



# Revista de Garantismo y Derechos Humanos



Año 6, Número 11  
Enero - junio 2022  
ISSN: 2448-833X



# REVISTA GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 11, ENERO-JUNIO 2022

ISSN 2448-833x

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA

CENTRO DE INVESTIGACIONES JURÍDICO-POLÍTICAS

## **Dirección de la revista**

Dr. Serafín Ortiz Ortiz. Director

Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Editor responsable

Pas. J. Julio Martínez Hernández. Asistente editorial

## **Equipo técnico**

Martín Méndez Rodríguez

J. Julio Martínez Hernández

Elián Ramírez Palma

Diseño de portada. Lic. Alejandro Morales Quintana

*Revista de Garantismo y Derechos Humanos*, núm. 11, enero-junio 2022, es una publicación semestral editada por la Universidad Autónoma de Tlaxcala, a través del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas. Av. Carretera Tlaxcala-Puebla, núm. 1, Col. La Loma Xicohtécatl, C.P. 90062, Tlaxcala, México, Tel. (01) 246 46 2 97 21, <https://revistagarantismoyddhh.uatx.mx>, [garantismo.derechoshumanos@uatx.mx](mailto:garantismo.derechoshumanos@uatx.mx). Editor responsable: Dr. Emmanuel Rodríguez Baca. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo No.04-2016-102413052200-203, ISSN: 2448-833X, ambos otorgados por el Instituto Nacional de Derechos de Autor.

## **Consejo Editorial**

Dr. Serafín Ortiz Ortiz  
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dra. Elisabeth Almeda Samaranch  
Universidad de Barcelona, Departamento de Sociología, España

Dr. Luigi Ferrajoli  
Universidad de Roma, Italia

Dra. Encarna Bodelón González  
Universidad Autónoma de Barcelona, Facultad de Derecho, España

Dr. José Luis Soberanes Fernández  
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México

Dra. Tamar Pitch  
Università degli Studi di Camerino, Departamento de Derecho, Italia

Dr. Eugenio Raúl Zaffaroni  
Universidad de Buenos Aires, Facultad de Derecho, Argentina

Dra. Marla Daniela Rivera Moya  
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dr. Fernando Tenorio Tagle  
Universidad Autónoma de Tlaxcala, Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, México

Dr. Raffaele De Giorgi  
Universidad de Salento, Facultad de Derecho, Italia

Dr. Paolo Comanducci  
Universidad de Génova, Departamento de Jurisprudencia, Italia

Dr. José María Soberanes Díez  
Universidad Panamericana, México

Dr. Carlos Conover Blancas  
Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Filológicas, México

## **Consultores internos**

Carlos González Blanco / José Zamora Grant / Leopoldo Rolando Arreola Ortiz / Luis Armando González Placencia / Raúl Ávila Ortiz / Susana Thalía Pedroza de la Llave / Genaro Carnero Roque / Omar Sánchez Vázquez

# REVISTA GARANTISMO Y DERECHOS HUMANOS

NÚMERO 11, ENERO-JUNIO 2022 ISSN 2448-833X

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE TLAXCALA, CENTRO DE INVESTIGACIONES  
JURÍDICO POLÍTICAS

---

## SUMARIO TABLE OF CONTENTS

Presentación	
Emmanuel Rodríguez Baca.....	p. 5
A manera de introducción. La política criminal contemporánea en el marco del garantismo <i>As an introduction. The contemporary criminal policy in the frame of the guarantee theories.</i>	
Serafín Ortiz Ortiz.....	p. 7-10

## ARTÍCULOS / ARTICLES

El primer constitucionalismo hispanoamericano. Entre la historia y la historiografía <i>The first hispanic-american constitutionalism. Between history and historiography</i>	
Marta Lorente Sariñena.....	pp. 11-29
La interpretación en la obra de Savigny <i>Interpretation in Savigny's work</i>	
Víctor Manuel Rojas Amandi.....	pp. 31-41
La libertad religiosa en el pueblo huichol <i>Religious freedom in the huichol community</i>	
José Luis Soberanes Fernández.....	pp. 43-56
Los límites de la interpretación conforme con los tratados internacionales sobre Derechos Humanos <i>The limits of interpretation in accordance with international Human Rights treaties</i>	
Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas.....	pp. 57-80
Un acercamiento al concepto del clientelismo y su incidencia en las políticas públicas en México <i>An approach to the concept of clientelism and its incidence on the public policies in México</i>	
Daniel Oscar García Rodríguez.....	pp. 81-96

Bases para el Desarrollo de una Argumentación de Hechos en México  
*Bases for the Development of an Argumentation of Facts in Mexico*  
Noé Galicia García..... pp. 97-116

Posibles limitaciones y excesos de la ponderación como técnica argumentativa en la exigibilidad del derecho a la protección de la salud  
*Possible restrictions and excess of the ponderation as an argumentative technique in the enforceability of the health protection right.*  
Jorge Jesús Corona Rodríguez..... pp. 117-135

Control de detención  
*Detention control*  
Germán García Montealegre..... pp. 137-164

#### RESEÑAS / REVIEWS

*Derechos y libertades entre cartas magnas y océanos: experiencias constitucionales en México y España (1808-2018)*  
Alejandro Morales Quintana..... pp. 165-171

## PRESENTACIÓN

Este año el Centro de Investigaciones Jurídico-políticas de la Universidad Autónoma de Tlaxcala cumple 40 años de su fundación. Son cuatro décadas ininterrumpidas de compromiso social y de producción científica de vanguardia. Dos son los pilares de este Centro: la formación de profesionistas facultados para generar y aplicar conocimiento innovador, esto a través de los distintos programas de maestrías y doctorados que oferta, así como de la experiencia de su planta docente. La otra columna es la investigación, la que se refleja en la producción de artículos y libros de su plantilla de catedráticos y en los dos cuerpos académicos con que cuenta: **Garantismo y Política Criminal y Neoconstitucionalismo, Buena Política y Argumentación Jurídica.**

Como parte de la labor de investigación, a iniciativa del Dr. Serafín Ortiz Ortiz y la Dra. Marla Daniela Rivera Moya, desde el año 2017 se publica de manera digital la *Revista de Garantismo y Derechos Humanos* como un espacio para presentar artículos y reseñas de libros que reflejen la problemática jurídica en el campo del Derecho Penal y del Derecho Constitucional; mas no se limita a estas líneas ya que también busca la interdisciplina con otras áreas del conocimiento ya de las Ciencias Sociales o Científicas, teniendo como eje la cultura jurídica.

En el marco de las conmemoraciones por el cuadragésimo aniversario del Cijurep tenemos el gusto de presentar el número 11 de la *Revista de Garantismo y Derechos Humanos*, que incluye artículos de diversas temáticas acordes con las líneas de investigación de este Centro y otros estrechamente a ellas vinculadas. Consideramos que el conocimiento se construye de manera colectiva, de ahí el interés del equipo editorial para que esta revista continúe como un espacio de difusión, expresión y discusión académica.

Dr. Emmanuel Rodríguez Baca  
Editor responsable



**A MANERA DE INTRODUCCIÓN.  
LA POLÍTICA CRIMINAL CONTEMPORÁNEA EN EL MARCO DEL  
GARANTISMO**

**AS AN INTRODUCTION.  
THE CONTEMPORARY CRIMINAL POLICY IN THE FRAME OF THE  
GUARANTEE THEORIES**

**Dr. Serafín Ortiz Ortiz**  
Coordinador Científico del Cijurep

A cuarenta años de existencia, el posgrado jurídico y político de la Universidad Autónoma de Tlaxcala ha proyectado sabiduría en dos líneas de investigación: la política criminal contemporánea y el garantismo, que son un referente para el foro de Tlaxcala, la región y, acaso, para la nación. Evidencia de esto que mencionamos es que en la última década en el Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas se han conformado dos cuerpos académicos consolidados, grado máximo que otorga la Secretaría de Educación Pública federal a través del Programa para el Desarrollo Profesional Docente: *Garantismo y Política Criminal* y *Neoconstitucionalismo, Buena Política y Argumentación Jurídica*.

En el primero de los cuerpos académicos enunciados, es decir el de Garantismo y Política Criminal, se ha vertebrado tanto la sabiduría penal como la sabiduría en política criminal. Esto es pertinente resaltarlo debido a que hasta hace aproximadamente tres décadas el interés de los penalistas se focalizaba, casi estrictamente, en la teoría del delito; sin embargo, desde entonces comenzó entre dichos especialistas una inclinación cada vez más ascendente en torno de la teoría de la pena, eje central de la Política Criminal.

A continuación, se lista un catálogo de temas en materia de política criminal que considero deben ser objeto de estudio de quienes nos ocupamos de la reflexión contemporánea en esta materia. Esquemáticamente pueden presentarse tres grandes cuestionamientos para su estudio: primero ¿Cómo se previene y reprime el delito?; segundo ¿Qué se debe legislar en materia de Política criminal?, y, por último, ¿Cuáles son las alternativas para la prevención delictiva?

Siguiendo el orden a las preguntas que planteamos en el párrafo anterior, podemos sostener y esbozar las siguientes líneas:

1. a) Sistema penal contradictorio adversarial y garantismo penal.



- b) Prevención legal: Fines de la pena
  - c) Intervención policial: Seguridad pública, seguridad ciudadana, seguridad humana
  - d) Reinserción social: Sistema penitenciario y Derechos Humanos de los internos.
2. a) Inflación penal y agravamiento de sanciones: Política criminal eficientista.
    - b) Tipificación de delitos y/o destipificación de tipos penales.
  3. a) Instauración y/o mejoramiento de instituciones publicas
    - b) Políticas públicas proactivas

Ahora bien, desde nuestra óptica particular estimamos que la política criminal puede ser segmentada en tres expectativas que, consideramos, globalizan los asuntos de la materia en los siguientes contenidos:

## I. *Política Criminal Proactiva*

### 1. Sistema Penal preventivo

- a) La construcción dogmática del delito debe orientarse por el tipo penal fincada en la capacidad de motivación de la norma antes de la intimidación soportada en la cantidad de pena.
- b) Deben incluirse en el Código Penal os principios constitucionales en la materia a saber:

#### Principios garantistas en materia penal

- Dignidad humana al Art. 1, párrafo quinto.
- Inocencia. Art. 20, Apartado A, frac. I y Apartado 13, frac. I.
- Legalidad. Art. 14, párrafo tercero.
- Proporcionalidad. Art. 22, párrafo tercero.
- Culpabilidad. Art. 20, frac. V y VIII.
- Materialidad. Art. 16, párrafo tercero y Art- 19, párrafo primero.
- Subsidiariedad. Art. 17, último párrafo.
- Fragmentariedad. Art. 20, apartado B, frac. IX.
- Legitimidad. Art. 21, párrafo tercero.
- Racionalidad de las penas. Art. 18, párrafo segundo.
- Oportunidad. Art. 21, párrafo séptimo.
- Prevención. Art. 21, párrafo décimo, inciso C y D.
- Seguridad Pública. Art. 21, párrafo noveno.

- c) Cada uno de los segmentos del sistema penal debe direccionarse en el sentido de la búsqueda de la prevención antes que la represión, aunque ésta es ineludible; sin embargo, deberá actualizarse con el mínimo de violencia.

## **2. Evitar la inflación penal**

Asumir el derecho penal como última ratio, evitar el agravamiento de sanciones y su potencial, y por lo mismo indemostrable, capacidad intimidatoria.

## **3. Incorporación de tecnología**

- a) Manejo de información criminológica y criminalística.
- b) Control cibernético del procesado para disminuir la prisión preventiva y el arraigo.

## **4. Experticia en procuración**

Siguiendo los principios imperantes para el Juez de Carrera Judicial: Art. 100, párrafo séptimo. Excelencia, objetividad, imparcialidad, profesionalismo e independencia.

# **II. *Política Criminal Disuasiva***

## **1. Carrera policial**

Principios de legalidad, objetividad, eficiencia, profesionalismo, honradez y respeto a los Derechos Humanos. Art. 21, párrafo noveno y décimo CPEUM. Sistema Nacional de Seguridad Pública. (Certificación y selección) Así mismo, carrera ministerial y escuela de seguridad ciudadana.

## **2. Objetividad de la sanción**

- Celeridad. Deberá ser juzgado antes de 4 meses para los delitos cuya pena establezca sanción hasta con 2 años y 1 año cuando exceda.
- Certeza. Siempre y en todos los casos sanciona.
- Severidad. El derecho penal sanciona igual para todos.

# **III. *Política Criminal Restaurativa***

## **1. Uso alternativo del Derecho:**

- Búsqueda de soluciones anticipadas al proceso penal: Mediación (Art. 17, párrafo cuarto). Principio de Oportunidad (Art. 21, párrafo séptimo)
- Alternativas a la prisión preventiva (reclusión domiciliaria y prisión intermitente)

2. **Derecho Premial**

Ley general de recompensas para la prevención delictiva (Fondo Nacional de Recompensas)

3. **Derecho restaurador**

Trabajo socialmente útil a favor de la comunidad y/o a favor de la víctima.

4. **Desmitificación del fin de la pena**

De la reinserción al entrenamiento productivo: trabajo, capacitación, educación, salud y deporte, D. H. (Art. 18).

Recapitulando, el esquema bosquejado en estas sucintas líneas tiene por objetivo convertirse en un modelo o directriz que exhorte a los especialistas de la ciencia jurídica, y disciplinas a fines, a discurrir en la reflexión contemporánea del estudio y análisis de la materia en política criminal y el garantismo. En la *Revista Garantismo y Derechos Humanos* tendrán un espacio académico de discusión, pero sobre todo para presentar sus propuestas teóricas e investigaciones.

**EL PRIMER CONSTITUCIONALISMO HISPANOAMERICANO. ENTRE LA  
HISTORIA Y LA HISTORIOGRAFÍA**

**THE FIRST HISPANIC-AMERICAN CONSTITUCIONALISM. BETWEEN  
HISTORY AND HISTORIOGRAPHY**

Dra. Marta Lorente Sariñena\*

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 11 de abril de 2022

Resumen

La presente contribución persigue ofrecer una modesta reflexión sobre la expulsión de la historia de la Constitución en Iberoamérica de la historiografía constitucional comparada, a pesar de que aquélla constituyó en su momento una suerte de tercera modelo, después del norteamericano y francés, de fijación formal del constitucionalismo. A estos efectos, se sugiere que, más allá de la debilidad y fracasos de la Constitución en Iberoamérica, hay una serie de obstáculos metodológicos que han venido contribuyendo a la invisibilización del constitucionalismo iberoamericano en la historiografía comparada sobre el nacimiento, implantación y expansión (prácticamente universal) del instrumento político-jurídico que representa la Constitución moderna.

Summary

The present contribution seeks to offer a modest reflection on the expulsion of the history of the Constitution in Ibero-America from comparative constitutional historiography, despite the fact that it constituted at the time a sort of third model, after the North American and French, of formal fixation of the constitutionalism. For these purposes, it is suggested that, beyond the weakness and failures of the Constitution in Ibero-America, there are a series of methodological obstacles that have been contributing to the invisibility of Ibero-American constitutionalism in comparative historiography on the birth, implantation and expansion (practically universal) of the political-legal instrument represented by the modern Constitution.

Palabras clave: Constitución; modernidad; historiografía constitucional comparada; metodología histórica.

Keywords: Constitution; modernity; comparative constitutional historiography; historical methodology.

\* Catedrática de Historia del Derecho, Universidad Autónoma de Madrid

## **I. Introducción: de aniversarios y otras cosas.**

Las dos décadas que siguieron a la quiebra protagonizada por la de la Monarquía española en 1808 asistieron a una suerte de “apoteosis” del constitucionalismo hispano americano: en efecto, tanto la Península como los territorios americanos asistieron, me temo que un tanto estupefactos, a un tejer y destejer constituciones escritas. Consecuentemente, desde 2008 hasta la actualidad venimos celebrando una suerte de interminable cumpleaños del constitucionalismo hispano, siendo así que una de sus piezas, el primer constitucionalismo mexicano, tiene asegurado por méritos propios su particular fiesta o, si se quiere, ceremonia. Sin embargo, no soy yo la más indicada para hablar de ese primer constitucionalismo, toda vez que disponemos de una extensa y particularmente rica historiografía sobre la primera norma de Apatzingán.

Así las cosas, mi participación en la fiesta de cumpleaños podría consistir en ofrecer una síntesis del tema que mejor conozco, el constitucionalismo gaditano, por cuanto que estuvo muy presente en el primer constitucionalismo mexicano, en el cual incluyo por supuesto la Constitución Federal de los Estados Unidos mexicanos de 1824. Ahora bien, como quiera que los trabajos sobre la primera norma doceañista se cuentan casi por miles, he preferido componer aquí una especie de “reflexión” sobre las principales causas de la mala suerte historiográfica que, hasta prácticamente la actualidad, ha caracterizado al que, por resumir, denominaré “primer constitucionalismo iberoamericano”. Ciertamente es que el mexicano tiene su problemática específica, pero, en mi opinión, participa de una más general que, exagerando un poco, bien puede calificarse como una maldición en virtud de la cual el constitucionalismo hispanoamericano ha sido excluido de la historia general del constitucionalismo, a pesar de que en su momento representó una especial suerte de tercera vía del primer constitucionalismo moderno occidental, que por tal suele entenderse la irrupción de la constitución escrita en la gestión de las comunidades políticas.

Objetivo, pues, del presente escrito, es tratar de dignificar historiográficamente un particular constitucionalismo respecto del cual el mexicano constituye una de sus principales piezas. Para ello, trataré de identificar los que, en mi opinión, han sido, y quizás siguen siendo, los principales “obstáculos” que han dificultado o, incluso, impedido, experimentos

constitucionales hispanoamericanos a la hora de concebir una historia del primer constitucionalismo moderno.

## **II. Algunas, pocas, cosas sabidas.**

Tras las primeras experiencias constitucionales modernas en los Estados Unidos y Francia,<sup>1</sup> el triunfo de la revolución emancipadora en la parte francesa de Santo Domingo (Haití después de la independencia),<sup>2</sup> abrió un tercer ciclo constitucional atlántico que se extendió, grosso modo, hasta la definitiva emancipación latinoamericana.<sup>3</sup> Habiendo sido objeto de una espectacular derrota a manos de los antiguos esclavos en el Caribe, las tropas francesas tuvieron mucho más éxito en la ocupación de la Península Ibérica (1808), que entre otras muchas cosas no sólo provocó la huida o el abandono de los hasta entonces titulares de la soberanía, los monarcas, sino que además favoreció la puesta en marcha de distintos procesos constituyentes en el seno los territorios hasta entonces considerados propiedad de las monarquías imperiales ibéricas.<sup>4</sup> Más allá de su discutida y discutible naturaleza revolucionaria,<sup>5</sup> tales procesos coincidieron en el tiempo y en el espacio antes de consumarse las independencias latinoamericanas. Consecuentemente, cabe referirse en términos muy genéricos a dos tipos de constituciones basándose en sus propias pretensiones territoriales que, incluidas en los textos, diseñaban lo que si bien suele denominarse “ámbitos de decisión”, en los casos que nos ocupan tuvieron un valor más que fundacional en términos constitucionales.<sup>6</sup> Así, mientras que unas, las iberoamericanas, fueron pensadas para el conjunto de los antiguos súbditos y territorios de una y otra monarquía (Constitución Política de la Monarquía Española, 1812; Constitución Política de la Monarquía Portuguesa, 1822), todas las demás, esto es, las latinoamericanas, pretendieron imponerse solo en algunas de sus partes.

Esta duplicidad constitucional constituye no sólo la primera sino sobre todo la más específica característica del primer constitucionalismo iberoamericano, tal y como viene poniendo de relieve una cada vez más nutrida historiografía interesada por la pluralidad de las sociedades ibéricas y su consecuente reflejo político tras la caída de los respectivos Imperios.<sup>7</sup> Las independencias no pusieron fin al proceso de dispersión de cuerpos y comunidades provocado por los acontecimientos de 1808 sino más bien todo lo contrario, como bien ponen de manifiesto no sólo las historias rioplatense,<sup>8</sup> andina,<sup>9</sup> neogranadina o centroamericana,<sup>10</sup> sino también incluso la del Imperio brasileño, que como es bien sabido se vio afectado por graves revueltas de signo independentista hasta la década de los cincuenta

del siglo XIX. En todo caso, el constitucionalismo abandonó definitivamente esa condición dual ibero/latinoamericana tras consumarse las independencias en la región (Brasil, 1822; Hispanoamérica, 1824).

Desde entonces hasta hoy, en Hispanoamérica se han imaginado, discutido, aprobado, reformado y derogado cientos de constituciones,<sup>11</sup> no obstante lo cual su elevado número suele considerarse como un indicador del escaso arraigo del constitucionalismo en la región. Lo cierto es que guerras, revoluciones, pronunciamientos, caudillismos, reformas, derogaciones o dictaduras de hecho o de derecho, han interrumpido el tracto constitucional en tantas ocasiones que no resulta extraño que muchos estudiosos hayan elevado la “interrupción” a condición de enfermedad congénita del constitucionalismo hispanoamericano.

Contraída esta última en 1808, y no erradicada definitivamente hasta el día de hoy, esta suerte de enfermedad política constituye una de las principales causas de esa cierta mala fama que ha acompañado a nuestro constitucionalismo desde sus mismos orígenes. Sin embargo, algo similar podría afirmarse respecto del constitucionalismo continental europeo, habida cuenta que la interrupción también ha jugado un importante papel en su historia desde la revolución francesa hasta prácticamente nuestros días.<sup>12</sup> Aunque sea solo en parte, este dato explica que un considerable número de los Estados que hoy forman parte de la Unión Europea sean democracias constitucionales jóvenes (Grecia, Portugal o España) o incluso jovencísimas (todos los países de la antigua Europa del Este).

Vistas así las cosas, podríamos concluir con un punto de exageración que la historia del constitucionalismo hispanoamericano ha sido tan antigua y desgarrada como la europea continental, sobre todo si se comparan con la estabilidad, sin duda problemática, que ha caracterizado hasta el día de hoy a las experiencias constitucionales anglosajonas.<sup>13</sup> Pero lo que realmente me interesa subrayar aquí no proviene de valoraciones arriesgadas sino de un simple dato historiográfico que resulta incontestable, a saber, son muy pocos los expertos los que hasta hoy se han esforzado en integrar las experiencias constitucionales ibero/latinoamericanas en la historia global, la cual, por cierto, está algo más que de moda incluso en el campo jurídico.<sup>14</sup>

No por casualidad, la invisibilidad historiográfica del constitucionalismo hispanoamericano se ha convertido en un campo de investigación por sí mismo, que viene siendo cultivado por una legión de estudiosos obsesionados por responder en términos

específicos a aquella famosa interrogante que, planteada por Víctor Hugo, sirve muy bien a los presentes efectos: *À qui la faute?*<sup>15</sup>

### III. Ilustrados y revolucionarios: la *disputa del nuevo mundo* y el valor de la Constitución.

No es este el lugar más indicado en orden a resumir y/o valorar los múltiples diagnósticos existentes, toda vez que constituye un objeto de investigación por sí mismo. Por ello, me limitaré a sugerir en términos muy generales que dicha invisibilidad constituye una manifestación entre tantas otras de lo que Cañizares-Esguerra ha denominado expulsión de Iberoamérica de las narrativas de la modernidad”, la cual, por cierto, hunde sus raíces en el discurso ilustrado europeo.

Fue Antonello Gerbi el primero que analizó este por lo demás curioso presupuesto intelectual,<sup>16</sup> que si bien arrancó -de la reflexión “científica” realizada por el conde de Buffon sobre la naturaleza americana, más adelante se trasladó a la sociedad de la mano de múltiples autores. Según el científico francés, la naturaleza americana resultaba en todo inferior a la europea, hasta el punto de que plantas y animales se corrompían de forma natural en un Nuevo Mundo infantil e inmaduro en contraste con el Viejo. Más adelante, generalizada por el prusiano Cornelius De Paw, esta tan denigratoria como provocativa tesis incluirá a los miembros de las poblaciones americanas, adquiriendo sus contornos casi definitivos en la obra de Hegel, quien llegó a afirmar en su famosa *Filosofía de la historia* (1832) que “América ha aparecido siempre sin poder físico ni psíquico alguno, y todavía lo hace”.

Claro está que, desde un principio, esta tesis fue contestada por numerosos críticos; sin embargo, todo parece indicar que sigue estando presente en el inconsciente occidental por lo que se refiere, eso sí, a Hispanoamérica en exclusiva. En todo caso, a nuestros efectos se podría resumir en términos un tanto caricaturescos más o menos así: al igual que el león se convirtió en jaguar y los hombres perdieron el vello en el Nuevo Mundo, la constitución se degradó hasta hacerse irreconocible al entrar en contacto con el suelo americano situado, eso sí, al Sur del Río Grande.

Con todo, no cabe pasar por alto un dato más conocido si cabe que la *disputa del nuevo mundo*, aun cuando solo sea porque de todos es sabido que los primeros que denunciaron la debilidad de las constituciones americanas no fueron precisamente eurocéntricos prejuiciosos, sino por el contrario conocidos revolucionarios independentistas latinoamericanos. Como no podría ser de otra manera, Bolívar constituye el más significativo



de los ejemplos, ya que en su opinión las constituciones, en América, no eran otra cosa que simples “hojas de papel” adecuadas sólo para las “repúblicas aéreas”.<sup>17</sup> Al desencanto del Libertador le siguieron muchos otros, motivados por supuesto por razones muy distintas, siendo así que el listado de frustraciones constitucionales ha crecido desde los tiempos de Bolívar en proporciones geométricas a ritmo tan acelerado que resulta prácticamente imposible dar cuenta de ellas. Baste por tanto remitir a un ejemplo tan ilustrativo como el proporcionado por ese enorme poeta que fue el Nobel mexicano Octavio Paz: “La ideología liberal y democrática, lejos de expresar nuestra situación histórica concreta, las ocultaba. La mentira política se instaló en nuestros pueblos casi constitucionalmente. El daño moral ha sido incalculable y alcanza a zonas muy profundas de nuestro ser”.<sup>18</sup>

Ahora bien, no todo fue siempre así. A lo largo de la historia hispanoamericana, incluida por supuesto la más reciente, hubo muchos momentos en los que la Constitución, concebida como proyecto de futuro, se elevó a la condición de depósito de esperanzas de una buena parte de la población, con independencia de que fueran muchas las lecturas o comprensiones constitucionales.<sup>19</sup> Es por ello que cabe concluir en términos muy genéricos que la historia del constitucionalismo hispanoamericano se ha movido desde sus mismos orígenes en el seno de un binomio cuyos extremos no son otros que la esperanza y la frustración, con todo lo que el perpetuo bamboleo lleva consigo en el plano de la estabilidad de la sociedad política.

#### **IV. Crítica historiografía y metodología crítica: algunos obstáculos epistemológicos**

Hay, no obstante, otras razones que también explican la invisibilidad de la historia del constitucionalismo hispanoamericano, la cual, durante mucho tiempo, ha estado encerrada en una jaula excesivamente tradicional, ajena en todo caso a la renovación historiográfica que se ha venido produciendo desde la década de los ochenta del pasado siglo. Más adelante daré cuenta somera de la misma, limitándome aquí a exponer una serie de consideraciones metodológicas, básicas por lo demás, que afectan a la forma de hacer y entender la historia del constitucionalismo latinoamericano.

Pocas advertencias resultan más obvias para los científicos sociales, entre los cuales incluyo a los historiadores del derecho, que aquella que recuerda que la dignificación del objeto de estudio depende de la forma en la que este se aborda. Es por ello que la primera tarea del historiador consiste en localizar primero, y superar después, los que considera

principales obstáculos en orden a la comprensión de su objeto de estudio, los cuales, en su mayoría, proceden de la historiografía existente, o de lo que suele denominarse “estado de la cuestión”.

Claro está que la *faute*, de darse, no proviene en exclusiva de los que se han atrevido previamente a tratar cualesquiera temáticas, pero lo cierto es que cualquier investigación parte inevitablemente de una lectura crítica de la historiografía existente, la cual, en la mayoría de las ocasiones, tiene mucho de patrón interpretativo. Este es justamente el caso de la historia del constitucionalismo hispanoamericano, que cultivada sobre todo por políticos o juristas, ha resistido bastante bien frente a cualesquiera innovación. Su fortaleza, empero, ha conllevado algunas consecuencias desafortunadas, que aquí he denominado obstáculos epistemológicos, siendo así que el primero de ellos es sin duda el corsé nacionalista, propio de la historiografía tradicional, con el que se ha constreñido la historia del constitucionalismo iberoamericano desde sus mismos orígenes.

### 1. *La Nación como jaula*

En efecto, los primeros ¿historiadores? de la constitución en los recién nacidos estados fueron contemporáneos o casi contemporáneos a las independencias. Para la mayoría de ellos, resultaba prácticamente imposible separar la historia de la constitución de las correspondientes a la revolución o revoluciones de independencia, concebidas a su vez como parteras de las nuevas naciones surgidas de la ruina de la Monarquía imperial.<sup>20</sup> No hace falta insistir en esta cuestión dado que es muy conocida: al igual que ocurrió en Europa, las nuevas élites se empeñaron a fondo en la construcción de historias patrias en orden a legitimar la construcción de la Nación.<sup>21</sup> El mencionado “corsé nacionalista” tejido por la historiografía, que hasta hace bien poco se empeñó en hacer de las naciones sujeto y no objeto de historia, distorsionó por completo el relato de los orígenes creando una ficción de partida, según la cual las constituciones eran manifestaciones o atributos de naciones preexistentes.

