciones:[19]

Exegética: Porque ayudan a la interpretación de todo el ordenamiento jurídico.

Fundamentadora: Dado que limitan a las autoridades y dirigen el ejercicio de sus potestades y atribuciones.

De garantía para los particulares: Por ser fortaleza de los derechos individuales y otorgar certeza jurídica al particular.

El artículo 31, fracción IV, de la Constitución general, establece la obligación pública por excelencia de contribuir al gasto público. La obligación de contribuir se configura como un mandato al legislador y una obligación fundamental de los contribuyentes. Además, se justifica directamente en la solidaridad social de los integrantes del Estado y responde al ejercicio del poder tributario de este.[20]

Del precepto constitucional citado, se desprenden seis principios fundamentales: generalidad, obligatoriedad, vinculación al gasto público, proporcionalidad, equidad y legalidad.[21]

Las reformas constitucionales del 2011 significaron diversos cambios paradigmáticos en el sistema jurídico mexicano. Entre ellos surge la declaratoria general de inconstitucionalidad que se suma a los medios de control constitucional. Su inserción en el texto constitucional representó un contrapeso en oposición al principio de relatividad de las sentencias. Pero también estableció una limitante poco entendida, es decir, la exclusión expresa de la materia tributaria. Así se ve reflejado en el párrafo cuarto del artículo 107, fracción II, de la Constitución general, "[L]o dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria".

---

19 Tenorio Cruz, Ixchel, "Conceptos constitucionales de la contribución o del derecho al mínimo vital", *http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/conceptosconstitucionales.pdf* (consultado el 15 de mayo de 2021).

20 Tesis aislada 1a. CII/2012 (10a.), Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta,* Libro VIII, Mayo de 2012, t. 1, p. 1108.

21 Tenorio Cruz, Ixchel, *op. cit.,* nota 19, pp. 5 y 6.

Arturo Zaldívar, actual Presidente de la Suprema Corte, señaló "que pueden existir casos complejos o excepciones a la declaratoria general de inconstitucionalidad". *Verbigracia*:

> Que la Corte declarara inconstitucional de manera *erga omnes* la Ley del Impuesto sobre la Renta. Si se considerara simplemente que dicha ley desaparece del sistema jurídico mexicano, resultaría que los efectos no sólo inconvenientes, sino desastrosos, de no contar con contribuciones para cubrir el presupuesto, generarían un problema mucho mayor que los derivados de la vigencia de la norma irregular.[22]

No cabe duda, que esta visión fue compartida por aquellos legisladores que instauraron la declaratoria general de inconstitucionalidad en el 2011, al excluir expresamente la materia tributaria de una posible declaratoria con efectos *erga omnes*.

En el año 2013, el diputado Ricardo Villarreal García presentó una iniciativa de reforma en la cual pretendía derogar lo dispuesto por el párrafo cuarto del artículo 107, fracción II, de la Constitución federal.[23] Es decir, la materia tributaria podría ser objeto de una declaratoria general de inconstitucionalidad. No obstante, la iniciativa no prosperó.

V. Antecedentes y naturaleza jurídica de la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia

El bagaje histórico de la acción pública —o popular— de inconstitucionalidad es muy amplio y sus antecedentes se remontan a la *Carta Magna* de 1215 en Inglaterra y los *fueros* coloniales en el Reino de España.[24]

---

22 Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, "Hacia una nueva Ley de Amparo", Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2002, pp. 123 y 124.

23 Cámara de Diputados, *Gaceta parlamentaria*, *http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130404-IV.html#Iniciativa2* (consultado el 17 de mayo de 2021).

24 Muñoz Trujillo, Felipe, "La evolución histórica de la Acción Pública de Inconstitucionalidad como apertura hacia una mayor deliberación política en

En el sistema jurídico colombiano, desde la Constitución de Cundinamarca de 1811 (primera Constitución), se establecieron instrumentos de justicia constitucional, entre ellos, la acción popular de inconstitucionalidad,[25] aquí surgen tres elementos fundamentales de lo que sería el constitucionalismo colombiano: "la voluntad popular como fundamento del gobierno, el consentimiento de los ciudadanos como origen del poder público y el pueblo como dispensador de la autoridad y no ya el Papa o la Iglesia".[26]

Durante las Constituciones de 1821, 1830, 1832 y 1843, operó un control político y centralista, lo que ocasionó que hubiera un control de constitucionalidad de las leyes por parte de órganos políticos. Con la Constitución de 1853, el país entró en una etapa federalista, sin embargo, el Congreso se seguía manteniendo como el intérprete de la Constitución. En las Constituciones de 1858 y 1863, se ejerció un control mixto y federalista, se facultó hasta cierto punto a la Corte Suprema de Justicia para que realizara un control de constitucionalidad de las leyes. La Constitución de 1886 con esencia conservadora y centralista, siguió con la tendencia de facultar a la Corte Suprema como órgano de control constitucional.[27]

La Constitución de 1910 es trascendental en el ordenamiento jurídico colombiano, el Constituyente instauró la declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes* a través de la acción pública de inconstitucionalidad. Esta atribución recayó en la Corte Suprema de Justicia, por lo que, esta se convirtió en el órgano jurisdiccional para decidir sobre la *exequibilidad* de leyes. Se conseguía así un efecto análogo al que en virtud del *stare decisis*

Colombia", Colombia, Universidad de los Andes, pp. 8-11, 2012, *https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/25021* (consultado el 25 de septiembre de 2021).

25 Osuna, Néstor, "Panorama de la justicia constitucional colombiana", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacía un ius constitutionale commune en América Latina?*, núm. 569, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I. México, 2010, p. 624.

26 Muñoz Trujillo, Felipe, *op. cit.*, nota 24, p. 16.

27 *Ibidem*, pp. 17-24.

tienen las sentencias de la Corte Suprema estadounidense. Pero, para asegurar la inviolabilidad de la Constitución en todos los casos, se adoptó también un sistema difuso que permitía inaplicar las leyes consideradas inconstitucionales con efectos restringidos al caso concreto. La clave era la legitimación ciudadana para activar el mecanismo de control, mediante la interposición de demandas de inconstitucionalidad contra cualquier ley. Esta forma de control de constitucionalidad de leyes es considerada como un antecedente del *control concentrado* que desarrolló Hans Kelsen años más tarde.[28]

Finalmente, la Constitución de 1991 es la norma suprema vigente en la República de Colombia. Como primer elemento destacado es la creación de una Corte Constitucional, es decir, surge un órgano diverso a la Corte de casación, en la cual sus atribuciones son el control de constitucionalidad de leyes y la protección de los derechos fundamentales.[29] La acción pública de inconstitucionalidad quedó establecida en el artículo 241 y

[28] Osuna, Néstor, *op. cit.,* nota 25, pp. 625 y 626. El fundamento de este tipo de control de constitucionalidad de las leyes recaía en los siguientes artículos constitucionales: "Artículo 40. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". "Artículo 41. A la Corte Suprema de Justicia se le confía la guarda de la integridad de la Constitución. En consecuencia, además de las facultades que le confieren ésta y las leyes, tendrá la siguiente: Decidir definitivamente sobre la exequibilidad de los Actos Legislativos que sean objetados como inconstitucionales por el gobierno, o sobre todas las leyes o decretos acusados ante ella por cualquier ciudadano como inconstitucionales, previa audiencia del Procurador General de la Nación".

[29] *Ibidem*, pp. 629 y 630. Destaca el Dr. Néstor Osuna que bajo esta Constitución lo que "se aprobó no fue un sistema concentrado de control constitucional, de tipo europeo, ni tampoco un tribunal integrado en exclusiva por expertos en derecho constitucional, sino que sobre el sistema ya decantado de justicia constitucional mestiza colombiana, se creó un nuevo órgano, la Corte Constitucional, separado de la Corte de casación, pero compuesto por juristas de diversas especialidades, encargado de declarar la inconstitucionalidad de las leyes, órgano al cual se le confirió además la atribución de actuar como tribunal supremo de los derechos fundamentales, mediante una figura inspirada tanto en el amparo de tipo alemán y español, como en el *habeas corpus* y en el *certiorari* norteamericano, que se denominó acción de tutela, y que se convertiría, a poco andar, en la figura estelar del nuevo orden constitucional".

los diversos numerales ahí contenidos señalan las demandas de inconstitucionalidad que se pueden presentar.[30]

Colombia es un Estado Constitucional, por lo que, su norma fundamental es la Constitución. Así lo señala el artículo 4° de la Constitución Política de Colombia. Y el precepto 241 faculta a la Corte Constitucional como órgano guardián de la supremacía constitucional. Para garantizar esto, la Corte Constitucional realiza diversos tipos de control de constitucionalidad, uno de ellos es el control abstracto de constitucionalidad sobre normas a través de la acción pública de inconstitucionalidad.[31] Este medio de control constitucional es considerado como un derecho constitucional de índole político, debido a que cualquier ciudadano puede ejercer este tipo de acciones de acuerdo con el artículo 40 constitucional.[32]

La Corte Constitucional en la sentencia C-352/13[33] argumenta que:

> La acción pública de inconstitucionalidad es un mecanismo de participación ciudadana, destinada a provocar que la Corte constitucional, como máximo órgano de la jurisdicción constitucional, tras el adelanto de un proceso, produzca una sentencia con efectos de cosa juzgada sobre un cierto problema jurídico planteado por

30 Muñoz Trujillo, Felipe, *op. cit.*, nota 24, pp. 35 y 36.

31 Mendieta González, David, "La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la corte constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?", Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, *https://eprints.ucm.es/id/eprint/43045/1/T38873.pdf* (consultado el 25 de septiembre de 2021).

32 Rey Cantor, Ernesto, "Acción de popular de inconstitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Chile, núm. 1, 2003, pp. 344 y 345. El ex juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Ernesto Rey Cantor, describe que la acción "pública" de inconstitucionalidad "es un derecho de índole político porque es una de las vías de la participación democrática y el pueblo por medio de un ciudadano podrá cuestionar los actos normativos que expiden los gobernantes, cuando sean violatorios de los derechos constitucionales (fundamentales, económicos, sociales, culturales, colectivos, etcétera)".

33 Sentencia C-352/13. *https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-352-13.htm* (consultado el 25 de septiembre de 2021).

> el actor, relacionado con disposiciones creadas en general aunque no exclusivamente por el Congreso de la República, obrando como constituyente derivado o como órgano representativo legislativo. Es un instrumento que combina el ejercicio de los derechos políticos con las prerrogativas entregadas al ciudadano para controlar el poder desplegado por el legislador a través de la creación de normas jurídicas [...].

Por su parte, el Doctor David Mendieta González realiza un análisis sistemático para comprender qué es la acción pública de inconstitucionalidad, entre los elementos abordados se encuentran: derechos fundamentales, derechos subjetivos, derecho de acción, derechos civiles y políticos, derecho a la supremacía efectiva de la Constitución, derecho a la tutela efectiva y mecanismos de participación ciudadana. La construcción de estas categorías jurídicas supone que la acción pública de inconstitucionalidad es:

> Un derecho fundamental en sí mismo, pues cumple con las exigencias de ser un derecho subjetivo y estar encaminado a la protección de la dignidad humana dentro del contexto de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho, pero no es un derecho que recaiga en toda persona, sino en quienes ostenten la ciudadanía; por lo tanto, es un derecho fundamental de los ciudadanos. Permite la adecuación de los actos reformatorios de la Constitución, las leyes y los decretos con fuerza material de ley a los parámetros constitucionales. El Estado constitucional se justifica desde el respeto a la dignidad humana y la acción de inconstitucionalidad es uno de los mecanismos para conservar al Estado Constitucional y a la misma dignidad humana.[34]

VI. Procedencia y procedimiento de la acción pública de inconstitucionalidad

La acción pública de inconstitucionalidad se encuentra en la Constitución Política en el título segundo: derechos, garantías y deberes; capítulo primero de los derechos fundamentales, artículo 40, numeral 6: Interponer acciones públicas en defensa de la

[34] Mendieta González, David, *op. cit.,* nota 31, pp. 268-299.

Constitución y la ley, esto lo establece como un medio de participación política. En el artículo 241 de la Constitución, en las funciones de la Corte Constitucional, le da a la acción el carácter de acción pública, de instrumento de iniciativa jurisdiccional, para ejercer el control de constitucionalidad.

El ejercicio de las demandas de inconstitucionalidad se instaura directamente ante la Corte Constitucional. Los sujetos legitimados deben reunir los siguientes requisitos:

1) Ser persona natural, con lo que se excluyen las personas jurídicas,
2) Ser nacional de Colombia, con lo que se excluyen los extranjeros,
3) Ser ciudadano, con lo que se excluye a los menores de edad. El Tribunal Constitucional afirmó que ningún ciudadano podía estar excluido de esta acción; lo cual incluye a los funcionarios públicos, e incluso a los magistrados de la Corte Constitucional, quienes en caso de instaurar la acción de inconstitucionalidad, actuarían en calidad de ciudadanos y no de servidores públicos.[35]

El decreto 2067 de 1991 establece el procedimiento de los juicios y actuaciones que deben seguirse ante la Corte Constitucional. Las demandas deben contener:

1. El señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, su transcripción literal por cualquier medio o un ejemplar de la publicación oficial de las mismas;
2. El señalamiento de las normas constitucionales que se consideren infringidas;
3. Las razones por las cuales dichos textos se estiman violados;
4. Cuando fuere el caso, el señalamiento del trámite impuesto por la Constitución para expedición del acto demandado y la forma en que fue quebrantado; y

[35] Mendieta González, David, *op. cit*., nota 31, pp. 265-267. La Corte Constitucional advierte que, para poder interponer una demanda de inconstitucionalidad, no solo se debe tener la ciudadanía sino el ejercicio de esta. Por lo que, las personas que sean incapaces, los condenados y los que renuncien a la nacionalidad colombiana, no podrán ejercer este tipo de acciones.

5. La razón por la cual la Corte es competente para conocer de la demanda.

Una vez repartida la demanda para su sustanciación, el magistrado tiene diez días para admitir, prevenir o desechar. La demanda puede ser rechazada por los siguientes motivos:

1. Cuando la demanda no cumpla algunos de los requisitos previstos en el artículo segundo, se le concederán tres días al demandante para que proceda a corregirla señalándole con precisión los requisitos incumplidos. Si no lo hiciere en dicho plazo se rechazará. Contra el auto de rechazo, procederá el recurso de súplica ante la Corte.
2. Cuando el magistrado sustanciador considere que la demanda no incluye las normas que deberían ser demandadas para que el fallo en sí mismo no sea inocuo.
3. Cuando recaigan sobre normas amparadas por una sentencia que hubiere hecho tránsito a cosa juzgada o respecto de las cuales sea manifiestamente incompetente.

Admitida la demanda, o vencido el término probatorio, se ordenará correr traslado por treinta días al Procurador General de la Nación, para que rinda concepto. En el auto admisorio de la demanda se ordenará fijar en lista las normas acusadas por el término de diez días para que, por duplicado, cualquier ciudadano las impugne o defienda. A solicitud de cualquier persona, el Defensor del Pueblo podrá demandar, impugnar, o defender ante la Corte normas directamente relacionadas con los derechos constitucionales.

Vencido el término, se iniciará el cómputo de 30 días para que el magistrado sustanciador presente el proyecto de sentencia a la Corte, la cual dispondrá de 60 días para adoptar su decisión. El magistrado podrá allegarse de cualquier prueba que estime necesaria. Además, se le informará a los organismos o entidades del Estado que hubieren participado en la elaboración o expedición de la norma, para que presenten las razones que justifican la constitucionalidad de las normas sometidas a control.

Después de revisado el proyecto de sentencia, deben cumplirse las siguientes formalidades:

1. Las sentencias de la Corte Constitucional se pronunciarán "en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución".
2. Las decisiones sobre la parte resolutiva de la sentencia deberán ser adoptadas por la mayoría de los miembros de la Corte Constitucional. Los considerandos de la sentencia podrán ser aprobados por la mayoría de los asistentes.
3. Los magistrados que no estén de acuerdo con el contenido de la sentencia "aclarar" o "salvar" el voto, mediante escrito que depositarán en la Secretaría de la Corte.
4. Si el proyecto de fallo no fuere aprobado, el magistrado sustanciador podrá solicitar al Presidente de la Corte que designe a otro para que lo elabore. Cuando el criterio de un magistrado disidente hubiere sido acogido, el Presidente de la Corte podrá asignarle la elaboración del proyecto de fallo.
5. Las sentencias serán publicadas con los salvamentos y aclaraciones en la Gaceta de la Corte Constitucional. Las deliberaciones de la Corte Constitucional tendrán carácter reservado. Los proyectos de fallo serán públicos después de cinco años de proferida la sentencia.
6. La sentencia se notificará por edicto con los considerandos y las aclaraciones y los salvamentos de voto correspondientes, debidamente suscritos por los magistrados y el Secretario de la Corte. El Secretario enviará inmediatamente copia de la sentencia a la Presidencia de la República y al Congreso de la República. La Presidencia de la República promoverá un sistema de información que asegure el fácil acceso y consulta de las sentencias de la Corte Constitucional.