Esta proposición obviaba el hecho de que la mayoría de tales naciones o bien no existían antes de darse una constitución, cual fue el caso de la doceañista Nación española,<sup>22</sup> o bien no se consolidaron tras su aprobación, como la centroamericana o la colombiana-neogranadina. A ello debe añadirse que si algo resultó problemático tras las independencias fue justamente la construcción de la nación, habida cuenta que el constitucionalismo decimonónico no se caracterizó precisamente por su naturaleza inclusiva e igualitaria sino

más bien por todo lo contrario.<sup>23</sup> La desigualdad fungió como presupuesto del constitucionalismo en Hispanoamérica, manteniéndose y reproduciéndose en el curso de un XIX muy largo; en efecto, como bien puso de relieve en el avanzado año de 1928 el gran intelectual comunista que fue el peruano Mariátegui: “Somos un pueblo en el que conviven, sin fusionarse aún, sin entenderse todavía, indígenas y conquistadores (...) El sentimiento y el interés de las cuatro quintas partes de la población no juegan casi ningún rol en la formación de la nacionalidad y de sus instituciones”.<sup>24</sup>

Pero volviendo al terreno de la metodología, repárese en lo problemático que resulta ser este punto de partida a los efectos de determinar la nacionalidad o extranjería de las constituciones hispanoamericanas. En este exacto sentido, a nadie debería extrañar que durante mucho tiempo se negara la “mexicanidad” de la Constitución gaditana, de cuya vigencia en la Nueva España no cabe dudar,<sup>25</sup> o, en un sentido similar, la negación de la “españolidad” del Estatuto de Bayona, que también entró en vigor en parte de la Península,<sup>26</sup> ocultando su relevancia bajo toneladas de estudios sobre la primera norma doceañista.<sup>27</sup> Ciertamente es que la historiografía viene erradicando este tipo de prejuicios, que sin embargo siguen pesando en el inconsciente a la hora de hacer listados o compilaciones de las constituciones iberoamericanas, las cuales, todavía hoy, suelen ser encasilladas en grupos nacionales que sin embargo no se corresponden con su identidad originaria.<sup>28</sup>

Así, por ejemplo, la españolidad excluyente de la Constitución Política de la Monarquía Española de 1812 no se sostiene, habida cuenta de que primera norma dijo de sí misma que era europea, americana, filipina y un poco africana;<sup>29</sup> algo similar podría decirse de las constituciones rioplatenses, toda vez que fueron cordobesas (1821) o santafesinas (1819) pero en ningún caso argentinas;<sup>30</sup> o de las neogranadinas, que no fueron ni colombianas ni ecuatorianas sino cundinamarquesas (1811) o quiteñas (1812).<sup>31</sup> Los ejemplos se podrían multiplicar pero siempre arrojarían el mismo resultado, que más o menos se podría resumir afirmando que una cabal comprensión de la historia constitucional latinoamericana no puede obviar el primero de sus problemas, cual fue la dificultosa determinación del sujeto titular de la soberanía, toda vez que la tensión entre pueblos en singular y pueblo/nación marcó a fuego las primeras décadas de la historia constitucional hispanoamericana.<sup>32</sup>

## *2. La comparación como trampa.*

En otro orden de cosas, el estudio del constitucionalismo hispanoamericano ha estado marcado por una suerte de “obsesión comparatista”, en virtud de la cual se tiende a reducir

el análisis de los textos constitucionales hispanoamericanos imponiendo su confrontación con modelos o experiencias foráneas en orden a determinar su mayor o menor grado de originalidad. Esta forma de entender el estudio o valoración de los textos constitucionales también estuvo presente desde un principio, como bien pone de relieve entre otros el juicio de Lucas Alamán sobre la Constitución mexicana de 1824: en efecto, este gran político e intelectual conservador se empeñó en denigrar el texto federal afirmando su condición de mala copia de las constituciones doceañista y norteamericana, lo que sin embargo no resta un ápice de calidad a su más que relevante obra.<sup>33</sup>

Hay que reconocer, no obstante, que no falta calidad en la literatura sobre trasplantes de principios o de instituciones sino más bien todo lo contrario; es más, buena parte de nuestros conocimientos sobre la historia constitucional hispanoamericana provienen justamente de la comparación. Sin embargo, no sobra recordar que ni hubo ni habrá quien desprecie servirse de experiencias ajenas para tratar de diseñar la propia, lo que sin embargo no implica que los textos resultantes no tuvieran vida propia: en este sentido, valga por todos el ejemplo la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789 francesa, que inspirada sin duda en las declaraciones norteamericanas,<sup>34</sup> constituye un referente universal del constitucionalismo.<sup>35</sup>

En mi opinión, la excesiva focalización en el análisis de los trasplantes constitucionales en la historia hispanoamericana tiene como presupuesto, consciente o inconsciente, un prejuicio eurocéntrico, que además de rebajar varios grados la capacidad atribuida por el historiador a quienes fueron en su día los constituyentes, limita no poco la lectura y comprensión de los textos constitucionales. A estos efectos, dos son los casos más paradigmáticos. El primero es el protagonizado por la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824, ya que desde Lucas Alamán a nuestros días se han realizado muchos estudios sobre las influencias del texto y sin embargo muy pocos sobre las Constituciones estatales que fueron aprobadas bajo la vigencia de la primera norma federal. Es más, resulta prácticamente imposible saber cuál fue el grado de aceptación de la normativa constitucional, en este caso federal, si no se pone en relación con la normativa aprobada por los Congresos de los diferentes estados, a lo que habría que añadir informaciones procedentes de fuentes distintas a las parlamentarias, como son, por ejemplo, las judiciales.<sup>36</sup> El segundo caso es el rioplatense cordobés, sobre el que no me extenderé, ya que la obra de Juan Ferrer ha superado, en mi opinión, todos los “obstáculos” a los que vengo refiriéndome.

### *3. La politización del constitucionalismo como distorsión historiográfica*

Tengo para mí, finalmente, que las últimas décadas han asistido a la creación de un nuevo obstáculo, el cual, si bien siempre estuvo presente, se viene haciendo cada vez mayor por causa de la sucesión acelerada de lo que bien pueden denominarse modas historiográficas. Me estoy refiriendo concretamente a la identificación de la historia constitucional con la historia de las ideas políticas, lo que conlleva el traslado de polémicas propias de aquella última al terreno de la historiografía constitucional. Afirmando esto, no pretendo establecer límites disciplinares entre historiografías en orden a monopolizar el relato constitucional, sino simplemente afirmar que algunas de las temáticas o polémicas caras a la historia de las ideas desenfocan no poco la historia del constitucionalismo latinoamericano.

Así, por ejemplo, la clásica polémica respecto de cuánto de liberal fue el constitucionalismo decimonónico ha estado presente, demasiado en mi opinión, en la historiografía constitucional, muy volcada por ello en la identificación de distintas expresiones del pensamiento liberal en la obra constitucional latinoamericana, con independencia de que esta última necesite apoyarse en la historia de la circulación de las ideas. En relación con todo ello pero ya más en concreto, una nueva polémica se ha venido introduciendo en la historia constitucional en las últimas décadas, la cual, en buena medida, responde al impacto en Latinoamérica de la famosa obra de Pocock sobre la tradición republicana atlántica.<sup>37</sup> Esta tradición, sin embargo, resulta un tanto ajena al pensamiento iberoamericano, que durante décadas tuvo en su punto de mira otro tipo de republicanismo, el católico, siendo así que el legado institucional que las nuevas repúblicas latinoamericanas, imperio brasileño incluido, recibieron de las Monarquías Imperiales ibéricas hundía sus raíces en aquella comprensión. Basta remitir a obras como la específica de Annick Lempérière sobre el corporativismo novohispano,<sup>38</sup> o a todas las que vengo citando hasta aquí que tienen por objeto el pasado “corporativo” rioplatense, para ilustrar lo afirmado.

### *4. Los préstamos terminológicos como deformación.*

Con todo, lo cierto esta compleja cuestión viene acaparando el interés de muchos y muy notables investigadores, quienes convienen en que si algo caracterizó al constitucionalismo hispanoamericano durante décadas fue precisamente su escasa preocupación por la individualización del sujeto y, por tanto, de sus derechos. No hay espacio aquí ni siquiera para resumir las consecuencias historiográficas que conlleva la interiorización de aquel

presupuesto, toda vez que se tocan campos tan distintos como la cuestión municipal, la anatomía de los pronunciamientos, el mantenimiento o disolución de comunidades indígenas, la adaptación del asociacionismo católico al universo decimonónico o tantas otras. La suma de todos los campos labrados y por labrar da como resultado que el problema, si así queremos considerarlo, no resulta ser tanto la latinoamericanización del liberalismo o el republicanismo, sino por el contrario la naturaleza y ritmos de los procesos de estatalización de las sociedades políticas emancipadas, los cuales, al igual que los peninsulares, fueron tan lentos como ineficaces, aunque sólo sea en términos de comparación con los más significativos europeos coetáneos. En resumidas cuentas, religión católica y estado moderno no compaginaron bien a lo largo del XIX, toda vez que el segundo pretendió ocupar buena parte de un terreno hasta entonces ocupado por la primera.<sup>39</sup>

Es justo en este marco dónde cabe insertar la problemática de la “antigua Constitución” también tratada en profundidad por un pionero Pocock. Sin embargo, tampoco los mimbres utilizados por este autor sirven en mi opinión para analizar el antiguo constitucionalismo iberoamericano en sí mismo,<sup>40</sup> y mucho menos para dar cuenta de su posible perpetuación más allá de 1808 a ambas orillas del Atlántico.<sup>41</sup> El mantenimiento, reproducción e, incluso, constitucionalización, de ideas, normas, procedimientos e instituciones en el primer constitucionalismo hispanoamericano respondió a razones muy distintas que las que apuntalaron el constitucionalismo anglosajón,<sup>42</sup> en el seno del cual el reclamo de las antiguas libertades de los sajones libres provenía de la tradición jurídica del *common law*, que si por algo se caracterizó y caracteriza es por su carácter autóctono,<sup>43</sup> diferente en todo caso a la tradición jurisprudencial europea.<sup>44</sup> Debo reconocer que esta percepción sobre la naturaleza tradicional del primer constitucionalismo iberoamericano tiene muchos detractores,<sup>45</sup> pero lo que resulta del todo indiscutible es la pervivencia del legado normativo de las monarquías ibéricas así como las enormes dificultades en obrar su sustitución por leyes y códigos modernos.<sup>46</sup>

## **V. Recapitulación.**

A pesar de todo lo expuesto hasta aquí, justo es reconocer que los tiempos están cambiando desde hace ya varias décadas. La desnacionalización de la historia ha convertido el espacio hispanoamericano en un único territorio historiográfico, simplificando así el objeto de estudio de los expertos. En efecto, hoy contamos con exposiciones generales de la historia del constitucionalismo hispanoamericano que identifican tanto su problemática estructural

como las más específicas de los diversos periodos en los que puede dividirse su historia. Podrán gustar más o menos, pero han creado un espacio propio ocupando así un capítulo de esa particular historia de la Constitución escrita que llega hasta la actualidad.

A ello debe añadirse que la historia del constitucionalismo latinoamericano está de moda; en mi opinión, dos han sido las principales causas del cambio. En primer lugar, el ascenso de la “nueva historia política”, superadora no sólo de las tradicionales historias patrias sino en parte también de la excelente historiografía económica dominante hasta hace bien poco, ha hecho renacer el interés por el estudio del constitucionalismo. En segundo, la explosión constitucional posterior a la caída de las dictaduras latinoamericanas no solo recuperó la democracia representativa en la región, sino que introdujo innovaciones constitucionales que se han hecho un hueco en la agenda de los estudiosos del constitucionalismo en todo el mundo.<sup>47</sup>

La invisibilidad historiográfica del constitucionalismo hispanoamericano tiene en definitiva los días contados; sin embargo, todo parece apuntar a que asistimos hoy a la apertura de una nueva etapa en la cual la esperanza puesta en la Constitución en la década de los ochenta del pasado siglo está siendo sustituida de nuevo por la frustración.

## **Bibliografía**

- AGÜERO, Alejandro, “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en Marta Lorente Sariñena (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.
- ANNINO, Antonio, *Silencios y disputas en la Historia de Hispanoamérica*, Bogotá, Taurus, 2004.
- BAYLIN, Bernard, *Atlantic History: Concept and Contours*, Harvard University Press, 2009 (versión Kindle).
- BELLINGERI, Marco, “De una constitución a otra: conflicto de jurisdicciones y dispersión de poderes en Yucatán (1781-1831)”, en Antonio Annino y Raymond Buve (coords.), *El liberalismo en México*, AHILS, Cuadernos de Historia Latinoamericana, Münster, Hamburgo, 1993.
- BUSAALL, Jean-Baptiste, *L'espectre du jacobisme, L'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol (1808-1814)*, Madrid, Casa de Velázquez, 2011.
- CALDERÓN, María Teresa y Thibaud Clément, *La Majestad de los Pueblos, Nueva Granada y Venezuela, 1780-1832*, Bogotá, Taurus, 2010.
- CHIARAMONTE, José Carlos, *Ciudades, provincias, estados: orígenes de la nación argentina (1800-1846)*, Buenos Aires, Ariel, 1997.

- CLAVERO, Bartolomé, “Cádiz como Constitución”, en *Constitución política de la Monarquía Española*, Sevilla, Ayuntamiento de Cádiz, Universidad de Cádiz, 2000, vol. II.
- CLAVERO, Bartolomé, “Intrigas de Trifón y Anastasio: Apuestas comunitarias vasca y maya entre prototipo constituyente y palimpsesto constituido”, en *Ama Lhunku, Abya Yala: Indígena y Código Ladino por América*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000.
- COLMENARES, Germán, *Las convenciones contra la cultura*, Bogotá, Tercer Mundo, 1987.
- GUTIÉRREZ ARDILA, Daniel, *Un nuevo reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)*, Bogotá, Universidad Externado, 2010.
- DEMÉLAS, Marie-Danielle, *L'invention Politique: Bolivie, Equateur, Pérou au XIX Siècle*, Paris, Editions Recherche sur les Civilisations, 1992.
- DUVE, Thomas (ed.), *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2014.
- DYM, Jordana, *From sovereign villages to national states: city, state, and federation in Central America, 1759-1839*, Albuquerque, New Mexico, University of New Mexico, 2006.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Madrid, Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho, Editorial Trotta, 1996.
- FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho, Editorial Trotta, 1996.
- GAINOT, Bernard, *La Révolution des esclaves: Haïti, 1763-1803*, Editions Vendémiaire, 2017 (versión Kindle).
- GARRIGA, Carlos y Lorente, Marta, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- GERBI, Antonello, *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*, México, Fondo de Cultura Económica, 1978.
- GERBI, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo: historia de una polémica, 1750-1900*, 2ª ed, México, Fondo de Cultura Económica, 1982.
- GONZÁLEZ, María del Refugio, *El derecho civil en México (Apuntes para su estudio)*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1988.
- JELLINEK, George, *La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, Granada, Comares, 2009.



- LANDAVAZO, Marco Antonio; *La máscara de Fernando VII. Discurso e imaginario monárquico en una época de crisis. Nueva España, 1808-1822*, México, El Colegio de México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, El Colegio de Michoacán, 2001.
- LÉMPERIERE, Annick, “De la república corporativa a la nación moderna (1821-1860)”, en Antonio Annino y François-Xavier Guerra (coords.), *Inventando la Nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, México, Fondo de Cultura Económica, 2003.
- LÉMPERIERE, Annick, *Entre Dieu et le Roi, la République. Mexico, XVI-XVIII siècle*, Paris, Les Belles Lettres, 2004.
- LORENTE SARIÑENA, Marta, “More than just Vestiges. Notes for the Study of Colonial Law History in Spanish America after 1808”, en: Duve Thomas y Pihlajamäki, Heikki (eds), *New Horizons in Spanish Colonial Law. Contributions to Transnational Early Modern Legal History*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History, 2015.
- LORENTE SARIÑENA, “Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España: 1808-1821)”, en Antonio Annino (coord.), *La revolución novohispana 1808-1821*. México, Centro de Investigación y Docencia Económica, Fondo de Cultura Económica, 2010.
- LORENTE SARIÑENA, Marta y José María Portillo Valdés (dirs.), *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispánico, 1808-1826*, Madrid, Congreso de los Diputados, 2012.
- MACILWAIN, Charles H, *Constitucionalismo antiguo y modern*, Madrid, CEC, 1991.
- MARIÁTEGUI, José Carlos, *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Lima, Librería Editorial Minerva, 2007.
- MATTEUCCI, Nicola, *Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno*, Madrid, Trotta, 1998.
- MORELLI, Federica, *Territorio o nación. Reforma y disolución del espacio imperial en Ecuador, 1765-1830*, trad. de Antonio Hermosa Andujar, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005
- MORELLI, Federica, *Territorio o Nazione. Riforma e dissoluzione dello spazio imperiale in Ecuador, 1765-1830*, Soneria Mannelli, Rubbettino, 2001.
- MUÑOZ DE BUSTILLO, Carmen, *Bayona en Andalucía: el Estado Bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.
- NOLTE, Detlef y Schilling-Vacaflor, *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Routledge, 2016.
- O’GORMAN, Edmundo, *La supervivencia política novo-hispana. Monarquía o república*, México, Universidad Iberoamericana, 1986.
- PALACIOS, Guillermo (Coord), *Ensayos sobre la nueva historia política de américa Latina, Siglo XIX*, México, El Colegio de México, 2007.

- PALACIOS, Guillermo, *La nación y su historia, independencias, relato historiográfico y debates sobre la nación: América Latina, siglo XIX*. México, El Colegio de México, 2009.
- PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*. México, Fondo de Cultura Económica, 1984.
- POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton, Princeton University Press, 1975.
- PORTILLO VALDÉS, José María, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía*. Madrid, Marcial Pons, 2006.
- PORTILLO VALDÉS, José María, *Historia mínima del constitucionalismo en América latina*, México, El Colegio de México, 2016.
- PORTILLO VALDÉS, José María, *Revolución de la Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812*, Madrid, Fundación Carolina, Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, Marcial Pons Historia, 2006.
- RIALS, Stéphan, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, 2ª Ed, Paris, Hachette, 1998.
- ROJAS, Beatriz (dir), *Procesos constitucionales mexicanos: la Constitución de 1824 y la antigua constitución*, México, Instituto Mora, 2017.
- ROJAS, Rafael, *Las repúblicas de aire. Utopía y desencanto en la revolución de Hispanoamérica*, Buenos Aires, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, 2010.
- SERRANO, Sol, *¿Qué hacer con Dios en la república? Política y secularización en Chile (1845-1885)*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, 2008,
- VERDÓ, Gèneviève, *L'indépendance argentine entre cités et nations (1808-1821)*, Paris, Publications de la Sorbonne, 2006.

### Fuentes Hemerográficas

- ANNINO, Antonio, “Imperio, Constitución y diversidad en la América Latina”, en *Historia mexicana*, LVIII, núm. 1, Julio-Septiembre 2008, pp. 179-227.
- CHIARAMONTE, José Carlos, “The “Ancient Constitution” after Independence (1808 – 1852)”, en: *Hispanic American Historical Review*, 90: 3, 2010, pp. 455-488.
- GARRIGA, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en: *Istor. Revista de historia internacional*, 16, marzo, 2004, pp. 13-44.
- HESPANHA, António Manuel, “Qu'est-ce que la 'Constitution' dans les Monarchies Ibériques de l'Époque Moderne?”, en: *Themis*, I-2, 2000, pp. 5-18.
- LANDAVAZO, Marco Antonio, “La sacralización del Rey. Fernando VII, la insurgencia novohispana y el derecho divino de los reyes”, en: *Revista de Indias*, vol. LXI, núm. 221, 2001, pp. 67-90.

- LORENTE, Marta, “Catholic Constitutionalism in the Hispanic World (1808-1826)” en: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung*, 130, 2013, pp. 326-347.
- MEGLIO, Gabriel Di (coord.), “Lo revolucionario en las revoluciones de independencia iberoamericana. Dossier de la revista Nuevo Topo”, en: *Revista de Historia y pensamiento crítico*, núm. 3, septiembre-octubre 2008.
- PIQUERAS, José Antonio, “Revolución en ambos hemisferios: Común, diversa(s), confrontada(s)”, en: *Historia mexicana*, LVIII, núm. 1, Julio-Septiembre 2008, pp. 31-98.
- PORTILLO VALDÉS, José María, “Revoluciones constitucionales y disgregación de las Monarquías iberoamericanas: ex unum, pluribus”, en: *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, 45, 2008, pp. 57-79.
- PORTILLO VALDÉS, “La Constitución en el Atlántico Hispánico, 1808-1824”, en: *Fundamentos*, núm. 6, 2010, pp. 123-178.
- TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, en: *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXV, 1995, pp. 12-125.
- VERDÓ, Géneviève, “El dilema constitucional en las Provincias Unidas del Río de la Plata (1810-1819)”, en: *Historia contemporánea*, 33, 2006, pp. 513-536

### Fuentes digitales

- AGÜERO, Alejandro, “Ancient Constitution or Paternal Government? Extraordinary Powers as Legal Response to Political Violence (Río De La Plata, 1810-1860)” (disponible en: [https://archive.org/details/research\\_paper\\_no2016-10](https://archive.org/details/research_paper_no2016-10))
- ALAMÁN, Lucas, *Historia de Méjico desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*. 5 vols., México, Mariano Lara, 1850 [ed. facsímil: México, Libros del Bachiller Sansón Carrasco, 1985]. (Parte de esta obra está disponible en: <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=lucas+alaman>)
- ARMITAGE, David, “Tres conceptos de historia atlántica” (disponible en: [https://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/281david\\_armitage\\_0.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/281david_armitage_0.pdf))
- ÁVILA, Alfredo, “Las revoluciones hispanoamericanas vistas desde el siglo XXI” (disponible en: [http://revistahistoria.universia.cl/pdfs\\_revistas/](http://revistahistoria.universia.cl/pdfs_revistas/))
- Canción de Gavroche (disponible en: [http://dans.mon.cartable.free.fr/Primaire/poesie/La\\_chanson\\_de\\_Gavroche.pdf](http://dans.mon.cartable.free.fr/Primaire/poesie/La_chanson_de_Gavroche.pdf).)
- GUERRA, François-Xavier, *Modernidad e Independencias: Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*. Madrid, Fundación Mapre, 1992 (disponible en: <https://descargalibros.online/historia/modernidad-e-independencias.html>)

Textos Constitucionales de Haití e Iuso-brasileños (disponibles en: [http://www.modern-constitutions.de/nbu.php?page\\_id=8294b7496ae06609fa222b156332446b](http://www.modern-constitutions.de/nbu.php?page_id=8294b7496ae06609fa222b156332446b))

Textos Constitucionales hispanoamericanos (disponibles en: [www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas))

---

<sup>1</sup> Sobre la cuestión de la “modernidad” en el constitucionalismo, sigue siendo indispensable consultar la famosa obra de MacIlwain, Charles H., *Constitucionalismo antiguo y moderno*. Madrid, CEC, 1991.

<sup>2</sup> La importancia de la revolución antiesclavista haitiana fue enorme, ya que entre otras muchas cosas la emancipación de los esclavos producía verdadero pavor entre las clases criollas latinoamericanas. Olvidada durante décadas por la historiografía, a día de hoy contamos sin embargo con numerosas obras que dan cuenta de ella; un ejemplo en GAINOT, Bernard, *La Révolution des esclaves: Haïti, 1763-1803*, Editions Vendémiaire, París, 2017 (versión Kindle).

<sup>3</sup> La historia atlántica se ha convertido en el centro de innumerables debates historiográficos. Baste por tanto remitir a la obra de uno de sus principales impulsores: BAYLIN, Bernard, *Atlantic History: Concept and Contours*, Harvard University Press, 2009 (versión Kindle), así como al elegante resumen realizado por ARMITAGE, David, “Tres conceptos de historia atlántica” (disponible en [https://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/281david\\_armitage\\_0.pdf](https://scholar.harvard.edu/files/armitage/files/281david_armitage_0.pdf)). Más específicamente para lo que aquí interesa, véase la notable obra de PORTILLO, José María, *Crisis atlántica. Autonomía e independencia en la crisis de la monarquía*, Marcial Pons, Madrid, 2006.

<sup>4</sup> Vid. por todos, GUERRA, François-Xavier, *Modernidad e Independencias: Ensayos sobre las revoluciones hispánicas*, Fundación Mapfre, Madrid, 1992, (disponible en <https://descargalibros.online/historia/modernidad-e-independencias.html>).

<sup>5</sup> MEGLIO, Gabriel Di (coord.), “Lo revolucionario en las revoluciones de independencia iberoamericana. Dossier de la revista Nuevo Topo”, en *Revista de Historia y pensamiento crítico*, Buenos Aires, Arg., núm. 3, septiembre-octubre 2008. Véase también, PIQUERAS, José Antonio, “Revolución en ambos hemisferios: Común, diversa(s), confrontada(s)”, en *Historia mexicana*, El Colegio de México, México, LVIII, núm. 1 (Julio-Septiembre 2008), ps. 31-98, y ÁVILA, Alfredo, “Las revoluciones hispanoamericanas vistas desde el siglo XXI” (consulto la versión electrónica de este artículo disponible en [http://revistahistoria.universia.cl/pdfs\\_revistas/](http://revistahistoria.universia.cl/pdfs_revistas/)).

<sup>6</sup> PORTILLO VALDÉS, José María, “La Constitución en el Atlántico Hispánico, 1808-1824”, en *Fundamentos*, núm. 6, 2010, ps. 123-178.

<sup>7</sup> ANNINO, Antonio, “Imperio, Constitución y diversidad en la América Latina”, en *Historia mexicana*, LVIII, núm. 1, julio-septiembre, 2008, ps. 179-227.

<sup>8</sup> Sobre la problemática desunión de las provincias rioplatenses, véase la obra clásica de CHIARAMONTE, José Carlos, *Ciudades, provincias, estados: orígenes de la nación argentina (1800-1846)*, Ariel, Buenos Aires, 1997. Véase también VERDÓ, Géneviève, “El dilema constitucional en las Provincias Unidas del Río de la Plata (1810-1819)”, en *Historia contemporánea*, 33, 2006, ps. 513-536, así como la monografía de esta misma autora *L'indépendance argentine entre cités et nations (1808-1821)*, Publications de la Sorbonne, París, 2006.

<sup>9</sup> DEMÉLAS, Marie-Danielle, *L'invention Politique: Bolivie, Equateur, Pérou au XIX Siècle*, Editions Recherche sur les Civilisations, París, 1992.

<sup>10</sup> Para la Nueva Granada véase GUTIÉRREZ ARDILA, Daniel, *Un nuevo reino. Geografía política, pactismo y diplomacia durante el interregno en Nueva Granada (1808-1816)*, Universidad Externado, Bogotá, 2010; CALDERÓN, María Teresa y Clément Thibaud, *La Majestad de los Pueblos, Nueva Granada y Venezuela, 1780-1832*, Taurus, Bogotá, 2010. Para Centroamérica véase DYM, Jordana, *From sovereign villages to national states: city, state, and federation in Central America, 1759-1839*, : University of New Mexico, Albuquerque, New Mexico, 2006.

<sup>11</sup> Los textos constitucionales hispanoamericanos pueden consultarse en [www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/). Las Constituciones de Haití y los

textos luso-brasileños en [http://www.modern-constitutions.de/nbu.php?page\\_id=8294b7496ae06609fa222b156332446b](http://www.modern-constitutions.de/nbu.php?page_id=8294b7496ae06609fa222b156332446b).

<sup>12</sup> Baste remitir aquí a la magnífica síntesis de FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, trad. de Manuel Martínez Neira, Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

<sup>13</sup> Esta valoración se desprende de la obra de MATTEUCI, Nicola, *Organización del poder y libertad, Historia del constitucionalismo moderno*, Trotta, Madrid, 1998.

<sup>14</sup> DUVE, Thomas (ed.). *Entanglements in Legal History: Conceptual Approaches, Global Perspectives on Legal History*, Frankfurt am Maine, Max Planck Institute for European Legal History, 2014.

<sup>15</sup> La cuestión se formula en la famosa canción de Gavroche (disponible en: [http://dans.mon.cartable.free.fr/Primaire/poesie/La\\_chanson\\_de\\_Gavroche.pdf](http://dans.mon.cartable.free.fr/Primaire/poesie/La_chanson_de_Gavroche.pdf).)

<sup>16</sup> GERBI, Antonello, *La disputa del Nuevo Mundo: historia de una polémica, 1750-1900*, Fondo de Cultura Económica. México, 1982 (2da. ed. en castellano). Del mismo autor, también se puede consultar *La naturaleza de las Indias Nuevas. De Cristóbal Colón a Gonzalo Fernández de Oviedo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1978.

<sup>17</sup> ROJAS, Rafael, *Las repúblicas de aire. Utopía y desencanto en la revolución de Hispanoamérica*, Aguilar, Altea, Taurus, Alfaguara, Buenos Aires, Arg., 2010.

<sup>18</sup> PAZ, Octavio, *El laberinto de la soledad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1984, ps. 110-111.

<sup>19</sup> Un significativo ejemplo en CLAVERO, Bartolomé, “Intrigas de Trifón y Anastasio: Apuestas comunitarias vasca y maya entre prototipo constituyente y palimpsesto constituido”, en *Ama Ljunku, Abya Yala: Indígena y Código Ladino por América*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, ps. 235-442. Véase también en este sentido BELLINGINI, Marco, “De una constitución a otra: conflicto de jurisdicciones y dispersión de poderes en Yucatán (1781-1831)”, en ANNINO, Antonio y Raymond Buve (coords.), *El liberalismo en México*, AHILS, Cuadernos de Historia Latinoamericana, Münster/Hamburgo, 1993, ps. 49-77.

<sup>20</sup> COLMENARES, Germán, *Las convenciones contra la cultura*, Tercer Mundo, Bogotá, 1987.

<sup>21</sup> Existe una abundantísima bibliografía sobre esta cuestión; un buen ejemplo en PALACIOS, Guillermo (coord.), *La nación y su historia, independencias, relato historiográfico y debates sobre la nación: América Latina, siglo XIX.*, El Colegio de México, México, 2009.

<sup>22</sup> PORTILLO VALDÉS, José María, *Revolución de la Nación. Orígenes de la cultura constitucional en España 1780-1812*, Fundación Carolina, Centro de Estudios Hispánicos e Iberoamericanos, Marcial Pons Historia, Madrid, 2006.

<sup>23</sup> PORTILLO VALDÉS, José María, *Historia mínima del constitucionalismo en América latina*, El Colegio de México, México, 2016.

<sup>24</sup> MARIÁTEGUI, José Carlos, *7 Ensayos de interpretación de la realidad peruana*, Librería Editorial Minerva, Lima, 2007, p. 105. Publicada en 1928, el ejemplar que utilizo proviene de la 79 edición de la original, la cual, a su vez, se ha traducido a múltiples idiomas.

<sup>25</sup> LORENTE, Marta, “Esencia y valor del constitucionalismo gaditano (Nueva España: 1808-1821)”, en ANNINO, Antonio (coord.), *La revolución novohispana 1808-1821*, Centro de Investigación y Docencia Económica, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, ps. 293-383.

<sup>26</sup> MUÑOZ DE BUSTILLO, Carmen, *Bayona en Andalucía: el Estado Bonapartista en la Prefectura de Xerez*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

<sup>27</sup> BUSAALLI, Jean-Baptiste, *L'espectre du jacobisme, L'expérience constitutionnelle française et le premier libéralisme espagnol (1808-1814)*, Casa de Velázquez, Madrid, 2011.

<sup>28</sup> [www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones\\_hispanoamericanas/catalogo\\_paises/](http://www.cervantesvirtual.com/portales/constituciones_hispanoamericanas/catalogo_paises/).

<sup>29</sup> CLAVERO, Bartolomé, “Cádiz como Constitución”, en *Constitución política de la Monarquía Española*, Ayuntamiento de Cádiz-Universidad de Cádiz, Sevilla, 2000, vol. II., ps. 75- 265.

<sup>30</sup> CHIARAMONTE, Carlos, *Ciudades...*, *op. cit.*

<sup>31</sup> GUTIÉRREZ ARDILA, Daniel, *Un nuevo...*, *op. cit.*; MORELLI, Federica, *Territorio o Nazione. Riforma e dissoluzione dello spazio imperiale in Ecuador, 1765-1830*, Soneria Mannelli, Rubbettino, 2001 (hay una edición castellana de esa obra traducida por Antonio Hermosa Andujar: *Territorio o nación. Reforma y disolución del espacio imperial en Ecuador, 1765- 1830*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005).

<sup>32</sup> PORTILLO VALDÉS, José María “Revoluciones constitucionales y disgregación de las Monarquías iberoamericanas: ex unum, pluribus”, en *Jahrbuch für Geschichte Lateinamerikas*, núm. 45, 2008, ps. 57-79; véase también, en términos más genéricos, ANNINO, Antonio, *Silencios y disputas en la Historia de Hispanoamérica*, Taurus, Bogotá, 2004.

<sup>33</sup> ALAMÁN, Lucas, *Historia de Méjico desde los primeros movimientos que prepararon su independencia en el año de 1808 hasta la época presente*. 5 vols., Mariano Lara, México, 1850 [ed. facsímil: México, Libros del Bachiller Sansón Carrasco, 1985]. Parte de esta obra está disponible <http://www.cervantesvirtual.com/buscador/?q=lucas+alamán>.

<sup>34</sup> JELLINEK, George, *La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, Comares, Granada, 2009.

<sup>35</sup> RIALS, Stéphan, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Hachette, Paris, 2da. Ed., 1988.

<sup>36</sup> ROJAS, Beatriz (dir.), *Procesos constitucionales mexicanos: la Constitución de 1824 y la antigua constitución*, Instituto de Investigaciones Dr. José María Luis Mora, México, 2017.

---

<sup>37</sup> POCOCK, J.G.A., *The Machiavellian Moment: Florentine Political Thought and the Atlantic Republican Tradition*, Princeton University Press, Princeton, 1975.

<sup>38</sup> LÉMPÉRIÈRE, Annick, *Entre Dieu et le Roi, la République. Mexico, XVI-XVIII siècle*, Les Belles Lettres, Paris, 2004. Véase también, de la misma autora “De la república corporativa a la nación moderna (1821-1860)”, en ANNINO, Antonio y François-Xavier Guerra (coords.), *Inventando la Nación. Iberoamérica. Siglo XIX*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, ps. 316-346.

<sup>39</sup> SERRANO, Sol, *¿Qué hacer con Dios en la república? Política y secularización en Chile (1845-1885)*, Fondo de Cultura Económica, Santiago de Chile, 2008.

<sup>40</sup> Más interesantes son en mi opinión los siguientes, y clásicos, trabajos: HESPANHA, António Manuel, “Qu’est-ce que la 'Constitution' dans les Monarchies Ibériques de l'Époque Moderne?”, en *Themis*, I-2, 2000, ps. 5-18; TOMÁS Y VALIENTE, Francisco, “Génesis de la Constitución de 1812. I. De muchas leyes fundamentales a una sola Constitución”, en *Anuario de Historia del Derecho Español*, vol. LXV, 1995, ps. 12-125.

<sup>41</sup> Como bien pone de relieve la siguiente polémica: CHIARAMONTE, José Carlos, “The ‘Ancient Constitution’ after Independence (1808 – 1852)”, en *Hispanic American Historical Review*, 90: 3, 2010, ps. 455-488; AGÜERO, Alejandro, “Ancient Constitution or Paternal Government? Extraordinary Powers as Legal Response to Political Violence (Río De La Plata, 1810-1860)”, disponible en [https://archive.org/details/research\\_paper\\_no2016-10](https://archive.org/details/research_paper_no2016-10) (2016).

<sup>42</sup> LORENTE SARINENA, Marta, “More than just Vestiges. Notes for the Study of Colonial Law History in Spanish America after 1808”, en DUVE, Pihlajamäki, *New Horizons...*, *op. cit.*, ps.193-233. Con todo, la preocupación por esta temática es muy antigua; recuérdese en este sentido el magnífico estudio de O’GORMAN, Edmundo, *La supervivencia política novo-hispana. Monarquía o república*, Universidad Iberoamericana, México, 1986 [primera edición, 1967]. En un sentido similar, cabe también citar los trabajos de LANDAVAZO, Marco Antonio, “La sacralización del Rey. Fernando VII, la insurgencia novohispana y el derecho divino de los reyes”, en *Revista de Indias*, vol. LXI, núm. 221, 2001, ps. 67-90; *La máscara de Fernando VII. Discurso e imaginario monárquico en una época de crisis. Nueva España, 1808-1822*, El Colegio de México, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, El Colegio de Michoacán, México, 2001.

<sup>43</sup> FIORAVANTI, Mauricio, *Los derechos fundamentales. Apuntes de historia de las constituciones*, Departamento de Derecho público y Filosofía del Derecho, Editorial Trotta, Madrid, 1996.

<sup>44</sup> AGÜERO, Alejandro, “Las categorías básicas de la cultura jurisdiccional”, en LORENTE SARINENA, Marta (coord.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: Hacia la España de 1870*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2007, ps. 20-58. Véase también GARRIGA, Carlos, “Orden jurídico y poder político en el Antiguo Régimen”, en *Istor. Revista de historia internacional*, 16, marzo, 2004, ps. 13-44.

<sup>45</sup> GARRIGA, Carlos y LORENTE, Marta, *Cádiz 1812. La Constitución jurisdiccional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007; LORENTE, Marta y PORTILLO VALDÉS, José María (dirs.), *El momento gaditano. La constitución en el orbe hispánico, 1808-1826*, Congreso de los Diputados, Madrid, 2012 (un resumen explicativo de este libro en LORENTE, Marta, “Catholic Constitutionalism in the Hispanic World (1808-1826)”, en *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte Germanistische Abteilung*, 130, 2013, ps. 326-347.

<sup>46</sup> GONZÁLEZ, María del Refugio, *El derecho civil en México (Apuntes para su estudio)*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1988.

<sup>47</sup> La literatura sobre las cuestiones arriba indicadas es abundantísima. La nueva historia política, marcada significativamente por la obra de François-Xavier Guerra, ha sido analizada en muchas ocasiones: PALACIOS, Guillermo (coord.), *Ensayos sobre la nueva historia política de América Latina, siglo XIX*, El Colegio de México, México, 2007. Lo mismo ocurre con el nuevo constitucionalismo: NOLTE, Detlef y Almut Schilling-Vacaflor (eds.), *New Constitutionalism in Latin America. Promises and Practices*, Routledge, 2016.



## **LA INTERPRETACIÓN EN LA OBRA DE SAVIGNY**

### **INTERPRETATION IN SAVIGNY'S WORK**

Víctor Manuel Rojas Amandi\*

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2022

Fecha de aceptación y versión final: 29 abril de 2022

#### **Resumen**

Friedrich Carl von Savigny, el jurista más importante de Alemania de todos los tiempos, es célebre por su teoría de la interpretación jurídica de cuatro métodos: literal, sistemático, lógico e histórico. La teoría del Derecho de este jurista que exige una visión que relaciona a la norma con el sistema, la que debe superar la letra de la ley para penetrar a la esencia de las instituciones jurídicas, requirió de herramientas hermenéuticas variadas para llevar a cabo dicha tarea, a las que se les denominó métodos. En una sana interpretación, esos cuatro métodos se deben utilizar de manera complementaria, aunque ciertamente los métodos sistemático e histórico adquieren una relevancia especial. El método teleológico, que goza de gran reconocimiento en la praxis de la actualidad, en la teoría de Savigny se considera como parte del método sistemático. También, destaca en la idea de este autor sus reflexiones sobre el uso de la analogía.

#### **Abstract**

Friedrich Carl von Savigny, Germany's foremost jurist of all time, is famous for his theory of legal interpretation of four methods: literal, systematic, logical, and historical. This jurist's theory of law, which requires a vision that relates the norm to the system, which must go beyond the letter of the law to penetrate the essence of legal institutions, required various hermeneutic tools to carry out this task, which were called methods. In a sound interpretation, these four methods should be used in a complementary way, although certainly the systematic and historical methods acquire a special relevance. In Savigny's theory, the teleological method, which enjoys great recognition in current practice, is considered part of the systematic method. Also, highlights in the idea of this author his reflections on the use of analogy.

Palabras clave: Savigny, interpretación, métodos de interpretación, analogía.



Keywords: Savigny, interpretation, methods of interpretation, analogy.

\* Doctor en Derecho por la Universidad de Heidelberg, Alemania y en Derechos Humanos y Derechos Europeo por la Universidad Nacional de Educación a Distancia. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores. Correo electrónico: rojasamandi@hotmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0130-704X>.

## I. Introducción

Friedrich Carl von Savigny, de noble cuna, nació en 1779. A la edad de 13 años quedó huérfano, por lo que fue a vivir a la casa de Konstantin von Neurath, asesor en la Corte de la Cámara Imperial en Wetzlar. Fue él quien introdujo a Savigny, desde muy joven, a los conceptos básicos del Derecho. A la edad de 16 años, Savigny comenzó a estudiar en Marburgo, principalmente Historia y Derecho. En 1800, recibió su doctorado con una tesis sobre Derecho Penal, la que llevó por título "*De concurso delictorum formalí*". En 1802 y 1803 planteó, por vez primera, sus ideas sobre metodología del Derecho,<sup>1</sup> la que representa el ideal de la nueva jurisprudencia, al superar a las investigaciones tradicionales del Derecho Natural, y sustituirlas por un método que sirviera para estudiar la unidad orgánica, libre de contradicciones, de las instituciones jurídicas.

En 1814, en respuesta al trabajo de Thibaut *Sobre la necesidad de una ley civil general para Alemania*", Savigny expuso su célebre tesis en contra de la codificación en su trabajo: "*De la profesión de nuestro tiempo para la legislación y la jurisprudencia*". En 1815, publicó su gran obra *La historia del derecho romano en la Edad Media*. Este período temprano también coincidió con la fundación de la Escuela Histórica del Derecho, cuyo programa Savigny desarrolló en su ensayo introductorio a la Revista de la Historia de la Ciencia del Derecho -*Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft*. El año 1840, después de largos estudios preliminares, Savigny dio comienzo a la publicación de su obra más importante, el *Sistema del Derecho Romano Actual* en ocho volúmenes".<sup>2</sup> Savigny murió en 1861 con todos los honores y reconocimientos los que, hasta hoy, le brindan la fama como el jurista y profesor de Derecho alemán más importante de todas las épocas.<sup>3</sup>

Savigny se negó a reducir el estudio del Derecho a un simple análisis y comprensión de las proposiciones normativas escritas, ya que pensó que la mayor parte de las instituciones del Derecho positivo están fundadas en la naturaleza misma del hombre y existen también el

Derecho de otras naciones, aunque bajo otra forma.<sup>4</sup> Para él, el Derecho, es un fenómeno orgánico generado por "fuerzas internas y silenciosas", el que surge de la convicción popular en forma de Derecho consuetudinario, para posteriormente, sistematizarse en la ciencia, la que, a su vez, dirige las prácticas sociales.

## II. Origen del Derecho positivo según Savigny

Para Savigny la auténtica ley es la sede de la conciencia común de un pueblo. La ley, la que comienza en la conciencia de un pueblo, se termina expresando en el lenguaje, para de ahí adoptar una forma científica. Así, como el Derecho antes vivía en la conciencia de todo el pueblo, ahora recae en la conciencia de los juristas, los que representan al pueblo en esta función.

Las condiciones de vida, tales como el matrimonio, la propiedad, los contratos, en forma de "*instituciones jurídicas*", se estructuran como parte de un orden jurídicamente vinculante. Según Savigny, el instituto legal muestra una "*naturaleza orgánica*", tanto en la conexión viva de sus partes constituyentes, como en su desarrollo progresivo.<sup>5</sup> Es un todo significativo que cambia en el tiempo como una relación humana típicamente entendida, la que, como tal, nunca puede estimarse agotada en la suma de las normas jurídicas individuales relacionadas con ella.<sup>25</sup> No es la suma de las normas jurídicas que regulan a una institución jurídica la que la explica; más bien, las normas jurídicas son, deliberadamente, la expresión, siempre parcial, de la institución jurídica. Las reglas conservan, sin perjuicio de toda su forma y formulación conceptual, desde el punto de vista de la perspectiva de la institución jurídica, su base más profunda en la idea no escrita.<sup>6</sup> Así, el concepto de punto de vista de la institución jurídica, adquiere en Savigny un significado esencial para la comprensión y, por lo tanto, también para la interpretación de las leyes.<sup>7</sup>

Para su interpretación, las reglas no pueden entenderse simplemente desde sí mismas,<sup>8</sup> sino, más bien, sólo desde el punto de vista de la institución jurídica, la que el legislador también tomó en cuenta al formular la regla.<sup>9</sup> Así como el legislador "*tiene en mente la visión completa y orgánica*" de la institución jurídica y debe formar a partir de ella "*por un proceso artificial la disposición abstracta de la ley*", así, por otro lado, el que ha de aplicar la ley, debe por medio de un proceso inverso al orgánico, reconstruir el sentido normativo de una disposición a partir de la visión orgánica de la institución como tal, en un juego que va de la visión del instituto a la palabra de

la norma en cuestión. Lo importante es, en todo caso, captar la conexión orgánica entre normas y sistema, entre hecho y valor o, entre realidad y norma.<sup>10</sup>

### III. La Interpretación en Savigny

#### 1. Tarea y objetivo de la interpretación

Savigny ve la tarea de la interpretación de la ley en la *"reconstrucción de la idea inherente a la ley"*, en la recuperación de lo que hay encerrado en la palabra.<sup>11</sup> Para ello, debe *"tomarse en cuenta la posición del legislador y repetir artificialmente su actividad, es decir, permitir que la ley resurja en su pensamiento"*. En esta labor de la interpretación como medio para la adquisición de tanto conocimiento legal real como sea posible, se debe considerar la naturaleza del caso concreto y la pertinencia en los resultados. Savigny estima que existe una interacción entre una buena legislación y una buena interpretación en la que el éxito de cada una de ellas queda condicionada y asegurada por la otra. Con esto, Savigny se sitúa en el ideal de la teoría de la interpretación del Siglo XIX, consistente en entender como propósito de la interpretación la recuperación de la voluntad psicológica del legislador histórico;<sup>12</sup> esto es, repetir la actividad del legislador en su espíritu y así recrear la ley en su pensamiento.

La finalidad de la aplicación de tal procedimiento interpretativo es, según Savigny, que el intérprete, al igual que el propio legislador, se guíe por la opinión de la institución jurídica. Esto significa que, en su afán por recuperar la voluntad del legislador, el intérprete debe remontarse detrás de los pensamientos del legislador, para arribar a la idea jurídica objetiva implementada en la institución jurídica. Sin embargo, cuando una nueva ley haya determinado cómo debe entenderse una ley más antigua, entonces esa actividad queda completamente excluida, y la ley anterior también debe ser entendida y aplicada en el sentido actual por aquellos que tienen algo de la falta de importancia para sí mismos.

#### 2. Los cuatro cánones o métodos de interpretación

Savigny fue el primer autor en postular el principio plurimetodológico de la interpretación. En efecto, él consideró que la sana interpretación demanda de una combinación de métodos: gramatical, sistemático, lógico e histórico. Difícilmente se puede encontrar una metodología sin este canon de cuatro métodos.

Según Savigny, el elemento gramatical de interpretación se ocupa de *"la palabra que transmite la transición del pensamiento del legislador a nuestro pensamiento"*, por lo que la tarea de esta vía de interpretación *"consiste en la presentación de las leyes lingüísticas redactadas por el legislador"*.<sup>13</sup>

El método lógico, por su lado, analiza la estructura del pensamiento, es decir, sobre la relación lógica entre las partes individuales de la expresión escrita y la forma en que las mismas se relacionan entre sí.<sup>14</sup>

El método sistemático estudia "al contexto interno que une todas las instituciones legales y las normas de derecho en una gran unidad. Esta conexión, tan buena como la histórica, también ha estado en la mente de la legislatura, por lo que solo reconoceremos plenamente sus pensamientos si dejamos en claro cómo esta ley se relaciona con todo el sistema legal y cómo debe intervenir efectivamente en el sistema".<sup>15</sup>

El método histórico tiene como objeto estudiar la ley con base en las condiciones socio-históricas del momento de su emisión, en comparación con las que existen en el momento de su aplicación esto es, en su significado para las relaciones jurídicas actuales.

Según Savigny, sólo con el uso de estos cuatro cánones de interpretación, la comprensión de la idea de la ley llega a ser completa. Subraya, sin embargo, que estos elementos de interpretación no son cuatro tipos de interpretación, "de los cuales se podría elegir según el gusto y la preferencia, sino que son diferentes actos que deben combinarse para que la interpretación tenga éxito".

Pero el éxito de cualquier interpretación depende de dos condiciones, "y en esto se pueden resumir brevemente los cuatro elementos: en primer lugar, que visualicemos vívidamente la actividad espiritual de la que ha surgido la expresión individual de los pensamientos que tenemos ante nosotros; en segundo lugar, que tengamos la visión del todo histórico-dogmático de la disposición para percibir las relaciones de este último en el presente texto".<sup>16</sup>

### 3. La relación entre los métodos histórico y sistemático

Con la definición de la tarea y el objetivo de la interpretación de la ley como la reconstrucción de su idea intrínseca para obtener muchas legalidades reales, Savigny piensa que los métodos de interpretación histórico y sistemático se deben encontrar unidos indisolublemente.

El método histórico de Savigny tiene en cuenta el origen de cada ley precisamente en una situación histórica particular. Su objetivo es rastrear cada sustancia original que haya sido dada por el legislador hasta su raíz, para descubrir su principio orgánico, por el cual lo que todavía tiene vida debe separarse de lo que ya ha muerto, y pertenece sólo a la historia".

El método sistemático, por su parte, tiene por objeto comprender el sistema en que se integra la totalidad de las normas e instituciones jurídicas como un todo coherente. A su juicio, las relaciones jurídicas sólo podrían entenderse plenamente "en el contexto amplio de este sistema, en el que aparece la misma naturaleza orgánica".<sup>17</sup>

Para Savigny, en la interacción entre los métodos histórico y sistemático, este último es el que adquiere preponderancia. Él, a veces llega, incluso a tal punto que el método histórico sólo se utiliza de forma alternativa y selectiva con el fin de corroborar principalmente el resultado sistemáticamente determinado. Es más, Savigny aplicó el método sistemático con maravillosa transparencia al construir una Teoría General del Derecho que debería reemplazar al Derecho Natural. Sin duda que para Savigny el método de interpretación más importante lo es el método sistemático.

#### 4. La interpretación teleológica en Savigny

En la actualidad, la interpretación teleológica adquiere un lugar central entre los métodos que se deben utilizar para llevar a cabo una interpretación razonable. Es por esto que, si la metodología de la interpretación con la que estamos familiarizados en la jurisprudencia actual se remonta a Savigny, es sorprendente que, la consideración de los propósitos y objetivos de la ley como tarea de la interpretación, no haya sido considerada como un método especial.

Para Savigny la tarea de interpretación consiste en revelarnos el contenido de la ley, por lo que habrá de dejar desconsiderado todo lo que no es parte de este contenido, incluidos los propósitos y motivos de la ley, por muy importantes que éstos sean. Sin embargo, Savigny permite el uso del objetivo de la legislación sólo en ciertos casos, y siempre "*con gran cautela*".

En concreto, él habla de casos de vaguedad de la expresión utilizada por la ley. En este caso, además del contexto de la legislación, debe utilizarse la "razón específica directamente relacionada con el contenido de la ley".<sup>18</sup> De no existir una razón "específica" de la ley, Savigny también considera el recurso a una razón general. Sin embargo, él opina que la expresión literal de la expresión no puede ser contradicha por una "razón reconocida".<sup>19</sup>

De esta forma, si bien es cierto, Savigny no excluye a priori el uso del propósito de la ley, si en cambio, le establece límites muy estrechos. Sobre todo, en su visión, el mismo sirve para corregir la expresión inadecuada de la ley. Además, él le da gran importancia al hecho que el límite a la formulación jurídica de las normas, que debe reservarse únicamente al legislador, no sea superado por el intérprete, por ejemplo, sobre la base de consideraciones objetivas-teleológicas.

En la metodología moderna, por lo tanto, se le da al intérprete el poder —de hecho se le pide que lo haga— para dar a la regulación legal la forma que el legislador debería haberle dado "lógicamente" sobre la base de fines objetivos-teleológicos, esto es, de objetivos propios de la norma. La metodología moderna es consciente que esto representa una desviación fundamental de la metodología de Savigny. Por eso, Larenz y Canaris enfatizan que los métodos de interpretación desarrollados por ellos "no coinciden con los cuatro elementos de interpretación de Savigny, sino que van mucho más allá de ellos".<sup>20</sup>

Decisivo para el alcance y la interacción de los métodos, que dan forma a los propósitos de la interpretación, lo es el sistema interno del Derecho. El sistema interno, resulta de la relación de contenidos legales considerados como parte de una institución que cumple una función social.<sup>21</sup> Esto significa que la interpretación sistemática de Savigny, cumpliría las funciones que hoy día cumple el método teleológico, al recurrir a los fines teleológicos objetivos propios de una institución jurídica.

## 5. El recurso a la analogía

Savigny considera que analogía es el método de integración por excelencia para llenar las lagunas de la ley. Él piensa que cuando no encontremos en las fuentes de Derecho normas para decidir sobre una cuestión jurídica, se debe llenar ese vacío, ya que la integridad del sistema jurídico es

tan importante como el de la unidad.<sup>22</sup> El recurso natural en estos casos lo es la analogía, toda vez, que no violenta la voluntad del legislador, al no añadir nada a la ley, puesto que sólo “complementa la legislación por sí misma”.<sup>23</sup>

Para Savigny, cualquier aplicación de la analogía se basa en la secuencia interna implícita de la ley, sólo que esto no siempre es una mera consecuencia lógica, como la relación pura entre razón y consecuencia. Más bien, se deriva de una consideración orgánica del sistema, que surge de la visión general de la naturaleza práctica de las relaciones jurídicas con sus arquetipos o normas.<sup>24</sup>

Savigny distingue dos casos de aplicación de la ley por analogía. Por un lado, debe tenerse en cuenta el caso en el que aparece una nueva relación jurídica dentro de una institución jurídica, la que hasta ahora fue desconocida, y para la cual no existe una norma expresa que la regule. Entonces, de acuerdo con las leyes del parentesco interno del contenido del caso con lo previsto por las normas ya conocidas, debe extenderse el ámbito de validez de éstas para regular dichos casos desconocidos.<sup>25</sup>

Por otro lado, con la institución jurídica de la analogía, mucho más a menudo, se encuentran casos en los que una cuestión jurídica se reorganiza y se plantea de otra forma dentro de una institución jurídica ya conocida.<sup>26</sup> Los nuevos casos que así surgen deben responderse de acuerdo con el "parentesco interno de las leyes pertenecientes a este instituto", para lo cual "será muy importante la comprensión correcta de las razones de las leyes individuales".<sup>27</sup> Esto también deja en claro que el propósito de la ley para Savigny es de fundamental importancia en su metodología. Sin embargo, la analogía siempre aparece como una ayuda a la interpretación y nunca como el centro de la aplicación de la ley en el sentido de alterar la validez del concepto o palabra de la ley.

#### **IV. Reflexiones finales**

Las ideas de Savigny sobre la aplicación de las normas y, en particular, la de los métodos de interpretación jurídicos, con algunas variantes, siguen vigentes hoy en día, tanto en la doctrina, como en la praxis jurídica. En efecto, tanto su concepción que una recta interpretación requiere del uso de diversos métodos, como aquella según la cual cada uno de ellos cumple una función

complementaria a la de los otros, son aceptadas en la doctrina moderna y en la jurisprudencia contemporáneas.

Sobre cuáles son los métodos para interpretar una regla, la única diferencia que existe entre la teoría de Savigny con las concepciones generalmente aceptadas actualmente, consiste en que para él el método teleológico no es un método independiente, tal y como se acepta actualmente, sino que sus funciones las cumple el método sistemático. Asimismo, su método lógico sólo rara vez es mencionado en alguna jurisprudencia o doctrina. Uno de esos escasos casos lo es el de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente tesis:

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. BASTA CON QUE SE UTILICE UNO DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL PARA QUE SE CUMPLA CON EL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que la interpretación directa de un precepto constitucional implica desentrañar, esclarecer o revelar el sentido de la norma, atendiendo a la voluntad del legislador o al sentido lingüístico, lógico u objetivo de las palabras, a fin de entender el completo y auténtico sentido de la disposición constitucional, lo cual puede lograrse a través de los métodos: gramatical, analógico, histórico, lógico, sistemático, causal o teleológico.<sup>28</sup>

Sin embargo, los métodos literal o gramatical, sistemático e histórico, expuestos por vez primera por Savigny tan nítidamente, se incluyen en el catálogo de métodos reconocidos por la jurisprudencia comparada e internacional vigente. A guisa de ejemplo, transcribimos una conocida tesis del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

ASISTENCIA SOCIAL. LA ASISTENCIA PÚBLICA Y PRIVADA FORMAN PARTE DE ELLA. Para determinar los conceptos que comprende la asistencia social es necesario acudir a los métodos de interpretación reconocidos en la doctrina, resultando suficientes para ello el gramatical, el histórico, el sistemático y el teleológico, los que permiten arribar a una conclusión general, aplicados con relación a diversas disposiciones constitucionales y legales...<sup>29</sup>

## FUENTES CONSULTADAS

FIKENTSCHER, Wolfgang, (1976) *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Alemania, Mohr Siebeck, Tomo III.



KANTOROWICZ, Hermann, (1933) Savignys Marburger Methodenlehre, *Savigny Zeitschrift Romanistischer Abteilung*, 53.

LARENZ, Karl, (1991) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Alemania, Springer Verlag, sexta edición.

LARENZ, Karl y CANARIS, Claus-Wilhelm, (1995) *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Tercera Edición, Alemania.

OLLERO, Andrés, (1978-1979), Savigny ante la interpretación del derecho, el legalismo aplazado, en Savigny y la Ciencia del Derecho del Siglo XX, Cátedra Feancisco Suárez, No. 18-19.

VON SAVIGNY, Friederich Carl, (1951) *Juristische Methodenlehre*, Alemania, Koehler.

\_\_\_\_\_, (2019) *System des heutigen Römischen Rechts*, Alemania, De Gruyter, Tomo I.

\_\_\_\_\_, (2018) *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Alemania, Wentworth Press.

“ASISTENCIA SOCIAL. LA ASISTENCIA PÚBLICA Y PRIVADA FORMAN PARTE DE ELLA. Registro digital: 193373, Instancia: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 83/99, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Septiembre de 1999, página 614, Tipo: Jurisprudencia.

REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO. BASTA CON QUE SE UTILICE UNO DE LOS MÉTODOS DE INTERPRETACIÓN DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL PARA QUE SE CUMPLA CON EL REQUISITO DE PROCEDENCIA DE ESE RECURSO. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 172334, Instancia: Pleno, Novena Época, Materias(s): Común, Tesis: p. XVIII/2007, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Mayo de 2007, página 16, Tipo: Aislada.

---

<sup>1</sup> Hay dos formulaciones de la metodología jurídica de Savigny: la de Jakob Grimm, editada en 1951 por la Wesenberg Kolleg bajo el título “*Metodología Jurídica*” -“*Juristische Methodenlehre*”- la que corresponde a las lecciones impartidas en el invierno de 1802-03 en Marburgo y, la que planteó el autor en el primer volumen del “*Sistema de Derecho Romano Actual*” -“*System des heutigen Römischen Rechts*”- en 1840. Entre estas dos formulaciones, se encuentra el famoso programa “*De la profesión de nuestro tiempo para la legislación y la ciencia jurídica*” -“*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*”- de 1814, que también contiene explicaciones metodológicas, aunque ciertamente desorganizadas.

<sup>2</sup> En español, esta obra ha sido publicada en año de 2004, en seis tomos, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México.

<sup>3</sup> Kantorowicz, Hermann, Savignys Marburger Methodenlehre, *Savigny Zeitschrift Romanistischer Abteilung*, 53 (1933), p. 465 y ss.

<sup>4</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *System des heutigen Römischen Rechts*, Alemania, De Gruyter, 2019, Tomo I, p. 87.

<sup>5</sup> *Ibidem.*, p. 9.

<sup>6</sup> *Loc.cit.*, p.9.

- 
- <sup>7</sup> Fikentscher, Wolfgang, *Methoden des Rechts in vergleichender Darstellung*, Alemania, Mohr Siebeck, Tomo III, 1976, p. 70 y ss.
- <sup>8</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *op. cit.*, p. 13.
- <sup>9</sup> Larenz, Karl, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Alemania, Springer Verlag, sexta edición, 1991, p. 12.
- <sup>10</sup> Ollero, Andrés, Savigny ante la interpretación del derecho, el legalismo aplazado, en *Savigny y la Ciencia Jurídica del Siglo XX*, Granada, Cátedra Francisco Suárez, No. 18-19, 1978-1979, p. 180.
- <sup>11</sup> *Ibidem*, p. 183
- <sup>12</sup> Larenz, Karl, *op. cit.*, p. 16.
- <sup>13</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *op. cit.* p. 211.
- <sup>14</sup> *Ibidem*, p. 213.
- <sup>15</sup> *Loc. cit.*
- <sup>16</sup> *Ibidem.*, p. 207.
- <sup>17</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *Methodenlehre*, Alemania, Koehler, 1951, p. 48.
- <sup>18</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *op. cit.*, p. 228.
- <sup>19</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *op. cit.*, p. 215.
- <sup>20</sup> Larenz, Karl y Canris, Claus-Wilhelm, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Tercera Edición, Alemania, 1995, p. 163.
- <sup>21</sup> *Ibidem*, p. 157.
- <sup>22</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *op. cit.*, p. 290.
- <sup>23</sup> *Ibidem*, p. 291
- <sup>24</sup> *Loc. cit.*
- <sup>25</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *Methodenlehre*, p. 42.
- <sup>26</sup> Von Savigny, Friederich Carl, *op. cit.*, p. 291.
- <sup>27</sup> *Loc. cit.*
- <sup>28</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, Registro digital: 172334, Instancia: Pleno, Novena Época, Materias(s): Común, Tesis: P. XVIII/2007, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Mayo de 2007, página 16, Tipo: Aislada.
- <sup>29</sup> Registro digital: 193373, Instancia: Pleno, Novena Época, Materia(s): Constitucional, Tesis: P./J. 83/99, Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo X, Septiembre de 1999, página 614, Tipo: Jurisprudencia.



**LA LIBERTAD RELIGIOSA EN EL PUEBLO HUICHOL**  
**RELIGIOUS FREEDOM IN THE HUICHOL COMMUNITY**

José Luis Soberanes Fernández

Fecha de recepción: 23 de noviembre de 2021

Fecha de aceptación: 25 de febrero de 2002

**Resumen**

En el mes de diciembre del año 2017, en la comunidad Wixárika de Tuxpan de Bolaños, Jalisco, se suscitó un incidente en el cual un grupo de indígenas que profesaban la religión de “Testigos de Jehová” fueron sacados a la fuerza de sus hogares y expulsados de la comunidad por las autoridades tradicionales. Ante esta situación, los afectados acudieron al amparo, no solo demandando al gobernador tradicional Wixárika, sino también al gobernador, al fiscal general y al comisionado de seguridad pública del Jalisco. La Constitución federal mexicana reconoce el derecho a la libre determinación entre los pueblos indígenas, destacando, sobre todo, su libertad para elegir sus formas de convivencia y su organización social y religiosa. Teniendo en cuenta lo anterior, el presente artículo tiene por objetivo hacer un análisis del Amparo en revisión 1041/2019 impuesto por Agustín Chino Chino y sobre la resolución que dictó la Suprema Corte de Justicia, conforme a lo establecido por el Artículo 2 inciso “A” de nuestra Carta Magna.

**Abstract**

In December 2017, in the Wixárika community of Tuxpan de Bolaños, Jalisco, an incident occurred in which a group of indigenous people who professed the religion of "Jehovah's Witnesses" were taken by force from their homes and expelled from the community by traditional authorities. Faced with this situation, the affected party resorted to an appeal on the grounds of unconstitutionality, not only suing the traditional Wixárika governor, but also the governor, the attorney general and the public security commissioner of Jalisco. The federal Constitution recognizes the right to self-determination among indigenous peoples, emphasizing, above all, their freedom to choose their forms of coexistence and their social and religious organization. Taking into account the foregoing, this article is an analysis of the appeal in review 1041/2019 imposed by Agustín Chino Chino and on the resolution issued by the Supreme Court of

Justice, in accordance with the provisions of Article 2 subsection "A" of our Constitution.