Los efectos jurídicos de la sentencia de una acción pública de inconstitucionalidad son los siguientes:

1. Las sentencias manifestarán si la norma impugnada es exequible o inexequible. Tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares, es decir, tienen efectos *erga omnes*.

2. La jurisprudencia ha establecido que las sentencias de constitucionalidad tienen efectos a partir del día siguiente de su adopción.[36]
3. La declaratoria de constitucionalidad de una norma impugnada por vicios formales no obsta para que esta sea demandada posteriormente por razones de fondo.
4. La Corte Constitucional podrá fundar una declaración de inconstitucionalidad en la violación de cualquiera norma constitucional, así esta no hubiere sido invocada en el curso del proceso.
5. La doctrina constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por esta, será criterio auxiliar para las autoridades y corrige la jurisprudencia.

La Doctora Ana Giacomette Ferrer nos explica como la Corte Constitucional hace distinción entre *cosa juzgada absoluta* y cosa *juzgada relativa,*[37] y la relevancia que esto conlleva en las sentencias de índole constitucional:

> La Corte Constitucional ha señalado que si bien las sentencias por ella proferidas hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, este fenómeno no siempre tiene el mismo alcance ni iguales efectos; por ello se distingue entre cosa *juzgada absoluta*, que se presenta "cuando el pronunciamiento de constitucionalidad de una disposición, a través del control abstracto, no se encuentra limitado por la propia sentencia, es decir, se entiende que la norma es exequible o inexequible en su totalidad y frente a todo el texto Constitucional", y *cosa juzgada relativa*, que se presenta de dos maneras: a) explícita, cuando en la parte resolutiva de la sentencia, la propia Corte limita el alcance de la cosa juzgada de la norma, e b) implícita, cuando la Corte restringe en la parte motiva de la sentencia el alcance de la cosa juzgada, aunque en la parte resolutiva no indique tal limitación; sin

[36] Véase la sentencia C-973/04, *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-973-04.htm* (consultado el 30 de septiembre de 2021).

[37] Giacomette Ferrer, Ana, "Acción Pública de Inconstitucionalidad de las leyes", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* México, UNAM, t. VIII, 2008, pp. 239 y 240.

que por ello se entienda que exista una contradicción entre las partes resolutiva y motiva, pues la Corte declara la exequibilidad de la norma bajo el postulado de que sólo ha analizado algunos cargos.

Igualmente opera la *cosa juzgada relativa*, bien cuando la Corte se limita a cotejar la norma frente a algunas normas constitucionales, sin que el examen se extienda a la totalidad de la Constitución; o cuando evalúa un único aspecto de constitucionalidad sin referencia a otros que pueden ser importantes para concluir si la Constitución fue o no vulnerada.

Ahora bien, si en la declaratoria de constitucionalidad de una norma la Corte no motiva o expresa los argumentos del porqué de tal decisión en el cuerpo de la providencia, se entiende que dicha decisión no puede imponerse como obligatoria en los casos posteriores en los cuales se vuelva a plantear el asunto. Es decir, que en este caso es posible concluir que en realidad no existe cosa juzgada y se permite una nueva demanda frente a la disposición anteriormente declarada exequible y frente a la cual la Corte debe proceder "...a resolver de fondo sobre los asuntos que en anterior proceso no fueron materia de su examen y en torno de los cuales cabe indudablemente la acción ciudadana o la unidad normativa, en guarda de la integridad y supremacía de la Constitución [...].

VII. La materia tributaria inmersa en la acción pública de inconstitucionalidad

La Constitución Política de 1991, contempla a Colombia como un Estado Social de Derecho. Este enfoque pone al ser humano como el eje central de la política social y económica del país. Para que las autoridades puedan lograr un Estado garantista, requieren permanentemente de recursos. La Carta Magna, dispone de una serie de principios fundamentales que regulan el sistema tributario como son la legalidad, igualdad, equidad, eficiencia, progresividad, irretroactividad, unidad de materia y capacidad contributiva, contenidos en los artículos 13º, 58º, 338º, y 363º.[38]

[38] Romero Molina, César Augusto, "Principios constitucionales que rigen el sistema tributario", *Revista DIXI*, vol. 15, núm. 17, 2013, *https://doi.org/10.16925/di.v15i17.640* (consultado el 1 de octubre de 2021).

Como se ha señalado en diversas ocasiones, la acción pública de inconstitucionalidad encuentra fundamento en el artículo 241 de la Constitución general y en el decreto 2067 de 1991. En un análisis al precepto constitucional y al decreto que rige el procedimiento, se puede afirmar que no existe restricción alguna a la materia tributaria y en realidad a ninguna. Es decir, mediante la acción pública de inconstitucionalidad se puede decretar la inconstitucionalidad de una norma general tributaria con efectos *erga omnes*. Un ejemplo es la sentencia C-030/19,[39] donde la Corte Constitucional declaró inexequible el artículo 121 de la Ley 488 de 1998, debido a que:

> El Legislador vulneró el principio de legalidad tributaria en sus dimensiones de reserva de ley en materia tributaria y certeza tributaria por haber delegado al Ministerio de Minas y Energía la certificación del "valor de referencia de venta al público" que constituye la base gravable del impuesto de la sobretasa a la gasolina y el ACPM, sin haber dispuesto para ello ningún criterio, pauta o referente, que fijara con concreción la labor de la administración.

Otro ejemplo, es la sentencia C-293/20,[40] donde la Corte Constitucional declaró inexequibles los artículos 1º, 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º del Decreto Legislativo 568 de 2020, por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020.

---

39 Sentencia C-030/19, *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-030-19.htm* (consultado el 2 de octubre de 2021). El Tribunal Constitucional determinó que "los efectos de la declaración de INEXEQUIBILIDAD quedan diferidos por el término de dos legislaturas a partir de la fecha de notificación de la presente sentencia, a fin de que el Congreso, dentro de la libertad de configuración que le es propia, expida la norma que determine o fije los criterios concretos y específicos para determinar la base gravable de la sobretasa a la gasolina y a la ACPM".

40 Sentencia C-293/20, *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-293-20.htm* (consultado el 4 de octubre 2021). La Corte Constitucional estimó que "el decreto no superó el juicio de no contradicción específica, por dos motivos. El primero, porque no cumplió con el principio de generalidad del tributo. Y, el segundo, porque desconoció el principio de equidad e igualdad tributaria, en su dimensión horizontal". Además, la sentencia tuvo efectos *retroactivos*.

VIII. Resultados de la comparación constitucional

El derecho constitucional comparado latinoamericano comenzó con el propio constitucionalismo en América Latina y se vio reflejado en los documentos fundamentales de cada país. En México surgió una figura constitucional denominado como el juicio de amparo, su trascendencia influyó en diversos ordenamientos constitucionales latinoamericanos. En Colombia, se originó la acción pública o popular de inconstitucionalidad, la cual ha sido considerada como el origen del control concentrado de constitucionalidad.

Mediante el Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, México tenía un sistema mixto de control de constitucionalidad de las leyes. Los órganos políticos que ejercían este control, se caracterizaban porque sus resoluciones tenían efectos generales. Sin embargo, en las Constituciones de 1857 y la de 1917, se eliminó este tipo de control. Fue hasta 1994, cuando se contempló de nueva cuenta los efectos generales pero como control jurisdiccional de leyes. En el 2011, se creó la declaratoria general de inconstitucionalidad. En Colombia, la acción pública de inconstitucionalidad tiene antecedentes remotos, pero en la Constitución de 1910, adquirió especial valor, porque la Corte Suprema podía declarar la inconstitucionalidad de normas con efectos generales. En la Constitución de 1991 esta facultad pasó a la Corte Constitucional. Un hecho importante es que, tanto en México como en Colombia, se tuvo la influencia de juristas norteamericanos como Alexis de Tocqueville, para que estas dos garantías constitucionales surgieran, respectivamente.

La declaratoria general de inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad, son medios de control constitucional, es decir, mecanismos para salvaguardar la supremacía constitucional. Sin embargo, la garantía constitucional colombiana tiene una forma de concepción diferente a la mexicana, como se explica a continuación:

- La acción pública de inconstitucionalidad es considerada un derecho político de todo ciudadano, esta visión es compartida tanto por juristas como la Corte Constitucio-

nal. A partir de aquí, se fijan las directrices para que esta figura pueda fungir como un auténtico medio de control constitucional.

- La declaratoria general de inconstitucionalidad, tiene un enfoque distinto o tal vez un enfoque aún no definido. Es una garantía plasmada expresamente en el texto constitucional pero no vista como un derecho sino como un proceso para invalidar una norma que resulte irregular con la Constitución general.

Tanto la acción pública de inconstitucionalidad como la declaratoria general de inconstitucionalidad tienen las mismas finalidades como garantías constitucionales, es decir, buscan la supremacía constitucional y restaurar el orden jurídico. Las dos garantías buscan esta funcionalidad constitucional a través del control abstracto de la norma jurídica. Sin embargo, su procedencia y procedimiento varían significativamente. Por un lado, la acción pública de inconstitucionalidad, es una acción directa ante la Corte Constitucional. Se presenta una demanda de inconstitucionalidad, se deben cumplir ciertos requisitos formales y la Corte determinará si la norma impugnada es exequible o inexequible. Mientras que, la declaratoria general de inconstitucionalidad, no es una acción directa, sino que, debe presentarse una demanda de amparo indirecto, regirse bajo sus reglas procedimentales y llegar al recurso de revisión, donde los órganos facultados determinarán si la norma impugnada es constitucional o no, o si, mediante precedentes —Salas y Pleno de la Suprema Corte— o jurisprudencia por reiteración —Tribunales Colegiados de Circuito— lo determinan. Finalmente, para que pueda emitirse una declaratoria general de inconstitucionalidad, no solo debe subsistir el problema de inconstitucionalidad sino que debe ser votado y tener al menos 8 votos del Pleno de la Suprema Corte.

Al realizar un análisis de la materia tributaria y de cómo es regulada constitucionalmente en ambos países. Podemos apreciar una gran similitud entre México y Colombia. Esto puede ser por el bagaje histórico que han compartido y las influencias extranjeras. Los principios constitucionales que se desprenden, son muy semejantes, incluso indiferentes de un ordenamiento jurídico a otro. Aquí la problemática es por qué en un ordenamiento jurídico, en el caso de México, es excluida la materia tributaria

de una posible declaratoria de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*. En tanto que en el caso colombiano, no existe restricción alguna, incluso, se señalaron algunas sentencias de la Corte Constitucional, donde la norma tributaria es sometida a un control abstracto para determinar si es o no inconstitucional. Tal parece que no existe motivo por el cual, en México se deba supeditar a la materia tributaria como una norma especial, superior o de un rango diverso a las demás normas generales. El motivo más que jurídico, parece político. Sin embargo, es una incógnita que seguiremos cuestionándonos hasta que sea modificada la Constitución y el legislador *legisle* en favor del ciudadano y no en las arcas del Estado.

Conclusiones

Si bien el Estado mexicano es una República Federal y Colombia es un Estado Social de Derecho —República Unitaria—, lo que conlleva diferencias estructurales en sus sistemas normativos, también es cierto que guardan una estrecha relación con instituciones o figuras jurídicas. Entre ellas, las garantías constitucionales objeto del presente trabajo de investigación, donde se puede apreciar que surgen de los mismos antecedentes angloamericanos, sobrellevan las mismas finalidades constitucionales, sus procedimientos implican el control abstracto de una norma inconstitucional. Por lo tanto, podemos aseverar que ambas figuras jurídicas son paralelamente análogas. Ante esto, debemos atender la pregunta de investigación, ¿puede utilizarse una declaratoria general de inconstitucionalidad en materia tributaria en México siguiendo el modelo de comparación constitucional colombiano?

Para responder a tal interrogante, se deben determinar lo siguiente a manera de conclusiones:

- La Constitución mexicana excluye de manera expresa a la materia tributaria de una posible declaratoria con efectos *erga omnes*. Mientras que la Constitución colombiana no restringe a la materia tributaria, de hecho no prohíbe ninguna materia.

- Los sistemas tributarios de México y Colombia son similares, albergando principios constitucionales similares para su protección. Al limitarse la materia tributaria en México, existe una vulneración al principio de igualdad ante la ley, pues el gobernado está impedido de combatir la norma tributaria, acentuando las desigualdades económicas y sociales del país.
- La Corte colombiana ha resuelto diversas demandas de inconstitucionalidad sobre normas tributarias, donde ha pronunciado la inexequibilidad de normas creadoras de impuestos. Esto no ha significado el colapso del sistema financiero o presupuestario colombiano, sino la oportunidad de que los legisladores creen normas acordes a la Constitución.
- En México, la declaratoria general de inconstitucional sí puede hacerse con efectos generales de una norma tributaria, pues el modelo colombiano nos demuestra que es falso que el sistema económico de un país se desplome por determinar que una norma tributaria es inconstitucional.

Bibliografía

Benítez Treviño, V. Humberto, "El principio de supremacía constitucional y los derechos humanos a la luz del pensamiento de Jorge Carpizo", en Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. *Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. I, (Carbonell, Miguel *et al.*), UNAM, México, 2015.

Fernández Segado, Francisco, *El juicio de amparo, la Constitución de Querétaro de 1917, y su influjo sobre la Constitución de la segunda república española*, vol. I, México, 2020, *Dykinson-Constitucional*.

Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 3a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I., 2021.

Fix-Zamudio, Héctor, *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano,* 2a. ed., México, UNAM-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

Fix-Zamudio, Héctor, *Metodología, docencia e investigación jurídicas,* México, Porrúa, 2007.

Giacomette Ferrer, Ana, "Acción Pública de Inconstitucionalidad de las leyes", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), La ciencia del derecho procesal constitucional. *Estudios en homenaje Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho,* México, UNAM, t. VIII, 2008.

Osuna, Néstor, "Panorama de la justicia constitucional colombiana", en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacía un ius constitutionale commune en América Latina?*, núm. 569, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I., México, 2010.

Sirvent Gutiérrez, Consuelo*, Sistemas jurídicos contemporáneos*, México, Porrúa, 2012.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, La defensa de la Constitución, Grandes temas del constitucionalismo mexicano, México, SCJN, 2005.

Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, "Hacia una nueva Ley de Amparo", México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 2002.

Mesografía

Beca Freí, Juan Pablo, "La (im)posibilidad de construir un concepto científico de Constitución". Ius et Praxis, vol. 14, núm. 2, 2008, pp. 309-330, *https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200009* (consultado el 11 de septiembre de 2021).

Carpizo, Jorge, "Derecho constitucional latinoamericano y comparado", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 38, núm. 114, 2005, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0041863320050003000001&lng=es&tlng=es* (consultado el 11 de septiembre de 2021).

Fix-Zamudio, Héctor, "La declaratoria general de inconstitucionalidad, la interpretación conforme y el juicio de amparo mexicano", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal,* núm. 8, México, 2001.

Ortiz, Noé Luis, "La declaratoria general de inconstitucionalidad en el juicio de amparo", *Revista del Centro de Estudios de Derecho e Investigaciones Parlamentaria*s, Quórum Legislativo 130, México, 2020.

Rey Cantor, Ernesto, "Acción de popular de inconstitucionalidad", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, Chile, 2003.

Rincón Mayorga, César Alejandro, "La Declaratoria General de Inconstitucionalidad, medio ineficaz de control de la constitucionalidad de normas generales", *Hechos y Derechos,* vol. 1, núm. 37, 2017, *https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y derechos/article/view/10930/12992* (consultado el 15 de septiembre de 2021).

Romero Molina, César Augusto, "Principios constitucionales que rigen el sistema tributario", *Revista DIXI*, vol. 15, núm. 17, 2013, *https://doi.org/10.16925/di.v15i17.640* (consultado el 1 de octubre de 2021).

Teixeira, Anderson Vichinkeski, "El método en derecho constitucional comparado: contribuciones críticas para una metodología constitucional comparativa", en *Opinión Jurídica*, vol. 19, núm. 39, 2020, *https://doi.org/10.22395/ojum. v19n39a13* (consultado el 10 de octubre de 2021).

Legisgrafía

Cámara de Diputados, gaceta parlamentaria, *http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/62/2013/abr/20130404-IV.html#Iniciativa2* (consultado el 17 de mayo de 2021).

Sentencia C-030/19. *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2019/c-030-19.htm* (consultado el 2 de octubre de 2021).

Sentencia C-293/20. *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2020/C-293-20.htm* (consultado el 4 de octubre de 2021).

Sentencia C-352/13. *https://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2013/C-352-13.htm* (consultado el 30 de septiembre de 2021).

Sentencia C-973/04. *https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-973-04.htm* (consultado el 30 de septiembre de 2021).

Tesis aislada 1a. CII/2012 (10a.), Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta,* Libro VIII, Mayo de 2012, t. 1, p. 1108.

Cibergrafía

Mendieta González, David, "La acción de inconstitucionalidad en Colombia: ¿puede la corte constitucional establecer límites al ejercicio ciudadano de esta acción?", Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2017, *https://eprints.ucm.es/id/eprint/43045/1/T38873.pdf* (consultado el 8 de octubre de 2021).

Muñoz Trujillo, Felipe, "La evolución histórica de la Acción Pública de Inconstitucionalidad como apertura hacia una mayor deliberación política en Colombia", Colombia, Universidad de los Andes, 2012, *https://repositorio.uniandes.edu.co/handle/1992/25021* (consultado el 28 de septiembre de 2021).

Tenorio Cruz, Ixchel, "Conceptos constitucionales de la contribución o del derecho al mínimo vital", *http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/pdf/conceptosconstitucionales.pdf* (consultado el 15 de mayo de 2021).

El derecho de petición en la era de los derechos humanos: breve análisis de su regulación y protección en México

*Karen Catalina Amairani Pérez Suárez**

Sumario: Introducción. I. Génesis y evolución del derecho de petición. II. Origen y causas de las deficiencias normativas. III. Contraste del derecho de acceso a la información y el derecho de petición. IV. La regulación del derecho de petición en México y Costa Rica. Conclusiones. Bibliografía.

Introducción

En la época actual, vivimos presenciando progresivos cambios respecto a la creación y aplicación de las leyes, desafortunadamente parte de ellos van encaminados a contribuir en el incremento de violaciones a los derechos humanos, no precisamente porque la intención del texto normativo sea plasmar como idea primordial la vulneración de los mismos, sino que se ha restado valor al hecho de contar con una tutela idónea, es decir, con criterios concretos donde no exista pauta para la transgresión de la barrera garante, y a su vez, se fortalezca la protección efectiva de los derechos.

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato y maestrante en la Maestría de Justicia Constitucional por la misma universidad.

En esa tesitura, es factible conocer los antecedentes, evolución, deficiencias normativas y/o vacíos legales que impiden el cumplimiento idóneo del derecho de petición, así como, esclarecer su posición circunstancial frente al derecho de acceso a la información pública, todo esto derivado de las omisiones por parte de las autoridades al no contar con criterios determinados respecto al seguimiento y resultados que deben darse en aras de garantizar certeza jurídica a los ciudadanos, situación que revela omisiones por parte de las autoridades competentes.

A lo largo de la historia, el derecho de petición ha sido reconocido dentro del marco normativo constitucional mexicano, sin embargo, su evolución se ha dado de manera paulatina a través de diversos enfoques que se brindan en relación al ejercicio de éste, definiéndose en su mayoría como aquella "potestad que tiene el ciudadano activo de expresar sus opiniones al cuerpo legislativo, al rey o a los administradores públicos sobre asuntos de administración o de organización".[1]

En virtud de lo mencionado, el enfoque que el derecho mexicano otorga a esta potestad inherente a los individuos, comparte varios aspectos con el planteamiento de diversos países que cuentan con características revestidas de multiculturalidad, por lo que es necesario contar con un esquema comparativo mediante el cual se logren identificar puntos tendientes a su regulación.

Derivado de lo anterior, resulta interesante contrastar la figura del derecho de petición en México con la conocida en el país de Costa Rica, pues al ser una república democrática, libre, independiente, multiétnica y pluricultural, comparte aspectos socio-políticos similares a los existentes en los Estados Unidos Mexicanos, razón por la cual, es de suma utilidad analizar la forma en que se regula la misma figura jurídica en ambos países y los alcances que se establecen para su protección.

---

[1] Chaplier citado por: Atahualpa Pérez, Andrés, *El derecho fundamental de petición*, Universidad Javeriana Pontificia, Bogotá, Colombia, núm. 1, enero-junio, p. 102, *https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45127/6.pdf?sequence=1&isAllowed=y* (consultado 10 de junio de 2021).

Por ello, hemos de encontrar semejanzas que ayuden a confirmar la finalidad e importancia del derecho de petición en México, al igual que algunas diferencias que aporten aspectos que contribuyan en la legislación constitucional, o bien, respecto a la aplicación e implementación de mecanismos que garanticen a los ciudadanos la libertad, seguridad jurídica, respeto y legalidad.

En consecuencia, se busca enfatizar la necesidad por adecuar el artículo 8º constitucional a las condiciones de la sociedad actual, por lo que al hablar de una ardua labor para establecer criterios concretos que tanto los ciudadanos como las autoridades cumplan en sentido estricto, así como la viabilidad de contar con sanciones a que se deben hacer acreedores los servidores públicos que incumplan con la atención de cualquier petición presentada, representa como tal, el inicio de una era cuyo resultado involucra la fragmentación de parámetros estáticos, la inactividad ciudadana, omisiones normativas y la indiferencia respecto al perjuicio de la esfera jurídica de los demás ciudadanos.

I. Génesis y evolución del derecho de petición

A continuación, me permitiré abordar el tema relativo a la génesis del derecho humano de petición desde una perspectiva histórico-cultural, a efecto de visualizar su conceptualización a través de los años, así como la evolución que ha tenido hasta hoy en día.

El derecho de petición no es un tema novedoso que ha surgido hace unos años, que repentinamente cobró fuerza en la sociedad mexicana, sino que el surgimiento de éste se remonta a tiempo atrás en la historia cuando el pensamiento liberal se enfrentaba contra el absolutismo y a los denominados regímenes autoritarios, fue entonces reconocido como una potestad para acudir ante el gobernante y manifestar las ideas en contra de las acciones que se implementaban, mismas que involucraban el ámbito de todos los habitantes.

Se conoce como antecedente primigenio, a la situación que vivieron diversos países en el mundo donde la lucha del inte-

rés general sobre el de los particulares era evidente, imperaba la voluntad del rey sobre la de los súbditos, lo cual representó un impulso a la tutela de este derecho, debido a que ello marcó la contienda de los súbditos por hacer valer su libertad de expresión y la manifestación de sus ideales frente a la figura imperial que gobernaba.

Aproximadamente, en el año 1215 el país de Inglaterra reconoció en su Carta Magna, la potestad de manifestar la opinión respecto a lo que pudiera inconformar al ciudadano, hecho que figura el establecimiento de este derecho de forma indirecta al imponerse al Rey Juan sin Tierra un equilibrio de intereses por quienes se identificaban como sus barones, documento que hoy en día es conocido como Carta de Juan sin Tierra.

Otro antecedente trascendental es el texto identificado como *Petition of Rights*, cuyo surgimiento se remonta al año 1628 debido a que era considerado como aquel documento fundamental del gobierno británico, a través del cual los ingleses actuaron en contra del entonces Rey Carlos I, para que éste reconociera de manera formal sus libertades y derechos como ciudadanos miembros del país que formaban parte.

Posteriormente, en el año 1689 en Inglaterra se redactó la Declaración de Derechos mejor conocida como *the Bill of Rights,* documento que menciona las obligaciones y los deberes respectivos al Parlamento y al Rey, limitando el control absoluto de quien se ostentaba como la autoridad y con ello, dar paso a la igualdad social.

Dicha declaración, plasmaba en su artículo quinto que "todo inglés tiene derecho para dirigir al rey una petición y no puede por ello ser perseguido ni encarcelado",[2] texto que ha logrado una amplia injerencia hasta nuestros días.

En el caso de México, la Constitución Política de la Monarquía Española, mejor conocida como Constitución Española del año 1812 o Constitución de Cádiz, no aporto de forma explícita

[2] Gamboa Martínez, Yeny Viviana, *Naturaleza jurídica de la respuesta del derecho de petición*, República de Nueva Granada, Bogotá, Universidad Militar de Nueva Granada, 2014, p. 4.

el derecho de petición, sino que únicamente en el artículo 373 se hacía mención del siguiente texto: "Artículo 343.- Si al Rey pareciera gravosa o perjudicial alguna contribución, lo manifestará a las Cortes o al Secretario del despacho de Hacienda, presentando al mismo tiempo la que crea más conveniente sustituir [...]".[3]

Del párrafo anterior, se desprende solo el señalamiento de contar con la facultad de todo español a representar a las cortes o al rey para reclamar el debido acatamiento de la Constitución.

Luego entonces, el primer antecedente histórico que se consideró en las leyes de México surgió en la ciudad de Apatzingán, ubicada en el Estado de Michoacán el 22 de octubre de 1814, donde se publicó el decreto constitucional para la libertad de la América latina mexicana, pues en dicho documento se plasmó la libertad que tenían todos los ciudadanos para reclamar sus derechos ante las autoridades consideradas como competentes en el ámbito de sus atribuciones.

A pesar de los sucesos armados y hostiles que se vivieron por la ciudadanía, poco a poco se fueron estableciendo las bases para la tutela efectiva de este derecho, pues sin encontrarse denominado de manera textual como derecho de petición, al paso de los años se ha revelado la necesidad de contar con la tutela y garantía de dicha potestad.

Se presume por diversos juristas que han analizado a profundidad el tema, que el derecho de petición de forma explícita no había aparecido en México sino hasta la conformación de la Constitución Española del año 1837, en la que se reconoce como tal por primera ocasión.

Sin embargo, es claro que otro de los hechos que contribuyeron a la formación y reconocimiento del derecho de petición en México fue el Acta Constitutiva de las Reformas en mayo de 1847 puesto que, en ella se hacía mención respecto al derecho que todo ciudadano tenía a participar en situaciones del gobierno, lo que implica la libertad por realizar manifestaciones sobre la actuación de las autoridades.

---

[3] Constitución de Cádiz 1812, *http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/const_cadiz.pdf* (consultado el 20 de marzo de 2020).

En el año de 1856, justo en el proyecto para la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos se contemplaba la concesión de un privilegio del ciudadano a presentar escritos de manera pacífica y respetuosa ante los servidores públicos, para hacerles saber sus exigencias u opiniones respecto a cualquier tema de su interés.

Luego entonces, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos promulgada en el año 1857, fue señalado el artículo 8º, tal como se ubicaba en el proyecto de la Constitución de Querétaro la cual contemplaba en su contenido lo siguiente: "Es inviolable el derecho de petición ejercido por escrito de una manera pacífica y respetuosa; pero en materias políticas solo pueden ejercerlo los ciudadanos de la república. A toda petición debe recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, y ésta tiene obligación de hacer conocer el resultado al peticionario [...]".[4]

Todo lo narrado en supra líneas, trajo consigo la última reforma constitucional publicada en el año de 1917, plasmándose como tal el que hoy se conoce como derecho humano de petición en México.

Indudablemente, es un hecho notorio que desde la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de la anualidad 1917 el artículo 8º no ha presentado algún cambio, adecuación o reforma, el cual a la literalidad de sus letras continúa enunciado: "Artículo 8o. Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República [...]".[5]

Algunos juristas mencionan que este derecho no debe ser inherente a la naturaleza humana por tratarse del ejercicio de

[4] Cámara de Diputados LVII legislatura, Derechos del Pueblo Mexicano: México a través de sus Constituciones, México, 2016, *http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/lxiii/DerPM/VOL6.pdf* (consultado el 17 de junio de 2021).

[5] Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada,* Ciudad de México, Tirant, 2017, p. 255.

una acción frente a una autoridad, sin embargo, ese panorama es visto desde una perspectiva fuera de un esquema universal, por lo que podemos definir al derecho de petición como la facultad que tiene toda persona o grupo para dirigirse ante cualquier autoridad competente y solicitar su intervención, con el fin de dar solución a uno o varios actos que le generan alguna afectación, dentro o fuera de su esfera jurídica individual y que culmina con la atención por parte de la autoridad, la cual debe estar obligatoriamente fundada y motivada, así como hacer extensivo la interpretación del ejercicio del derecho en los casos que se requieran, es decir, realizar los actos necesarios para la restitución y protección de los derechos humanos del peticionario.

Ahora bien, en la actualidad la Comisión Nacional de los Derechos Humanos define al derecho de petición como la acción de ejercitar una exigencia frente a una autoridad y que toda persona tiene derecho a realizar "[...] siempre que las mismas se formulen por escrito, de manera pacífica y respetuosa. En materia política solo quienes posean la ciudadanía mexicana podrán hacer uso de este derecho. Es obligación de la autoridad dar respuesta por escrito a dichas peticiones".[6]

En ese tenor, el derecho de petición al ser concebido como un derecho humano, ha cobrado importancia en este siglo, de manera tal que el interés ciudadano se revela en las estadísticas del informe de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) del periodo enero-marzo 2021,[7] a través del cual fue reportado un recuento respecto a los expedientes registrados y concluidos de la anualidad 2009 al 2021 (quejas, orientaciones directas, remisiones e inconformidades), donde se desprende haberse atendido una cifra total de 14 992 asuntos durante la anualidad 2009, un incremento superior en el año 2019, por la cifra de 31 757 expedientes aperturados, por lo que en esa anualidad fue superada la cifra de los años que

6 Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Listado de Derechos Humanos, *https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/cuales-son-los-derechos-humanos* (consultado el 05 de febrero de 2021).

7 Comisión Nacional de Derechos Humanos CNDH, Informe mensual marzo 2021, México, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-04/2021_Mar.pdf* (consultado el 12 de abril de 2021.).

le anteceden, así como 7 316 expedientes en trámite al 31 de marzo de 2021.

Por lo anterior, "no es exagerado afirmar que los derechos se han convertido en el eje central de la discusión sobre los límites y los fines de la acción política",[8] pues su repercusión es substancial en diversos ámbitos del derecho y con ello, en los múltiples escenarios del actuar de los ciudadanos, resultando necesario el reflejo de su trascendencia en cuanto al porcentaje de la vulneración de derechos, situación que debe considerarse como un factor preocupante al analizar el tema y realizar una comparación con otros países, por consiguiente, el derecho de petición de ser un derecho natural ha pasado a ser un mecanismo de convivencia entre el estado y los ciudadanos, sin que hasta el momento se logren establecer criterios específicos que contribuyan para su protección efectiva.

II. Origen y causas de las deficiencias normativas

El origen de las deficiencias normativas que en la actualidad se visualizan en aras de tutelar el derecho humano de petición, deviene de años atrás en la historia de México donde las omisiones, vulneración de derechos y excesivos abusos por parte de regímenes autoritarios eran actos que los llamados reyes ejercían frecuentemente en contra de su pueblo, aunado a que esto acontecía sin que los ciudadanos a quienes se les conocía como súbditos pudieran manifestar alguna palabra en su defensa, pues lo único que prevalecía constantemente era el silencio, la pérdida de sus propiedades e injusticias, tal como se hizo mención de ello en la breve narración cronológica de los párrafos anteriores.

Durante los siglos VI y VII, se atribuían a dos circunstancias la forma en que los súbditos podían dirigirse al monarca, uno de ellos era el hecho de contar con el atributo de ser la máxima po-

[8] Greppi, Andrea, "Los nuevos y los viejos derechos fundamentales", *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, p. 281, *https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1363/DyL-1999-IV-7-Greppi.pdf?sequence=1&isAllowed=y* (consultado el 07 de junio de 2021).

testad o la instancia superior, quien podía juzgarlos y castigarlos sin ser cuestionado por alguna otra instancia; y la otra, era desde el enfoque del cristianismo ya que se pensaba que el monarca era la persona virtuosa por excelencia que debía tratar con piedad, bondad y misericordia a los ciudadanos.

Por lo tanto, la ideología fue y ha sido un factor importante para dar pauta a que figuren deficiencias normativas en el sistema jurídico, siendo que se debería mantener un parámetro neutral y objetivo.

Adicional a lo mencionado en el párrafo anterior, se considera como una de las causas el desinterés de los países por contar con normas que sean congruentes a la realidad contemporánea que se vive.

Desde hace siglos no ha sido reformado el artículo 8º constitucional en México, sino que solo se aduce contar con dos vías idóneas para la defensa y protección de este derecho, denominados como procedimiento administrativo y el juicio de amparo (como una última instancia), por lo que erróneamente se ha desvalorado la regulación de términos concretos para su respuesta y un procedimiento a seguir por los involucrados.

En el intento de adecuar el marco jurídico constitucional a las reformas decretadas en el mes de junio del año 2011, se han dejado a un lado cuestiones de relevancia como el contar con lineamientos que regulen este derecho, toda vez que, el derecho de petición es una prerrogativa inherente a la persona, cuya protección judicial inmediata puede lograrse mediante su ejercicio a través del cumplimiento de requisitos de fondo y forma, como lo son: *a)* que la solicitud sea de manera escrita; *b)* llevarse a cabo de manera respetuosa y pacífica; *c)* presentarse ante un servidor o funcionario público competente para requerir su intervención en un asunto concreto, y *d)* plasmar claramente lo solicitado.

Derivado de la falta de legislación congruente, la omisión de dar respuesta a este derecho no es procedente ante instancias penales, laborales o de responsabilidad civil, ya que: "lo único que pretenden es poner en conocimiento de las autoridades judiciales o administrativas, hechos que pudieran constituir delitos, faltas o infracciones administrativas al objeto de que estas auto-

ridades puedan iniciar un proceso penal o incoar un expediente sancionador",[9] situación que no se ha visualizado en el terreno fáctico.