Palabras clave: Libertad Religiosa, Comunidad Wixárika, Amparo, Libre Determinación, Derecho Constitucional

Keywords: Religious Freedom, Wixárika Community, appeal on the grounds of unconstitutionality, Free Determination, Constitutional Law.

\* Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores

## I. Antecedentes

Como es sabido, el artículo 2, apartado "A", de la Constitución federal de los Estados Unidos Mexicanos reconoce los derechos propios de las comunidades indígenas a la libre determinación, entre los que destacan, en primer lugar, a decidir sus formas internas de convivencia y organización, particularmente a las prácticas religiosas específicas.

Sobre este particular, es que en las próximas páginas de este texto habremos de analizar una cuestión suscitada en una comunidad huichol del estado de Jalisco en el año 2017 y la solución que a la misma le dio la Suprema Corte de Justicia de nuestro país.

Comencemos con los antecedentes: del 1º al 3 de diciembre de 2017, en asamblea ordinaria de la comunidad indígena Wixárika (huichol), de la población de Tuxpan de Bolaños, municipio de Bolaños en el citado estado de Jalisco, resolvió excluir de la misma a los adeptos a la religión de "testigos de Jehová", que obviamente no profesaban la religión ancestral Wixárika, es decir, no participaban en sus festejos religiosos, ni tampoco utilizaban peyote de manera ritual en los mismos. Es importante mencionar que los afectados habían sido amenazados previamente, de modo que por ello lo pusieron en conocimiento de las autoridades de la mencionada entidad federativa.

De esta forma, el 4 de diciembre de 2017, las autoridades tradicionales, con auxilio de los *tupiles* (policía tradicional), irrumpieron en las casas de aquellos miembros de la comunidad que habían abandonado las creencias inveteradas, los apartaron a la fuerza, sacaron a sus niños de la escuela, también a la fuerza, los subieron en camiones de carga, para dejarlos finalmente en despoblado, concretamente en el Crucero Banderitas. Debido a este caso que resultó

extraordinario, llegaron cuatro patrullas de la policía estatal; no obstante, su presencia fue breve pues se vieron obligadas a abandonar el lugar ante las amenazas que recibieron de las autoridades tradicionales.

Las víctimas del desalojo acudieron al amparo demandando al gobernador, al fiscal general y al comisionado de seguridad pública, todos del estado de Jalisco por “la omisión de proteger y garantizar los derechos humanos de los quejosos, toda vez que no evitaron ni impidieron que fueran desalojados y despojados de sus bienes y, la omisión de reincorporados a la comunidad a la que afirmaron pertenecer, garantizándoles su libertad religiosa”. Igualmente, demandaron al gobernador tradicional Wixárika por la orden de expulsión y destierro, así como el despojo violento de sus bienes, junto con otras autoridades tradicionales de la misma comunidad por la ejecución de las ordenes de expulsión, destierro y despojo del citado gobernador tradicional.

Entre los argumentos aducidos por los demandantes, señalaron que se les privó de los derechos de propiedad, posesión, vivienda, trabajo digno, educación de menores y libertad religiosa, sin existir elementos que fundaran y motivaran la causa legal del procedimiento impugnado, sin que hayan sido oídos ni vencidos en juicio; que si bien el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo reconoce la autonomía de la comunidades indígenas, ésta no es absoluta ni puede ignorar los derechos fundamentales de sus integrantes; que se vulneraron las garantías de protección a la propiedad comunitaria y el usufructo de los recursos naturales de la comunidad, que establece el artículo 27 constitucional; y finalmente, que las autoridades estatales incumplieron su obligación de promover, proteger y garantizar los derechos humanos de dichos recurrentes al no actuar para prevenir los hechos violatorios a pesar de conocerlos.

El juez de distrito, en la sentencia de primera instancia, desestimó las pretensiones de los demandantes, señalando que “no basta que los quejosos afirmen que pertenecen a la comunidad wixárika, sino que la autoadscripción implica asumir como propios los rasgos sociales y las pautas culturales que caracterizan a los miembros de esa comunidad [... por lo que] si los quejosos [...] manifiestan [...] que desde el año dos mil nueve, profesan una religión diversa a la que impera la comunidad wixárika, pues reconocen que practican la religión ‘testigos de Jehová’ [...] entonces no guardan identidad con la comunidad indígena”. Concluyendo que “es razonable considerar que algunos derechos pueden limitarse legítimamente cuando su pleno ejercicio

ponga en riesgo la existencia de la comunidad o la preservación de usos y costumbres que son esenciales para su sobrevivencia”.<sup>1</sup>

No queremos dejar de mencionar un aspecto importante para el derecho procesal mexicano: el juez de distrito no reconoció a las gobernantes tradicionales el carácter de “autoridad responsable” o demandada para los efectos del amparo, determinación que revocó el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Tercer Circuito, el cual, además solicitó a la Suprema Corte ejerciera su facultad de atracción, lo cual fue acordado positivamente por la Segunda Sala del máximo tribunal del país el 23 de octubre de 2019, correspondiendo al ministro Javier Laynez Potisek su estudio y dictamen. Pasemos a la resolución de fondo.

De esta forma, el 8 de julio de 2020 la mencionada Segunda Sala concluyó el amparo en revisión 1041/2019 interpuesto por Agustín Chino Chino en contra de la sentencia dictada por el Juez Tercero de Distrito en Materias Administrativa, Civil y de Trabajo en el estado de Jalisco, al resolver el juicio de amparo 3747/2017, que versaba sobre el derecho de libertad religiosa de la citada comunidad huichol.

## **II. El fondo del asunto**

El problema jurídico que se planteó dicha Sala fue: “¿qué pueden hacer las comunidades indígenas con base en el derecho constitucional y convencional a la libre determinación en relación con miembros que se convierten a una religión distinta a la practicada por la comunidad?”<sup>2</sup>, para lo cual afirmó su obligación constitucional de tomar en cuenta las costumbres y especificidades culturales de la comunidad indígena sin dejar de observar lo previsto en la Constitución, lo que se encuentra en consonancia con el artículo 40 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Es importante destacar que el acto reclamado era:

la expulsión ilegal de miembros de la comunidad indígena Wixárika de la población de Tuxpan de Bolaños, con violencia y sin debido proceso, con motivo de que han dejado de compartir las creencias y prácticas religiosas de dicha comunidad al haberse convertido a la religión de Testigos de Jehová; y la subsecuente falta de actuación de las autoridades estatales que fueron notificadas de esta situación.<sup>3</sup>

Respecto al sustento normativo de la expulsión, la Corte señaló que la norma no escrita dice que “cuando una persona de la comunidad deja de ser comunero por cuestiones relacionadas con la negativa a participar de la religión y costumbre de la comunidad, de conformidad con el Estatuto Comunal, puede ser expulsado de la comunidad y el territorio que esta ocupa”.<sup>4</sup>

Otro aspecto importante que se debe resaltar era que el derecho a la libre determinación que estamos revisando no es absoluto y como bien apunta la Corte es indispensable conocer sus límites para saber si las conductas reclamadas pueden enmarcarse en tal derecho o sobrepasan sus límites; al respecto destaca que la ley suprema establece que el mismo debe asegurar la unidad nacional, reiterando lo dicho por la Primera Sala del mismo alto tribunal en el sentido que la facultad de las comunidades indígenas antes apuntada “no implica su independencia política ni su soberanía, sino sólo la posibilidad de elegir libremente su situación dentro del Estado mexicano, que no conduce a su disolución, sino al reconocimiento del derecho fundamental de los pueblos que lo componen para determinar su suerte, siempre y cuando se preserve la unidad nacional”<sup>5</sup>; lo que a nuestro entender no es más que una reiteración, pues dice lo mismo.

Sobre el mismo particular, la sentencia continúa citando el texto del artículo 2 de la Constitución y el 8.2 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 46 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que vienen a decir que el límite principal a la libre determinación referida es el respeto a los derechos humanos. Aquí llegamos a una afirmación sumamente discutible de la sentencia de marras, cuando dice:

las alegaciones de discriminación por motivos de religión tienen que ser analizadas considerando que la comunidad indígena tiene sus fundamentos en torno a sustentarse como una agrupación religiosa. No podemos ignorar que gran parte del motivo de que sus miembros se identifiquen entre sí y busquen preservar esa agrupación diferenciada, tiene que ver con que comparten una religión y creencias.<sup>6</sup>

Concluyendo algo peligroso, desde un punto de vista jurídico, al afirmar que las comunidades indígenas:

se pueden asimilar a las agrupaciones religiosas en sentido estricto, en función de que resulta evidente que tienen la posibilidad de hacer distinciones por motivos religiosos,



pues es justamente esta distinción respecto de las otras religiones lo que los hace ser una comunidad diferenciada.<sup>7</sup>

Y agrega:

podemos afirmar que en el contexto de una comunidad indígena [...] distinguir a alguien por su religión no se traduce en una violación a su derecho a la igualdad y no discriminación, puesto que les es propio admitir y conservar únicamente a quien comparte la misma religión que ellos.<sup>8</sup>

En nuestra opinión, precisamente, al excluir a un miembro de una comunidad indígena por no admitir y conservar la misma religión que los demás integrantes de dicha colectividad, *es una flagrante violación a sus derechos de igualdad y no discriminación*, y no como afirma la resolución de la Segunda Sala.

Prosigue la sentencia con el análisis para determinar si los actos reclamados inciden en los derechos de propiedad de los quejosos, recordando que “la propiedad comunal es parte fundamental de los derechos de estas comunidades”<sup>9</sup> afirmación que se fundamenta en jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en consecuencia “sus miembros no pueden reclamar la titularidad de esos bienes, pues gozan de ellos en función de su pertenencia a esa comunidad”<sup>10</sup> y por tanto “dado que no se señala en la demanda ninguna causa que haga suponer que la decisión de quitarles sus predios fue tomada de manera ilegítima, no encontramos que haya una incidencia en su derecho a la propiedad comunal”<sup>11</sup> nada más que se les olvidó a los ministros que al ser expulsados de la comunidad los quejosos, se les privó precisamente de sus derechos a la propiedad comunal, pues habiendo suplencia de la queja, debieron haber estimado que una de las razones fundamentales de la demanda de amparo era esa.

Después se trata de responder una pregunta fundamental en el caso que se estudia: ¿La norma tradicional impugnada viola el derecho a la libertad religiosa?, iniciando con el señalamiento que los quejosos consideran que el acto reclamado se debe a la intolerancia religiosa, identificándose como “minoría religiosa”. Primero, siguiendo criterio de la Primera Sala, hacen una distinción muy extraña entre libertad religiosa interna y libertad religiosa externa, olvidándose de algo que aprendimos, los que estudiamos Derecho, desde el primer semestre, en el sentido de que las normas jurídicas se diferencian de las normas morales en que las primeras son externas y las segundas son internas, pudiéndose ahorrar toda la argumentación de dicha distinción y la

perogrullada que “el derecho a la conversión es parte fundamental del derecho a la libertad religiosa en su vertiente interna”<sup>12</sup>, mientras que en el fuero externo reconocen cuatro: el culto, la enseñanza, la práctica y la observancia, concluyendo que solo se pueden establecer límites a la manifestación de las creencia únicamente en el fuero externo y por ende nunca en el fuero interno. Por el estilo resulta la distinción que la propia Primera Sala hace entre libertad de culto y libertad religiosa. Para concluir que está vedada cualquier discriminación que tenga como motivo las creencias o prácticas religiosas en tanto la religión es una de las categorías prohibidas de discriminación. Y así continúa con las obviedades, hasta llegar a la máxima de éstas: “la única faceta de la libertad religiosa que acepta límites es la faceta externa, y en este sentido, la faceta interna es parte del núcleo inviolable”.<sup>13</sup>

Así, arriban a la primera conclusión: “queda claro que las acciones de las autoridades tradicionales sí inciden *prima facie* en el derecho a la libertad religiosa” ... y “que los quejosos se han visto en la difícil situación entre decidir continuar siendo parte de la comunidad en la que nacieron, con la que se identifican y que alberga sus raíces e identidad indígena, o conservar sus creencia y prácticas como Testigos de Jehová”.<sup>14</sup>

Seguidamente entraron a, “mediante un análisis de proporcionalidad, determinar si es legítimo que la norma limite el derecho a la libertad religiosa para pertenecer a la comunidad indígena [...] en los cuales las medidas impugnadas tienen como finalidad la protección de otros derechos fundamentales”.<sup>15</sup>

En este momento se preguntan los ministros acerca de los fines que se persiguen con la medida impugnada, para poder examinar su legitimidad constitucional ya que no cualquier finalidad puede justificar la limitación de un derecho fundamental, finalidad que generalmente es la protección de otros derechos fundamentales u otro tipo de bienes recogidos como principios constitucionales. Afirman que la norma tradicional encuentra su justificación en el ejercicio del derecho a la libre determinación de las comunidades indígenas y la necesidad de la supervivencia como grupo diferenciado, sobretodo por sus creencias y prácticas religiosas y su cultura.

La sentencia en cuestión afirma:

Las comunidades indígenas se rigen por la colectividad: ejercen derechos colectivos e inclusive tienen un régimen específico de propiedad que también se ejerce en comunidad. Es con esta finalidad que se les reconoce autonomía para decidir sus propios asuntos y tener un gobierno propio. En este sentido, tienen derecho a preservar su cultura y

creencias religiosas, derechos que deben ser fuertemente protegidos por ser, en la mayoría de los casos, la base de esa identidad diferenciada que los caracteriza. Por lo tanto, y dado que la norma tradicional puede claramente entenderse como una medida que busca proteger la libre determinación como derecho constitucional altamente valorado y protegido en una nación multicultural, concluimos que *la finalidad es legítima*.<sup>16</sup>

La sentencia continúa:

La norma tradicional consistente en poder expulsar a miembros de la comunidad por no cumplir con sus obligaciones comunales relacionadas con las prácticas religiosas y culturales que dan sustento a la comunidad, claramente tiene una conexión fáctica con la libre determinación y con la necesidad de proteger la supervivencia de la comunidad. Los estudios antropológicos en torno a las comunidades huichol coinciden en que la presencia de religiones como los Testigos de Jehová en dichas comunidades representa una amenaza, puesto que ha creado divisiones al interior de las comunidades, aumentando los problemas sociales y políticos en la región. Por ello, tomando en cuenta que una nueva religión puede resquebrajar a la comunidad y que de aumentar en número de adeptos podría incluso convertir las creencias religiosas y culturales de la comunidad en la religión minoritaria, expulsar a los miembros de la comunidad que dejen de cumplir con sus obligaciones religiosas y culturales es claramente un medio adecuado para el fin que se persigue.

Esta Segunda Sala no encuentra que haya una alternativa que sea igualmente eficiente para la consecución del fin, que expulsar a los miembros que no quieren participar de las prácticas y costumbres de la comunidad. La participación en las prácticas religiosas y culturales de la comunidad implican la forma en la que los miembros de la comunidad se relacionan unos con otros, además de ser el elemento principal de su identificación como miembros de una comunidad. Lo que los hace ser esa comunidad y no otra, es principalmente la cosmovisión particular que tienen. La expulsión de la comunidad como consecuencia de la pérdida de dicha calidad de comunero también parece ser una medida necesaria. Al encontrar que no existe una medida igualmente idónea que restrinja en menor medida el derecho a la libertad religiosa, tenemos que concluir que la medida cumple el requisito de necesidad.

Esta Segunda Sala llega a la conclusión de que si no se respeta el derecho de la comunidad indígena Wixárika de la población de Tuxpan de Bolaños de determinar quiénes pueden ser sus miembros y quienes pueden o no permanecer en su territorio

dadas las amenazas que representa que comiencen a formarse grupos religiosos disidentes dentro de la misma, las afectaciones a su derecho y los riesgos que ello puede implicar en términos de su supervivencia, podrían ser irreparables y tener como consecuencia la desaparición de dicha comunidad. Por ello, en este caso resulta que, aunque el grado de afectación a los quejosos es muy alto pues implica ya sea la pérdida de su comunidad (como fue el caso) o de sus creencias religiosas (si continúan con las prácticas y costumbres tradicionales), el beneficio que se obtiene por el lado de la supervivencia de la comunidad, lo supera. No hay una solución que permita proteger ambos derechos en mayor grado, pues hay una evidente incompatibilidad de la nueva religión adoptada por los quejosos con las creencias y prácticas tradicionales de su comunidad. Se evidencia que, desde la perspectiva de los quejosos, participar de esas costumbres implicaría vulnerar algo sagrado para ellos, pero para la comunidad esa falta de participación rompería el equilibrio que sustenta a la comunidad, vulneraría su relación con la tierra, la tradición de apoyo mutuo y pondría en riesgo su autonomía. Esta Segunda Sala concluye que la norma que se reclama es proporcional en sentido estricto en cuanto a que la limitación del derecho a la libertad religiosa que esa norma implica resulta legítima como medio para proteger la libre determinación y subsistencia de la comunidad indígena. Finalmente, no se puede aceptar el argumento de los quejosos en el sentido de que la expulsión de una comunidad indígena es de las penas inusitadas y trascendentales previstas en el artículo 22 constitucional.<sup>17</sup>

Es evidente por ello que la aplicación de la norma tradicional que se analiza sí incidió en su derecho al mínimo vital, pues los quejosos han perdido el acceso a su vivienda, sustento, alimentación y educación de sus hijos. Además, la Segunda Sala señaló:

Por el otro lado, el grado de afectación al mínimo vital de los quejosos resulta muy alto. Su expulsión de la comunidad supuso para ellos la pérdida de todos los bienes y servicios que garantizan su mínimo vital. Al ser parte de una comunidad indígena no son “propietarios de nada” y nada les es propio como individuos sino solo como miembros de esta comunidad. Por ello, aun a pesar de los hechos relatados, la violencia en su contra, y el tiempo transcurrido, su petición a esta Suprema Corte es que se les reintegre al territorio en que nacieron, el único que saben trabajar y conocen, y al que sienten conexión y pertenencia. Además, destaca que, de no ser por la generosidad de otras personas, la vida e integridad física de los quejosos se hubiera visto seriamente comprometida sin tener vivienda y alimento, o algún medio de subsistencia para procurarlos.<sup>18</sup>

Por ello, frente a “la expulsión comunal y territorial”, consistente en la expulsión física de la comunidad que tiene como implicación la salida del territorio y la pérdida de todos los derechos comunales; la propuesta del tribunal *ad quem* fue “la expulsión comunal y reubicación territorial”, consistente en la pérdida de todos los derechos comunales y la reubicación dentro del territorio de la comunidad, en el predio que considere pertinente la misma:

consideramos que la posibilidad de reubicarlas en el pedazo de tierra más alejado, en los límites de su territorio, dejando de formar parte de la comunidad en el sentido de no tener que cumplir con todas las obligaciones que el Estatuto impone, pero tampoco beneficiarse de los derechos que tienen como miembros de ella, reduce el riesgo de que se vea afectada la cultura y religión de la comunidad, y permite, aunque en menor grado, asegurar la supervivencia de ésta.<sup>19</sup>

Podemos concluir entonces, dice la Segunda Sala, que con “la expulsión comunal y territorial” se consigue el derecho a la libre determinación en un grado alto, pero se afecta también en un grado alto el derecho al mínimo vital. Mientras que con “la expulsión comunal y reubicación territorial” se consigue el derecho a la libre determinación en un grado medio, pero se afecta en menor medida el derecho al mínimo vital. En este sentido,

aunque encontramos que ambos derechos tienen una importancia alta dentro de nuestro orden constitucional, concluimos que hay una medida que, sin sacrificar considerablemente el derecho a la libre determinación, permite proteger el derecho al mínimo vital y, por lo tanto, la norma tradicional no supera el requisito de ser proporcional en sentido estricto.<sup>20</sup>

En conclusión, la norma tradicional que dice que “cuando una persona de la comunidad deja de ser comunero por cuestiones relacionadas con la negativa a participar de la religión y costumbre de la comunidad, de conformidad con el Estatuto Comunal, puede ser expulsado de la comunidad y el territorio que ésta ocupa” resulta inconstitucional y la autoridad tradicional debió haber elegido la alternativa de reubicar a las personas dentro del territorio de la comunidad

para, cumpliendo con la finalidad de proteger su derecho a la libre determinación y la subsistencia de la comunidad, sin poner en riesgo el mínimo vital de los quejosos.

Por otro lado, el derecho al debido proceso, en que se dijo:

de conformidad con el artículo 16 constitucional y la jurisprudencia de esta Suprema Corte, obliga a que cuando una autoridad tradicional de una comunidad indígena vaya a cometer actos de molestia contra alguna persona, su familia, domicilio, papeles o posesiones, y aun cuando se apliquen sistemas jurídicos tradicionales y usos y costumbres, debe respetar como mínimo los elementos esenciales del procedimiento, que en ese caso consistirán en: 1) que se le notifique oral o por escrito a la persona interesada que se va a tomar una decisión sobre ella; 2) que se le dé la oportunidad de presentar pruebas para defenderse y alegar sobre lo que se le acusa o el conflicto en el que se encuentra, y 3) se le haga saber de la decisión y de las consecuencias de la misma oportunamente.<sup>21</sup>

De esta forma, llegaron a la conclusión de que el acto impugnado sí incide en cada uno de estos derechos:

- En cuanto al derecho a la integridad personal, no se encuentra en el relato de los hechos algún elemento que permita considerar que la fuerza y violencia utilizadas fueran necesarias.
- En cuanto al debido proceso, se encuentra que no fueron notificados del procedimiento o la decisión que se tomaría sobre ellos en la Asamblea respectiva. Tampoco se garantizó su derecho a aportar pruebas y ser oídos. Y, no se les notificó con tiempo suficiente para permitirles desalojar de manera voluntaria y tomando las previsiones necesarias.
- Finalmente, de los hechos relatados se desprende que no se previó una protección especial a la población vulnerable, incluyendo sobre todo a los niños, niñas y adolescentes. Como consecuencia de la conversión religiosa de sus padres, a esos menores se les privó de una serie de derechos sin que se tuviera en consideración la manera de afectarlos lo menos posible con su salida de la comunidad. Por el contrario, se les trató de igual manera que a los adultos e incluso se les sacó a la fuerza de la escuela. Ello pone en riesgo su integridad

física y psíquica, además se puso en riesgo su mínimo vital. En este sentido, se incidió en el derecho al interés superior de la niñez.

Ahora bien, atendiendo al examen de proporcionalidad, no se encuentra que haya ninguna finalidad que justifique que la expulsión se dé en estas circunstancias y mucho menos, que no se hayan contemplado los derechos de la población más vulnerable como son los niños, niñas y adolescentes; por lo tanto, no pasa ni siquiera la primera grada del examen de proporcionalidad.

Esa Segunda Sala concluyó que a pesar de validar la posibilidad de que se expulse a los miembros de la comunidad (no así del territorio), esa expulsión y reubicación debe de cuidar las siguientes cuestiones:

- No puede llevarse a cabo de manera violenta puesto que ello vulnera el derecho a la integridad personal de los quejosos.
- Debe seguirse un debido proceso, en el entendido de que se llevará a cabo de conformidad con los usos y costumbres, y de conformidad con las normas tradicionales, pero cuidando que los interesados: 1) sean notificados de manera oral o escrita que se va a tomar una decisión sobre ella/el; 2) que se les dé la oportunidad de presentar pruebas para defenderse y alegar sobre lo que se les acusa o el conflicto en el que se encuentran y 3) se les haga saber de la decisión y de las consecuencias de la misma oportunamente dándoles un tiempo razonable para poner sus asuntos en orden y moverse a su lugar de reubicación dentro de la comunidad de manera voluntaria.
- Se deberá cuidar especialmente que no se ponga en peligro la vida e integridad de miembros de grupos vulnerables como son las niñas, niños, adolescentes, personas con discapacidad y personas de la tercera edad.

En conclusión, son fundados los conceptos de violación de los quejosos en torno al acto consistente en la expulsión violenta y sin debido proceso de la comunidad, pues violó sus derechos a la integridad física, al debido proceso y al interés superior del menor.<sup>22</sup>

De lo anterior que la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia concedió el amparo y protección a los quejosos para los efectos siguientes:

- Las autoridades tradicionales responsables tienen obligación de designar un predio idóneo dentro de su territorio y reintegrar a los quejosos para que ocupen

ese predio, gozando únicamente del derecho de uso y disfrute de esa tierra. Además, deberán proporcionarles una vivienda digna, con los servicios básicos para subsistir. Además, se deberá□ permitir a los niños, niñas y adolescentes reincorporarse a los centros educativos que les correspondan. Esta reintegración no implica que los quejosos tengan que ser reincorporados a la comunidad en el sentido de contar con todos los derechos y obligaciones que tienen los comuneros, y la comunidad podrá□ establecer el régimen de convivencia que considere pertinente para vivir de manera pacífica y con respeto mutuo.

- Las autoridades estatales deberán supervisar el cumplimiento de esta sentencia, y colaborar con los quejosos y con la comunidad para llegar a un régimen de convivencia que respete la libre determinación de la comunidad y permita que los quejosos vivan en el predio designado en paz, que se les respeten sus derechos y que se les asegure su derecho al mínimo vital. Además, deberán asegurarse de que en tanto se les reubica dentro de la comunidad, tengan garantizados todos sus derechos de conformidad con lo que se estableció□ en esa sentencia.
- Finalmente, una vez que se les reintegre al territorio de la comunidad, las autoridades estatales deberán garantizar la seguridad e integridad de los quejosos, en el ámbito de sus competencias.<sup>23</sup>



### III. Conclusión

Hemos visto un ejemplo de cómo los derechos indígenas en México, a pesar de ser eminentemente consuetudinarios, de haber pasado mas de cinco siglos de presencia europea en estas tierras y no contar con una protección estatal suficiente, como dispone el artículo segundo, en su inciso “B”, logran subsistir. Deben ser protegidos por las autoridades, no como piezas de museo o curiosidades étnicas, sino como parte fundamental de nuestro ser nacional, respetando en todo momento las especificidades que les son propias, pues las mismas nos enriquecen como nación multicultural y pluriétnicas, no las podemos perder ni adulterar.

---

<sup>1</sup> Amparo en revisión 1041/2019. Quejoso y recurrentes: Agustín Chino y Chino y otros. Recurrente adhesivo: Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco, p. 8 en: [https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2019/2/2\\_266079\\_4723.docx](https://www2.scjn.gob.mx/juridica/engroses/2/2019/2/2_266079_4723.docx)

<sup>2</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>3</sup> *Ibidem*, p. 35.

<sup>4</sup> *Ibidem*, p. 36.

<sup>5</sup> *Ibidem*, pp. 51-52 *apud*, Tesis aislada 1a. XVI/2010 de la Primera Sala, de rubro: *Derecho a la libre determinación de los pueblos y comunidades indígenas. Su límite constitucional. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXXI, febrero de 2010, p. 114.

<sup>6</sup> Amparo en revisión 1041/2019. Quejoso y recurrentes: Agustín Chino y Chino y otros, *op. cit.*, p. 57.

<sup>7</sup> *Idem*.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 58.

<sup>9</sup> *Ibidem*, p. 59.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 60.

<sup>11</sup> *Ibidem*, p. 61.

<sup>12</sup> *Ibidem*, p. 64.

<sup>13</sup> *Ibidem*, p. 67.

<sup>14</sup> *Idem*.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 68.

<sup>16</sup> *Ibidem*, pp. 68-69. Las cursivas son mías.

<sup>17</sup> *Ibidem*, pp. 69-70, 72-75.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 78.

<sup>19</sup> *Ibidem*, p. 79.

<sup>20</sup> *Ibidem*, pp. 79-80.

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 82.

<sup>22</sup> *Ibidem*, pp. 84-85.

<sup>23</sup> *Ibidem*, pp. 90-91

**LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONFORME CON LOS TRATADOS  
INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS HUMANOS**

**THE LIMITS OF INTERPRETATION IN ACCORDANCE WITH INTERNATIONAL HUMAN  
RIGHTS TREATIES**

Dr. Francisco Javier Ezquiaga Ganuzas\*

Fecha de recepción: 7 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 29 de marzo de 2022

**Resumen**

Tras la gran revolución que supuso la protección, garantía y defensa de los derechos humanos a través de las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos, asistimos en la actualidad en muchos países a un proceso de *renacionalización*, de vuelta al Derecho nacional como el principal garante de los derechos, con la justificación de garantizar la supremacía constitucional. En México ese proceso culminó con la Contradicción de tesis 293/2011 que dio preferencia a la Constitución frente a los tratados internacionales cuando en la primera existiera una restricción expresa al ejercicio de algún derecho.

En el trabajo ese criterio es sometido a crítica por inconsistente, se plantea la relación entre la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos en caso de contradicción, y se abordan los límites de la interpretación conforme y las circunstancias en las que el resultado del control de convencionalidad (y de constitucionalidad) debe ser la inaplicación del texto constitucional.

**Abstract**

After the great revolution that meant the protection, guarantee and defense of human rights through the constitutional clauses of opening to international human rights law, we are currently witnessing in many countries a process of renationalization, back to national law as the main guarantor of rights, with the justification of guaranteeing constitutional supremacy. In Mexico, this process culminated in *Contradicción de tesis* 293/2011, which gave preference to the Constitution over international treaties when the former contained an express restriction on the exercise of any right.

At work, is criticized this criterion for being inconsistent. The relationship between the Constitution and international treaties on human rights in case of

contradiction is raised, and finally the limits of the conforming interpretation are analyzed, and in what circumstances the control of conventionality (and that of constitutionality) should consist in the non-application of the constitutional text.

Palabras clave: Protección internacional de los Derechos, Interpretación de los Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Interpretación conforme.

Key words: International protection of Human Rights, Interpretation of Human Rights, Conventionality control, According interpretation.

\* Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU). Doctor en Derecho. Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad del País Vasco-Euskal Herriko Unibertsitatea. Director del Máster en Sociedad democrática, Estado y Derecho de la misma Universidad.

## I. Introducción

Parece fuera de toda duda que la calidad democrática de una Constitución y, por extensión, de un sistema político depende de una manera importante, no tanto de lo amplia que sea su declaración de derechos, sino de lo eficaces que sean los instrumentos para su protección y garantía. En definitiva, de la eficacia de la respuesta a las vulneraciones de los derechos y las libertades públicas y la restitución de su disfrute. En ese sentido, y tras las declaraciones y convenciones universales o regionales y la gran revolución que supuso su protección nacional a través de las Cortes supremas o constitucionales, desde la mitad del siglo pasado, y con mucha más intensidad en la actualidad, la garantía y defensa de los derechos ha adquirido una clara dimensión internacional a través, sobre todo, de las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos.

Gracias a ellas, puede constatararse la progresiva construcción de un *sistema* de derechos humanos, tanto universal como, sobre todo, regional, que, a pesar de sus imperfecciones y desequilibrios entre países, ha conseguido su mejor protección en la historia de la humanidad: tribunales internacionales (habría que citar aquí al Tribunal Europeo de Derechos Humanos y a la Corte Interamericana de Derechos Humanos) creados específicamente como garantes de los respectivos convenios o tratados, a los que cualquier ciudadano puede acudir (y no sólo los Estados como en el Derecho internacional clásico), y cuyas decisiones son obligatorias para los ellos.