En su mayoría, cuando un ciudadano no recibe la respuesta a su escrito presentado o se realiza de manera escueta, sin fundamento y/o motivación, se expresa la negación a cierta acción solicitada con la posibilidad de acudir a la instancia administrativa para iniciarse su defensa por medio de un juicio de nulidad, situación que se desconoce por gran número de ciudadanos.

En ese sentido, se emite un criterio para que sea considerada como una negativa ficta y solo de esa forma resulte ser procedente la vía, por considerarse principalmente actos que emite una autoridad, sin que exista otro medio eficiente que facilite la celeridad del ejercicio del derecho de petición pues incluso hasta el día de hoy carece de interpretación el término *breve*.

En otro orden de ideas, este derecho humano puede o no ser considerado por las autoridades como tal, pues el mismo involucra el ejercicio de varios derechos, como lo son el derecho de acceso a la información, libertad de expresión, igualdad, participación política, entre algunos por mencionarse.

La obligación de resolver las peticiones por parte de los poderes públicos ha sido objeto de preocupación en la historia, e incluso en los textos internacionales se ha visualizado el interés por abordar este tema, derivado de las diversas afectaciones que se han ocasionado a los ciudadanos sin que hasta el momento se haya establecido un criterio firme.

Tal es el caso del artículo 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que dispone: "Toda persona tiene derecho de presentar peticiones respetuosas a cualquier

[9] Canales Patricia y Loiseau Virginie, *El Derecho de Petición en la Constitución de 1980 y en la Legislación de España, Estados Unidos y Francia,* Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago de Chile, 2003, Año XIII, N.º 273, p. 4, *http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4621/bcn-derpeticion.pdf?sequence=1&is Allowed* (consultado el 24 de mayo de 2020).

autoridad competente, ya sea por motivos de interés general, ya sea interés particular, y el de obtener pronta resolución".[10]

Por tal motivo, este derecho se ha podido ir consolidando como mecanismo de participación social y control político que dio inicio a lo que hoy conocemos como Derecho Constitucional Mexicano.

El artículo 8º constitucional que prevé la exigencia de obtener una respuesta pronta, congruente y debidamente atendida por las autoridades, derivado de la presentación de un escrito de manera pacífica y respetuosa, debe asumirse como un medio efectivo a través del cual se externa el respeto a los derechos humanos y se recibe el adecuado apoyo por las autoridades del orden público.

No obstante, se deben tener presentes las limitantes en cuanto al caso de materia política donde únicamente las personas que posean la ciudadanía mexicana podrán participar, debiendo realizarse de la forma específica en que lo menciona el texto constitucional, pero con interpretación extensiva hacia la protección de los derechos.

Derivado de lo anterior, cobra importancia el hecho de prever un proceso determinado que le permita al ciudadano contar con certeza jurídica ante toda instancia ante la que requiera acudir.

Finalmente, hablar de las deficiencias normativas que existen en la regulación del derecho de petición debe entenderse como la ambigüedad de términos breves, así como, la falta por contemplar de manera específica criterios para dar trámite a lo peticionado y sancionar a quienes no le presten la debida atención, seguimiento u obstaculicen cualquier gestión que sirva de interés a los ciudadanos y con ello, se cause un detrimento a su esfera jurídica.

Por lo tanto, el primer paso para intentar hacer un cambio es el concientizar respecto al impacto e importancia que el de-

[10] *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos* (consultado el 21 de febrero de 2021).

recho humano de petición implica y atender a la aceptación de parámetros distintos que principalmente consideren la protección de este derecho, pues es un hecho que existe un estado de incertidumbre en cuanto al proceso que se debe seguir desde el comienzo hasta el final de su ejercicio.

III. Contraste del derecho de acceso a la información y el derecho de petición

Según Castells, nos encontramos instalados en un tipo novedoso de población que denomina *la sociedad informacional,* misma que está lejos de ser compacta y coherente,[11] debido a que se encuentra entre dos fuerzas que hasta nuestros días no se han identificado por los ciudadanos dentro de la misma sociedad.

Por un lado, nos encontramos frente a la globalización de la economía, la tecnología y la comunicación; por el otro, con el poder de la identidad, de lo cual comparto ambas ideas en relación con el derecho de petición pues en un profundo análisis de factores de los cuales depende la necesitad de velar por los derechos humanos nos encontramos con las condiciones sociales, culturales, económica e incluso geográficas de un país.

En virtud de lo mencionado, la ausencia de consideración e importancia que tiene el presente problema y el hecho de adentrarnos a uno de los derechos más vulnerados en distintas situaciones, nos lleva a dar un vistazo a su ejercicio teórico-práctico relacionado con la influencia que se tiene entre individuos en relación a la búsqueda de los medios eficaces e idóneos que se han formado al cabo de los años.

Por ello, es de gran utilidad abundar en un sustento firme que nos beneficie en la progresiva disminución de violaciones de los derechos humanos, lo cuales de acuerdo a sus características son interdependientes unos a otros y ello implican un gran riesgo al existir el desconocimiento de éstos, ya que se puede perjudicar el ejercicio de los demás de manera directa o indirecta.

[11] Castells, Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura,* siglo XXI editores, vol. III, México, 1999, p. 405.

Luego entonces, la protección del multicitado derecho humano no es únicamente el deber del ciudadano al cumplir con determinados requisitos para poder obtener algo, pues si bien es cierto, las instituciones se rigen bajo el principio de publicidad, celeridad, tutela de derechos humanos (control de constitucionalidad y convencionalidad) y legalidad.

En consecuencia, no es congruente poner obstáculos al ciudadano al momento de tener que brindar cumplimiento a lo solicitado, siendo evidente que urge una regulación del derecho de petición en la normatividad, que sea acorde a la actual era de la tecnología llena de participación activa en la sociedad política y un marco normativo donde no prevalezca la impunidad, por lo que deben asumirse medidas para el debido respeto del mismo e importancia que se le debe otorgar.

Sin duda alguna, estamos hablando de un derecho humano que permanece a pesar de la implementación de nuevos términos o medios que puedan llegar a ser obstáculo de la administración de justicia y que no debe entenderse como el solo ejercicio de un acto puramente administrativo que conlleva papeleo o únicamente de índole informativo, puesto que tanto el capitalismo como el surgimiento de nuevos movimientos culturales, "[...] crearon una nueva estructura social dominante, la sociedad red; una nueva economía, la economía informacional/global; y una nueva cultura, la cultura de la virtualidad real",[12] basándose en la urgencia por obtener la satisfacción de las necesidades personales o grupales.

Ahora bien, hago referencia a la cuestión de si el derecho de petición es o no protegido de la manera adecuada, aludiendo a los resultados de investigaciones donde es notorio que se cuenta con una insuficiente atención.

Pongo de ejemplo al derecho que: "constituye una herramienta esencial para hacer realidad el principio de transparencia en la gestión pública y mejorar la calidad de la democracia",[13] es decir el derecho humano de acceso a la información, por el que

[12] *Ibidem*, p. 406.

[13] *Idem*.

se han implementado mecanismos para su protección en pro de brindar celeridad y eficiencia al mismo.

En ese marco, el Gobierno Federal ha creado una Plataforma Nacional de Acceso a la Información Pública donde establece términos, casos en los que se está obligado a responder solicitudes, quiénes deben responder las mismas, requisitos, entre otras cosas; sin embargo, no se está refiriendo al derecho de petición sino al derecho de acceso a la información pública y por ende, no se salvaguarda la eficacia, tutela y ejercicio de este derecho humano dentro del sistema normativo, claramente no hay limitación de cómo se debe atender en las diversas situaciones, no existe una congruencia en el término "a la brevedad posible", ni mucho menos en reconocer diversos derechos humanos y sólo velar por la protección uno en este caso, excusándose en la suplencia de leyes que no han logrado atender cabalmente a los supuestos suscitados.

En la práctica, parece ser que existe gran confusión al intentar homologar ambos derechos humanos o creer que únicamente se tiene la obligación de responder aquellas solicitudes que se realizan a través de una plataforma digital y no los escritos que un ciudadano presenta en instalaciones donde se efectúa actividad pública, toda vez que, en esa plataforma de acceso sí se guarda evidencia ante las autoridades encargadas de dar seguimiento y se prevé un breve término en que se debe cargar el oficio de respuesta en caso de no ser acreedor a una sanción administrativa, así como su regulación por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

En relación a lo mencionado, es preciso señalar que uno de los puntos de mayor relevancia a analizar es la participación social-democrática que se ejerce por parte de los grupos que pretenden hacer valer su derecho, esto al representar un interés común para la sociedad respecto a las condiciones que afrontan un déficit de legitimidad, fuente de justificación del orden social y político donde no hay libertad de los ciudadanos.

Partiendo de lo señalado, el derecho de petición se encuentra frente a un problema de legitimidad sobre un ideal democrático, así como la dificultad de elaborar presupuestos normativos donde no se olvide considerar la diversidad de situaciones.

Es esencial contar con mecanismos adecuados para despertar una actitud favorable al reconocimiento de los intereses de las demás personas, intercambiar razones que cada ciudadano ha de asumir con sentido de responsabilidad frente a las razones ajenas y con ello, se permita brindar protección al derecho humano de petición.

La noción de la democracia parte del ideal que va encaminado a la defensa y protección de un derecho, con ello a la dificultad de elaborar presupuestos normativos pues no podemos considerar que una norma es legítima a una causa si ésta no considera decisiones que beneficien a la colectividad y que únicamente sean tomadas de manera arbitraria.

La legitimidad de una cuestión no radica en el consenso sino en que sea razonado, cuestión que deberá permitir que los demás ciudadanos expresen su voluntad, "pues sin duda hay un interés individual, pero está movilizando no un derecho subjetivo sino la definición de una política del Estado que es lo que caracteriza al derecho de petición".[14]

Al cabo del análisis de este tema, nos podemos enfrentar a una catastrófica escena de convivencia, tratándose de establecer condiciones, posibilidades, exigencias y necesidades encaminadas a un bien común, por lo cual, es necesario implementar medios de control que mantengan todo tipo de situaciones dentro del marco legal y de manera justa se permita el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos frente a las autoridades.

En ese sentido, se incorporan principios de participación, libertad política, opinión pública y administración de justicia, en relación con el derecho humano de petición, en virtud de que la democracia se convierte en un instrumento para mediar la diversidad, por lo que es posible alcanzar en la práctica un consenso estable entre personas razonables, capaces de reconocer la autonomía moral de sus semejantes y estar dispuestos a establecer las

[14] Villaseñor Alonso, Isabel, *La democracia y los derechos humanos: una relación compleja*. Foro internacional, Ciudad de México, 2015, vol. 55, núm. 4, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185013X2015000401115&lng=es&tlng=es* (consultado el 05 de julio de 2021).

bases de un sistema jurídico justo que permita el desarrollo de sus medios sin importar el ritmo con que evoluciona su entorno.

El derecho a manifestarse a través de un escrito para solicitar la intervención de las autoridades es una de las bases del Estado de derecho, por cuanto es un mecanismo indispensable para lograr mayor transparencia de las instituciones y evitar abusos de poder.

En ese tenor, no se observan las medidas por las que debería pasa la supervisión del cumplimiento de los mecanismos propuestos como solución, por lo que me atrevo a mencionar que hoy en día se han homogenizado dos derechos de gran importancia para el individuo, con ello me refiero al derecho de acceso a la información pública y el derecho de petición, siendo esto, otra de las razones por las cuales no se ha logrado llegar a un resultado satisfactorio para quienes están frente a la defensa de un derecho.

Finalmente, sin duda es esencial el papel de los tribunales en la consolidación del sistema de impartición de justicia a través de la democracia, por lo que contar con criterios claros y precisos dotan de validez a la voz del pueblo, sin que deba ser existente el retroceso de un derecho humanos.

IV. La regulación del derecho de petición en México y Costa Rica

Es una labor colosal armonizar cualquier ley de conformidad con la realidad que se vive en este siglo, lo que implica una actuación discrecional de las autoridades donde preponderantemente se fijen barreras inquebrantables para la protección de los derechos humanos.

Así pues, a través de un esquema crítico se busca someter a consideración aspectos esenciales de conceptualizaciones diversas a fin de lograr el fortalecimiento de cuestiones que son significativas para la protección del derecho de petición, mismo que: "pese a encontrarse reconocido constitucionalmente como un derecho fundamental de la persona, el derecho de petición no es utilizado de manera masiva por los ciudadanos, probable-

mente por el desconocimiento de los alcances de esta institución".[15]

En este caso, es necesario comparar la regulación del derecho de petición en dos repúblicas democráticas con una estructura de gobierno similar, como lo son México y Costa Rica, ello con el objeto de vislumbrar los puntos que obstaculizan el ejercicio efectivo de este derecho.

Es necesario referir que, la República democrática de Costa Rica tuvo a bien aprobar una ley denominada Ley de Regulación del Derecho de Petición N° 9097, en la cual, se enuncia en el artículo primero que todo ciudadano, independientemente de su nacionalidad, puede ejercer el derecho de petición.

De igual forma, esta ley de regulación del derecho de petición en Costa Rica tiene por objeto velar por la debida respuesta a las peticiones que podrán versar sobre cualquier asunto, materia o información de naturaleza pública, sin que puedan ser objeto aquellas solicitudes, quejas o sugerencias donde se establezca un procedimiento específico y plazos distintos de los regulados en dicha disposición.

De esta última parte, podemos referir que en el caso mexicano no se establece de manera concreta en el artículo octavo constitucional la diversidad de asuntos relacionados, empero, la doctrina de la materia observa los supuestos en que los ciudadanos podrán exponer peticiones de diversos tipos, que a continuación me permito enlistar:

I. Quejas.
II. Consultas.
III. Manifestaciones.
IV. Reclamos.
V. Peticiones de información.

Tratándose de la República de Costa Rica, como se desprende de la lectura a su texto constitucional y de la ley secundaria que

[15] Salazar Chávez, Ricardo, *El derecho de petición y la administración pública en el Perú*. THĒMIS-Revista de Derecho, 1999, p. 189, *Nueva%20carpeta%20(3)/Dialnet-ElDerechoDePeticionYLaAdministracionPublicaEnElPer-5110174%20(1).pdf* (consultado el 20 de junio de 2020).

regula ampliamente la tutela de este derecho es notorio que se prevén diversos supuestos y no solo se deja una premisa a expectativas o criterio de las autoridades a quien se insta por parte de los peticionarios.

Ahora bien, la literalidad normativa del texto constitucional mexicano, establece en el artículo 8º constitucional que:

> Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario.[16]

En otro orden de ideas, la Constitución Política de la República de Costa Rica enuncia en el artículo 27, lo siguiente: "[...]Se garantiza la libertad de petición, en forma individual o colectiva, ante cualquier funcionario público o entidad oficial, y el derecho a obtener pronta resolución".[17]

En ese sentido, si bien es cierto que tanto en México como en Costa Rica se contempla el derecho de petición como uno de los derechos con que cuentan los habitantes y a su vez, se establece como parte de su precepto constitucional, aún existen múltiples vacíos legales que deben dilucidarse a fin de que el ciudadano pueda contar con certeza jurídica al inicio y durante el proceso del ejercicio de su derecho.

Tal como se establece en el artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, donde se menciona que los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición del cual podrán hacer uso los ciudadanos de la República, en el artículo 4º de la Constitución de la República de Costa Rica de igual forma, se hace referencia a que: "ninguna persona o reunión de personas podrá asumir la

16 *Idem*.

17 *Constitución Política de la República de Costa Rica*, *www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Costa_Rica.pdf* (consultado el 8 de julio de 2021).

representación del país ni hacer peticiones a su nombre",[18] lo que en ambos casos se interpreta como participación activa para los ciudadanos.

Por lo tanto, es claro que el derecho de petición es considerado como tal, tanto en el ámbito de validez personal como de manera colectiva en ese país, algo que en México se ha establecido en la actualidad, sin embargo, puntualmente no se menciona el supuesto en que una colectividad acuda a ejercer su derecho de petición ni los criterios a observarse, sino que ha permanecido como una indeterminación normativa en nuestra Carta Magna.

Así mismo, al igual que en la República de Costa Rica, en la Carta Magna de los Estados Unidos Mexicanos se señalan los requisitos o las formalidades con que debe realizarse una petición, esto es, por escrito, de manera pacífica y respetuosa, definiéndose algunos criterios que deberá cumplir el ciudadano mexicano para que pueda ser considerada su petición frente a cualquier servidor público competente.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos formales que debe contener el escrito de petición que se pretenda entregar a una autoridad para que le brinde la atención adecuada, así como, los términos y condiciones a que debe apegarse la autoridad, en la República de Costa Rica se regulan como requisitos o formalidades los siguientes:

> Artículo 4o. Formalidad en el ejercicio del derecho de petición.
>
> a) Las peticiones se formularán por escrito, debiendo incluir, necesariamente, el nombre, la cédula o el documento de identidad, el objeto y el destinatario de la petición. Cada escrito deberá ir firmado por el peticionario o los peticionarios[...]
>
> b) En el caso de peticiones colectivas, además de cumplir los requisitos anteriores, serán firmadas por todos los peticionarios, debiendo figurar, junto a la firma de cada uno de ellos, su nombre y apellidos. De no constar todas las firmas, la petición se tendrá por presentada únicamente por las personas firmantes, sin perjuicio de su posterior subsanación o ampliación;

[18] *Idem*.

> c) El peticionario podrá indicar del ejercicio de su derecho a otra institución u órgano diferente del cual ha dirigido la petición, remitiéndole copia del escrito; y
>
> d) Traducción o resumen en español, si la petición se presenta en cualquier lengua extranjera, conforme a la ley N.º 7623, Ley de Defensa del Idioma Español y Lenguas Aborígenes Costarricenses, y sus reformas[...].[19]

Es notorio que la suprema ley de Costa Rica prevé de forma amplia el ejercicio de este derecho al brindar la oportunidad de que sea atendido aun cuando sea solicitado de manera individual o colectiva, además de poder realizarse ante cualquier funcionario público o la entidad de que se trate, cuestión que brinda una mayor área de oportunidad al ciudadano costarricense.

Sin embargo, parece ser que encontramos limitantes en cuando a poder ejercer una acción diversa a nivel jurisdiccional, de lo cual se observa en el texto constitucional que a diferencia de los Estados Unidos Mexicanos, se limita el ejercicio del derecho en cuanto a manifestarse, por lo cual, se da a entender que para los efectos de acudir a un tribunal donde puedan otorgar una sanción a la autoridad competente, claro que se deben seguir los términos planteados tanto por su Constitución como por su ley secundaria, empero, no realizarse a manera de queja o reclamo.

Por otra parte, "dada la expresa universalidad de los derechos consagrados por el artículo 1°constitucional, el derecho de petición se entiende reconocido a todos los habitantes de la República y no tan sólo a los ciudadanos mexicanos".[20] Por lo que, a diferencia de Costa Rica, la única limitante con que se cuenta es tratándose de asuntos en materia de política para aquellas personas que naturalmente son extranjeras pero que han venido a residir en el territorio de manera temporal.

---

19 *Ley de Regulación del Derecho de Petición núm. 9097, http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74427&nValor3=91901&strTipM=TC* (consultado el 7 de junio de 2021).

20 Cienfuegos Salgado, David, *El derecho de petición en México,* Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2004, p. 155, *file:///E:/Nueva%20carpeta%20(3)/capitulo-tercero.pdf* (consultado el 5 de febrero de 2021).

Como ya se hizo referencia en párrafos anteriores, aunque no se hace mayor pronunciamiento respecto a los supuestos que pudieran darse en cuanto a las circunstancias de la población que reside en determinada área territorial de toda la república, como lo son las comunidades autóctonas o indígenas, es emergente la necesidad por que se cuente con criterios delimitados en ese sentido, donde se otorguen las facilidades para hacer uso a este derecho humano.

En ese sentido, la normativa mexicana no regula supuestos que pueden observarse como relevantes para el acceso al derecho de petición por parte de sectores que no tiene las mismas condiciones socio-culturales a las de mayoría, o bien, la misma facilidad de acceso.

En cuanto al término que señala nuestra Carta Magna para la obtención de una respuesta, como se ha referido en párrafos anteriores "no es posible dar una definición de lo que debe entenderse por breve término, de manera que comprenda todas las posibles peticiones elevadas a la autoridad, pues la naturaleza de lo solicitado, y los estudios o trámites que la contestación requiera, hacen variable el período de lo que sería un término razonablemente breve para dar respuesta [....]".[21]

No obstante, en el caso mexicano han sido publicadas diversas jurisprudencias que señalan como *término breve* la temporalidad de uno a cuatro meses para la obtención de una respuesta, aunque: "ello implicaría reconocer que los Constituyentes locales puedan interferir discrecionalmente en fijar los alcances de un derecho humano establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos",[22] el hecho relevante es su falta de regulación en los diversos ámbitos territoriales por lo que es congruente definir términos y plazos.

---

21 Cienfuegos Salgado, David, *Interpretación de los derechos de petición y de respuesta por el Poder Judicial de la Federación*, Instituto de la Judicatura Federal, Ciudad de México, *https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/9/r9_5.pdf* (consultado el 4 de febrero 2021).

22 Tesis: VII.1o.A.2 CS (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación,* Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro 52, marzo de 2018, t. IV, registro 2016453, p. 3359.

En virtud de lo anterior, se regula un "breve término de respuesta" en su artículo 6º, donde se hace mención que la administración de cualquier lugar está obligado a acusar recibo, debiendo responder en el plazo improrrogable de diez días hábiles contado a partir del día siguiente de la recepción, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de regularización de esa República costarricense.

En consecuencia, cuando el peticionario considere que las actuaciones materiales de la Administración, sus actos administrativos o la respuesta emitida le estén afectando sus derechos y garantías, podrá realizar la respectiva solicitud bajo los términos que se indican en la ley.

De lo anterior, se desprende la situación que parece ser considerada como razonable para la República de Costa Rica, por lo que para este país resulta factible seguir términos más cortos y precisar en una ley secundaria, un plazo improrrogable de diez días hábiles contados a partir del día siguiente de la recepción del documento y no como México lo ha dejado a la discrecionalidad de cada Estado, instancia o servidor público que integra su gobierno, sin que de manera justificada extiendan el lapso de respuesta.

Una vez analizadas algunas de las semejanzas y diferencias que presenta la regulación jurídica del derecho de petición en México y Costa Rica, parece ser conveniente la implementación de una ley que regularicé los términos, requisitos, plazos, condiciones y formalidades que debe contener una respuesta de la autoridad o autoridades ante las cuales se recurra.

En consecuencia, el Estado mexicano aún cuenta con vacíos legales que se deben esclarecer a fin de que el ciudadano pueda contar con certeza y seguridad jurídica en el goce y ejercicio de sus derechos económicos, sociales, culturales y humanos.

Conclusiones

Primera. El derecho de petición ha tenido diversos antecedentes a lo largo de la historia del hombre, de los cuales podemos desprender que no ha sido una tarea sencilla su reconocimiento de-

bido a las múltiples circunstancias sociales, económicas, políticas y culturales.

Segunda. En la actualidad la Carta Magna no contempla supuestos y criterios que podrían otorgar la tutela efectiva del derecho de petición de manera concisa, de tal forma que, al no prever sanciones y criterios de respuesta para las autoridades que son omisas, surge gran desinterés por respetar el ejercicio de este derecho.

Sin duda es insuficiente la regulación normativa del derecho de petición que actualmente se prevé en el artículo 8° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, puesto que, en comparación con el derecho de acceso a la información, para garantizar éste último se ha logrado la creación de leyes específicamente para la materia, donde se prevén términos, plazos, requisitos, sanciones, así como el establecimiento de plataformas digitales, a fin de lograr una amplia protección a este derecho.

Aunado a ello, a diferencia de otros países que comparten una similar estructura de gobierno y desarrollo socio-cultural, México carece de legislación secundaria en materia de protección al derecho humano de petición, o bien, texto normativo que regule el ejercicio del mismo.

Tercera. Es incongruente que hasta el día de hoy se mantenga el cuerpo de un artículo constitucional en las mismas condiciones que se tenían en el año 1917, siendo que las normas deben ser reformadas conforme a las necesidades que se presentan en la sociedad.

Bibliografía

Atahualpa Pérez, Andrés, *El derecho fundamental de petición*, Pontificia Universidad Javeriana Pontificia, Bogotá, Colombia, núm. 1, enero-junio, *https://repository.javeriana.edu.co/bitstream/handle/10554/45127/6.pdf?sequence=1&isAllowed=y* (consultado el 10 de junio 2021).

Canales Patricia y Loiseau Virginie, *El Derecho de Petición en la Constitución de 1980 y en la Legislación de España, Estados*

Unidos y Francia, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Departamento de Estudios, Extensión y Publicaciones, Santiago de Chile, 2003, Serie Estudios, Año XIII, núm. 27, *http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/4621/bcn-derpeticion.pdf?sequenc e=1&is Allowed* (consultado el 24 de mayo de 2020).

Castells Manuel, *La era de la información: economía, sociedad y cultura*, Siglo XXI editores, vol. III, México, 1999.

Cienfuegos Salgado, David, *El derecho de petición en México,* México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, *file:///E:/Nueva%20carpeta%20(3)/capitulo-tercero.pdf* (consultado el 5 de febrero de 2021).

Cienfuegos Salgado, David, *Interpretación de los derechos de petición y de respuesta por el Poder Judicial de la Federación,* Instituto de la Judicatura Federal, Ciudad de México, *https://www.ijf.cjf.gob.mx/publicaciones/revista/9/r9_5.pdf* (consultado el 4 de febrero 2021).

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe Mensual Marzo 2021*, México, *https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2021-04/2021_Mar.pdf* (consultado el 12 de abril de 2021).

Comisión Nacional de Derechos Humanos, Listado de Derechos Humanos, *http://www.cndh.org.mx/Cuales_son_derechos_humanos* (consultado el 5 de febrero de 2021).

Constitución de Cádiz, *http://www.diputados.gob.mx/biblioteca/bibdig/const_mex/ const_cadiz.pdf* (consultado el 20 de marzo de 2020).

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *http://www.diputados.gob.mx/ LeyesBiblio/pdf/1_280521.pdf* (consultado el 15 de febrero de 2020).

Constitución Política de la República de Costa Rica, *www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Costa_Rica.pdf* (consultado el 16 de febrero de 2020).

Cossío Díaz, José Ramón, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*, Ciudad de México, Tirant, 2017.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, *http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp#:~:text=Todos%20los%20hombres%20nacen%20libres,exigencia%20del%20derecho%20de%20todos* (consultado el 5 de febrero de 2020).

Farioli, Mariel Inés; Capanegra, Horacio A.; Costa, Oscar A, *La transparencia y el derecho de acceso a la información pública en Argentina*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, Argentina, 2015, vol. 15, núm. 24.

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, *https://sjf.scjn.gob.mx* (consultado el 4 de marzo de 2020).

Gamboa Martínez, Yeny Viviana, *Naturaleza jurídica de la respuesta del derecho de petición*, Universidad Militar de Nueva Granada, Colombia, 2014.

Greppi, Andrea, Los nuevos y los viejos derechos fundamentales, *Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, *https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/1363/DyL-1999-IV-7-Greppi.pdf?sequence=1&is Allowed=y* (consultado el 07 de junio de 2021).

Ley de Regulación del Derecho de Petición núm. 9097, Sistema Costarricense de Información Jurídica, *http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=74427&nValor3=91901&strTipM=TC* (consultado el 10 de febrero de 2021).

Villaseñor Alonso, Isabel. *La democracia y los derechos humanos: una relación compleja*. Foro internacional, Ciudad de México, 2015, vol. 55, núm. 4, *http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185013X2015000 401115&lng=es&tlng=es* (consultado el 05 de julio de 2021).

Derecho a vivir una vida libre de violencia: la necesidad de estadísticas consistentes de victimización sexual*

*Ricardo Rodríguez Luna***

Sumario: Introducción. I. Derecho a vivir una vida libre violencia: el marco convencional. II. Derecho a vivir una vida libre de violencia: el marco nacional. 3. Derecho a una vida libre de violencia sexual: datos estadísticos de violación simple. Reflexión final. Bibliografía

Introducción

Vivir una vida libre de violencia es un derecho fundamental cuya plena efectividad está mediada por múltiples factores, actualmente se reconoce que el género de la persona es uno de los más relevantes. Así lo muestra, por ejemplo, el hecho que las mujeres son las víctimas principales de las violencias sexuales, además, son importantes las diferencias entre la victimización masculina y femenina.

* Esta investigación se llevó a cabo en el marco de un proyecto de mayor amplitud intitulado "Prevención de la violencia sexual y masculinidades: desarrollo de políticas de género para varones", apoyado en la Convocatoria Institucional de Investigación Científica (CIIC) de la Universidad de Guanajuato.

** Profesor-investigador. División de Derecho, Política y Gobierno. Universidad de Guanajuato, correo electrónico: ricardo.rodriguez@ugto.mx, miembro sel Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II.

En los años noventa del siglo pasado se adoptó la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Belém do Pará), casi treinta años después de su emisión es evidente la importancia adquirida por este instrumento, entre otros motivos, porque reconoce la violencia en contra de las mujeres como violación de los derechos humanos y establece diversas obligaciones a los Estados firmantes de la convención. Entre estas, destaca el deber de adoptar estrategias y medidas tendentes a la erradicación de la violencia en contra las mujeres, generar datos estadísticos confiables al respecto y, sobretodo, que estos sean empleados en el desarrollo de las políticas públicas y así estar en posibilidades de poner en marcha acciones concretas, evaluarlas y perfeccionarlas.

Actualmente, se acepta que las cifras de las violencias en contra de las mujeres constituyen un aspecto relevante y, en general, se reconoce que sus dimensiones son alarmantes. No obstante, existen diversas críticas en torno a la capacitación, recogida, procesamiento y difusión de este tipo de información. De esta forma, en muchos países, como es el caso de México, todo parece indicar que aún queda mucho por hacer para que las estadísticas sobre violencia sean consistentes, así como también, para reconocer que los datos actuales tan solo constituyen la punta del iceberg de un problema social de amplias dimensiones.

De esta forma, en esta investigación, como punto de partida se asume que el Estado mexicano tiene la responsabilidad de generar o crear registros estadísticos y emplearlos en las políticas públicas relativas a la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres. A partir de esta premisa, se analizan las estadísticas de delitos sexuales de diversas entidades de la República mexicana, de manera particular, la atención se centra en la comparación de los datos relativos al sexo y edad de las víctimas del delito de violación simple. Por tanto, puede decirse que se indaga en torno al grado de consistencia de los datos que ha desarrollado el gobierno de México en materia de victimización de mujeres de violencias sexuales y el papel que tienen en el cumplimiento de la plena vigencia del derecho a una vida libre de violencia sexual.

Para alcanzar este objetivo, el estudio está estructurado en tres apartados, en el primero se analiza el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en el marco convencional, de manera particular en Belém do Pará y el Comité de la CEDAW; este mismo aspecto se revisa en el segundo apartado, pero en el ámbito de la legislación mexicana. En el tercero, a manera de estudio de caso, se revisan y comparan los datos de victimización de mujeres del delito de violación simple en las diversas entidades que conforman la región Centro Occidente del país. Los datos provienen del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal y se pretende determinar su consistencia, en qué medida ayudan a conocer la victimización sexual y en qué medida la autoridad cumple con la obligación de contar con datos confiables en torno al derecho de vivir una vida libre de violencia sexual.

I. Derecho a vivir una vida libre de violencia: el marco convencional

Los derechos humanos de las mujeres han sido motivo de preocupación particular en las últimas décadas a nivel internacional, el impacto de ello se ha dejado sentir en el desarrollo de políticas públicas orientadas a diversos ámbitos de la vida de las mujeres. Puede sostenerse que el gobierno mexicano, en general y en un marco de diversos matices, ha impulsado una serie de mecanismos *formales* en favor de los derechos humanos. Sin embargo, e independientemente del mayor o menor acierto de estas medidas, cabe preguntarse por el aspecto *material* de los derechos. En este apartado se analiza uno de estos aspectos, el formal—convencional relativo al derecho a una vida libre de violencia y se muestra cómo se vincula con el empleo de datos estadísticos en las políticas públicas en la materia.

El derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia tanto en el ámbito público como privado fue definido por primera vez en la Convención Belém do Pará. Significa que las mujeres no padezcan discriminaciones, que sean valoradas y educadas libres de estereotipos y de prácticas sociales, culturales e históricas sustentadas en concepciones como la subordinación o la

inferioridad.[1] La obligación de garantizar este derecho, a su vez, requiere de diversos compromisos: los estados deben responsabilizarse de los actos cometidos por sus agentes y los particulares;[2] condenar todas las formas de violencia contra las mujeres y *adoptar, por todos los medios y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia*.[3] En el marco de estas políticas, el actuar de la autoridad debe caracterizarse por la *debida diligencia,*[4] es decir, existe el deber de organizar *toda la estructura estatal —incluyendo el marco legislativo, las políticas públicas, los órganos encargados de implementar la ley como la policía, y el sistema judicial— para prevenir y responder de forma adecuada y efectiva a estos problemas*.[5]

La obligación de desarrollar políticas públicas adquirió gran importancia con la emisión de Belém do Pará y ha favorecido la consolidación de la idea de debida diligencia como uno de los parámetros más importantes para determinar "el nivel de cumplimiento por los Estados de su obligación de prevenir y responder a los actos de violencia contra las mujeres"; es uno de los referentes convencionales más destacables en la determinación de la responsabilidad del Estado.[6] En este sentido, se ha establecido un importante vínculo entre discriminación, violencia y falta de debida diligencia, ya que las acciones de los gobiernos deben ser integrales y enfocadas a los ámbitos de prevención, sanción y erradicación de la violencia.[7] Esto implica, como antes se señaló, una cuestión clave, a saber, tomar medidas específicas para capacitar al personal que intervenga en dichos ámbitos.