Se trata de un sistema muy complejo, alimentado por fuentes variadas y multidireccionales: de las Constituciones y tribunales nacionales hacia las organizaciones

internacionales y sus Cortes, desde éstas hacia las judicaturas nacionales, de unos tribunales internacionales hacia los otros, y de los tribunales de unos países a los de otros. Complejidad que, con afortunada expresión, sólo puede afrontarse con un *diálogo jurisprudencial*, que PEGORARO sintetiza así:

“La doctrina ha señalado cómo la circulación de las soluciones jurídicas (y de los principios y las ideas) se produce hoy, en gran medida, por vía jurisprudencial, gracias sobre todo a las aportaciones de las Cortes constitucionales y de las Cortes internacionales y transnacionales. Por una parte, estas reciben, a través de los jueces de diverso origen geográfico y cultural, las aportaciones de las distintas doctrinas y culturas nacionales, unificándolas en el veredicto; de otra, las devuelven, por así decir, a los distintos ordenamientos nacionales a los cuales se aplican obligatoriamente o sobre los cuales tienen un fuerte efecto persuasivo. Las citas referidas al derecho de la Unión Europea o internacional o de los principios enunciados por la Corte Interamericana u otras en la jurisprudencia nacional a veces simboliza un referente cultural al igual que las referencias que se hallan sobre el derecho comparado en la jurisprudencia comunitaria o internacional”.<sup>1</sup>

El Tribunal Constitucional español ha expresado la misma idea señalando que las cláusulas constitucionales de interpretación conforme a los derechos humanos expresan “el reconocimiento de nuestra coincidencia con el ámbito de valores e intereses que dichos instrumentos protegen, así como nuestra voluntad como Nación de incorporarnos a un orden jurídico internacional que propugna la defensa y protección de los derechos humanos como base fundamental de la organización del Estado”.<sup>2</sup>

Sin embargo, y una vez que esa conexión internacional en materia de derechos humanos parecía irreversible, el reto en la actualidad en muchos países es hacer frente a un cierto proceso de *renacionalización*, de vuelta al Derecho nacional como el principal garante de los derechos. No era de sorprender que un cambio tan importante y una estructura tan compleja ocasionara dificultades y reticencias, fundamentalmente porque algunos conceptos y categorías tradicionales han resultado inadecuados para explicar estos nuevos fenómenos. Esa inadecuación se manifiesta en su grado máximo cuando surgen conflictos o choques entre la regulación constitucional y la establecida en los tratados internacionales sobre derechos humanos, o entre las Cortes constitucionales o supremas de cada país y los tribunales supranacionales garantes de esos tratados. Ello ha provocado frecuentes

resistencias en relación con el alcance de las cláusulas constitucionales de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos y su interpretación restrictiva, a pesar muchas veces de su tenor literal. Daré dos ejemplos.

En primer lugar, a pesar de que los términos de la cláusula de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos de la Constitución de Guatemala en su artículo 46 son bastante rotundos (“en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno”), la Corte de Constitucionalidad ha dejado clara la supremacía en todo caso de la Constitución y que los tratados sobre derechos humanos no son parámetro para establecer la constitucionalidad:

el hecho de que la Constitución haya establecido esa supremacía sobre el Derecho interno debe entenderse como su reconocimiento a la evolución que en materia de derechos humanos se ha dado y tiene que ir dando, pero su jerarquización es la de ingresar al ordenamiento jurídico con carácter de norma constitucional que concuerde con su conjunto, pero nunca con potestad reformadora y menos derogatoria de sus preceptos por la eventualidad de entrar en contradicción con normas de la propia Constitución [...]. El artículo 46 jerarquiza tales derechos humanos con rango superior a la legislación ordinaria o derivada, pero *no puede reconocérsele ninguna superioridad sobre la Constitución*, porque si tales derechos, en el caso de serlo, guardan armonía con la misma, entonces su ingreso al sistema normativo no tiene problema, pero *si entraren en contradicción con la Carta Magna, su efecto sería modificador o derogatorio, lo cual provocaría conflicto con las cláusulas de la misma que garantizan su rigidez y superioridad* y con la disposición que únicamente el poder constituyente o el referendo popular, según sea el caso, tienen facultad reformadora de la Constitución.<sup>3</sup>

En segundo lugar, también el Tribunal Constitucional español ha sucumbido a esa corriente *matizadora* del alcance de las cláusulas constitucionales que están siendo objeto de análisis. El artículo 10.2 de la Constitución española indica que “Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha reducido interpretativamente su potencialidad en diferentes aspectos, sobre todo relacionados con el valor de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en lo sucesivo TEDH): la cláusula no permite la incorporación de nuevos

derechos;<sup>4</sup> la jurisprudencia del TEDH no es directamente obligatoria para el Tribunal Constitucional, aunque supongan “crónicas de condenas anunciadas”;<sup>5</sup> el TEDH no es una instancia superior en relación al Tribunal Constitucional;<sup>6</sup> la doctrina del TEDH debe servir “como criterio interpretativo de los preceptos constitucionales tuteladores de los derechos fundamentales”, pero “ello no supone una traslación mimética del referido pronunciamiento que ignore las diferencias normativas existentes entre la Constitución Española y el Convenio Europeo de Derechos Humanos”;<sup>7</sup> o, por último, que no son criterios de constitucionalidad ni cánones autónomos de validez.<sup>8</sup>

## II. El caso mexicano: la postura *inconsistente* de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en lo sucesivo SCJN) resolvió la ya paradigmática Contradicción de Tesis 293/2011<sup>9</sup> puso de manifiesto dónde se sitúa el principal problema que surge en el Derecho mexicano tras la reforma de 2011 del artículo primero de la Constitución: una eventual contradicción entre un tratado internacional sobre derechos humanos ratificado por México (sobre todo si se trata de la Convención Americana de Derechos Humanos) y la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La siguiente Tesis que surgió de la Sentencia lo sintetiza muy bien:

**“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.**

El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que *las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha*

evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano”.<sup>10</sup>

A partir de lo señalado en esta Tesis puede apreciarse el criterio, me atrevería a denominar *inconsistente*<sup>11</sup> de la SCJN, afirmando, por un lado, que tras la reforma del artículo primero de la Constitución no habría diferencia jerárquica entre los derechos incluidos en la Constitución y en los Tratados internacionales, difuminándose por tanto la diferencia entre control de constitucionalidad y de convencionalidad, pero señalando a continuación, simultáneamente, que cuando existan restricciones constitucionales expresas al ejercicio de los derechos “se deberá estar a lo que indica la norma constitucional”, estableciendo entonces una jerarquía a favor de la supremacía de la Constitución frente al Tratado, y separando como dos operaciones diferentes los controles de constitucionalidad y convencionalidad. En definitiva, la SCJN afirma simultáneamente:

a) Que “las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”.

b) Y que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano”.

Desde mi punto de vista la postura de la mayoría de la Corte resulta muy poco satisfactoria al menos en dos aspectos.

En primer lugar, y a pesar de la tajante afirmación de que “las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos”, los acaba aplicando y, además, a favor de la restricción del disfrute de los derechos: los contemplados por la Constitución mexicana (al menos las restricciones a los mismos) se sitúan jerárquicamente por encima de una regulación menos restrictiva de los tratados internacionales sobre la materia. Esa conclusión, sin embargo, se alcanza aislando

inmotivadamente la última frase del primer párrafo del artículo 1º (“cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”). La decisión podía haber sido muy diferente procediendo a una interpretación sistemática de *todo* el artículo 1º, es decir a una interpretación del artículo 1º conforme al artículo 1º:

a) Cuando esa última frase menciona la “Constitución” debería haberse entendido que se refiere al resultado de la interpretación conjunta del texto constitucional y el del Tratado, ya que, en opinión de la propia SCJN, la norma *mexicana* reguladora de un derecho debe obtenerse de ambas fuentes.

b) Debe tomarse en cuenta que las *restricciones* al ejercicio de los derechos que menciona el primer párrafo del artículo primero pueden entenderse de dos modos: en sentido *estricto* (como hace la SCJN), incluyendo únicamente las restricciones expresas de la Constitución; y en sentido *amplio*, las que resulten de la interpretación sistemática o armónica de la Constitución y los Tratados internacionales sobre derechos humanos. Ante esa dualidad interpretativa el propio artículo primero obliga a optar por la que en mayor medida permita el disfrute y garantía de los derechos (“favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”, señala el inciso final del segundo párrafo del artículo primero). En este caso no cabe duda de que lo es la interpretación que menos restringe el derecho, por lo que debería haber sido la elegida en aplicación del propio artículo primero.<sup>12</sup>

En segundo lugar, no es fácilmente conciliable la postura de la SCJN en cuanto a que las restricciones constitucionales expresas a los derechos prevalecen frente a una regulación más amplia de un Tratado, con consideraciones como la siguiente:

“las fuentes normativas que dan lugar a los dos parámetros de control son las normas de derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte. Consecuentemente, ambos parámetros de control forman parte del mismo conjunto normativo y, por tanto, integran el aludido parámetro de control de regularidad, de modo que *hablar de constitucionalidad o convencionalidad implica hacer referencia al mismo parámetro de regularidad o validez*, aunque para efectos meramente didácticos pueda diferenciarse entre el origen de la norma empleada para desarrollar el estudio de validez respectivo”.<sup>13</sup>

No es congruente afirmar simultáneamente que no existe diferencia entre el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad, *salvo* que la Constitución mexicana contenga una restricción expresa a un derecho, en cuyo caso se transformarían en dos



operaciones distintas. En efecto, con este razonamiento sería perfectamente posible que, por ejemplo, una ley pudiera ser considerada convencional pero inconstitucional, si desconoce la restricción a un derecho establecida por la Constitución, o conforme con la Constitución, pero inconvencional si somete el ejercicio de un derecho a las restricciones fijadas expresamente por la Constitución mexicana pero no contempladas por el Tratado internacional.<sup>14</sup>

### **III. Los diferentes resultados de la confrontación entre Constitución y Tratados internacionales sobre derechos humanos.**

Como ya ha quedado indicado donde realmente surgen los problemas de aplicación del artículo primero de la Constitución mexicana, más concretamente acerca del alcance de su cláusula de interpretación conforme, es al confrontar la regulación de aquélla con la de los tratados internacionales, sobre todo, naturalmente, en caso de conflicto. La razón principal reside en que, si el conflicto se resuelve a favor de la Constitución, la *constitucionalización* de lo establecido en los tratados queda en la práctica sin efectos, pero si se resuelve a favor de los tratados internacionales se ponen en cuestión (a juicio de algunos), principios estructurales de nuestros ordenamientos jurídico-políticos como el de supremacía constitucional o el de soberanía nacional. Veamos cómo puede resolverse este conflicto relacionado con el control de convencionalidad de la Constitución mexicana.

El control de convencionalidad, de manera idéntica al de constitucionalidad, exige la previa interpretación de los textos confrontados, tanto del sometido a control como del que actúa como parámetro de control. Si de lo que se trata es de efectuar un control de convencionalidad de la Constitución, la confrontación exige la interpretación de ambos conjuntos de disposiciones: las constitucionales, para establecer la norma jurídica sometida a control, y las del tratado internacional, para determinar la norma jurídica que va a ser empleada como parámetro para el control. En definitiva, me parece importante tener presente que el control de convencionalidad de normas, sean constitucionales o de inferior rango (exactamente igual que el control de constitucionalidad de normas nacionales), requiere la interpretación de los textos comparados, por lo que el resultado (la conformidad o la inconformidad, sea la constitucionalidad o la inconstitucionalidad o la convencionalidad o inconvencionalidad) va a depender de aquélla y de la subjetividad inherente a la misma.

Aun partiendo de la obligada presunción de conformidad de la ley con la Constitución y los tratados, y de la de la propia Constitución con los tratados internacionales

sobre derechos humanos, los resultados posibles de la confrontación de la Constitución con los tratados son cuatro:

3.1. Las normas jurídicas resultado de la interpretación de las disposiciones constitucionales y convencionales son coincidentes.

Este caso, seguramente el más frecuente, es tal vez el menos interesante ya que al no plantear conflicto no implica problema. Sin embargo, creo que incluso en este caso es argumentativamente conveniente dejar constancia en la motivación de la sentencia de la coincidencia, incluyendo en la misma la referencia (coincidente) con lo establecido en el tratado internacional. Puede parecer un trabajo superfluo, meramente repetitivo, pero aumenta la persuasividad de la decisión por dos razones: por un lado, porque la reiteración de la norma en el plano nacional y en el internacional la justifica mejor; y por otro, porque queda constancia de que se ha acudido al tratado internacional para constatar que no ofrece una regulación más favorable que la nacional sino coincidente con la misma, en definitiva, que no se ha prescindido del instrumento internacional como impone el artículo primero constitucional.<sup>15</sup>

3.2. La interpretación que se hace de las disposiciones constitucionales es más favorable o garantista para el disfrute de los derechos que la del tratado internacional.

Tampoco en este caso se plantearían especiales problemas ya que el principio de más amplia protección en el disfrute de los derechos lleva a la aplicación de la norma constitucional frente a la convencional. Aunque por razones obvias la mayoría de las ocasiones fijemos nuestra atención en el supuesto de aplicación del tratado internacional contra lo establecido en la Constitución, la situación más frecuente y deseable es que, ante una diferente regulación, sea esta última la aplicable porque eso significará que en el plano nacional se otorga al derecho de que se trate una protección más amplia. En la lógica del Derecho internacional de los derechos humanos la regulación de los tratados es concebida como unos mínimos que todos los países signatarios se comprometen a respetar, pero el objetivo último debería ser que en el plano nacional esa protección mínima sea superada.

3.3. La interpretación dada a las disposiciones internacionales complementa la regulación constitucional, sin contradecirla.

En esta situación, aunque las regulaciones nacional e internacional no son coincidentes, en la medida en que no hay contradicción entre ambas y que la segunda complementa o completa lo establecido por la primera tampoco se da un verdadero conflicto. La

complementariedad puede estar referida al hecho de que, por ejemplo, el tratado aclara, define o completa lo que la Constitución indica en relación con un derecho. Usando de nuevo la distinción entre disposición normativa y norma jurídica este caso sería un supuesto evidente de construcción de la norma jurídica a partir de disposiciones normativas constitucionales y disposiciones normativas internacionales.

Desde esa perspectiva, las cláusulas de interpretación conforme estarían obligando a que la determinación de las normas jurídicas que regulan los derechos humanos se realice a partir de la interpretación combinada (o, si se quiere, “sistemática”) de los enunciados constitucionales sobre la materia, con los incluidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Y no sólo en los casos de duda gramatical, es decir, cuando la redacción que la Constitución da a un determinado derecho plantea dudas sobre su alcance o, en general, sobre su significado, sino en cualquier acto de aplicación de cualquier derecho.

En definitiva, un entendimiento como el que se propone implica un cambio de perspectiva sobre el modo de entender los derechos reconocidos constitucionalmente. La propuesta consistiría en que las cláusulas de interpretación conforme no sean tomadas como una simple pauta interpretativa que permita resolver las dudas o controversias de significado, sino como una verdadera ventana abierta a un sistema universal (o, en su caso, regional) de los derechos humanos tendente a propiciar su aplicación uniforme.

Creo, por tanto, que la interpretación “conforme” no es más (ni menos) que un deber para el juez de “construir” las *normas* sobre derechos humanos a partir de la interpretación conjunta de las *disposiciones* constitucionales e internacionales. Esta interpretación “adecuadora” no se justifica únicamente en la relación jerárquica formal entre la disposición interpretada y la norma a la que se adecúa su interpretación, sino que pueden ser normas formalmente equiordenadas (interpretación adecuadora horizontal) o incluso inferiores (interpretación adecuadora vertical ascendente), pero que son consideradas por el intérprete axiológicamente superiores.<sup>16</sup> Por ello, puede ser muy útil para entender que es posible la interpretación de las disposiciones constitucionales conforme con los tratados internacionales sin que ello implique una superioridad jerárquica formal de éstos.

De cualquier forma, creo que en la gran mayoría de las ocasiones las eventuales antinomias que puedan apreciarse entre las disposiciones constitucionales y las de los tratados podrán evitarse por medio de una interpretación sistemática, de una argumentación *a contrario* o por medio de esa interpretación adecuadora, eligiendo de entre los potenciales significados de ambos tipos de disposiciones las normas compatibles.<sup>17</sup>

En el supuesto extremo de que no puedan obtenerse normas compatibles de las disposiciones constitucional e internacional, el efecto no sería de invalidez, nulidad o derogación de la norma constitucional, sino que debería procederse a su *inaplicación* al caso, de manera idéntica a lo que sucede cuando se procede a ponderar los principios: deben aplicarse todos en el mayor grado posible, pero cuando uno prevalece y otro queda inaplicado o aplicado en menor medida es sólo para el caso concreto, sin que se resienta en absoluto su validez. Este planteamiento posee adicionalmente la ventaja de que, incluso cuando la aplicación preferente del tratado se debe a que contempla una excepción a la regulación constitucional, o una matización, ampliación o integración, la norma jurídica sobre derechos humanos se estará construyendo a partir de disposiciones tanto constitucionales como internacionales, y será en todo caso Derecho nacional.

3.4. La interpretación de las disposiciones constitucionales y del tratado pone de manifiesto una contradicción.

Naturalmente es en este caso cuando surgen los problemas de aplicación de las cláusulas constitucionales de internacionalización para la protección de los derechos humanos. Hasta el punto de que creo que no es exagerado afirmar que las diversas posiciones sobre su alcance y la forma de entenderlas están estrechamente condicionadas por cómo se resuelva la relación entre Constitución y tratados internacionales en caso de una regulación contradictoria.

Quizás la mayor dificultad para resolver el eventual conflicto tiene su origen en el hecho de que los tradicionales criterios para la solución de antinomias son inoperantes para este tipo de conflicto normativo. Veamos entonces cómo puede abordarse sin que la supremacía constitucional se vea alterada y sin que las cláusulas de apertura al Derecho internacional de los derechos humanos se conviertan en papel mojado, cediendo ante (las restricciones a los derechos de) la Constitución nacional.

El punto de partida debe ser de nuevo, a mi juicio, la presunción de conformidad, tanto de la ley con la Constitución y los tratados, como de la Constitución con estos últimos. Desde este planteamiento seguramente puede entenderse mejor que, por ello, la solución ante una contradicción entre ambos conjuntos normativos no puede ser en ningún caso la invalidez y nulidad ni de la Constitución, ni del tratado, ya que entre ellos no hay una relación de jerarquía estructural o formal.<sup>18</sup> Por consiguiente, la manera de resolver el conflicto normativo sería por medio de una *interpretación conforme mutua* o, dicho de otro modo, por medio de una *armonización*, muy similar a la ponderación como medio para solucionar los frecuentes conflictos entre principios o derechos. De alguna manera, el razonamiento sería

que si los tratados sobre derechos humanos son (parte de la) Constitución, no puede afirmarse (salvo como una licencia metafórica) que existan normas inconstitucionales dentro de la misma.<sup>19</sup>

Esa idea de armonización entre la Constitución y los tratados internacionales sobre derechos humanos o de “interpretación conforme mutua” conlleva importantes consecuencias:

1º Los tratados no pueden ser ignorados para la interpretación de las disposiciones constitucionales, pero tampoco la Constitución puede ser ignorada para la interpretación de las disposiciones de los tratados: deberían tomarse siempre en consideración el texto constitucional y los tratados internacionales sobre la materia con esa interdependencia mutua ya indicada.<sup>20</sup>

2º Incluso cuando el tratado internacional es empleado para integrar la regulación constitucional de un derecho, sería argumentativamente deseable que la conclusión normativa a la que se llegue fuera justificada no sólo a partir del tratado que la contempla, sino también interpretativamente a partir de alguna o algunas disposiciones constitucionales, dejando patente de ese modo en la motivación de la sentencia que la norma aplicada es resultado de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales con las disposiciones convencionales.

3º La interpretación “conforme” implica el deber de “construir” las normas sobre derechos humanos a partir de la interpretación conjunta de las disposiciones constitucionales e internacionales.

El artículo primero constitucional estaría imponiendo, por tanto, la toma en consideración en cada acto de aplicación de derechos humanos del texto constitucional y del de los tratados internacionales sobre la materia con esa interdependencia mutua ya indicada. Hasta el punto que, incluso cuando el tratado internacional es empleado para integrar la regulación constitucional de un derecho, sería argumentativamente deseable que la conclusión normativa a la que se llegue fuera justificada no sólo a partir del tratado que la contempla, sino también interpretativamente a partir de alguna o algunas disposiciones constitucionales, dejando patente de ese modo en la motivación de la sentencia que la norma aplicada es resultado de la interpretación sistemática de las disposiciones constitucionales con las disposiciones convencionales.

Con esta manera de actuar es difícil imaginar un derecho humano internacional que no pueda ser encuadrado, con mayor o menor esfuerzo argumentativo, en alguna de las

disposiciones constitucionales. Es por ello que se ha hablado de una dimensión “integradora” de las normas internacionales en relación con los derechos constitucionales.<sup>21</sup> Pero, como ya se indicó más arriba, caso de que surgiera un caso a juicio del órgano jurisdiccional, el efecto jamás podría ser declarar la invalidez o nulidad de alguno de los dos textos en conflicto, sino la inaplicación al caso de la regulación menos favorable para el disfrute del derecho, aunque ello implique que ceda la Constitución a favor del tratado internacional. Esta conclusión debe ser, desde luego, excepcional y escrupulosamente motivada justificando que se ha intentado la interpretación armónica de ambos textos.

#### **IV. Los límites entre la interpretación conforme y la inaplicación en el control de constitucionalidad y convencionalidad.**

En los sistemas judiciales en los que, en materia de derechos humanos, está establecido junto a la interpretación conforme con la Constitución y los tratados internacionales el control difuso de constitucionalidad, se plantea inevitablemente el problema de los límites entre la interpretación conforme y la inaplicación de la disposición sometida a control de constitucionalidad y/o convencionalidad. Dicho de otro modo, hasta dónde debe llegar el esfuerzo para buscar la conformidad y cuándo proceder justificadamente a la inaplicación de la disposición objeto de control. El problema se plantea ya que si se amplía el margen de la inaplicación o declaración de nulidad de la disposición no se estaría respetando la presunción de conformidad con la Constitución o con los tratados sobre derechos humanos del legislador, se provocarían vacíos normativos, y, como luego intentaré mostrar, se podría ocasionar, como un daño colateral, la pérdida de derechos no inconstitucionales o inconventionales. Por el contrario, si se amplía excesivamente el margen de la interpretación conforme se corre el riesgo de convertirse en un legislador positivo, invadiendo las competencias legislativas.

En definitiva, la interpretación conforme (sea con la Constitución o con los tratados sobre derechos humanos) es un instrumento ambivalente, ya que, por un lado, se justifica por el principio de respeto al legislador democrático y de conservación de las normas, pero, por otro, puede transformarse en una vía de legislación, si para mantener el texto sometido a control se le da un significado que excede los límites interpretativos. Por ello, una cuestión fundamental es establecer cuáles son los límites de la interpretación conforme y cuándo estaría justificada la inaplicación o la nulidad de la disposición sometida a control de constitucionalidad o convencionalidad.<sup>22</sup>

Han sido a veces propuestos límites, desde mi punto de vista poco útiles, como los fijados por el Tribunal Constitucional alemán de que la interpretación conforme tendría su límite "allí donde entra en contradicción con el texto de la norma y la voluntad del legislador claramente reconocida",<sup>23</sup> o reiterando la misma idea:

El principio del respeto al poder legislativo obliga a que, dentro de los límites de la constitución, siempre se considere lo que el legislador quiso. Este principio exige una interpretación conforme con la Constitución de la norma, siempre y cuando sea posible con el texto de la ley y el objetivo principal del legislador esté garantizado.<sup>24</sup>

La referencia a la voluntad del legislador como límite para la interpretación conforme, en primer lugar, plantea como es conocido grandes problemas para su determinación. Por un lado, porque se cuestiona incluso la existencia de la misma, al proceder la gran mayoría de los documentos normativos de órganos legislativos colegiados,<sup>25</sup> y, por otro, porque muchas veces el propio sistema propicia significados diferentes al que se corresponda con la intención legislativa, como cuando, por ejemplo, las normas que regulan la interpretación remiten a la interpretación evolutiva o a la realidad social (como el art. 3.1 del Código civil español).

En segundo lugar, y en cuanto al texto como límite para la interpretación conforme, la teoría contemporánea de la interpretación nos ha mostrado, aunque no deje de ser una cuestión controvertida, que no puede hablarse de un sentido propio del lenguaje que pudiera tomarse como referencia para calificar el significado propuesto como *secundum* o *contra legem*. A pesar de ello, es una terminología frecuentemente empleada pero que parte de designar uno de los significados posibles como *lex*, con una finalidad claramente persuasiva, en relación con el cual se juzgan los demás. No se olvide, sin embargo, de un lado, que siempre se tratará de comparar interpretaciones, significados, y no textos con un sentido intrínseco,<sup>26</sup> y, de otro, que la interpretación conforme requiere, no sólo la interpretación de la ley sometida a control de constitucionalidad (o, eventualmente, de convencionalidad), sino también la de la Constitución (o, en general, del parámetro de conformidad). Al abordar el problema de los límites de la interpretación conforme siempre se pone el foco en la ley, pero la conformidad dependerá, en igual medida, de cómo se interprete la Constitución, cuyo significado (en mayor medida aún, quizás, que la ley por su redacción más general y principal) dista mucho de ser unívoco.

Esa es la razón por la que he mantenido que, en caso de conflicto entre la Constitución y un tratado internacional sobre derechos humanos, la solución es la interpretación armónica de ambos textos: porque el resultado va a depender de la interpretación de ambos textos. En principio, es completamente rechazable una

interpretación de la Constitución conforme a la ley, porque atentaría contra el principio de supremacía constitucional, pero en la práctica de la aplicación judicial del Derecho a lo único que conduciría es a que esa interpretación no podrá ser expresada en la motivación de la decisión. Las decisiones judiciales muestran que, con una cierta frecuencia y sin reconocerlo expresamente, se otorga a la Constitución el significado necesario para justificar la inconstitucionalidad de la ley sometida a control. Cuando se trata de confrontar el texto constitucional con el de un tratado internacional las cosas son más simples ya que ambos documentos normativos no están relacionados en términos de jerarquía, por lo que sería legítima y trasladable a la decisión esa interpretación armónica o interdependiente entre ambos textos con el objeto de lograr su conformidad.

No es sencillo, como se ha visto, establecer pautas generales acerca de los límites de la interpretación conforme, pero me atreveré a apuntar ciertos criterios con algunas advertencias previas:

1. Los criterios que se expondrán a continuación *no son reglas generales* acerca de cuándo proceder a la interpretación conforme y cuándo decidir la inaplicación.

2. Son simplemente argumentos o razones que pueden ser útiles o tenidos en cuenta para *justificar* la interpretación conforme o la inaplicación.

3. Puede haber muchas excepciones a estos criterios.

4. Hay que tener en cuenta que la inaplicación incluye como requisito la interpretación conforme: su excepcionalidad y la presunción de constitucionalidad/convencionalidad obligan a que la inaplicación vaya siempre precedida del intento de una interpretación conforme.

5. La interpretación conforme (la sentencia interpretativa) implica también la inaplicación (o la invalidez) de normas jurídicas (alguno de los significados posibles de la disposición normativa controlada).

6. La inaplicación de la disposición normativa controlada se justifica precisamente porque en todos sus significados es inconstitucional/inconvencional.

Hechas estas salvedades, algunas pautas para justificar quedarse en la interpretación conforme de las disposiciones sometidas a control o proceder a su inaplicación al caso podrían ser las siguientes.



1. **Tomar en cuenta la causa de la inconstitucionalidad/inconvencionalidad:** si lo que la provoca es el silencio acerca de un caso que debería estar incluido, lo adecuado sería realizar una interpretación conforme que incluya el caso que origina la inconstitucionalidad/inconvencionalidad; pero si la causa es el propio texto de la disposición (o alguna parte de la misma) debería procederse a su inaplicación.
2. **Tomar en cuenta si el silencio acerca de un supuesto es una laguna jurídica:** si se trata de una verdadera laguna jurídica, es decir, un supuesto que debería estar regulado sin estarlo, la mejor solución debería ser una interpretación conforme incluyendo el caso cuya no previsión provoca la inconstitucionalidad/inconvencionalidad; si no es una laguna jurídica, sino una decisión legislativa consciente de exclusión de ese concreto supuesto de la regulación, debería decidirse su inaplicación.
3. **Tomar en cuenta el grado de afectación a la intención legislativa:** si la interpretación conforme necesaria para lograr la constitucionalidad/convencionalidad implica una afectación alta a la intención legislativa habría que optar por la inaplicación; si por el contrario la interpretación conforme necesaria para lograr la constitucionalidad/convencionalidad implica una afectación baja a la intención legislativa cabría interpretación conforme.
4. **Tomar en cuenta el grado de separación del significado *prima facie* de la disposición:** si la interpretación conforme necesaria para lograr la constitucionalidad/convencionalidad implica una moderada separación del significado *prima facie* del texto (no se aparta en un grado importante de su campo semántico) la interpretación conforme puede ser el mejor instrumento; pero si la interpretación conforme necesaria para lograr la constitucionalidad/convencionalidad implica una separación importante del significado *prima facie* del texto (se aparta en un grado importante o sale fuera de su campo semántico) debería optarse por la inaplicación.
5. **Tomar en cuenta si la inconstitucionalidad/inconvencionalidad tiene su causa en un problema de igualdad o no discriminación:** si la causa de la inconstitucionalidad/inconvencionalidad está en el trato desigual o discriminatorio para un caso no regulado, puede ser adecuada una interpretación conforme incluyendo el caso discriminado; si la inconstitucionalidad/inconvencionalidad tiene otras causas diferentes al trato desigual o discriminatorio de un caso posiblemente haya buenas razones para la inaplicación.<sup>27</sup>

**6. La interpretación conforme debe ser en todo caso un instrumento para lograr el mayor disfrute y protección de los derechos:** nunca convertirse en un medio, una excusa o justificación para su restricción.<sup>28</sup>

## V. Conclusiones.

He intentado mostrar que, no sólo la propia Constitución mexicana debería ser interpretada conforme con los tratados, sino que esa conexión internacional debería efectuarse siempre que se aplican derechos humanos (al menos como una obligación de resultado) y no únicamente cuando se plantean dudas acerca del alcance de la regulación constitucional.

Como se ha visto, quizás el principal problema se plantea en cuanto a la aplicación de la cláusula de interpretación conforme con los derechos humanos para la interpretación de la propia Constitución. En la mayoría de ocasiones, esa relación entre Constitución y tratados será de complementariedad o de mayor protección constitucional, pero también pueden chocar regulaciones incompatibles, y es entonces cuando las cláusulas son cuestionadas invocando la soberanía nacional y la supremacía constitucional. Sin embargo, gran parte de esos conflictos entre la Constitución y los Tratados podrá evitarse (o resolverse) por medio de una interpretación armonizadora. La regla que imponen las cláusulas de interpretación conforme es que las *normas* sobre derechos humanos se obtengan a partir de las *disposiciones* constitucionales y las de los tratados internacionales. Por ello, aplicar los tratados internacionales sobre derechos humanos es aplicar el Derecho nacional, y puede afirmarse que los principales órganos jurisdiccionales garantes de los derechos humanos, incluso de los incluidos en los tratados internacionales, son los jueces nacionales. Y cuando no sea posible, el efecto será el de la inaplicación de la norma menos garantista (sea la constitucional o la internacional), nunca su invalidez.

El último problema abordado ha sido el de los límites de la interpretación conforme, hasta dónde debe intentarse la compatibilidad con la Constitución o los tratados, y cuándo decidir la inaplicación o invalidez de la disposición sometida a control de legalidad, constitucionalidad o convencionalidad.

En última instancia, he pretendido justificar que una adecuada comprensión de las cláusulas constitucionales de interpretación conforme a los tratados internacionales sobre derechos humanos requiere una argumentación interpretativa diferente, con el manejo permanente de las fuentes nacionales e internacionales para la construcción de la norma reguladora del derecho de que se trate. Ello requiere un uso distinto de los argumentos interpretativos, y tomar en cuenta el conjunto plural de directivas que han sido destacadas.