---

1 Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres* (Belém do Pará), s/f, arts. 3º y 6º.

2 Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)/OEA, *Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,* Washington, D.C., MESECVI/OEA, 2014, p. 29.

3 OEA, Convención Belém do Pará, *op. cit*., nota 1, art. 7º.

4 *Ibidem*, art. 7º, inciso b.

5 MESECVI/OEA, *op. cit*., nota 2, p. 43.

6 *Ibidem*, p. 42.

7 *Ibidem*, pp. 41-45; véase también, Convención Belém do Pará, art. 8 inciso c.

En Belém do Pará se aborda de manera particular el aspecto de los registros estadísticos de violencia contra las mujeres. Se sostiene que los estados adoptarán medidas para g*arantizar la investigación y recopilación de estadísticas y demás información pertinente sobre las causas, consecuencias y frecuencia de la violencia contra la mujer, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas para prevenir, sancionar y eliminar la violencia contra la mujer y de formular y aplicar los cambios que sean necesarios*.[8]

Garantizar la recolección de datos, como puede apreciarse, tiene la finalidad de posibilitar la evaluación y perfeccionamiento de las políticas implementadas, ello requiere, necesariamente que las estadísticas sean confiables. Esta medida se considera de carácter específico y de adopción progresiva, es decir, se deben adoptar acciones concretas, concatenadas y orientadas a la consecución plena de las obligaciones contraídas en la misma Convención Belém do Pará. A su vez, implica no retroceder en los logros alcanzados en materia de derechos humanos y guiarse conforme a determinados estándares internacionales; supone también cierta gradualidad en el logro de la plena satisfacción y mejora en las condiciones para en el ejercicio de los derechos.[9]

Las obligaciones que establece Belém do Pará deben observarse a la luz del conjunto de recomendaciones, críticas y observaciones realizadas por organismos internacionales y sectores sociales como el académico; cabe destacar algunas de las más relevantes de estas. En el ámbito de la investigación académica, se han planteado múltiples críticas, entre otras, se ha señalado que las estadísticas penales se caracterizan por: la falta de recolección sistemática y heterogeneidad en la recogida de información,[10] es-

8 OEA/Convención Belém do Pará, *op. cit*., nota 1, art. 8, inciso h.

9 MESECVI/OEA, *op. cit*., nota 2, pp. 52-53.

10 Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), R*ecomendación general 40/2019 sobre la violencia feminicida y el derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México*, México, DOF, 2019; Comisión Ejecutiva de Atención a las Víctimas (CEAV), 1er Diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México, México, CEAV, 2006; Ramírez, Karla, *Análisis comparativo del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal y las Estadísticas Judiciales en Materia Penal*, México, Inmujeres, 2015; Secretaría de Salud (SSA), *Informe Nacional sobre Violencia y Salud, México*, México,

casa desagregación,[11] exigua complementariedad y comparabilidad de datos.[12] Además, se ha cuestionado el concepto violencia sexual contenido en las estadísticas,[13] asimismo, el sexo y la edad se muestran como dos de las mayores condiciones de victimización particularmente sexual.[14]

SSA, 2006; Arango, Arturo y Lara, Cristina, *Indicadores de Seguridad Pública en México. La Construcción de un Sistema de Estadísticas Delictivas*, México, CrisAdA, 2004, pp. 9-28; UNICEF, *Panorama Estadístico de la Violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes en México,* México, UNICEF, 2019; ONU-Mujeres, *et al., La violencia feminicida en México, Aproximaciones y tendencias, México*, INMUJERES/ONU-Mujeres, 2020.

11 Organización de las Naciones Unidas (ONU). Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer*, Nueva York, ONU, doc. cedaw/c/mex/co 7-8, 2012, p. 4; Oficina de Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (unodc, por sus siglas en inglés), *Global Study on Homicide. Gender-related killing of women and girls*, Vienna, unodc, 2018; Echarri, C., *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2014,* México, SEGOB/Inmujeres-ONUMUJERES, 2016; Echarri, C., coord., *Panorama Estadístico de la Violencia en México,* México, Colmex/SSP, 2012; SSA, *op. cit*., not 10, p. 190; Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*. Nueva York, ONU, CEDAW/C/MEX/CO/9, 2018; Organización Mundial de la Salud/Organización de las Naciones Unidas (ONU/OMS). División para el Adelanto de las Mujeres, *Violencia contra la mujer: panorama estadístico, desafíos y lagunas en la recopilación de datos, y metodología y enfoque para superarlos,* Ginebra, ONU/OMS, 2005.

12 Red tdt, *Impunidad feminicida. Radiografía de datos oficiales sobre violencias contra las mujeres* (2017-2019), México, tdt, 2020, p. 85; Casique, Irene, "Fuentes y datos sobre la violencia contra las mujeres en México. Aprendizajes, dificultades y retos acumulados", Realidad, datos y espacio. *Revista internacional de estadística y geografía*, vol. 8, núm. 1, enero-abril, 2017, pp. 6-16; CEAV, *op. cit*., nota 10; Arango, Arturo y Lara, Cristina, *op. cit*., nota 10, pp. 21-36.

13 Millet, Kate, *Política Sexual*, España, Cátedra, 2010, pp. 101-102; Lagarde, Marcela, *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM, 2006, pp. 259-260; Segato, Rita, *Las estructuras elementales de la violencia,* Argentina, Prometeo, 2010; Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Acceso a la Justicia para mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*. OEA/CIDH, 2011.

14 Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Nacional sobre Dinámica de las Relaciones en los hogares (ENDIREH)*, México, INEGI,

En el ámbito de los organismos internacionales destacan las recomendaciones del Mecanismo de Seguimiento de la Convención (MESECVI) y el Comité de la CEDAW.[15] El MESECVI coincide con buena parte de las críticas de los estudios antes referidos, sin embargo, conviene tener en cuenta algunos de sus señalamientos más destacados, entre otros: la necesidad de invertir en la sensibilización, capacitación y coordinación del personal que interviene en el registro, sistematización y publicación de datos; la información debe recopilarse a intervalos regulares y en el ámbito nacional; los datos deben de ser confiables, fidedignos, completos y deben desagregarse, especialmente en cuanto a sexo, edad, etnia, urbanidad y ruralidad.[16]

El Comité de la CEDAW, por su parte, desde hace varias décadas ha realizado diversas recomendaciones, mismas que destacan la importancia de generar y emplear datos estadísticos en las políticas públicas de prevención, atención, sanción y erradicación de violencia contra las mujeres.[17] No obstante, las reco-

2006, *https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2006/* (consultado 09 de julio de 2021); INEGI, *Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública (ENVIPE),* México, INEGI, 2020, *https://www.inegi.org.mx/programas/envipe/2020/* (consultado 09 de julio de 2021); European Union Agency for Fundamental Right (FRA), *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Bélgica, UE, 2014; Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), Estadísticas apropósito del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (25 de noviembre). Datos Nacionales. Comunicado de prensa, No. 592/19, México, INEGI, 2019, pp. 9-23; CEAV, *op. cit*., nota 10, pp. 276-277; ONU/OMS, *op. cit*., nota 11, p. 9; Programa de las Naciones Unidad para el Desarrollo (PNUD), *Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina,* Panamá, PNUD, 2013, p. 83; Van Dijk, Van Kesteren y Smit, *Victimización en la perspectiva internacional. Resultados principales de la ENICRIV y ENECRIS 2004-2005,* Países Bajos, WODC, 2008.

15 Comité de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer

16 MESECVI/OEA, *op. cit*., nota 2, p. 59.

17 Entre otros, en materia de recolección de datos sobre violencia contra las mujeres, ha recomendado: *a)* que la información se desglose conforme al sexo, lo cual implica a la víctima y también a quien comete la agresión; *b)* la inclusión de datos estadísticos sobre la frecuencia de las violencias

mendaciones generales números 28 y 35 subrayan de manera particular el vínculo entre responsabilidad del Estado, generación de datos estadísticos y su empleo en las políticas públicas. Al respecto, el Comité de la CEDAW sostiene que las estrategias en el ámbito de violencia por razón de género deberían *prever mecanismos para reunir datos pertinentes desglosados por sexo* [...] *y posibilitar la revisión o complementación de las medidas vigentes y la determinación de toda nueva medida que pueda ser apropiada*.[18] Esto implica sancionar a las autoridades que entre sus responsabilidades recaiga el registro, la prevención o la investigación de la violencia de género, sea que incurran en conductas ineficientes, de complicidad o de negligencia.[19] Es especialmente destacable que, en caso de que un Estado no adopte una política antidiscriminatoria, se considera la concesión de "un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer".[20]

El Comité de la CEDAW ha ido un paso más allá en los términos en que plantea la relación que se comenta: "los Estados parte tienen la responsabilidad internacional de crear y mejorar constantemente sus bases de datos estadísticos y profundizar el aná-

contra las mujeres en los informes periódicos ante la CEDAW; *c)* recopilar datos sobre causas y efectos de las violencias en las mujeres, así como la eficacia de las acciones preventivas; *d)* emplear la información estadística para medir los progresos en torno a la igualdad; *e)* estas recomendaciones también se han enfocado a mujeres en el medio rural, en zonas de conflicto, de grupos minoritarios o con alguna "discapacidad". ONU, *Recomendaciones generales núm. 9, 12, 19, 25 y 27 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx* (consultado el 8, julio de 2021).

18 ONU, *Recomendaciones generales núm. 28 adoptada por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, https://www.ohchr.org/SP/HRBodies/CEDAW/Pages/Recommendations.aspx* párr. 28, p. 7 (consultado el 30 de septiembre de 2020).

19 ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendaciones generales núm. 35, sobre la violencia por razón de género en contra de la mujer, por la que se actualiza la recomendación general núm. 19*, CEDAW/C/GC/35, párr. 26b, p. 11, véase también recomendación 19, párrs. 8 y 9.

20 *Ibidem*, párr. 24b, p. 10.

lisis de todas las formas de discriminación contra las mujeres".[21] De esta forma, el Comité ha contribuido de forma importante a establecer criterios o estándares en torno a los sistemas de recogida, procesamiento y publicación periódica de datos acerca de la violencia por razón de género en contra de las mujeres.[22]

De esta forma, en el sistema interamericano, se establecen aspectos de gran relevancia para el cumplimiento del derecho a una vida libre de violencia, como son: el deber de adoptar políticas públicas para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer; la *debida diligencia* como característica en el actuar de quienes intervienen en dichas políticas;[23] fomentar la educación y capacitación de este personal;[24] y, además, establece el deber de garantizar la recopilación de estadísticas.[25] Puede sostenerse, por tanto, que la Convención Belém do Pará, el MESECVI y las recomendaciones del Comité de la CEDAW plantean una clara relación entre responsabilidad del Estado, prevención de la violencia de género y datos estadísticos. En este mismo sentido se han pronunciado organismos como la Comisión Interamericana de Derecho Humanos,[26] la Organización de las Naciones Unidas[27] o la CoIDH. Así mismo, en el marco de la Unión Europea se han establecido diversos vínculos entre violencia de género, obligaciones de los Estados, prevención y responsabilidad estatal.[28]

---

21 ONU, *op. cit*., nota 18, p. 3, párr. 10.

22 ONU, *op. cit.,* nota 19, párr. 34b, p. 21.

23 OEA/Convención Belém do Pará, *op. cit*., nota 1, art. 7, inciso b.

24 *Ibidem*, art. 8, inciso c.

25 *Ibidem*, art. 8, inciso h.

26 Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas,* OEA/Ser. L/V/II.154. Doc 19, CIDH/OEA, 2015, párr. 50, p. 35.

27 Organización de las Naciones Unidas (ONU), Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Tendencias de la delincuencia a nivel mundial y nuevas cuestiones y respuestas relativas a la prevención *del delito y la justicia penal*, Nueva York, ONU, doc. núm. E/CN.15/2017/10, 2017, pp. 3 y ss.

28 Es el caso del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica; la Directiva 2012/29/UE; o el caso Opuz vs. Turquía del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

No desarrollar estos registros, hacerlo de forma deficiente o no emplearlos para el perfeccionamiento de las estrategias impide el acceso pleno a las políticas públicas en el ámbito de la prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia de género, en consecuencia, para el pleno ejercicio del derecho a vivir una vida libre de violencia sexual. En este contexto, parece acertado sostener la necesidad de desarrollar formas de captar información estadística fiable, la relevancia de ello radica en que permitirá obtener insumos efectivos que permita el diseño, puesta en práctica, la medición, evaluación, seguimiento y eficiencia de políticas públicas.[29]

II. Derecho a vivir una vida libre de violencia: el marco nacional

En México, el derecho humano a una vida libre de violencia está regulado en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (LGAMVLV o Ley General), así como en las leyes homólogas de las entidades federativas. Esta ley tiene entre sus objetivos establecer las bases de coordinación para el desarrollo de políticas públicas entre los diferentes niveles de gobierno en los ámbitos de la prevención, sanción y erradicación de la violencia contra las mujeres.[30] El ente responsable de esta coordinación es el Sistema Nacional para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres.[31]

El cumplimiento del derecho a una vida libre de violencia debe enmarcarse en la responsabilidad del Estado como ente encargado de la política pública de violencia hacia las mujeres;[32] política que debe ser acorde a los tratados internacionales ratificados por México y regirse por diversos criterios, entre otros, debe primar la igualdad jurídica entre mujeres y hombres, el respecto

[29] MESECVI/OEA, *op. cit.*, nota 2, p. 59.

[30] Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, México, *Diario Oficial de la federación,* 2007, art. 1°.

[31] *Ibidem*, art. 35.

[32] *Ibidem*, art. 42.

a la dignidad y la libertad de las mujeres, y la no discriminación.[33] La parte operativa de esta estrategia, conforme a las atribuciones de los distintos niveles de gobierno, se lleva a cabo a través de distintos planes, programas y estrategias. Destaca el Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres, mismo que tiene un carácter nacional y debe adoptar una perspectiva de género.[34] En el ámbito de la estadística, las acciones del Plan Integral deberán *garantizar la investigación y la elaboración de diagnósticos estadísticos sobre las causas, la frecuencia y las consecuencias de la violencia contra las mujeres, con el fin de evaluar la eficacia de las medidas desarrolladas para prevenir, atender, sancionar y erradicar todo tipo de violencia*.[35]

No obstante, en cuanto a atribuciones en materia de información estadística de violencias padecidas por las mujeres, la labor más destacable corresponde a la Fiscalía General, la cual debe de:

> Crear un registro público sistemático de los delitos cometidos en contra de mujeres, que incluya la clasificación de los hechos de los que tenga conocimiento, lugar de ocurrencia y lugar de hallazgo de los cuerpos, características sociodemográficas de las víctimas y del sujeto activo, especificando su tipología, relación entre el sujeto activo y pasivo, móviles, diligencias básicas a realizar, así como las dificultades para la práctica de diligencias y determinaciones; los índices de incidencia y reincidencia, consignación, sanción y reparación del daño. Este registro se integrará a la estadística criminal y victimal para definir políticas en materia de prevención del delito, procuración y administración de justicia.[36]

El trabajo de la Fiscalía, como puede apreciarse, implica el desarrollo de una estadística victimal, es decir, la generación de un registro de datos que debe usarse para definir las políticas publicas en el ámbito de la victimización; datos que deben de cumplir con determinadas características: un desarrollo sistemático; desagregar la información del hecho delictivo, características de

[33] *Ibidem*, arts. 2º y 4º.

[34] *Ibidem*, art. 38.

[35] *Ibidem*, art. 38 frac. IX.

[36] *Ibidem*, art. 47 frac. IX.

la víctima y la parte agresora, así como la relación entre ambas partes; se deben implementar acciones tendentes a homologar los datos, recopilar y dar seguimiento a la información estadística de tal forma que ello permita crear indicadores de medición y evaluación del impacto de la violencia hacia las mujeres.[37]

Como puede observarse, existen suficientes normas, atribuciones y competencias relativas al desarrollo de estadísticas, su empleo en las políticas públicas y favorecer así la efectividad de los derechos, como lo es vivir una vida libre de violencia. Todo ello, además, en concordancia con las recomendaciones y criterios sustentados en el ámbito internacional por organismos como el Comité de la CEDAW, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Desde esta perspectiva, para finalizar este apartado, cabe tener en cuenta que el conjunto de recomendaciones y observaciones hasta ahora comentadas han tenido una aplicación concreta en el caso de México. La emblemática sentencia del *Campo Algodonero*[38] aborda aspectos de gran relevancia para el tema que se ha desarrollado: la desaparición, homicidio y violencia sexual en contra de mujeres observada desde la perspectiva de género, y la forma en que ello se vincula a las políticas públicas, el empleo de estadísticas y la responsabilidad del gobierno mexicano de dicha violencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) determinó la responsabilidad del gobierno de México por no "adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar"[39] la violencia contra las mujeres, así como por no "actuar con la debida diligencia"[40] ante esta forma de violencia. Es decir, el gobierno

[37] En lo relativo a la prevención, véase art. 11 frac. VI y en cuanto a la erradicación, véase art. 26 fracs. II-III. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Reglamento de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia,* México, *Diario Oficial de la Federación*, 2008.

[38] Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), *Caso González y otras* (*Campo Algodonero*) *vs. México. Sentencia* (*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*), 2009, párr. 2.

[39] OEA/Convención Belém do Pará, *op. cit*., nota 1, art. 7.

[40] *Ibidem*, art. 7 inciso b.

mexicano violó una obligación de carácter inmediato,[41] resultaron ineficaces las políticas en torno a la violencia de género y los operadores del sistema de justicia penal no mostraron sensibilzación ni estar capacitados ante esta forma de violencia.[42]

La CoIDH sostiene que fue inadecuada la "reunión de datos y elaboración de estadísticas sobre la violencia contra la mujer",[43] que en México no existe consenso en torno a los datos sobre la violencia basada en el género y no existen conclusiones convincentes sobre las cifras al respecto, pues estas son inconsistentes y carecen de firmeza.[44] La sentencia resuelve que el Estado mexicano violó las obligaciones de la Convención Belém Do Pará (art. 7b y 7c), es decir, no actuó con la debida diligencia en lo relativo a la prevención de la violencia, aspecto que fue vinculado a la inconsistencia de las estadísticas.[45] La CoIDH determina que la violación de los deberes estatales formaron parte de un "patrón general de negligencia y falta de efectividad del Estado",[46] en consecuencia, se establece la responsabilidad internacional del gobierno mexicano al no prevenir ni proteger a las mujeres ante la violencia de género perpetrada por sus agentes.

III. Derecho a una vida libre de violencia sexual: datos estadísticos de violación simple

En este aparatado se analizan diversos datos de victimización del delito de violación simple, la interrogante que guía el estudio cuestiona cuál es la edad de las mujeres víctimas de este delito en las diversas entidades de la región Centro Occidente.[47] Para responder esta pregunta se revisan los datos del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal (CNIJE), pero, los resultados y la com-

41 ONU, *op. cit*., nota 19, párr. 21.

42 CorteIDH, *op. cit*., nota 38, párr. 256.

43 *Idem*.

44 *Ibidem*, párrs. 118, 121 y 164.

45 *Ibidem*, puntos resolutivos, párrs. 4 y 5.

46 *Ibidem*, párr. 255.

47 Estas son: Aguascalientes, Colima, Durango, Guanajuato, Jalisco, Michoacán, Nayarit, Querétaro, San Luis Potosí y Zacatecas.

paración de la información depende de las posibilidades de hacer interactuar el delito de violación con el sexo y edad de las víctimas. De esta forma, se confronta el conjunto de datos de violencia sexual con los aspectos teóricos y legales comentados en el apartado previo. Los resultados obtenidos permitirán valorar la consistencia de los datos, la manera en que se cumple con esta obligación y, en consecuencia, con la responsabilidad en el ámbito de la prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia de género.

El análisis que se presenta debe enmarcase dentro de diversas consideraciones. Primera, la elección del CNIJE se debe a que actualmente constituye una de las principales fuentes de datos de víctimas de violencias sexuales, además, porque la información que genera es considerada de interés nacional, oficial y de uso obligatorio para las instituciones involucradas en la generación de estadísticas en los diferentes niveles de gobierno.[48] Segunda, la información se obtuvo a través de la página *web* del INEGI,[49] organismo que desde 2011 publica de manera anual los datos del CNIJE;[50] a la fecha consta de diez ediciones que comprenden el periodo de 2010 a 2019,[51] aunque aquí se revisan nueve de ellas,

[48] *Diario Oficial de la Federación* (DOF), ACUERDO por el que se determina Información de Interés Nacional al Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal. México, 2012, p. 1; Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica, *Diario Oficial de la Federación*, Cámara de Diputados, México, 2008a.

[49] El INEGI ofrece información de víctimas a través de dos vías: "tabulados predefinidos" y "tabulados interactivos". Aquí se emplean estos últimos porque permiten la interacción de diversas variables y mayores posibilidades de acceso a información, además, porque ambas vías son poco complementarias, especialmente, si se pretenden realizar cruces de información. Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2020/* (consultado el 9 de julio de 2021).

[50] Por primera vez se llevó acabo en 2010, pero la primera publicación corresponde a 2011, pues cada edición reporta información del año previo. A lo largo de este trabajo se hará referencia al año que corresponde la información y no al de la publicación de los resultados del Censo.

[51] El 2019 es el último año con información disponible y el conjunto de datos proviene de la página electrónica del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI). Las ediciones revisadas son las siguientes: INEGI, CNIJE, 2011a, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2011/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021). INEGI, CNIJE 2012,

ya que la primera no tuvo en cuenta en su diseño a la víctima. Tercera, el análisis centra el interés en tres características de la víctima o variables estadísticas: edad, sexo y delito de violación; y, los datos hacen referencia a las diversas entidades de la región centro occidente del país. Por último, cabe advertir que los resultados del estudio deben tomarse con cierta cautela, entre otros motivos, como a continuación se verá, porque los hallazgos apuntan a la importante ausencia de información y la presencia de datos erráticos que tornan complejas las inferencias que pueden deducirse de las estadísticas del CNIJE.

3.1. Carencia de datos: constante en la información estadística

La carencia de información o ausencia de datos es el primer hallazgo relevante derivado de la revisión realizada: la víctima no formó parte del diseño censal en 2010, es decir, no hay dato alguno al respecto en este año. Si este se omite, en el periodo de 2011 a 2019 no hay datos de sexo y/o tipo de delito sexual, en promedio, en 4.2 años en las diversas entidades del Centro Occidente del país.[52] A esto, cabe sumar lo relativo a la edad, la cual fue

https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2012/default.html#Tabulados (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2013, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2013/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2014, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2014/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2015, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2015/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2016, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2016/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2017, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2017/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2018, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2018/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE 2019a, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2019/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).
CNIJE) 2020a, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2020/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).

[52] *Idem*.

incluida por primera vez el 2013, pero, hasta 2015, solo es posible conocer la edad o el tipo de delito padecido por la víctima, se debe de optar entre una u otra, no se pueden llevar a cabo el cruce de las dos. El 2016, por primera vez, fue posible la interacción entre tipo de delito, edad y sexo de la víctima, no obstante, esto se mantuvo solo hasta 2017. El año siguiente no se desglosó el sexo de las víctimas y en 2019 no es posible la interacción de las variables de interés.[53] Por si ello fuera poco, existen carencias según cada año, entidad y variable particular.

Lo anterior significa que la información disponible sobre victimización depende de la entidad, año y del número de variables que se pretenda conocer y hacer interactuar. En el caso de esta investigación, el cruce de información de tres variables solo es posible los años 2016 y 2017. Visto en forma global, puede sostenerse que pudieron realizarse estimaciones sobre el 20% del volumen total de información que debería estar disponible en cuanto las tres características de interés.

La carencia de datos se manifiesta a través de la constante la presencia de información reportada como *no identificada* y/o *no especificada*, lo cual puede observarse en relación con el tipo de delito, el sexo y la edad. Asimismo, es importante el volumen de reportes con *espacios en blanc*o en el lugar en donde debería haber algún dato, lo cual es distinto a un cero estadístico, pero el CNIJE no especifica cuándo se trata de una u otra situación. Ambas situaciones pueden observarse, sin demasiadas dificultades, prácticamente en cualquier edición del CNIJE, además, existen carencias particulares de información si se centra la atención en una región determinada o entidad federativa.

3.2. Victimización sexual de mujeres jóvenes: constatación permanente

La tasa de victimización femenina de delitos sexuales en la región Centro Occidente, con información de 2011 a 2018, mues-

[53] A la fecha de elaboración de este trabajo aún no se publican los tabulados interactivos, en los predefinidos es posible conocer el tipo de delito y el sexo de las víctimas, pero no el cruce de esta información; y aún no se desglosa la edad. INEGI, *op. cit*., nota 51, 2020a.

tra el valor máximo de 10.13, en Nayarit; el menor se presenta en Michoacán, con un valor de 0.74; en la parte media están entidades como Guanajuato y Zacatecas. La tasa promedio de victimización femenina en la región fue de 5.07 y la masculina de 1.29, es decir, en el transcurso de la actual década, la tasa femenina fue prácticamente cuatro veces mayor que la masculina.[54] Estas diferencias, no obstante, deben tomarse con cautela, por un lado, porque conforme a las críticas comentadas en el apartado previo, existe cierta heterogeneidad en las formas de recoger los datos en cada entidad, además de ciertas diferencias conceptuales en la forma de concebir los tipos penales en sus respectivos códigos.[55] Por otro lado, principalmente por la persistente carencia de datos e importante presencia de reportes erráticos. A pesar de esto, en términos generales, la victimización sexual femenina puede tomarse como muestra de una tendencia observada conforme a la evidencia tanto nacional como internacional.[56]

De esta forma, el segundo hallazgo relevante muestra que la victimización sexual es femenina y las víctimas principales son las niñas y mujeres jóvenes. En el marco federal, por ejemplo, con datos de 2011 a 2019, puede sostenerse que el delito numéricamente más importante fue el abuso sexual, seguido de la violación simple y las mujeres fueron víctimas en el 80% de los casos reportados de ambos delitos. No obstante, si se pretende conocer la edad de estas víctimas, como antes se comento, el cruce de información solo es posible en 2016 y 2017. Sin embargo, esto no significa que se posean todos los datos de este par de años, al contrario, la edad de las víctimas (hombres y mujeres) no se identificó en 6 de cada 10 casos de las violencias sexuales. Ahora bien, si se tiene en cuenta los casos en que sí fue identificada la edad, la victimización recayó principalmente en tres grupos etarios: de 5 a 9, 10 a 14 y 15 a 19 años, en estos se concentró el 67% de las víctimas. Ambas situaciones afectan de manera principal a las mujeres, ya que del conjunto de víctimas cuyas edades no se

54 Estimaciones propias con datos del INEGI, *op. cit*., nota 51.

55 Véase, por ejemplo, CEAV, *op. cit*., nota 10; RED TDT, *op. cit*, nota 12, p. 85.

56 CIDH, *op. cit*., nota 13; CEAV, *op. cit*., nota 10; SSA, *op. cit*., nota 10; INEGI, *op. cit*., nota 14, RED TDT, *op. cit*., nota 12; UNICEF, *op. cit*., nota 10; PNUD, *op. cit*., nota 14; FRA, *op. cit*., nota 14.

identificó, el 88% de ellas fueron mujeres; de las víctimas de los grupos etarios referidos, las mujeres representaron el 89%. Esto significa que las mujeres fueron víctimas prácticamente en 9 de cada 10 delitos sexuales cometidos en contra de personas cuyas edades oscilaron entre 5 y 19 años.[57]

En cuanto al delito de violación simple en la región Centro Occidente, los datos muestran el alto grado de feminización de la victimización: en promedio, las mujeres fueron víctimas en 86 de cada 100 casos; fue el segundo delito más numeroso y representó el 23% del conjunto de ilícitos sexuales, el más frecuente fue el abuso sexual, que representó el 41% de ellos. Conforme a cada entidad, la violación simple fue el delito más frecuente en Nayarit y Zacatecas; el segundo en Aguascalientes, Colima, Durango y Guanajuato; el tercero en Jalisco, el cuarto en Querétaro y no se reportaron casos en Michoacán y San Luis Potosí.[58]

El sexo de las víctimas adquiere un significado particular cuando, además, se conoce su edad, no obstante, como se comentó, la carencia de datos es una cuestión que debe tenerse en cuenta. En 2016 y 2017, en promedio, en la región no se identificó la edad de las víctimas en el 7 de cada 10 casos de violación simple; cuando esta se identificó, el 84% de las víctimas fueron mujeres.[59] En este marco, cabe destacar las proporciones de edad identificadas conforme cada entidad:

En Nayarit la violación fue el delito más frecuente, representó el 43% de los ilícitos sexuales, las mujeres fueron víctimas en 88% y la edad de estas se identificó en 71% de los casos; en Zacatecas representó el 38% de los ilícitos, las mujeres fueron víctimas en 68% y la edad de estas se identificó en 73% de los casos; en Colima, la violación representó el 40% de los delitos sexuales, las mujeres fueron víctimas en 50% y su edad se identificó

57 INEGI, *op. cit*., nota 51.

58 *Idem*.

59 Las proporciones son semejantes si se observa todos los delitos sexuales: en el 75% de estos no se identificó la edad de las víctimas, de estas, el 88% fueron mujeres, es decir, en promedio, en el 25% de los casos se identificó la edad. Ambos valores, evidentemente, adquieren su propia dimensión en cada entidad. *Idem*.

en todos estos casos;[60] en Jalisco, representó el 12%, las mujeres fueron víctimas en 88% y su edad se identificó en 57% de los casos. En las demás entidades de la región es destacable el reducido número de casos en que se identificó la edad, pues fue igual o menor al 20%. En Querétaro la violación representó el 14% de los delitos sexuales, las mujeres fueron víctimas en 96% y su edad se identificó en 20% de los casos; en Durango representó el 24%, las mujeres fueron víctimas en 89% y su edad se identificó en 19% de los casos. Guanajuato fue la entidad con el menor índice de edad identificada, la violación representó el 24% de los delitos, las mujeres fueron víctimas en el 92% y su edad se identificó en 8% de los casos. En Aguascalientes no se reportaron casos con edad identificada, por último, en Michoacán y San Luis Potosí no se reportaron casos de violación simple en los dos años que se comentan.[61] La forma en que se distribuyó la victimización conforme a diversos grupos de edad fue la siguiente: en todas las entidades, excepto Jalisco, la mayor proporción de violaciones recayó en el grupo de 10 a 19 años, en el cual se concentró el 49% de las mujeres víctimas de violaciones. Conforme a cada entidad, la proporción de mujeres víctimas de 10 a 19 años fue: 67% en Colima; 50% en Durango y en Guanajuato; 60% en Nayarit; 100% en Querétaro y 39% en Zacatecas. El segundo grupo más victimizado fue de 20 a 29 años; el tercero fue el de 30 a 39 años y el cuarto de 0 a 9 años. Únicamente dos entidades, Durango y Zacatecas, reportaron víctimas con edades identificadas en grupos de más de 50 años.[62] Lo anterior significa que, en toda la región, los años 2016 y 2017, prácticamente 5 de cada 10 violaciones simples recayeron en niñas y jóvenes de 10 a 19 años; si se toman los dos grupos más victimizados, 7 de cada 10 recayeron en las niñas y jóvenes de 10 a 29 años.

Puede sostenerse que la información disponible —no obstante, su escasez— confirma un aspecto señalado por la evidencia empírica: las niñas y mujeres jóvenes son las víctimas principa-

60 Téngase en cuenta que, en números absolutos, se trata de seis casos de violación, las mujeres fueron víctimas en tres de ellos y en estos últimos se identificó la edad.

61 INEGI, *op. cit*., nota 51.

62 *Idem*.

les de las violencias sexuales. Sexo y edad se muestran como características de mayor vulnerabilidad delante de estas formas de violencias. En el caso concreto de la región Centro Occidente de México, los años 2016 y 2017 las niñas y jóvenes de 5 a 19 años fueron las más victimizadas. A pesar de la carencia de datos esta información es muy indicativa de la tendencia de la victimización sexual de las mujeres, pues existe evidencia nacional e internacional que así lo muestra.[63]

3.3. ¿Descenso de la violación simple o información errática?

La tasa de victimización femenina del delito de violación, en 2016 y 2017, fue de 2.39 y la masculina de 0.49 en la región, es decir, la tasa promedio femenina fue casi cinco veces mayor que la masculina. Nayarit es la entidad con mayor tasa y Jalisco con la menor, entre ambas hay una diferencia de 5.46 unidades, equivalente a una tasa superior a cualquiera otra de las entidades, excepto el mismo estado de Nayarit.[64]

Es importante tener en cuenta que estos valores se derivan de datos que reflejan una importante tendencia a la baja del delito violación simple; datos que, sin embargo, son erráticos. El 2017, respecto del año previo, la violación mostró un descenso del 100% en las entidades de Durango, Jalisco, Nayarit, Michoacán, Querétaro, San Luis Potosí y Zacatecas; Guanajuato reportó un aumento del 9%, de hecho, fue la única que registró un aumento en este delito; y, en Aguascalientes y en Colima no se reportaron datos de delitos sexual. Esta tendencia no es privativa del par de años que se comentan, ya que puede observarse algo similar en el conjunto de los delitos sexuales, en toda la región y en las diversas ediciones del CNIJE: entre 2010 y 2017, solo Guanajuato y Zacatecas mostraron un aumento de delitos sexuales, respectivamente el 43% y el 100%. En los demás estados, en pro-

63 CIDH, *op. cit*., nota 13; CEAV, *op. cit*., nota 10; SSA, *op. cit*., nota 10; INEGI, *op. cit*., not 14, RED TDT, *op. cit.,* nota 12; UNICEF, *op. cit*., nota 10; PNUD, *op. cit*., nota 14; FRA, *op. cit*., nota 14.