## VI. Bibliografía.

- CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pág. 151.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, Morelia, 2010.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2012.
- FERNÁNDEZ, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, n° 3.
- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, “Algunas reflexiones sobre el uso de la interpretación conforme”, disponible en [https://www.academia.edu/31494639/Algunas\\_reflexiones\\_sobre\\_el\\_uso\\_de\\_la\\_interpretaci%C3%B3n\\_conforme](https://www.academia.edu/31494639/Algunas_reflexiones_sobre_el_uso_de_la_interpretaci%C3%B3n_conforme).
- GONZÁLEZ RUIZ, Samuel, “Derechos humanos y supremacía constitucional”, en *Foro Jurídico*, n° 105, 2012.
- GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999.
- GUASTINI, Riccardo, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milán, 2004.
- GUASTINI, Riccardo, *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán, 2011.
- GUZMÁN GODÍNEZ, Amada Victoria, *La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en relación con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2013.
- LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Reus, Madrid, 2010.
- PEGORARO, Lucio, “Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso HERRERA GARCÍA (coordinadores), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Corte Interamericana de Derechos Humanos/UNAM, México D.F., 2013.

- ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo, “La jerarquía normativa en Guatemala del Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”, en *Opus Magna Constitucional*, tomo II, 2011.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos”, en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Porrúa/UNAM, México D.F., 2012.
- SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Bahamonde (directores), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer/Boletín Oficial del Estado/Tribunal Constitucional/Ministerio de Justicia, Madrid, 2018.
- SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo, “Los límites a la ‘interpretación conforme’: la reforma del art. 10.2 CE”, en <https://www.acoes.es/wp-content/uploads/sites/2018/04/Sánchez-Molina>.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1985.

---

<sup>1</sup> PEGORARO, Lucio, “Trasplantes, injertos, diálogos. Jurisprudencia y doctrina frente a los retos del Derecho comparado”, en Eduardo FERRER MAC-GREGOR y Alfonso HERRERA GARCÍA (coordinadores), *Diálogo jurisprudencial en derechos humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, Tirant lo Blanch/Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional/Corte Interamericana de Derechos Humanos/UNAM, México, 2013, p. 61.

<sup>2</sup> STC 91/2000, de 30 de marzo, fundamento jurídico (en adelante f.j.) 7. Posteriormente ha reiterado la misma idea en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, f.j. 3; en la STC 12/2018, de 29 de enero, f.j. 2; y en la STC 31/2018, de 10 de abril, f.j. 4.

<sup>3</sup> Gaceta No. 18, expediente No. 280-90, página No. 99, sentencia de la CC: 19-10-90 (Caso Ríos Montt) [La cursiva es añadida]. En el mismo sentido se expresó en el expediente No. 131-95 (sentencia de la CC: 12-03-97. Gaceta No 43, página 47): “los tratados y convenios internacionales [...] no son parámetro para establecer la constitucionalidad de una ley o una norma, pues si bien es cierto el artículo 46 de la Constitución le otorga preeminencia a esos cuerpos normativos sobre el derecho interno, lo único que hace es establecer que en la eventualidad de que una norma ordinaria de ese orden entre en conflicto con una o varias normas contenidas en un tratado o convención internacional prevalecerían estas últimas; pero ello no significa, como se dijo, que las mismas puedan utilizarse como parámetro de constitucionalidad”. Sobre el debate en Guatemala acerca de la interpretación del art. 46 de la Constitución véase ROHRMOSER VALDEAVELLANO, Rodolfo, “La jerarquía normativa en Guatemala del Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional”, en *Opus Magna Constitucional*, tomo II, 2011, págs. 87-89; y GUZMÁN GODÍNEZ, Amada Victoria, *La jurisprudencia de la Corte de Constitucionalidad en relación con la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos*, Universidad Rafael Landívar, Guatemala, 2013, p. 29 y ss.

<sup>4</sup> Es esta una cuestión que ha sido muy debatida en el seno del Tribunal. Aunque en sentencias anteriores (por ejemplo, en la STC 119/2001, de 24 de mayo y STC 16 /2004, de 23 de febrero) y posteriores (por ejemplo, STC 11/2016, de 1 de febrero) ha surgido la polémica, es paradigmática la STC 150/2011, de 29 de septiembre, en la que la mayoría del Tribunal, siguiendo el criterio interpretativo del art. 8.1 de la Convención Europea de Derechos Humanos establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que de los arts. 18.1 (derecho a la intimidad personal y familiar) y 18.2 de la Constitución española (inviolabilidad del domicilio) se derivaba un derecho “al silencio” o “frente al ruido”. El Magdo. Aragón Reyes discrepa radicalmente en un voto particular de esa posición:

“el art. 10.2 CE no permite incorporar nuevos derechos fundamentales y libertades públicas en la Constitución, ni alterar la naturaleza de los reconocidos expresamente en la misma ampliando

---

artificialmente su contenido o alcance. [...] En suma, en España no existen otros derechos fundamentales que los expresamente garantizados por nuestra Constitución (a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos donde, por contener la propia Constitución una cláusula general de apertura a otros posibles «derechos de la persona» además de los constitucionalmente concretados, aquellos derechos pueden ser incorporados por decisiones jurisprudenciales)”.

Para conocer el debate acerca de los derechos sobre los que se proyecta el art. 10.2 de la Constitución española véase SAIZ ARNAIZ, Alejandro, “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y María Emilia Casas Bahamonde (directores), *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*, Fundación Wolters Kluwer/Boletín Oficial del Estado/Tribunal Constitucional/Ministerio de Justicia, Madrid, 2018, págs. 232-234.

<sup>5</sup> La expresión es de SAIZ ARNAIZ, Alejandro (“Artículo 10.2”, cit., pág. 238), quien señala como ejemplos la STC 177/2015, de 22 de julio, desconociendo el criterio establecido en la STEDH *Stern Taulats y Roure Capellera v. España*; la STC 205/2013, de 5 de diciembre, en relación a la STEDH *Atutxa Mendiola y otros v. España*; o la STC 186/2013, de 4 de noviembre, al apartarse de la STEDH *G.V.A. v. España*.

<sup>6</sup> Ha dicho al respecto el Tribunal Constitucional, por ejemplo en la STC 245/1991, de 16 de diciembre, f.j. 2º: “el Convenio ni ha introducido en el orden jurídico interno una instancia superior supranacional en el sentido técnico del término, de revisión o de control directo de las decisiones judiciales o administrativas internas, ni tampoco impone a los Estados miembros unas medidas procesales concretas de carácter anulatorio o rescisorio para asegurar la reparación de la violación del Convenio declarada por el Tribunal”.

<sup>7</sup> STC 119/2001, de 24 de mayo, f.j. 6.

<sup>8</sup> STC 64/1991, de 22 de marzo, f.j. 4: “La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional”.

<sup>9</sup> Contradicción de tesis entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, al resolver, respectivamente, el amparo directo 1060/2008 y los amparos directos 344/2008 y 623/2008”, resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 3 de septiembre de 2013 y publicada el 25 de abril de 2014. Pleno, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, T. I, p. 96 [Cursiva añadida].

<sup>10</sup> Registro No 2006224. Localización: Décima Época. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis P./J. 20/2014 (10a), p. 202 [Cursiva añadida].

<sup>11</sup> A mi juicio la postura de la SCJN expresada en esta decisión no sólo puede calificarse de *inconsistente*, puesto que sostiene opiniones contradictorias, sino que adolece de una casi inexistente justificación posiblemente por la dificultad para lograr la mayoría. Así se desprende, con una infrecuente transparencia, en el “Voto aclaratorio y concurrente” formulado por el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea:

“(…) la mayoría de mis compañeros se pronunciaron a favor del criterio de que cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se debería estar a lo que indica el texto constitucional.

En este escenario, entendí que era necesario hacer un esfuerzo por acercar mi posición a la de mis compañeros Ministros, con la intención de llegar a un punto de encuentro que nos con diera a establecer un criterio que consolidara la vigencia de un catálogo constitucional de derechos como parámetro de control de la regularidad de todas las leyes y actos jurídicos, y a la vez brindara certeza a los operadores jurídicos. Por esa razón, tomé la decisión de modificar el proyecto, pero sin desvirtuar el sentido de la propuesta original.

En esta línea, la nueva propuesta consistió en mantener el reconocimiento del rango constitucional de los derechos humanos, independientemente de que su fuente de reconocimiento fuera un tratado internacional, al tiempo que se introdujo una cláusula que establece que “cuando en la Constitución hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica el texto constitucional”. *Por lo demás, con la finalidad de evitar desacuerdos adicionales, no se incorporó ninguna justificación o explicación de dicha cláusula, de tal manera que los cambios al proyecto fueron en realidad mínimos*” [Cursiva añadida].

<sup>12</sup> En la decisión de la SCJN que está siendo comentada, se indica con rotundidad:

---

“Como expresamente se estableció en el artículo 1o. constitucional, en México todas las personas son titulares tanto de los derechos humanos reconocidos en la Constitución como de los previstos en los tratados internacionales que sean ratificados por el Estado Mexicano, lo que significa que, *con motivo de la reforma constitucional, los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales se han integrado expresamente a nuestro ordenamiento jurídico interno, para ampliar el catálogo constitucional de derechos humanos*, en el entendido de que, derivado de la parte final del primer párrafo del propio artículo 1o. constitucional, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional” [Considerando cuarto, I.3.A), cursiva añadida].

¿Tiene coherencia que la SCJN admita que los tratados pueden ampliar derechos (en número o en contenido), pero no ampliarlos por medio de la eliminación de restricciones a su ejercicio?

<sup>13</sup> Considerando cuarto, I.3.C). La cursiva está añadida.

<sup>14</sup> Posteriormente a la Contradicción de tesis 293/2011 la SCJN ha ido completando o matizando su postura, pero siempre en la línea de hacer prevalecer las restricciones constitucionales a los derechos frente a los tratados internacionales. En la siguiente tesis aislada se traslada su postura a la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

**SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES.**

La jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por éste, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unimoda y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, *para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.)* [Tesis P. XVI/2015 (10ª.), Registro n° 2010000, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, libro 22, septiembre de 2015, tomo I, p. 237. [Cursiva añadida].

<sup>15</sup> Analizando la práctica de los tribunales que cuentan en sus Constituciones con cláusulas similares al artículo primero (como, por ejemplo, el Tribunal Constitucional español en cuanto al artículo 10.2 de la Constitución de ese país) se encuentran todo tipo de usos explícitos de las mismas, sin que sea fácil adivinar si existe un criterio que permita adivinar cuándo y por qué se invoca la interpretación conforme con los tratados internacionales incluso sólo como confirmación de lo ya establecido en el plano nacional. SAIZ ARNAIZ, Alejandro (“La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos”, en Alejandro Saiz Arnaiz y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, *Control de convencionalidad, interpretación conforme y diálogo jurisprudencial*, Porrúa, UNAM, México, 2012, p. 487) señala los siguientes (referidos al Tribunal Constitucional español pero creo que directamente aplicables a la SCJN): “la particular complejidad del caso a sentenciar; la falta de precedentes en la jurisprudencia constitucional y la existencia de los mismos en las decisiones de los órganos de garantía previstos en los tratados; el incremento de la persuasividad de la sentencia; el no reconocimiento como tal en la Constitución de un derecho (léase facultad, garantía, posición jurídica) presente en aquellos acuerdos internacionales; el hecho de que alguna de las partes implicadas en el proceso se haya referido en sus alegaciones a las fuentes iusinternacionales, y, sin ánimo de agotar las posibilidades, la constatación de la coincidencia de la propia doctrina con la de otros Tribunales u órganos internacionales de tutela de los derechos”.

<sup>16</sup> CHIASSONI, Pierluigi, *Técnicas de interpretación jurídica. Breviario para juristas*, Marcial Pons, Madrid, 2011, p. 151.

<sup>17</sup> EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *Conflictos normativos e interpretación jurídica*, Tribunal Electoral del Estado de Michoacán, Morelia, 2010.

<sup>18</sup> Las jerarquías normativas no son de un único tipo. Siguiendo a GUASTINI pueden identificarse, al menos, tres tipos de superioridad normativa (GUASTINI, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1999; ID., *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, Milán, 2004, p. 173-174; e ID., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milán, 2011, p. 165-167:

1. *Jerarquía (o superioridad) material o sustancial*: las dos normas tienen una relación de este tipo si hay una tercera norma jurídica que establece la invalidez de una de ellas si entra en conflicto con la otra (por ejemplo, es la relación que se establece entre ley y Constitución).
2. *Jerarquía (o superioridad) estructural o formal*: es la que se da, independientemente del contenido, entre las normas que regulan la producción de otras normas y las normas producidas (por ejemplo, entre ley de delegación y el decreto legislativo delegado).
3. *Jerarquía (o superioridad) lógica o lingüística*: una norma se refiere a otra (por ejemplo, una disposición derogatoria y la derogada).
4. *Jerarquía (o superioridad) axiológica*: cuando una de las normas es considerada más importante, prevalente, preferible que la otra (por ejemplo, entre los principios y las demás normas): “la relación de preferencia depende de una valoración comparativa sustancial de la importancia de las normas mismas: con base en una jerarquía axiológica, una norma prevalece sobre otra si es considerada mayoritariamente adecuada a los valores, a los principios, a las doctrinas ético-políticas que inspiran el sistema jurídico, o uno de sus subsistemas” (PINO, Giorgio, “Norme e gerarchie normative”, en *Analisi e Diritto*, 2008, p. 288).

Pues bien, a partir de esa clasificación puede afirmarse que desde un punto de vista tanto estructural como lógico, la Constitución es sin duda superior jerárquicamente a los tratados ya que es aquélla la que se remite a los tratados en el tipo de cláusulas que estamos analizando (GONZÁLEZ RUIZ, Samuel, “Derechos humanos y supremacía constitucional”, en *Foro Jurídico*, n° 105, 2012, p. 52 y ss.). Pero desde un punto de vista axiológico los tratados son superiores jerárquicamente a la Constitución por su autovinculación a los mismos como consecuencia de una opción ético-política, muy similar al que se produce en el control de constitucionalidad atribuido a un órgano jurisdiccional. En última instancia, todos los tipos de jerarquía normativa reposan sobre valoraciones, pero la peculiaridad de la axiológica es que el efecto sobre la norma “inferior” no es necesariamente de invalidez o de nulidad, sino que se manifiesta como un problema de aplicabilidad: se aplica la considerada más importante, inaplicándose la otra. La importancia de la inclusión en las Constituciones contemporáneas de cláusulas interpretativas de los derechos humanos es que la preferencia por una de las normas en conflicto no queda al juicio valorativo del intérprete, sino que está establecida normativamente y al máximo nivel.

<sup>19</sup> Un caso del Tribunal Constitucional español puede ilustrarlo (tomo el ejemplo de SAIZ ARNAIZ, Alejandro “La interpretación de los derechos fundamentales de conformidad con el Derecho Internacional de los derechos humanos”, cit., p. 489). El Convenio Europeo de Derechos Humanos contempla en su artículo 8.1 el derecho a la vida privada familiar, que no está recogido por la Constitución española, la cual únicamente hace referencia a la intimidad familiar. El Tribunal resolvió la cuestión con el siguiente razonamiento:

“frente a lo aducido por la Sala en su Auto de planteamiento, en el que se alega la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el denominado «derecho a la vida familiar» [art. 8.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, en la misma línea, art. 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea en relación con el art. 6 del Tratado de la Unión Europea], la pena de alejamiento no incide en el contenido del derecho a la intimidad familiar (art. 18.1 CE). Según hemos precisado en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, este último precepto citado «regula la intimidad familiar como una dimensión adicional de la intimidad personal, y así lo ha reconocido nuestra jurisprudencia. Hemos entendido, en efecto, que el derecho a la intimidad personal del art. 18 CE implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario —según las pautas de nuestra cultura— para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988, de 2 de diciembre, FJ 3). Y precisado que el derecho a la intimidad “se extiende no sólo a los aspectos de la vida propia personal, sino también a determinados aspectos de otras personas con las que se guarda una personal y estrecha vinculación familiar, aspectos que, por esa relación o vínculo familiar, inciden en la propia esfera de la personalidad del individuo que los derechos del artículo 18 CE protegen. “No cabe duda que ciertos eventos que pueden ocurrir a padres, cónyuges o hijos tienen, normalmente y dentro de las pautas culturales de nuestra sociedad, tal trascendencia para el individuo, que su indebida publicidad o difusión incide directamente en la propia esfera de su personalidad. Por lo que existe al respecto un derecho —propio y no ajeno— a la intimidad, constitucionalmente protegido” (STC 231/1988)” (STC 197/1991, de 17 de octubre, FJ 3). En suma, el derecho reconocido en el art. 18.1 CE atribuye a su titular el poder de resguardar ese ámbito reservado por el individuo para sí y su familia de una publicidad no querida (STC 134/1999, de 15 de julio, FJ 5; STC 115/2000, de 5 de mayo, FJ 4)» (FJ 11).

La imposición de la pena de alejamiento afecta, pues, al libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE) pero no a la intimidad familiar, porque lo que el derecho reconocido en el art. 18.1 CE protege «es la intimidad misma, no las acciones privadas e íntimas de los hombres» (STC 89/1987, de 3 de junio, FJ 2), y ello por más que en ocasiones estas dos posiciones jurídicas, la libertad para actuar en un determinado sentido y el derecho a resguardar ese ámbito vital de la acción y el conocimiento de los demás, puedan aparecer solapadas en caso de que una misma injerencia procedente del Estado o de terceros suponga una intromisión en el espacio protegido por ambas (así, en el asunto resuelto por la STC 151/1997, de 29 de septiembre).

---

Por lo demás, la distancia entre la doctrina expuesta y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el art. 8.1 CEDH, que, tal y como afirma la Sala en el Auto de cuestionamiento, ha deducido de este precepto un «derecho a la vida familiar», debe relativizarse en gran medida. En efecto, en la STC 236/2007, de 7 de noviembre, hemos señalado que «nuestra Constitución no reconoce un “derecho a la vida familiar” en los mismos términos en que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado el art. 8.1 CEDH» (FJ 11). Sin embargo, según se ha advertido ello en modo alguno supone que el espacio vital protegido por ese «derecho a la vida familiar» derivado de los arts. 8.1 CEDH y 7 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea, y, en lo que aquí importa, la configuración autónoma de las relaciones afectivas, familiares y de convivencia, carezca de protección dentro de nuestro ordenamiento constitucional” (STC 60/2010, de 7 de octubre, fundamento jurídico 8, *Boletín Oficial del Estado* núm. 262, de 29 de octubre de 2010).

<sup>20</sup> El Tribunal Constitucional español lo expresa de este modo:

“La interpretación a que alude el citado art. 10.2 del texto constitucional no convierte a tales tratados y acuerdos internacionales en canon autónomo de validez de las normas y actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Si así fuera, sobraría la proclamación constitucional de tales derechos, bastando con que el constituyente hubiera efectuado una remisión a las Declaraciones internacionales de derechos humanos o, en general, a los tratados que suscriba al Estado español sobre derechos fundamentales y libertades públicas. Por el contrario, realizada la mencionada proclamación, no puede haber duda de que la validez de las disposiciones y actos impugnados en amparo debe medirse sólo por referencia a los preceptos constitucionales que reconocen los derechos y libertades susceptibles de protección en esta clase de litigios, siendo los textos y acuerdos internacionales del art. 10.2 una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos cuya tutela se pide a este Tribunal Constitucional” (STC 64/1991, de 22 de marzo, fundamento jurídico 4 (*Boletín Oficial del Estado* núm. 98, de 24 de abril de 1991)).

Para esta cuestión es interesante la consulta de LEÓN BASTOS, Carolina, *La interpretación de los derechos fundamentales según los tratados internacionales sobre derechos humanos*, Reus, Madrid, 2010, p. 134.

<sup>21</sup> STC 181/1994, de 20 de junio, fundamento jurídico 2 (*Boletín Oficial del Estado* núm., 177, de 26 julio de 1994):

“la indefensión, que se concibe constitucionalmente como una negación de tal garantía y para cuya prevención se configuran los demás derechos instrumentales contenidos en el art. 24 CE, ha de ser algo real, efectivo y actual, nunca potencial o abstracto, por colocar a su víctima en una situación concreta que le produzca un perjuicio, sin que le sea equiparable cualquier expectativa de un peligro o riesgo. Por ello hemos hablado siempre de una indefensión “material” y no formal para la cual resulta necesaria pero no suficiente la mera transgresión de los requisitos configurados como garantía, siendo inexcusable la falta de ésta, cuando se produce de hecho y como consecuencia de aquélla. No basta, pues, la existencia de un defecto procesal si no conlleva la privación o limitación, menoscabo o negación, del derecho a la defensa en un proceso público con todas las garantías “en relación con algún interés” de quien lo invoca (STC 90/1988). En tal aspecto es razonable que el derecho a “ser asistido gratuitamente por un intérprete” haya de ser incluido sin violencia conceptual alguna en el perímetro de este derecho fundamental, aun cuando la norma constitucional no lo invoque por su nombre. Al efecto cobran su auténtica *dimensión no sólo esclarecedora sino integradora los tratados y acuerdos internacionales* sobre la materia, a cuya luz han de interpretarse las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades (art. 10 CE). Pues bien, aquel derecho está reconocido tal cual por el CEDH [art. 6.3º e)] y por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [art. 14.3º f)], ambos ratificados por el Reino de España en 1977 y 1979, en orden inverso. El enunciado abstracto con el cual comienzan ambos preceptos coincidentes a la letra es completado, sin embargo por un condicionamiento que enlaza directa e inmediatamente con la dimensión “material” de la indefensión, más arriba perfilada. Efectivamente, la exigencia de intérprete se da cuando el acusado “no comprenda o no hable el idioma empleado en el Tribunal” o “en la audiencia”. No hay alusión alguna a la nacionalidad, como dato jurídico, o al origen, como dato geográfico, sino a una circunstancia real, la posibilidad de comprender cuanto se dice en el juicio y aun la simétrica de expresar cuanto ha de ser dicho por el reo para defenderse de las acusaciones contra él vertidas” [la cursiva está añadida].

<sup>22</sup> FERNÁNDEZ, José Ángel, “La interpretación conforme con la Constitución en los límites del mandato de certeza”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, nº 3, p. 653-654.

<sup>23</sup> BVerfGE 110, 226 (267). Uso la traducción de GONZÁLEZ DE LA VEGA, Geraldina, “Algunas reflexiones sobre el uso de la interpretación conforme”, disponible en [[https://www.academia.edu/31494639/Algunas\\_reflexiones\\_sobre\\_el\\_uso\\_de\\_la\\_interpretaci%C3%B3n\\_conforme](https://www.academia.edu/31494639/Algunas_reflexiones_sobre_el_uso_de_la_interpretaci%C3%B3n_conforme)], p. 17.

<sup>24</sup> BVerfGE 49, 148 [157]; 54, 277 [300]. *Ibidem*, p. 6.



---

<sup>25</sup> Acerca de ese debate puede consultarse el tratamiento del argumento psicológico en las siguientes obras: EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del Derecho*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006, p. 190-198; ID., *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2006, p. 153-157; e ID., *La motivación de las decisiones interpretativas electorales*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México D.F., 2012, p. 275-279.

<sup>26</sup> Véase sobre esta cuestión WRÓBLEWSKI, Jerzy, *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, trad. de Arantxa Azurza, Civitas, Madrid, 1985, p. 32 y 89.

<sup>27</sup> En relación con este último punto, la Suprema Corte de Justicia de México ha establecido, en contra de lo que he mantenido, que no cabe la interpretación conforme en relación con las normas discriminatorias:

**NORMAS DISCRIMINATORIAS. NO ADMITEN INTERPRETACIÓN CONFORME Y EXISTE OBLIGACIÓN DE REPARAR.** *Cuando una norma en sí misma discrimina a una persona o grupo de personas que se ubican en una categoría sospechosa, no es posible realizar una interpretación conforme, pues dicha norma continuaría existiendo en su redacción, aun siendo discriminatoria y contraria al artículo 1o. constitucional y a las obligaciones internacionales contraídas por México en cuanto a no discriminar con base en categorías sospechosas. Estas obligaciones no pueden cumplirse mediante una interpretación que varíe la base misma del concepto impugnado y que no modifique la situación discriminatoria sufrida por dichas personas. Un planteamiento como ese es incompatible con un Estado constitucional de derecho que aspira a tratar con igual consideración y respeto a todos sus ciudadanos y ciudadanas. Si se considera que una norma es discriminatoria, la interpretación conforme no repara dicha discriminación porque lo que buscan las personas discriminadas es la cesación de la constante afectación y su inclusión expresa en el régimen jurídico en cuestión; en otras palabras, no sólo acceder a esa institución, sino suprimir el estado de discriminación generada por el mensaje transmitido por la norma. Así pues, el reconocimiento público del matrimonio entre personas del mismo sexo, así como la inconstitucionalidad en la enunciación en caso de no preverlo expresamente, sitúa a la dignidad del ser humano más allá de los meros efectos reparatorios y articula un entendimiento de dignidad que es fundamentalmente transformativo y sustantivo [Tesis: 1a./J. 47/2015 (10a.), Registro: 2009726, agosto de 2015. La cursiva está añadida].*

Aunque esta radical posición de la Corte en cuanto a las normas discriminatorias no sólo debe ser compartida en cuanto al fondo de la cuestión, sino que es la más conforme con la obligación que impone el artículo primero de favorecer en la mayor medida posible el disfrute de los derechos, plantea algunos problemas. En primer lugar, argumentar para rechazar la interpretación conforme que la redacción del artículo seguiría existiendo, implica rechazar la interpretación conforme en cualquier supuesto y, en general, todas las modalidades de sentencias interpretativas que, por definición, se pronuncian sobre los posibles significados de una disposición (las diferentes normas jurídicas que pueden serle atribuidas), pero subsistiendo tal cual el texto, su redacción. En segundo lugar, cualquier persona, y no sólo las personas discriminadas, aspira a que el ordenamiento jurídico reconozca sus derechos de la manera más clara posible, y eso pasa por su expresión por medio de disposiciones lo menos controvertidas posibles (al menos desde un punto de vista gramatical). No se olvide, sin embargo, que la norma jurídica es el resultado no sólo de la interpretación gramatical (las disposiciones carecen de un significado propio que pueda ser descubierto), sino también de los criterios sistemáticos y funcionales, que serían los que están actuando en el caso de la interpretación conforme. Por último, la interpretación conforme de una disposición que incluya en la regulación de que se trate a las personas injustificadamente discriminadas puede ser un camino eficaz de reparación de la discriminación, puesto que lo relevante para el reconocimiento de derechos es la norma jurídica que se considere expresada por una disposición (el significado que se le atribuya), y no su texto como tal (los términos con los que está redactada). Desde luego que el remedio ideal para una discriminación es que la repare el legislador, pero mientras tanto la intervención judicial por medio de una decisión interpretativa puede ser la reacción más rápida, e incluso propiciadora de los deseables cambios legislativos.

<sup>28</sup> SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo, “Los límites a la ‘interpretación conforme’: la reforma del art. 10.2 CE”, en <https://www.acoes.es/wp-content/uploads/sites/2018/04/Sánchez-Molina>.

## UN ACERCAMIENTO AL CONCEPTO DEL CLIENTELISMO Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS EN MÉXICO\*

### AN APPROACH TO THE CONCEPT OF CLIENTELISM AND ITS INCIDENCE ON THE PUBLIC POLICIES IN MÉXICO\*

Daniel Oscar García Rodríguez\*\*

Fecha de recepción: 4 de febrero de 2022

Fecha de aceptación: 1 de abril de 2022

#### Resumen

El clientelismo es un fenómeno cuya incidencia en nuestro país, se ha visibilizado en las últimas décadas, producto directo del cambio en el modelo económico de desarrollo producido a finales del siglo XX, lo cual unido a una crisis sin precedentes en el modelo corporativista, creó las condiciones ideales para el resurgimiento del clientelismo, como una alternativa para conducir las políticas públicas en el país.

Esto a través de un fenómeno al que denomino como *programatización*, ello es, la subordinación de las políticas públicas en torno a un gran programa social como eje rector, que, en el caso del sexenio Salinista, sería el PRONASOL.

Con este cambio, se produjo un cambio radical en la intencionalidad de las políticas públicas, pues abandonando una lógica de imposición propia de un Estado interventor, se introduce la negociación, más acorde a un Estado regulador, compatible con el modelo neoliberal.

En el presente artículo, exploro el contexto en que se generó este cambio, con un particular énfasis en la descentralización que se vivió a nivel nacional, y aporto algunos elementos para la comprensión a nivel teórico del clientelismo.

#### Abstract

Clientelism is a phenomenon whose incidence in our country has increased its visibility in the last decades, thanks to the change in the economic model of development at the end of the 20th century, which together with an unparalleled crisis in the corporatist model, created the ideal conditions for the resurface of clientelism, as an alternative to lead the public policies in our country.

This thanks to a phenomenon that I name *programatization*, that is, the subordination of public policies around a big social program as an axis, which in the presidential period of Salinas, was PRONASOL.

With this change, there was a radical change in the intention of public policies, after leaving behind the imperative nature of an intervening State, in favor of a logic of negotiation compatible with the new neoliberal model, and its logic of a regulatory State.

In this article, I explore the context in which this change was made, with a particular focus in the process of decentralization that occurred in the country, and I give some elements for the comprehension at a theoretical level of clientelism.

Palabras clave: Clientelismo, gobernanza, políticas públicas, participación ciudadana, corporativismo.

Key words: Clientelism, governance, public policies, citizen participation, corporatism.

\*El presente artículo es producto directo de la tesis de maestría del autor, intitulada “Expresiones del clientelismo político en la alcaldía Gustavo A. Madero en el contexto de emergencia sanitaria (2020-2021)”

\*\*Egresado de la maestría en Planeación y Políticas Metropolitanas de la UAM, Unidad Azcapotzalco y de la licenciatura en sociología de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM, en donde recibió la Medalla al Mérito Universitario Gabino Barreda.

## **I. Introducción**

El clientelismo como fenómeno de condicionamiento dentro de las políticas públicas, no es algo nuevo en nuestro país, y si bien su presencia puede encontrarse dentro del propio modelo corporativista nacido en el México posrevolucionario, sostengo que su uso y ejecución se hicieron más comunes después de la crisis en el modelo de Estado mexicano a finales del siglo XX, mismo que tras encontrarse con una contradicción de origen con el modelo corporativo, que claramente no era compatible con las nuevas medidas de libre mercado, y fomento a la no intervención Estatal.

Lo anterior orilló al sistema político mexicano a sustituir este Estado interventor, por uno netamente regulador, que fuera compatible con las nuevas reglas del juego traídas por el neoliberalismo, particularmente a través de una serie de cambios estratégicos en el modelo Estatal, que culminaron con una descentralización masiva en múltiples niveles, no solamente en lo político y administrativo. Esto, debilitaría a la figura presidencial, que perdería gran parte del respaldo que le otorgaban las grandes organizaciones corporativas, y con ello, el Estado buscará nuevas formas bajo las cuales recuperar la influencia perdida hacia el final de los años ochenta.

Una de las principales consecuencias de estos cambios, fue justamente el resurgimiento del clientelismo como una alternativa para que el Estado lograra empatar su deseo de mantener la hegemonía partidista, y su régimen se mantuviera un poco más, aun después de casi siete décadas, pretendiendo aumentar sus niveles de aprobación, y, sobre todo, calmar los movimientos ciudadanos que surgirían como parte no solo de la crisis del modelo económico, sino del fraude electoral que acompañó al mismo.

Como secuela de ello, la noción de las políticas públicas nacionales sufre una modificación de origen, subordinado su diseño y ejercicio a la de grandes iniciativas programáticas, como lo fue PRONASOL, con lo cual aparecen una serie de elementos focalizadores que van a facilitar el surgimiento de una red clientelar dentro de las políticas públicas, producto además de la búsqueda de beneficio personal por parte de actores estatales y locales, que como consecuencia de la descentralización, cobran relevancia en el ejercicio político nacional.

## **II. Desarrollo**

Durante la década de 1960, el modelo de desarrollo corporativista imperaba en nuestro país, una clara herencia del México posrevolucionario, en donde el intercambio de apoyo político entre las varias partes que conformaban la sociedad mexicana, se expresaba con rasgos incipientemente clientelares, como lo eran los cacicazgos rurales y urbanos que se manifestaban en la nación. Existían los grandes sindicatos y asociaciones de obreros y campesinos, que se erigían como corporaciones que dotaban de legitimidad y respaldo a la figura presidencial, con lo cual, al mismo tiempo, se daría fuerza a la postura autoritaria del Estado, creando un fenómeno en dónde si bien existen herramientas que podemos reconocer como clientelares, operaban bajo una lógica que no hacía necesaria la negociación con los ciudadanos. Las decisiones, como todo en la vida política mexicana, tenían un carácter jerárquico, imponiendo la voluntad del ejecutivo por encima del interés local.

Este modelo de desarrollo, además, debemos recordar que tenía un carácter proteccionista, que buscaba fortalecer el desarrollo interno, a través de un supuesto Estado benefactor, que tendría el principal objetivo de mantener una economía interna, pretendiendo una mejora en la calidad de vida solo en el margen de lo que políticas públicas de corte asistencialistas y universales podían proveer. El desarrollo económico se veía meramente como la forma de reducir la pobreza, pero no se atendía al problema como tal. Julio Boltvinik enuncia las características de este periodo<sup>1</sup>, mencionando que durante la década se presentó una sinergia en lo que respecta a las políticas

sociales, mismas que tendrían como objetivo primordial el crecimiento económico y la creación de empleos.

Esto al mismo tiempo expresa los límites y el agotamiento de un modelo proteccionista, que está cercano a agotar su alcance. Con ello no es difícil comprender como es que fueron gestando las condiciones que justificaran la búsqueda de un nuevo modelo económico que pudiera hacer frente a la nueva realidad de nuestro país.

Durante esta década se generó además uno de los antecedentes más relevantes para comprender el proceso de institucionalización de la política pública que se llevaría a cabo años más tarde, esto es, la creación en 1976 de la Secretaría de Asentamientos Humanos y Obras Públicas (SAHOP), un antecedente directo de la Secretaría del Desarrollo Social (SEDESOL), y de la Secretaría de Desarrollo Urbano y Ecología (SEDUE). Esta institución tendría dentro de sus atribuciones y obligaciones, la atención del rubro de los asentamientos urbanos y subdesarrollo, y la creciente problemática de la vivienda, consecuencia de la sobrepoblación en el centro del país.

En la década siguiente, 1970, se pusieron en marcha los cambios estructurales para preparar al país para la entrada del modelo neoliberal. Uno de los primeros cambios fue el abandono del Estado de corte tutelar e interventor que hasta entonces había existido, en pos de uno regulador, compatible con la apertura de los mercados y la sana convivencia entre el gobierno, el mercado y la sociedad civil, con el fin de lograr un país capaz de competir en un mundo cada día más globalizado.

El modelo de sustitución de importaciones sería desarticulado en el contexto de una crisis en el desarrollo económico nacional como consecuencia del fracaso de las políticas petroleras del entonces presidente José López Portillo, dando lugar a la llamada década perdida, que representaría el momento justo en el que el Estado mexicano dejó de cumplir su función como impulsor de una política social en torno a la disminución del empobrecimiento urbano, y subordinando la misma a los cambios macroeconómicos<sup>2</sup>, en línea con las demandas internacionales.

En consecuencia, el país atravesó por un proceso de descentralización masiva, restando poder y competencias a la figura del presidente, en tanto se presentan una serie de reconocimientos a las competencias estatales y municipales, a fin de repartir las funciones entre los distintos niveles de gobierno, dando origen a un reacomodo de las actividades productivas y económicas. Una expresión notable de esto, la vemos en el Ramo 33<sup>a</sup>, a través del cual el Congreso confirió una

---

<sup>a</sup> El Ramo General 33 conforma una estrategia presupuestal de política pública, que surge de la descentralización de responsabilidades, competencias, y recursos, tanto materiales y humanos, con el objetivo explícito de fortalecer la capacidad de acción de los gobiernos estatales, y municipales, particularmente en lo que se refiere al

mayor libertad a los municipios para el uso de sus recursos, y de manera indirecta, para el diseño e implementación de sus políticas públicas.

Se verían también reformas a los artículos 27, 73 y 115 constitucionales, todos en línea con el mencionado reconocimiento de atribuciones de los niveles de gobierno ignorados hasta entonces, en una clara contradicción al supuesto ejercicio pleno del federalismo que por lo menos en teoría se ejercía. Dicho de otro modo, la descentralización no crea competencias, sino que fortalece las atribuciones que ya existían.

Sin embargo, debemos entender esta descentralización como algo más allá de lo político, pues no solo existía una concentración de las atribuciones y el poder político en torno del Ejecutivo, sino que existían toda una serie de centralizaciones que se expresan de distintas formas, y por ello, distintas formas en que se manifestó la descentralización.

En este momento se pueden reconocer cuatro tipos principales de descentralización<sup>3</sup>: *política*, que busca dar mayor poder a la ciudadanía, dotándola de competencias y fomentando la participación ciudadana; *espacial*, que tiene por objetivo regular el espacio, equilibrando la urbanización; *administrativa*, misma que pretende transferir funciones y competencias Estatales entre los distintos niveles de gobierno, y finalmente del *mercado*, que persigue la liberación económica y la desregularización de la inversión privada.

La descentralización a nivel espacial se expresó principalmente en el reacomodo urbano, producto directo de la explosión demográfica iniciada décadas atrás, y por supuesto la migración en torno a los centros económicos del país. Como consecuencia directa se aprecian los primeros signos de la gentrificación que azotará al centro del país en décadas posteriores, y por supuesto el encarecimiento del precio del suelo, que no haría más que agravarse con el afianzamiento del modelo neoliberal.

Otra forma en que se expresó el tema de la descentralización espacial, y la propiedad, fue en términos de la regularización del ejido y de asentamientos irregulares, actuando como la base para la urbanización nacional y el ordenamiento territorial, en tanto se impulsan iniciativas como PROCEDE, responsable de la regularización del ejido, con el objetivo explícito de regularizar la

---

uso de los recursos asignados por la federación, en tanto una estrategia que pueda, según las condiciones propias de la localidad, incrementar su eficacia para atender las demandas en los rubros de educación, salud, infraestructura, seguridad, alimentación y asistencia social de la población. De esta forma se le confiere mayor libertad de acción a los niveles de gobierno debajo del federal.

tenencia de la tierra. Esto se lograría en gran parte gracias a la expedición de la Ley General de Asentamientos Humanos (LGAH)<sup>b</sup>, como un inicio de la institucionalización del tema urbano.

En este sentido, debemos ver a la descentralización como una suerte de democratización del régimen político mexicano, en tanto estamos ante una redistribución de actores y competencias, en pos de la privatización y la desregularización económica. Siguiendo a Aguilar<sup>4</sup>, el Estado perdió capacidades y facultades que antes se daban por sentado, y se generó un paisaje en donde la ciudadanía encontró una nueva voz para hacer valer sus derechos, pretendiendo una mayor participación en el ejercicio político, aún si se trataba de una participación ilusoria, bajo criterios preestablecidos por el Estado.

Así, nos encontramos ante un Estado distinto al que existió desde la institucionalización de la revolución. Tenemos ahora un gobierno que pretende resaltar el ámbito de la cooperación estatal y municipal, con una lógica reguladora capaz de delegar funciones, confiriendo libertad de actuar y decisión a los demás niveles de gobierno, y por supuesto, una desregularización del mercado, ante una lógica de competencia tanto nacional como internacional. Pese a ello, iniciativas como aquellas de política pública, quedan sometidas al poder federal, en tanto elementos como la Ley de Planeación de 1983, subordinan el propio concepto de plan, a lo estipulado en los Planes Nacionales de Desarrollo<sup>5</sup>.

Tras estos cambios, para el año 1988, el modelo de Estado corporativista agotó sus posibilidades, ante la gran serie de contradicciones que se dieron al no poder empatar las dos visiones gubernamentales que ahora existían en el país, producto directo de la entrada definitiva del neoliberalismo, esta crisis por supuesto se reflejó en las urnas. Este año vería una rebelión electoral sin precedentes, originada en los sectores de clases medias y populares, en respuesta directa a las nuevas políticas económicas y sociales.

A partir de la victoria en las elecciones presidenciales de Carlos Salinas de Gortari, en el marco de esta rebelión por parte de la ciudadanía, y con un aparente fraude de fondo, es que se por primera vez en décadas, la legitimidad del régimen priista caería estrepitosamente, poniéndose en riesgo la hegemonía Estatal, y la continuidad del partido en el poder. Conocido es el vergonzoso episodio de la “caída del sistema”, en el marco del cual es que se concedió la victoria al candidato,

---

<sup>b</sup> Expedida en el año de 1976, la finalidad principal de esta Ley, tal y como lo indica su primer artículo, es la de establecer definiciones y conceptos que permitiesen sentar las bases para la ordenación de los asentamientos humanos en el país, así como plantear las normas para su fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento, en tanto existía hasta el momento un crecimiento desmesurado, producto de la explosión demográfica, y el rápido poblamiento de las zonas centrales del país. A su vez planteo las atribuciones del Estado en materia del uso y reserva del territorio.

un evento que solo sirvió para incrementar el descontento social, y dar cierta validez a los movimientos de oposición, pero que al final logró mantener en el poder al partido dominante.

La nueva misión del ejecutivo será entonces recuperar la legitimidad y revigorizar la hegemonía partidista que había existido por décadas, con lo cual se implementan una serie de estrategias, que, sin dejar de ser compatibles con el modelo neoliberal, impulsarán al mismo tiempo una suerte de ficción de participación, al dar mayor voz a los ciudadanos y organizaciones no gubernamentales —actores clave en la rebelión electoral del sexenio—siendo una de las más recordadas gracias a su eficacia, la puesta en marcha del Programa Nacional de Solidaridad, PRONASOL.

Este programa fue una iniciativa a nivel federal que buscó, oficialmente, contrarrestar las condiciones de precariedad de los sectores más vulnerables de la población, a través de un mejoramiento en los sistemas de salud, educación y vivienda, promoviendo además la creación de microindustrias capaces de competir en las nuevas condiciones de mercado desregulado. De fondo, sin embargo, estamos ante un programa que busca reconstruir el consenso político y la mencionada hegemonía partidaria, con el fin de restaurar el prestigio del poder federal<sup>6</sup>.

Sorprendentemente, contra todo pronóstico, PRONASOL fue un éxito, al menos en sus objetivos de fondo, pues si bien no sería un programa genuinamente innovador que cambió las condiciones de la población, ni redujo de forma considerable el rezago social, si fue un éxito propagandístico sin precedentes<sup>7</sup>, a través del cual se redujeron los movimientos de oposición y el malestar social en general. Con ello si bien, el ejecutivo perdió parte de su personalidad como consecuencia propia del cambio de modelo económico, lo cierto es que el régimen recuperó su legitimidad, y así se aseguró la implementación del modelo neoliberal.

Producto de este éxito, y de haber sido la primer gran iniciativa programática a nivel federal, es que surge la *programatización* de la política pública, fenómeno en el que ésta se subordina a los programas sociales, mismos que no necesariamente van a tener un diseño que los convierta en políticas eficaces o efectivas, sino que, por el contrario, los distintos poderes Estatales, relevantes ahora gracias a la descentralización política y administrativa del país, pueden comenzar a utilizar. Sumado a esto, se impulsará una supuesta participación ciudadana, gracias a las facilidades que existirán ahora para la implementación de los programas, con una focalización que, si bien es cierto, permite atender a los estratos de la población más vulnerables, esto mismo las identifica como clientelas potenciales, actores y comunidades más manejables a la hora de negociar para obtener un beneficio determinado.



Así, se crea dentro de la política pública nacional, un mecanismo clientelar implícito, arraigado desde el propio diseño de los programas, un mecanismo que va a buscar la negociación con todos los actores participantes en esta incipiente red clientelar, dejando atrás los días en que se prefería la imposición. La más grande evidencia de este suceso, y del mismo éxito de PRONASOL, es el hecho de que la estructura de fondo del mismo, sería conservada en futuros sexenios, aún tras la alternancia en el ejecutivo en el año 2000, erigiéndose como toda una institución que solo cambiaría de nombre de acuerdo al presidente en funciones, pero mantendría sus formas de actuar.

De este modo, con PRONASOL y la nueva forma de las políticas públicas, no estaremos ante un ejercicio de una gobernanza plena, no solo porque se preservará una estructura programática de índole federal, pues al final del día, serían las dependencias estatales y locales quienes llevaron a cabo la implementación de los programas sociales. No, se trata del hecho de que no es una gobernanza plena en tanto no se origina de un Estado que ha reconocido la incapacidad que tiene para atender todos los asuntos por sí mismo, y que, por ello, busca incorporar al ejercicio político al sector privado y a la ciudadanía para lograr una sociedad independiente con un nivel superior de organización como diría Aguilar<sup>8</sup>.

Por el contrario, se hará simplemente para mantener el *status quo* intacto, en donde la participación integral y multilateral de los actores obedece solamente a los intereses del Estado, y opera únicamente dentro de sus criterios establecidos. Se crea pues, una lógica Estatal híbrida, que será compatible con los criterios neoliberales necesarios para actuar como una sociedad globalizada, pero manteniendo estructuras tradicionalmente populistas, que recuerdan más al pasado posrevolucionario, algo que se mantiene hasta estos días.

Con lo anterior, es posible adentrarnos ahora sí hacia una perspectiva contemporánea del clientelismo, que permita comprender la realidad del ejercicio político nacional actual, y desde la cual podamos tal vez, obtener pistas que permitan identificar y caracterizar, la presencia de una red clientelar dentro de alguna política pública. Cuando hablamos de clientelismo, es usual asociar la palabra con una imagen negativa, producto de la asociación con el concepto de corrupción o patrimonialismo, mismos que si bien, están presentes de una u otra forma en el ejercicio político mexicano, lo cierto es que hay que hacer una distinción entre éstos y el clientelismo, no como fin de justificarlo por supuesto, sino para poder caracterizarlo correctamente.

Hay que partir de algo básico: el clientelismo no solamente se refiere a una compra-venta de votos, sino que su funcionamiento va más allá. Si bien las elecciones son el momento cumbre en que los beneficios de una red clientelar han de ser canjeados, no necesariamente un actor político va a buscar un voto, y si lo hace, no siempre será de forma inmediata, y es que se introduce el tema

del respaldo y capital político, así como beneficios es un plano más simbólico para todas las partes involucradas.

Conceptualmente, el patronazgo se refiere a la preferencia por personas o grupos que reciben prioridad en la regulación de un cargo público o más importante, acceso a los beneficios de uno, caracterizándose por que el actor en una posición jerárquicamente superior tiene acceso a recursos públicos derivados de su cargo público, pudiendo abusar de él para su beneficio personal<sup>9</sup>.

El clientelismo por su parte, no solamente involucra bienes físicos o recursos tangibles, pues el aspecto simbólico cobra una particular relevancia en su ejecución, con lo que incluso podríamos argumentar que el patronazgo puede ser visto como un tipo de clientelismo.

Esto gracias a que otra de las distinciones más básicas con el concepto del patronazgo, es que lo liga con la noción de un protector, cuyo origen se puede rastrear al mismo imperio romano<sup>10</sup>, y con ello tiene una revisión conceptual vista desde arriba, esto es, con un enfoque en el actor en una posición jerárquicamente superior, mientras que el clientelismo está más ligado a una noción de negociación, donde se puede dar un enfoque tanto en el actor superior, como en aquel que se encuentra en una posición de subordinación.

Además, contrario a lo que pueda pensarse, otro componente esencial para la formación de una relación clientelar entre sus actores, es la voluntariedad de la misma. No importa si nos referimos a una noción antigua, a una corporativista o a la nueva noción neoliberal, aquel actor que ha de entrar en este tipo de relación, lo ha de hacer voluntariamente, al menos en teoría. Lo cierto es que esta noción puede parecer un tanto idealista, en tanto un ciudadano puede no encontrar otra forma para satisfacer sus necesidades básicas en los distintos rubros de la vida diaria, más que mediante una interacción clientelar con el Estado. O lo que es peor, esta interacción puede ocurrir sin que sea del conocimiento explícito para sus participantes.

Si bien en una realidad nacional ideal, los servicios básicos como el drenaje, el alcantarillado o el pavimentado, deben ser atendidos de origen por el Estado, por su naturaleza como necesidades de primer orden para llevar una vida digna, lo cierto es que ésta no es la realidad diaria de muchas localidades de nuestro país, y si bien justifica la noción negativa que se tiene del clientelismo, al ser ésta una alternativa para nada voluntaria en que muchas comunidades, dispuestas a prestar un apoyo a un actor político con tal de satisfacer estas necesidades, lo cierto es que a veces no hay una mejor opción disponible.

Así, podemos enunciar una definición básica del clientelismo, al cual describo como una relación de intercambio entre dos actores, denominados como *patrón* y *cliente*, que, bajo una posición de evidente desigualdad en su capacidad de acceso al poder, realizan un intercambio

recíproco de bienes materiales y simbólicos, estableciendo una relación de dependencia, en donde el patrón recibirá respaldo, capital político y votos, mientras que el cliente recibirá protección, bienes, y una posición preferencial para la satisfacción de sus necesidades personales o las de su comunidad.

Es además una relación difícil de interrumpir, gracias al carácter simbiótico que se da entre los actores, y es que, por una parte, el patrón depende del apoyo que recibe de los clientes, y, dado que la línea entre una genuina militancia y un apoyo dado en términos clientelares es muy difícil de percibir, se hace necesario que continúen los apoyos en estos términos. Esto es algo que se visibiliza en periodos electorales, en donde los símbolos del partido, el rostro del candidato, y el nombre de un programa social, pueden ser intercambiados de manera distinta entre sí muchas veces.

Si quisiéramos tipificar a estos actores, podemos hacerlo muy fácilmente, en el caso del patrón, como el actor que articula la red clientelar, y dada su posición de superioridad jerárquica y acceso al poder, puede visibilizarse en la Secretaría del Bienestar, institución máxima en torno a la cual se rigen las políticas públicas en forma de programas, articulando su actuar a través de órganos descentralizados a nivel estatal y local. De estos últimos se desprenden actores políticos que a menudo actúan como la figura del patrón en sus comunidades.

El cliente por su parte, como el actor que se encuentra por supuesto en una posición de subordinación, y que por consiguiente tiene una participación limitada en el ejercicio del poder, y con ello, no puede acceder a los recursos de manera directa, lo encontramos en la ciudadanía. Esta, para dar solución a sus limitantes, ejecuta este referido intercambio de bienes y servicios —que recordemos pueden ser tangibles o simbólicos—, a cambio de su lealtad y respaldo, entrando en una relación con el Estado de manera indirecta.

Así, hay que hacer un énfasis particular en el hecho de que los beneficios que ha de recibir el cliente, en su posición de subordinación, no se limitan solamente a bienes y servicios palpables, pues en comunidades en las que las necesidades no se expresen, digamos en falta de agua potable o alumbrado público, como lo son las ciudades más desarrolladas, es necesario buscar una forma alternativa de conducir el clientelismo.

Aquí surge la importancia de los bienes simbólicos, y es que si bien una despensa, una gorra, o un vale de despensa, —elementos cómicamente comunes en el ejercicio clientelar de nuestro país— surgen nuevos elementos como base de la red clientelar, en donde acciones como una foto con un actor político, un saludo personal, la aparición personal de algún candidato o gobernante

en un acto público, o incluso una respuesta directa a través de redes sociales, generan un sentimiento de cercanía e identificación del cliente con el patrón.

Esto dota a este último de una personalidad extraordinaria, por el mero hecho de sentirse cercanos a ellos, y de esta forma, se genera un sentimiento bajo el cual, el gobernado siente la necesidad de retribuir a su gobernante, de la misma forma que otro ciudadano, genera este sentimiento por haber recibido una beca, o claro, por haber sido beneficiario de un programa social.

Y es que, si bien ya quedó establecido que el carácter voluntario, muchas veces es abandonado por mera necesidad de los clientes, lo cierto es que no por ello dejan de existir actores que efectivamente accedan de manera voluntaria a este tipo de interacción clientelar, no por necesidad, sino por conveniencia. Y es que es común pensar en el ciudadano como un actor victimizado, que resulta agredido por el terrible patrón, pero en la práctica la situación puede ser diferente.

De lo anterior se desprende el hecho de que el propio concepto de clientelismo, puede ser tomado como una categoría analítica<sup>11</sup> para estudiar las relaciones informales de poder, en tanto se refiere a un intercambio de beneficios entre dos partes que, se encuentran como ya mencionamos, en una posición de desigualdad de acceso al poder, intercambiando en cierta medida influencia por respaldo político.

Esto recuerda en cierta medida al sistema político de súbditos, que siguiendo a Almond<sup>12</sup>, se refiere a un sistema en el cual existe un tipo de participación pasiva en donde los ciudadanos reconocen que existe una autoridad en una posición jerárquicamente superior —el papel del patrón—, sin que su existencia o el sometimiento a él, genere un sentimiento de opresión o autoritarismo, sino que al contrario, se crea un sentimiento de pertenencia, incluso orgullo, lo cual dota de legitimidad al sistema, aun actuando como una participación limitada, en tanto representa al final del día una firma de acceso al poder.

Esto recuerda de gran manera al sentimiento de pertenencia que puede darse dentro de una red clientelar, pues como ya he mencionado, se expresa como una forma de participación, pero dentro de los límites, y con los lineamientos que establezca el Estado o patrón, limitando y gestionando el acceso a los recursos y beneficiarios de los programas, según lo que el gobierno decida, expresando incluso un fenómeno de burocratización en su actuar, en tanto se comienzan a diversificar a nivel estatal y local, los mecanismos institucionales bajo los que actuarán los programas y políticas.

Con ello, los ciudadanos o clientes, no perciben un mal de origen, dado que existe de fondo una institucionalización que va de la mano con la creación de una normatividad que proporciona

legitimidad a las políticas públicas, y garantiza al menos en papel, la participación ciudadana activa, en donde serán los mismos beneficiarios quienes decidirán qué es lo que se ha de hacer en sus comunidades, o en su defecto, acceder de manera aparentemente libre y universal, a un programa social, que bien puede dar un apoyo económico, o una despensa, pero que al final del día genera lealtad hacia el Estado como ente rector, y a un actor político específico, como el generoso patrono que proporcionó una dádiva.

Y es justo ese el problema cuando se trata de estudiar al clientelismo, y es que aparte del carácter negativo que se encuentra de origen en la literatura, no podemos dejar de lado el hecho de que está tan arraigado en la mentalidad de los ciudadanos como algo común, que su caracterización resulta incluso compleja de describir, pues muchas veces los clientes lo son, sin siquiera saber que existe una red clientelar en la comunidad en torno al programa social de su preferencia.

El tema se vuelve cíclico cuando recordamos que es justo la focalización de las políticas y los programas, lo que permite que se genere una red clientelar con mayor facilidad, ya que como recordemos esta focalización puede al mismo tiempo permitir una acción más eficaz en torno a una población cuyas problemáticas se reconocen como de un carácter de mayor urgencia, y, por otro lado, utilizar a estas poblaciones como clientelas potenciales. Ello gracias a que se tienen bien identificadas sus necesidades específicas, facilitando el diseño e implementación de políticas públicas que tengan una mayor eficacia, al menos a nivel superficial, generando inmediatamente un beneficio para la autoridad, en tanto estas acciones se reconocen más veces que no, como un favor hacia la población.

Dado que señalar a una política pública como clientelar de origen, es increíblemente difícil, y debido a que la evaluación de las mismas a menudo se enfoca enteramente en su funcionamiento de acuerdo con los objetivos estipulados en las reglas de operación de dicha política, la etapa de la implementación puede ser en donde se matice y caracterice de cierta forma la presencia de una red clientelar, pero solo si incorporamos en el estudio, formas simbólicas y alternativas de verla, que sean ajenas a la disciplina tradicional.

Ejemplo de esto que menciono, puede ser la entrega de apoyos, un momento de la implementación en donde a menudo, y sobre todo si se encuentra un periodo electoral cercano, una simple entrega de apoyos se torna en una ceremonia, con eco en medios de comunicación y redes sociales, en donde lo importante deja de ser la política o lo que se logró, sino que pasa a ser el reportar que se hizo, con el único objetivo de generar capital político que pueda ser canjeado

por el actor en el momento justo, un tema muy interesante y que definitivamente puede aportar nuevas pistas para comprender la existencia, y ejecución del clientelismo en el país.

### **III. Conclusión**

En el presente artículo, quedan plasmados los elementos básicos para comprender el clientelismo en nuestro país. Considero que los cambios generados tras la crisis del modelo corporativo, son clave para comprender como un Estado hasta entonces autoritario e interventor, encontró la forma para mantener su influencia, prestigio y legitimidad, a través de, en primer lugar, la incorporación de un elemento de negociación a la política pública, y, en segundo lugar, la subordinación de la misma a un ente programático federal, como lo fue PRONASOL.

Esta iniciativa como se describió, resultó increíblemente útil para mantener las mismas condiciones en el poder federal, e incluso mejoró la imagen del ejecutivo, al impulsar una falsa forma de participación ciudadana, bajo la cual la ciudadanía y las organizaciones que resultaron agraviadas durante la crisis que desembocó no solamente el cambio en el modelo de desarrollo, sino al fraude electoral que rodeó las elecciones de 1988, un evento sin el cual no se pueden entender todos los sucesos que se dieron en este momento.

El clientelismo entonces, se erige como una alternativa, para obtener beneficios en cuestión de imagen, pertenencia y legitimidad para los actores políticos, a cambio de una aparente preferencia a la hora de asignar recursos públicos en la forma de políticas sociales que, gracias a encontrarse subordinadas ahora a un ente programático único y federal, permite que el Estado se erija como el patrón de la red clientelar.

El giro hacia una serie de programas sociales más focalizados, permite que se identifique a las comunidades e individuos que verdaderamente necesitan una ayuda del Estado, pero al mismo tiempo esta acción, los pone en una posición de vulnerabilidad, al identificarse al mismo tiempo como clientelas en potencia, cuyas carencias y necesidades, pueden ser utilizadas por actores gubernamentales para su beneficio personal.

Se vislumbra, además, el fallido intento de implementación de una gobernanza multinivel, y es que, si bien se aprecian toda una serie de descentralizaciones en diversas dimensiones, y se confiere una mayor libertad de acción a los gobiernos estatales y locales, al final del día, siguen prevaleciendo los intereses jerárquicamente superiores, en tanto las políticas implementadas se desprenden de origen de los Planes Nacionales de Desarrollo. Si bien pese a ello, la implementación se conduce de manera local, el único cambio que verdaderamente salta a la luz, es el protagónico

que ahora pueden tener los gobiernos locales, quienes aun si están usando recursos públicos, se erigen como líderes bondadosos que ejecutan mejoras en la comunidad que son percibidas como un favor por los gobernados.

En suma, el clientelismo es un fenómeno que se encuentra firmemente arraigado en la tradición política mexicana, erigiéndose prácticamente como un pilar de las políticas públicas, como un ente que es en ocasiones la única alternativa para que la ciudadanía pueda participar e interactuar de manera semidirecta con la autoridad, pero en otros casos es una poderosa herramienta con la cual la población puede hacer eco de sus necesidades, y en ocasiones voltear la situación, para convertirse ellos en quienes condicionen el voto a la autoridad.

Queda pendiente la tarea de problematizar no solo sobre la incidencia, sino el impacto real en las políticas públicas mexicanas.

### **Bibliografía de consulta**

- AGUILAR, Luis, “El aporte de la política pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza”, en *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, 2007, Núm. 39.
- AGUILAR, Luis, *Gobernanza: El nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, México, 2010.
- ALMOND, Gabriel y VERBA, Sidney, “The civic culture. Political Attitudes and Democracy in Five Nations”, en BATTLE, Albert (coord.) *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, España, 1989
- AUDELO CRUZ, Jorge, *¿Qué es el clientelismo? Algunas claves para comprender la política en los países en vías de consolidación democrática*, Estudios Sociales, 2004, vol. XII, núm. 24.
- ARELLANO, David *Políticas públicas y democracia*, Instituto Federal Electoral, México, 2013.
- ARRIAGADA, Evelyn, *El intercambio de bienes simbólicos: fundamento de los vínculos clientelares. El partido Unión Demócrata Independiente y los sectores populares en Chile*, en VI Mesa Hispana para el análisis de redes sociales, XXVIII International Sunbelt Social Network Conference, Florida, 2008.
- AZUELA, Antonio, “La hechura jurídica de la urbanización”, en GARZA, Gustavo, SCHTEINGART, Martha (coords), *Desarrollo urbano y regional. Los grandes problemas de México*, El Colegio de México, 2010.
- BOLTVINIK, Julio, “Evaluación del desarrollo nacional, 1970-2000”, en BARCELATA, Hilario (comp.), *Desarrollo, Pobreza y Política Social en México. Textos de Julio Boltvinik*, Universidad de Málaga, España, 2002.

- CHELIMSKI, Eleanor, “Los propósitos de la evaluación en una sociedad democrática”, en MALDONADO, Claudia y Gabriela Pérez, *Antología sobre evaluación, la construcción de una disciplina*, CIDE, México, 2015.
- CORTEZ RUIZ, Carlos, “Pobreza y políticas sociales en el México neoliberal”, en PENSO D’ALBENZIO, Cristina, *Políticas sociales y nuevos actores*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2001.
- ESQUIVEL, María, “Dinámica demográfica y espacial de la población metropolitana”, en COULOMN, René y Emilio Duhau (coords.) *Dinámica Urbana y Procesos Socio-Políticos. Lecturas de actualización sobre la Ciudad de México*. Observatorio Urbano de la Ciudad de México. CENVI y UAM-Azcapotzalco, México, 1997.
- COULANGES, Fustel de, *La Ciudad Antigua*, EDAF, España, 1982
- HILGERS, Tina, *Clientelism in everyday Latin America*, Palgrave Macmillan, 2012.
- RODRÍGUEZ, Victoria, *La descentralización en México. De la reforma municipal a Solidaridad y el nuevo federalismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999.
- SCHÖTER, Bárbara, “Clientelismo político: ¿Existe el fantasma y cómo se viste?”, en *Revista Mexicana de Sociología*, México, 2010 Vol. 72 No. 1
- SCHRÖDER, Peter, *Nueva gestión pública. Aportes para el buen gobierno*, Fundación Friedrich Naumann para la libertad, México 2006.
- SORIA, Víctor, *Crecimiento económico, crisis estructural y evolución de la pobreza en México*, Plaza y Valdés Editores, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000.
- SUBIRATS Joan, et. al. *Análisis y Gestión de políticas públicas*, Ariel, España, 2008.
- TROTTA, Miguel, *La metamorfosis del clientelismo político: Contribución para el análisis institucional*, Espacio Editorial, Argentina, 2003.

---

<sup>1</sup> BOLTVINIK, Julio, Evaluación del desarrollo nacional, 1970-2000, en BARCELATA, Hilario (Comp.), *Desarrollo, Pobreza y Política Social en México. Textos de Julio Boltvinik*, Universidad de Málaga, España, 2002

<sup>2</sup> CORTEZ RUIZ, Carlos, Pobreza y políticas sociales en el México neoliberal, en PENSO D’ALBENZIO, Cristina, *Políticas sociales y nuevos actores*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2001

<sup>3</sup> RODRIGUEZ, Victoria, *La descentralización en México. De la reforma municipal a Solidaridad y el nuevo federalismo*, Fondo de Cultura Económica, México, 1999

<sup>4</sup> AGUILAR, Luis, *El aporte de la política pública y de la Nueva Gestión Pública a la gobernanza*, Revista del CLAD Reforma y Democracia, Caracas, 2007, Núm. 39

<sup>5</sup> AZUELA, Antonio, La hechura jurídica de la urbanización, en GARZA, Gustavo y SCHTEINGART, Martha (Coords.), *Desarrollo urbano y regional. Los grandes problemas de México*, El Colegio de México, 2010

<sup>6</sup> SORIA, Víctor, *Crecimiento económico, crisis estructural y evolución de la pobreza en México*, Plaza y Valdés Editores, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2000

<sup>7</sup> CORTEZ RUIZ, Carlos, Pobreza y políticas sociales en el México neoliberal, en PENSO D’ALBENZIO, Cristina, *Políticas sociales y nuevos actores*, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 2001.

<sup>8</sup> AGUILAR, Luis, *Gobernanza: El nuevo proceso de gobernar*, Fundación Friedrich Naumann para la Libertad, México, 2010



---

<sup>9</sup> SCHÖTER, Bárbara, *Clientelismo político: ¿Existe el fantasma y cómo se viste?*, Revista Mexicana de Sociología, México, 2010, Vol. 72 No. 1

<sup>10</sup> COULANGES, Fustel de, *La Ciudad Antigua*, EDAF, España, 1982

<sup>11</sup> SCHÖTER, Barbara, op. cit.

<sup>12</sup> ALMOND, Gabriel y VERBA, Sidney, The civic culture. Political attitudes and democracy in five nations, en BATTLE, Albert (Coord.) *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, España, 1989

***Bases para el Desarrollo de una Argumentación de Hechos en México***

***Bases for the Development of an Argumentation of Facts in México***

Noé Galicia García\*

Fecha de recepción: 7 de enero de 2022

Fecha de aceptación: 13 de mayo de 2022

**Resumen**

La Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica ha sido configurada desde mediados del siglo pasado e introducida en Latinoamérica de forma homogénea; en cuanto a esta teoría, la perspectiva de la premisa normativa del silogismo habría sido ampliamente desarrollada, en cambio, la premisa fáctica ha sido poco analizada por los juristas; en consecuencia, mediante este artículo se presentan una serie de problemas fácticos sobre Violencia Política de Género, corrupción, indigenismo, interrupción del embarazo y redes sociales; así como el análisis de obras y trabajos relacionados a la argumentación por parte de autores importantes poco estudiados, además se presenta la labor de las instituciones donde se estudia la argumentación en México; todo lo anterior con el objeto de establecer las bases para el desarrollo de una argumentación de hechos en México.

**Abstract**

The Standard Theory of Legal Argumentation has been configured since the middle of the last century and has been introduced in Latinoamérica in a homogeneous way; regarding this theory, the perspective of the normative premise of the syllogism would have been widely developed, on the other hand, the factual premise has been little analyzed by jurists; consequently, this article presents a series of factual problems on Political Gender Violence, corruption, indigenism, interruption of pregnancy and social networks; as well as the analysis of works and works related to argumentation by important authors Little studied, also presents the work of the institutions where argumentation is studied in México; all of the above in order to establish the bases for the development of an argumentation of facts in México.

Palabras Claves: Teoría, Argumentación, Hecho, México y Problema.

Keywords: Theory, Argumentation, Fact, México and Problem

\* Doctorando en Derecho y Argumentación Jurídica en la Universidad Autónoma de Tlaxcala con experiencia en instituciones electorales.

## I. Introducción

Desde el paradigma occidental, el Derecho tiene tanto contenidos de teatralidad en la actuación retórica de los procedimientos, así como un cierto orden de operatividad técnico previsto en el clásico silogismo jurídico para obtener una decisión: premisa mayor (norma), premisa menor (hechos) y conclusión-decisión; de esta manera, durante la historicidad del Derecho no se le habría dado tanta importancia al estudio y desarrollo del silogismo referido, debido al sincretismo del Derecho con un sentido metafísico durante toda la Edad Media; no obstante lo anterior a partir de la secularización del Derecho en siglos recientes y en específico bajo el paradigma científico en el que actualmente vivimos, podemos afirmar que a partir de la década de los cincuenta del siglo pasado la argumentación jurídica tuvo un desarrollo estable en Europa, así como en Latinoamérica con la importación de diversos modelos e ideas argumentativas, pero como todos sabemos, estos modelos se enfocaron principalmente en la premisa normativa y esto tuvo una fuerte explicación, porque son modelos adecuados a la teoría constitucionalista, garantismo y neo-constitucionalismo; no obstante, lo anterior la premisa fáctica fue soslayada porque el objeto de estudio del Derecho no radicaría en la epistemología de los fenómenos del mundo sino propiamente lo agota en el aspecto normativo.

Por lo anterior con el presente artículo trataremos de presentar el tema-problema de la falta del desarrollo de una teoría de la argumentación enfocada en los hechos<sup>1</sup> con la intención de vislumbrar ciertos problemas argumentativos fácticos en México concernientes a Violencia Política de Género, corrupción, indigenismo, interrupción del embarazo y redes sociales; en consecuencia es necesario mapear el estado del arte de la argumentación en México, abordando ciertos teóricos poco conocidos pero no menos importantes y su obra principal, así como la ubicación de diversos centros de enseñanza de la argumentación en México; todo lo anterior con el propósito de crear condiciones para el desarrollo fructífero de una Teoría de la Argumentación de Hechos o Empírica estable y que sea aplicable en México.<sup>2</sup>

## II. La implementación de la Teoría Estándar de Argumentación Jurídica en México

Como muchas otras teorías en el Derecho a partir de la posguerra, el país que más ha elaborado avances sobre temas jurídicos ha sido Alemania seguido de Inglaterra y Francia, es así que a mediados del siglo pasado aparece una obra interesante en Alemania que detonaría la argumentación jurídica a un nivel macro en las postrimerías: *Topik und Jurisprudenz* de Theodor Viehweg, posteriormente aparecerían otras obras importantes mismas que formalizarían la teoría estándar de la argumentación jurídica, *Logique Juridique-Nouvele Rhetorique* de Chaïm Perelman, *Legal Reasoning and Legal Theory* de Neil MacCormick y la más importante *Theorie der Juristischen Argumentation* de Robert Alexy; sin embargo, merecen especial mención las aportaciones de Aulis Aarnio en *The Foundation of Legal Reasoning* y Aleksander Peczenick con *On Law And Reason*; en tales condiciones se fue cohesionando una Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica que pasaría a ser exportada a Latinoamérica y por supuesto a México.

2.1.- Primera oleada teórica; sobre la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica y su fortalecimiento por la Teoría de la Argumentación.

El principal difusor, traductor, compilador e impulsor de la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica en Iberoamérica resulta ser el doctor Manuel Atienza Rodríguez en la obra *“Las Razones del Derecho, Teorías de la Argumentación Jurídica”* donde compila casi todo el estado del arte relativo a las principales teorías de la argumentación jurídica; misma obra que llega a México mediante el trabajo arduo que ha realizado el doctor mediante diversos viajes a América, es así como conocemos esta gran obra, de igual importancia resulta la traducción al castellano junto con la doctora Isabel Espejo de la *Theorie der Juristischen Argumentation* de Robert Alexy; sin embargo, una crítica al propio doctor Manuel Atienza Rodríguez es el haber omitido un capítulo especial a los avances sobre la teoría del discurso por parte de Jürgen Habermas en su obra: *Teorías de la Verdad, Teoría de la acción comunicativa; complementos y estudios previos*.

No obstante, lo anterior resulta importante resaltar que dentro de esta primera oleada mediante juristas extraordinarios introducidos a nuestro continente por el propio doctor Manuel Atienza Rodríguez; la “argumentación” en términos generales no ha sido difundida en Latinoamérica de forma paralela con la Teoría Estándar de la Argumentación Jurídica como un acompañamiento integral, quedando un tanto carente de estabilidad y consistencia la premisa

fáctica,<sup>3</sup> en este sentido es importante resaltar algunos teóricos extranjeros y su obra poco conocida en el ámbito del Derecho en Latinoamérica:

La primera es de Arno R. Lodder, *DiaLaw On Legal Justification and Dialogical Model of Argumentation*; esta obra explica por qué la justificación legal debe ser un modelo dialógico, además de presentar un marco de reglas generales: conceptos básicos, los participantes, el lenguaje, el dialogo y sus niveles, reglas generales de comunicación; centra su atención en modelos dialógicos de argumentación además de presentar las propiedades de los modelos procedimentales de argumentación incluyendo qué es un argumento, la perspectiva lógica y psicológica de la argumentación.<sup>4</sup>

La segunda obra corresponde a Michel Meyer, *Principia Rhetorica. Théorie générale de l'argumentation*, la cual nos presenta las definiciones de retórica, auditorio y lenguaje; una visión histórica de la retórica; así como la inferencia retórica, el razonamiento lógico, la ley de unidad del campo retórico-argumentativo; las formas de la argumentación, cómo funciona el proceso argumentativo, las funciones de los *topoi* como moduladores argumentativos de la identidad y la diferencia, clases de auditorios, las correspondencias entre figuras, argumentos, lugares y auditorios; el ethos, logos y pathos, el auditorio, sus emociones, juicios y cuestiones; la lógica de los valores; la teoría de las variaciones problemáticas, la ley de contextualidad, la ley de problematicidad invertida, la teoría de las instituciones oratorias, la ley de la problematicidad invertida en la retórica publicitaria; los marcos sociales de la argumentación; y los tres estadios de la Meta-retórica: religión, política e individualidad.<sup>5</sup>

La tercera obra refiere a Frans H. van Eemeren, *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, el cual nos presenta el análisis del discurso argumentativo, la teoría pragma-dialéctica ampliada; las perspectivas dialécticas y retóricas sobre el discurso argumentativo; la determinación de la función estratégica de los movimientos argumentativos; y las falacias de descarrilamientos de las maniobras estratégicas.<sup>6</sup>

La cuarta obra es de Cristián Santibáñez, *Origen y función de la argumentación, pasos hacia una explicación evolutiva y cognitiva*, el autor precisa las razones fundamentales de la evolución de la argumentación, por qué se argumenta la tesis, la normatividad argumentativa: intencionalidad y recursión; también presenta los trazados filogenéticos y ontogenéticos de la destreza cognitiva de argumentar, la infraestructura inferencial y la protoargumentación en infantes; la manifestación de la destreza cognitiva de argumentar, el desacoplamiento en la argumentación; lenguaje intención y cognición social, de igual forma nos presenta el razonamiento y esquema-

imagen; imagen: procesos cognitivos elementales y una teoría contemporánea de la argumentación visual.<sup>7</sup>

La quinta obra es de María Cristina Martínez Solís, *La Argumentación en la enunciación, La construcción del proceso argumentativo en el discurso, Perspectivas teóricas y trabajos prácticos*; en esta obra la autora analiza la retórica antigua y el análisis del discurso –géneros-; la argumentación analítica práctica, la estructura semántica del argumento; las secuencias argumentativas en el discurso: tipo de auditorio, los acuerdos, los valores, los lugares y los esquemas argumentativos; la argumentación dialéctica-crítica, argumentación para resolver conflictos y las falacias argumentativas.<sup>8</sup>

La sexta obra está a cargo de Luis Vega Reñón, *Introducción a la teoría de la argumentación, problemas y perspectivas*, el autor nos presenta el campo de la argumentación con sus nociones, perspectivas, supuestos y rasgos; el entimema y los tópicos; los paralogismos, sofismas y falacias; y las diversas perspectivas de las falacias.<sup>9</sup>

La séptima obra es de Cecilia Dimaté Rodríguez, *La argumentación ¿construcción cultural o desarrollo cognitivo?*, la autora presenta el habla argumentativa como proceso, procedimiento y producto; el desarrollo ontogenético: lenguaje y cognición; la cultura y ontogenia, el pensamiento discursivo y pensamiento lógico verbal; el acercamiento empírico al desarrollo, el pensamiento lógico verbal, la argumentación: justificación, negociación y razonamiento.<sup>10</sup>

Finalmente, tiene sentido justificar la utilidad de los avances en la teoría de la argumentación a nivel internacional, como se ha visto en las anteriores obras, con el objeto de utilizarlos en el desarrollo de una argumentación enfocada en los hechos –premisa fáctica- que permita paralelamente con la teoría estándar de la argumentación jurídica crear un modelo argumentativo definido con más estabilidad ante problemas argumentativos diversos.

## 2.2.- Segunda oleada; sobre los juicios orales en México y la argumentación.

Una segunda oleada de la argumentación en México fue en relación a la implementación de los Juicios Orales en materia penal a partir de la reforma constitucional de 2008 y posteriormente con las reformas en el derecho procesal civil y mercantil que darían origen a los juicios orales mercantiles y civiles y su implementación; en consecuencia, dentro de los juicios orales cambiaría el paradigma de la argumentación escrita a la argumentación oral, siendo esta última aún más

versátil y espontánea, así a partir de 2008 los planes de estudio de casi todas las universidades del país, en la carrera de Derecho, han tenido que adaptarse a los nuevos requerimientos en materia de oralidad, de esta forma es importante resaltar materias como “Técnicas de Argumentación Jurídica” en las distintas etapas orales e incluso en materia penal la presentación de “La Teoría del Caso” donde se utilizan diversas herramientas argumentativas; en este sentido también las propias universidades públicas y privadas han ofrecido certificaciones, cursos, diplomados y maestrías en Juicios Orales incluyendo en sus temarios argumentación práctica; no obstante lo anterior y debido a la gran aceptación por el gremio jurídico, también en dichas universidades se han implementado materias teóricas sobre “Argumentación Jurídica”.

Por otra parte, se han escrito en México una diversidad de obras sobre juicios orales y argumentación práctica e incluso existen una amplia gama de trabajos sobre argumentación jurídica aplicada; sin embargo, en muy pocos casos se trata en específico la estructura de un “modelo de argumentación sobre hechos” en materia penal o en otras materias específicas soslayando también la interpretación y la argumentación en la premisa fáctica del silogismo jurídico.

### **III. La Argumentación en México**

Un antecedente de los estudios sobre la argumentación en México se puede encontrar mediante el trabajo de Ana Castano titulado: *Walter Redmond y Mauricio Beuchot. La teoría de la argumentación en el México Colonial*, donde se hace referencia al conocimiento por parte de Mauricio Beuchot sobre fray Alonso de la Vera Cruz, fray Diego Valadés o Antonio Rubio, como figuras importantes en la Teoría de la Argumentación en México –Humanismo Mexicano Jesuita– además de rescatar la importancia de la lógica en este trabajo por la univocidad de los términos, el análisis de “tópicos”, el análisis de las falacias, entre otros temas ya desarrollados durante la colonia;<sup>11</sup> por lo anterior es importante resaltar el avance sobre la argumentación durante la colonia, mismo desarrollo que fue suspendido con motivo de la guerra de independencia, reforma, revuelta y cristera en México; ya que el conocimiento fue secularizado al grado que no se permitió una comunicación dúctil por parte de la comunidad dilecta religiosa y los centros de estudio laicos del país durante el siglo XIX y XX; fenómeno muy distinto al caso español, donde en las universidades existen sedes para el estudio del Derecho Eclesiástico del Estado.

### 3.1.- Autores y obras relevantes en México sobre Argumentación

Es probable que el profesor Mauricio Beuchot sea el principal exponente de una Teoría de la Argumentación en México debido a su reconocimiento a nivel internacional por sus trabajos sobre hermenéutica. En 1993 publicó *Ensayos sobre teoría de la argumentación* en colaboración con Edgar González Ruiz; obra significativa debido al análisis histórico-sistemático de la teoría de la argumentación, el estudio de la lógica no formal, dialéctica y retórica; la propuesta de una argumentación dialógica, las falacias *–petitio principii–*, la argumentación retórica, y la aplicación en inteligencia artificial; algo sorprendente del trabajo es el análisis de autores clásicos y contemporáneos: estoicos, Aristóteles, Luis Vives, fray Alonso de la Vera Cruz y Benito Jerónimo Feijóo, así como Perelman, Toulmin, Rescher y Hamblin; en síntesis la argumentación tiene regla-estructura con sus modalidades dialógica y retórica, examina las condiciones presupuestos para el diálogo (moralidad y capacidad para modificar creencia); además los autores presentan el proceso argumentativo en tres momentos comprender-interpretar, enjuiciar los enunciados como verdaderos o falsos y demostrar-inferir proposiciones; además de abordar otros temas importantes.<sup>12</sup>

Por otra parte, en México existen obras significativas en el análisis argumentativo: *Introducción a la Teoría de la Argumentación*, coordinada por Fernando Leal Carretero, Víctor Favila Vega y Carlos Ramírez González; en este texto se presentan los trabajos de Michael A. Gilbert, Juan Carlos Pereda Pallache, Timothy J. van Gelder, Paul Monk, Claudia María Álvarez Ortiz y Fernando Leal Carretero;<sup>13</sup> de igual manera, Monica Rangel Hinojosa escribe *El debate y la argumentación: teoría, técnicas y estrategias*.<sup>14</sup>

De igual manera es necesario resaltar la aportación de Carmen Trueba Atienza, *Racionalidad: lenguaje, argumentación y acción*;<sup>15</sup> de Ysabel Gracida Juárez, Austra Bertha Galindo Hernández y Guadalupe Teodora Martínez Montes con la obra *La argumentación: acto de persuasión, convencimiento o demostración*;<sup>16</sup> y de Raúl Alcalá Campos, (comp.) *Hermenéutica, retórica y argumentación*,<sup>17</sup> así como el artículo de Lidia Rodríguez Alfaro, *Retórica y Argumentación. Lo implícito y las escalas adjetivo-argumentativas*;<sup>18</sup> de Fernando Anzonera Padilla el artículo *Argumentación racional, connaturalidad, intuición*;<sup>19</sup> por su parte Humberto Guerra presenta un artículo sobre *La analogía como instrumento de la argumentación inductiva. Una propuesta para su enseñanza*.<sup>20</sup>

Finalmente, uno de los promotores de la argumentación en México, sin duda es el doctor Víctor Manuel Rojas Amandi debido al rescate en su obra *Argumentación Jurídica*<sup>21</sup> de conceptos



importantes sobre argumentación, tomados de la obra de Christian Plantin, *La Argumentación, historia, teorías, perspectivas*,<sup>22</sup> además de impartir la cátedra “Seminario de Argumentación Jurídica” en el doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica de la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

### 3.2.- Instituciones promotoras de la Argumentación en México y sus líneas de investigación

Una de las instituciones de enseñanza de la argumentación en México que ha sido desde principios de siglo XXI es el Poder Judicial de la Federación<sup>23</sup> y en concreto el otrora Instituto de la Judicatura Judicial -hoy Escuela Federal de Formación Judicial- lo anterior mediante el estudio de la obra de Anthony Weston, *Las claves de la Argumentación*, un texto utilizado en el Curso Básico de Formación y Preparación de Secretarios del Poder Judicial de la Federación como bibliografía básica gracias a la traducción al castellano de Mar Vidal; obra en la cual se señala la identificación de premisas y la conclusión, el desarrollo de ideas en orden natural y a partir de premisas fidedignas; refiere al argumento por analogía; argumentos sobre causas; argumentos deductivos; ensayos argumentativos; argumentos orales y algunas falacias comunes.<sup>24</sup> De igual forma es importante mencionar la aportación a la argumentación que da Ernesto Galindo Sifuentes en su artículo “¿Qué es argumentar? Retórica y Lingüística”, en la *Revista* del propio Instituto de la Judicatura Federal.

Otra institución promotora de la argumentación en México<sup>25</sup> es el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México mediante la impartición del “Diplomado en Argumentación” en el cual se presenta el pensamiento de Oswald Ducrot y la escuela francesa, la teoría de Ariel Campirán, los trabajos de John Woods y Douglas Waltón, Franz H. Van Eemeren y la escuela holandesa, Michael Gilbert, Vaz Ferreira, la teoría de Carlos Pereda, la teoría de Hubert Marraud, la teoría de Luis Vega Reñón, así como Lilian Bermejo-Luque; de igual forma en el mismo Instituto el doctor Axel Arturo Barceló Aspeitia trabaja como área de investigación, la propia “Argumentación”.

A su vez, el Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México tuvo a bien publicar los trabajos de Luisa Puig y David García Pérez; *Retórica y Argumentación: perspectivas de estudio*<sup>26</sup>, *Retórica, argumentación y política: lecturas e interpretaciones*<sup>27</sup>, *Discurso y argumentación: un análisis semántico y pragmático*,<sup>28</sup> y *La realidad ausente: teoría y análisis polifónicos de la argumentación*.<sup>29</sup> De igual manera los proyectos PAPIIT de la Universidad

Nacional Autónoma de México han dado fruto mediante la publicación de ciertos trabajos sobre argumentación, siendo uno de ellos el de *Hermenéutica, retórica y argumentación*.<sup>30</sup>

### 3.3.- La argumentación de hechos en México

De igual forma, en cuanto a los trabajos sobre argumentación de hechos, de los únicos que se tiene conocimiento en México son tres; el primero es el relativo al artículo del Doctor Roberto Lara Chagoyán, *Argumentación en materia de hechos* publicado en la revista del Instituto de la Judicatura Federal en el año 2003; la segunda obra se titula *La argumentación judicial sobre hechos en el juicio acusatorio* de Zoraida García Castillo,<sup>31</sup> y la tercera es coordinada por los doctores Héctor Fix Fierro y Jaime Cárdenas Gracia, intitulada *La Prueba y la Argumentación de los Hechos*, en la cual nos presentan una serie de trabajos importantes a cargo de los siguientes autores: Jean Claude Tron Petit retoma el tema de la argumentación sobre los hechos; Juan Antonio Cruz Parceros escribe sobre los problemas con la evaluación de la prueba en el derecho; Jaime Cárdenas Gracia analiza el Estándar de prueba y consecuencias sociales; por su parte Edgar Elías Azar presenta las complejidades de la argumentación sobre la prueba de los hechos en la justicia local. Reflexiones en torno a la prueba y a la actividad del juez; Manuel Díaz Infante analiza la prueba de los hechos en materia familiar. Algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y José Ovalle Favela refiere a la especificidad de la prueba procesal.<sup>32</sup>

### 4.- Bases para el desarrollo de una Argumentación de Hechos en México

Desde el principio del presente artículo se trató de presentar el desarrollo de una teoría de la argumentación en México libre de influencias normativas con el objeto de comprender mejor un modelo argumentativo focalizado en la premisa fáctica y no normativa; lo anterior se realizó soslayando a los diversos juristas que han desarrollado principalmente la teoría estándar de la Argumentación Jurídica; razón por la cual este artículo trató de ofrecer una base epistémica como se ha visto en tres sentidos bien definidos en el desarrollo de una teoría de la Argumentación focalizada en los hechos:

a) *Mapeo de las principales obras sobre argumentación en México y la revisión de estudios históricos sobre el avance de la argumentación en la época colonial.*

b) *La detección de los principales centros promotores de la argumentación en México como sendos institutos de investigaciones de la UNAM, UATx y de la Escuela Federal de Formación Judicial.*

c) *La falta de trabajos académicos sobre Argumentación de Hechos en México.*

En consecuencia y aunque aún se encuentra en debate la denominación de “Teoría de la Argumentación” como bien lo refiere Luis Vega Reñón en *La fauna de las falacias*: “... aún no existe una teoría de la argumentación en el sentido de teoría como cuerpo establecido y sistemático de conocimientos al respecto: la denominación más bien designa un campo de estudios, por más señas interdisciplinarios. (...)”;<sup>33</sup> por nuestra parte de manera preliminar podemos presentar el concepto de Argumentación Empírica o de los hechos propuesto por el doctor Víctor Manuel Rojas Amandi:

La argumentación de tipo empírico es la propia de la materia de las pruebas que las partes ofrecen para demostrar que sus pretensiones jurídicas se encuentran justificadas. Por eso, la misma resulta de vital importancia, pues en 'numerosas controversias jurídicas la apreciación de los hechos juega el papel decisivo'.<sup>34</sup>

Por tanto, como se puede observar el objeto de estudio de la argumentación de hechos descansa en la apreciación de los hechos o en la interpretación de ellos –hermenéutica- lo cual produce una serie de complicaciones que de alguna manera debe solucionar la misma teoría, pues si la hermenéutica abre las posibilidades de interpretaciones de los fenómenos, la misma Teoría de la Argumentación acompañada de otras disciplinas como la lógica, psicología, semiótica y demás deberían ofrecer cierta estabilidad en el debate acerca de los fenómenos del mundo; también es importante seguir reproduciendo las palabras del doctor Víctor Manuel Rojas Amandi quien marca la complejidad de la no existencia de soluciones preestablecidas como resultado de la interrelación de los hechos, las normas y los valores en la propia argumentación:

la teoría de la argumentación no puede ofrecer soluciones preestablecidas que simplemente se apliquen y garanticen éxito en el resultado. Desde la posición de la decisión jurídica, para casos concretos sólo se encuentran preestablecidos los hechos, las normas jurídicas y los valores que incorpora el orden jurídico. La teoría de la argumentación sirve para establecer la forma en que esos tres elementos se relacionan entre sí. Esta manera de interrelación de esos tres factores proporciona un marco para la decisión jurídica. Desde el punto de vista de la decisión, dichos elementos alcanzan su significación cuando se relacionan entre ellos y se valoran sus vínculos recíprocos. El objeto de sus intereses son también los tipos de argumentos y las formas de la argumentación cuando se fundamentan las decisiones.<sup>35</sup>

Por lo anteriormente expuesto, por nuestra parte no coincidimos con la perspectiva de que “Los hechos y las verdades son puntos de partida que se tratan como puntos no sujetos a discusión y

que se consideran 'aceptados' por todos los seres humanos racionales",<sup>36</sup> lo anterior porque la hermenéutica abre las posibilidades de la interpretación de los hechos, por eso es tan oscura y escurridiza la aprehensión de los fenómenos a interpretar en el mundo.

##### 5.- Problemas presentados sobre una argumentación de hechos en México.

Una vez establecidas las bases teóricas y un concepto para una Teoría de la Argumentación de Hechos en México, así como la problemática de la diversidad de interpretaciones correspondientes a la premisa fáctica, en los términos señalados; resulta importante presentar una serie de problemas en la argumentación de los hechos (premisa fáctica) que justificarían en gran medida el desarrollo de una argumentación de los hechos estable en nuestro país; como se ha visto tenemos una amplia historicidad sobre los estudios respecto de la argumentación, sin embargo solo se requiere redescubrir el avance ya realizado a partir de la época colonial; en efecto de igual manera es necesaria una colaboración interdisciplinaria, ya que en gran medida el gremio de los juristas ha desarrollado su propia Teoría Estándar de Argumentación Jurídica utilizando el silogismo normativo y por otra parte tanto la filosofía, la lógica y las ciencias de la comunicación presentan desde un ángulo diverso, un modelo de argumentación general y teórico enfocado en un silogismo natural en el mismo plano epistémico.

En tales condiciones, la argumentación de hechos se puede presentar en cualquier fenómeno social controvertido, incluso recordemos que en el mundo moderno las redes sociales electrónicas son fundamentales porque cualquier persona puede participar en un debate sobre algún hecho, presentando su propia postura sobre el tema; sin embargo, se podría hacer un ejercicio interesante al utilizar las herramientas de una teoría argumentativa para identificar ciertas falacias recurrentes e incluso plantear *leyes de paso* que permitan demostrar la ineficacia de la estructura silogística argumentativa en dichas redes sociales; en efecto, los debates contemporáneos requieren estabilidad en el razonamiento argumentativo y para ello es necesario desarrollar una teoría sobre una argumentación empírica.

De igual forma, la sociedad está acostumbrada a debatir sobre racismo e indigenismo bajo el paradigma de los Derechos Humanos, no obstante, resulta complejo entender que estos derechos para los no juristas, no son comprendidos ontológicamente de manera similar y uniforme en una sociedad plural,<sup>37</sup> incluso, mientras para muchos de nosotros podemos estar en

contra del racismo como principio moral de nuestra persona, en la realidad no todos estarían dispuestos a compartir un techo con una persona de color y/o trasladar al hospital en nuestro auto a una persona indígena infectada por coronavirus; lo mismo sucede cuando se protege el derecho animal de las mascotas en las redes sociales pero consumimos carne en el mundo real; aquí ya estamos en el mundo de la argumentación de hechos y de las premisas fácticas donde al derecho no le alcanza para dar una explicación adecuada.

En cuanto al tema de la corrupción, se ha manejado a nivel mundial como un discurso político bien remunerado a favor de los partidos de oposición al gobierno en turno; lo anterior debido a los gobiernos de alternancias en las democracias modernas en América, no obstante, los hechos que dan motivo a este discurso de la corrupción desde un punto de vista argumentativo pueden ser argumentados de diversas maneras, es decir, una compra en beneficio social *per se* por parte del gobierno en turno puede argumentarse como algo positivo, pero que pasa si esa compra implicó un endeudamiento del país, entonces ese acto se argumentaría como algo negativo; luego entonces la percepción del fenómeno fáctico es importante porque respecto del mismo hecho, algunos percibirían solo la compra en beneficio social y otros un endeudamiento del país; aquí estamos en el terreno de la argumentación de hechos. Otro tema importante para la argumentación de los hechos es la introducción al sistema financiero de dinero con apariencia de licitud, lo anterior debido a las diversas interpretaciones y argumentaciones sobre el origen ilícito del dinero a partir de los hechos presentados.<sup>38</sup>

En relación a la Violencia Política de Género, el marco normativo<sup>39</sup> en el país ha generado instrumentos para sancionar las conductas humanas ilícitas; no obstante, si la interpretación de las conductas abren la diversidad de posibilidades, la argumentación de hechos cerraría esa diversidad de encuadres fácticos en un modelo argumentativo estable; verbigracia, si el debate abierto de libertad de expresión en un ambiente político entre contendientes políticos –sea mujer u hombre- queda restringido por la interpretación de cualquier tipo de acto humano (facticidad) como un acto-agresión al sexo femenino, estamos en problemas, porque el acto ya interpretado para ser imputado debe lesionar el bien jurídico tutelado de la protección del género femenino, esto es el “solo por ser mujer”. Lo mismo pasaría si una mujer candidata demeritara el trabajo electoral de un candidato hombre por el solo hecho de ser del sexo masculino: ¡estamos en el mundo de la argumentación de los hechos!<sup>40</sup>

Inclusive, cuando en México se han decidido temas paradigmáticos y polémicos como el caso de la interrupción del embarazo, donde la sociedad se polarizó en cierto sentido; la argumentación jurídica al respecto no solucionaría la controversia *per se* porque el principal