64 INEGI, *op. cit*., nota 51.

medio, la disminución fue del 71%. Aguascalientes presenta una disminución del 92%, seguido de Nayarit con el 87%, Michoacán, 79%, Querétaro 72%, San Luis Potosí con el 64%, y en Colima, Durango y Jalisco la disminución ronda el 55%.[65]

El análisis de cada entidad permite mostrar que la tendencia descendente de la violación se basa en datos erráticos. Esta situación se puede ilustrar con un caso concreto, el de Nayarit: el 2010 la víctima no formó parte del diseño censal y no hay dato alguno al respecto; 2011 y 2013 no se reportaron datos de ningún tipo de delito sexual, y el 2012 todos se reportaron como *delitos no especificados*; el 2019 aún no se reportan datos desglosados por tipo de delito.[66] De esta forma, solo se cuenta con datos de 2014 a 2018, periodo en el que se registró un descenso del 88% de los delitos sexuales. En el caso de la violación simple, cabe observar: el 2014 fue el delito más numeroso y representó el 39% de todos los delitos sexuales, no obstante, en una proporción similar, de 36%, el segundo delito más importante fue el "otros delitos sexuales sin realización de cópula". Al año siguiente esta última conducta no se reportó, mientras que la violación se incrementó un 13% y se mantuvo igual el 2016. Pero, el 2017 y 2018 no se reportó ninguna víctima de violación simple, es decir, hubo un descenso del 100%. Sin embargo, a su vez, el 2017, por primera vez se reportó la conducta de "violación no especificado", misma que fue el delito más importante y representó el 55% de los delitos sexuales; además, en 2018 se incremento un 25%, nuevamente fue el delito mas frecuente en la entidad y representó el 80% de los delitos sexuales. Por otra parte, conforme al sexo, de 2014 a 2017 (dado que el 2018 y 2019 no se desglosó el sexo) las víctimas masculinas se redujeron en 95% y las femeninas en un 86%.[67]

Este ejemplo refleja bien lo que acontece en las diversas entidades y ediciones del Censo: carencia de datos en diversos años, volúmenes importantes de delitos reportados como *no identifi-*

---

65 *Idem*.

66 Se publicaron datos de la edición 2020 del Censo, pero solo en su versión de "tabulados predefinidos" y no hay datos desglosados de víctimas según el tipo de delito padecido. INEGI, *op. cit*., nota 51, 2020.

67 INEGI, *op. cit*., nota 51.

cados, abruptos descensos de delitos y de victimas en breves periodos de tiempo, sexo de la víctima registrado como *no identificado*, conductas no contenidas en el código penal ni en la Norma Técnica. Todo ello puede observarse en cada una de las entidades de la región, sea que tengan una tasa alta, media o baja de delito sexuales. Es decir, la tendencia descendente de los delitos sexuales se basa en datos erráticos que solo resultan comprensible a la luz de la escasez de información en un buen número de años, tanto en lo relativo al tipo de delito como al sexo de las víctimas. Dichos descensos, cabe hipotetizar, más que a una disminución de violaciones y víctimas, se vincula a aspectos relacionados con la recogida, registro y reporte de la información. Las cifras, más que mostrar aspectos del fenómeno en sí mismo, apuntan a cuestionamientos en torno a la generación de las estadísticas en el marco del CNIJE, así como al funcionamiento de las diversas instancias del sistema penal que en ello intervienen.

Reflexión final

El desarrollo de estadísticas confiables en torno al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia sexual es un tema pendiente según se desprende de la revisión llevada a cabo. Es cuestionable el empleo que puede hacerse de un conjunto informaciones estadísticas cuya principal característica es la carencia de datos y lo errático de estos, especialmente si se piensa en términos de una política pública de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia sexual. Así acontece con el CNIJE, al menos en lo relativo a la victimización sexual de mujeres: la información solo permite en 2 de 10 ediciones el cruce de datos relativo al número y edad de las mujeres que padecieron el delito de violación simple, además, en el marco de estas dos ediciones, hay carencias de información importantes. En el conjunto de la región Centro Occidente, si se piensa en el sexo (mujeres) y tipo de delito (sexual), puede decirse que, en promedio, no se cuenta con datos en 4 de cada 10 casos; la situación empeora si se pretende conocer la edad de estas víctimas, pues en 7 de cada 10 casos no es posible conocerla. Estas carencias se presentaron, téngase en cuenta, en relación con tres características sociodemográficas básicas: sexo, edad y tipo de delito padecido por las víctimas. Esto permi-

te cuestionar la consistencia, la fiabilidad e incluso la validez de estos datos.

No obstante, a pesar de tales carencias, los datos revisados muestran dos claras tendencias que no pueden soslayarse: las víctimas principales del delito de violación son mujeres en una proporción de 86 de cada 100 casos acontecidos en la región estudiada; y las víctimas principales son niñas y jóvenes entre 10 y 29 años, en estas recayeron 7 de cada 10 violaciones. Es especialmente cuestionable la escasez de acciones orientadas específicamente a la prevención, atención, sanción y erradicación de violencias sexuales en contra de niñas, niños y adolescentes. La evidencia muestra, en todo caso, la necesidad de fortalecer este ámbito y las políticas públicas al respecto; necesidad que se sustenta en los datos estudiados y cuya validez, al menos en cuanto a la feminización de las víctimas y sus edades, se deriva de la evidencia existente tanto a nivel nacional como internacional.

La carencia de datos y lo errático de estos evidencia otra característica del CNIJE, la información resulta escasamente complementaria y comparable con otras fuentes de información tanto nacional como internacional. La comparación de las diversas entidades de la región es limitada, al respecto cabe destacar tres aspectos. Por un lado, puede sostenerse que, en cada entidad de la región, en las proporciones antes comentadas, la victimización de la violación es femenina y las víctimas principales son las niñas y mujeres jóvenes. Por otro, existen carencias de información destacables particularmente en cuanto a la edad de las víctimas. Además, son limitadas las posibilidades de llevar a cabo cruces de datos, mismas que se vuelven particularmente escasas, si se piensa en más de dos variables o características de las víctimas.

El marco convencional, en particular la Convención Belém do Pará, así como la legislación nacional, señalan obligaciones en materia de conformación y consolidación de datos estadísticos, así como su empleo en las políticas públicas en materia de prevención, atención, sanción y erradicación de la violencia en contra de las mujeres. Al respecto, según lo determinó la CoIDH en la sentencia del *Campo Algodonero*, el gobierno mexicano ha incumplido tales obligaciones e incurrido en responsabilidad internacional por ello; parte importante de ello, aunque con mati-

ces relativos al tema de las estadísticas, también se refleja en la sentencia de *Atenco*. La escasa consistencia de los datos estudiados permite sostener que esta situación persiste en lo relativo el derecho a una vida libre de violencia sexual. La información del CNIJE, no obstante ser de interés nacional y uso obligatorio para las autoridades, prácticamente no es empelada en los diagnósticos de los diversos programas de las autoridades, como son, por ejemplo, el Programa Integral para Prevenir, Atender, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres o el Plan Nacional de Igualdad entre Mujeres y Hombres. Muchos menos, se señalan los límites de estos datos, ni tampoco se llevan a cabo medidas tendentes al mejoramiento de estas estadísticas.

El derecho de las mujeres a una vida libre de violencia sexual, conforme a los actuales parámetros, requiere de información estadística fiable que permita diseñar, ejecutar, evaluar y perfeccionar acciones concretas que favorezcan la prevención, atención, sanción y erradicación de estas violencias. La información del CNIJE confirma lo constatable a nivel nacional e internacional: la victimización sexual es femenina y es padecida principalmente por niñas y mujeres jóvenes en proporciones que se concentran de forma alarmante entre los 10 y 19 años de edad. El gobierno mexicano lleva a cabo de forma por demás escasa, acciones, programas, estrategias o políticas públicas específicos en la materia. Además, el CNIJE, conforme al estudio realizado, se caracteriza por la carencia de información, la escasa desagregación de esta y por reportes erráticos que, en consecuencia, permiten señalar serias deficiencias en la capacitación del personal que interviene en la recogida, procesamiento y reporte de la información. De esta forma, conforme a los datos revisados, es cuestionable la consistencia y validez misma de la información, aspectos que dificultan sobre manera la complementariedad y comparabilidad de información, en el caso concreto, relativos al derecho de las mujeres a una vida libre de violencia sexual.

Finalmente, cabe realizar algunas sugerencias que podrían impactar favorablemente en los registros estadísticos del CNIJE: *a)* desglosar mayores datos de las víctimas, especialmente información sociodemográfica básica como la edad; *b)* reportar de forma sistemática los datos, ya que, por ejemplo, representa un gran retroceso que el año 2018 no se haya desglosado el sexo en

la información interactiva y que en su lugar se registre "el tipo de persona", es decir, si esta es física o moral; *c)* sensibilizar en torno a desigualdades de género al personal que interviene en la generación de estadísticas; *d)* creación de un banco de buenas prácticas y realización de intercambio de experiencias en la procuración y administración de justicia.

Bibliografía

Arango Durán A., y Lara Medina C., *Indicadores de Seguridad Pública en México. La Construcción de un Sistema de Estadísticas Delictivas*, México, CrisAdA, 2004.

Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, *Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia* (LGAMVLV), México, Cámara de Diputados/DOF, 2007.

——, *Reglamento de la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia*, México, *Diario Oficial de la Federación*, 2008.

——, *Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica*, México, *Diario Oficial de la Federación*/Cámara de Diputados, 2008.

Casique Rodríguez, I., "Fuentes y datos sobre la violencia contra las mujeres en México. Aprendizajes, dificultades y retos acumulados", *Realidad, datos y espacio. Revista internacional de estadística y geografía,* 8 (1), 2017.

Comisión Ejecutiva de Atención a las Víctimas (CEAV), 1er *Diagnóstico sobre la atención de la violencia sexual en México,* México, CEAV, 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), *Acceso a la Justicia para mujeres Víctimas de Violencia Sexual en Mesoamérica*, OEA/CIDH, 2011.

——, *Acceso a la información, violencia contra las mujeres y la administración de justicia en las Américas*, OEA/Ser. L/V/II.154. Doc 19, CIDH/OEA, 2015.

Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), *Recomendación general 40/2019 sobre la violencia feminicida y el*

derecho de las mujeres a una vida libre de violencia en México, México, DOF, 2019.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), *Caso González y otras* (*Campo Algodonero*) *vs. México. Sentencia 16 de noviembre de 2009* (*excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas*), CoIDH, 2009.

Diario Oficial de la Federación (DOF), *ACUERDO por el que se determina Información de Interés Nacional al Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal,* México, DOF, 2012.

Directiva 2012/29/UE, *por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delito,* de14 de noviembre de 2012.

European Union Agency for Fundamental Right (FRA), *Violencia de género contra las mujeres: una encuesta a escala de la UE. Resumen de las conclusiones*, Bélgica, UE, 2014.

Echarri Cánovas, C., coord., *Panorama Estadístico de la Violencia en México*. México, Colmex/SSP, 2012.

——, *La violencia feminicida en México, aproximaciones y tendencias 1985-2014*, México, SEGOB/Inmujeres-ONUMUJERES, 2016.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), *Encuesta Nacional sobre Dinámica de las Relaciones en los hogares* (*ENDIREH*), México, INEGI, 2006, *https://www.inegi.org.mx/programas/endireh/2006/* (consultado el 9 de julio de 2021).

——, Cronología de la estadística en México 1521-2008, México, INEGI, 2009.

——, *Norma Técnica para la Clasificación Nacional de Delitos del Fuero Común para fines Estadísticos* (*Acuerdo de aprobación*), México, INEGI, 2011.

——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2011, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2011/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).

——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2012, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2012/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).

——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2013, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2013/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2014, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2014/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2015, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2015/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2016, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2016/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2017, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2017/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2018, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2018/default.html#Tabulados* (consulta 15 de febrero de 2021).
——, Estadísticas a propósito del Día Internacional de la Eliminación de la Violencia contra la Mujer (25 de noviembre). Datos Nacionales. Comunicado de prensa No. 592/19. México, INEGI, 2019.
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2019a, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2019/default.html#Tabulados* [consulta 15 de febrero de 2021].
——, ENVIPE. Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. Una buena práctica, México, INEGI, 2020.
——, *Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal* (CNIJE) 2020a, *https://www.inegi.org.mx/programas/cnije/2020/default.html#Tabulados* (consultado el 15 de febrero de 2021).

Lagarde y de los Ríos, M., *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*, México, UNAM, 2006.

Mecanismo de Seguimiento de la Convención de Belém do Pará (MESECVI)/OEA, *Guía para la aplicación de la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer,* Washington, D.C., MESECVI/OEA, 2014.

Millet, K., *Política Sexual,* España, Cátedra, 2010.

Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), *Global Study on Homicide. Gender-related killing of women and girls*, Vienna, UNODC, 2018.

Organización de Estados Americanos (OEA), *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres (Belém do Pará)*, s/f.

Organización de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer*. Nueva York, ONU, CEDAW/C/MEX/CO 7-8, 2012.

——, *Recomendaciones Generales Adoptadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer,* 9, 12, 19, 25, 27, 28 y 35, *https://confdts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CEDAW/00_4_obs_grales_CEDAW.html* (consultado el 15 de febrero de 2021).

——, Consejo Económico y Social, Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal, Tendencias de la delincuencia a nivel mundial y nuevas cuestiones y respuestas relativas a la prevención del delito y la justicia penal, Nueva York, ONU, doc. núm. E/CN.15/2017/10, 2017.

——, Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, CEDAW, *Observaciones finales sobre el noveno informe periódico de México*, Nueva York, ONU, CEDAW/C/MEX/CO/9, 2018.

Organización Mundial de la Salud/Organización de las Naciones Unidas. División para el Adelanto de las Mujeres, *Violencia contra la mujer: panorama estadístico, desafíos y lagunas en la recopilación de datos, y metodología y enfoque para superarlos,* Ginebra, ONU/OMS, 2005.

ONU-Mujeres, *et al., La violencia feminicida en México. Aproximaciones y tendencias.* México, SEGOB/CONAVIM/INMUJERES/ONU-Mujeres, 2020.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), *Informe regional de desarrollo humano 2013-2014. Seguridad Ciudadana con rostro humano: diagnóstico y propuestas para América Latina,* Panamá, PNUD, 2013.

Ramírez, Karla, *Análisis Comparativo del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal y las Estadísticas Judiciales en Materia Penal*, México, Instituto de las Mujeres, 2015.

RED TDT, *Impunidad feminicida. Radiografía de datos oficiales sobre violencias contra las mujeres (2017-2019),* México, TDT, 2020.

Secretaria de Salud, *Informe Nacional sobre Violencia y Salud*. México, SSA, 2006.

Segato, L., *Las estructuras elementales de la violencia,* Argentina, Prometeo, 2010.

UNICEF, *Panorama Estadístico de la Violencia contra Niñas, Niños y Adolescentes en México*, México, UNICEF, 2019.

Van Dijk, Van Kesteren y Smit, *Victimización en la perspectiva internacional. Resultados principales de la ENICRIV y ENECRIS 2004-2005,* Países Bajos, WODC, 2008.

Reflexiones contemporáneas
sobre derecho constitucional comparado
se terminó de imprimir en febrero de 2023,
en los Talleres Gráficos del Poder Ejecutivo
del Estado de Querétaro,
su tiraje consta de 1 000 ejemplares.

REFLEXIONES **CONTEMPORÁNEAS** SOBRE DERECHO **CONSTITUCIONAL COMPARADO**

La obra que ponemos en sus manos aborda una pluralidad de temas trascendentes para el derecho constitucional de nuestros días, desde distintas latitudes.

En el primer capítulo se introduce al lector al tema crucial del derecho a un ambiente sano, poniendo en perspectiva la normativa latinoamericana, mexicana y ecuatoriana. Otro capítulo cuestiona la idoneidad y diferencias entre el test de proporcionalidad efectuado en España y en México. En el plano nacional, se realiza un breviario sobre la evolución y la dinámica de la Constitución Federal, así como las modificaciones a la Constitución local guanajuatense.

En el cuarto capítulo se desentrañan los puntos asociativos y disociativos del derecho humano al refugio en los sistemas jurídicos canadiense y mexicano. Posteriormente, se comparan las reformas en materia penal formuladas en los estados de Guanajuato y Nuevo León para responder a situaciones de discriminación vinculadas con el COVID-19. Otro autor examina el impacto de la reforma constitucional de derechos humanos en los estados de Guanajuato y Veracruz.

En la esfera internacional, se analizan varios tratados que México ha firmado en materia de justicia restaurativa y su impacto en el sistema jurídico. Otro aporte compara la declaratoria general de inconstitucionalidad en México y la acción pública de inconstitucionalidad en Colombia en materia tributaria. Por último, en el plano de los derechos, se estudia la protección y regulación del derecho de petición, así como el derecho a una vida libre de violencia.

En suma, los trabajos que integran la obra constituyen análisis novedosos que aportan al debate contemporáneo constitucional.

ISBN 978-607-7822-95-0

9 786077 822950

PODER EJECUTIVO DEL ESTADO DE QUERÉTARO

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO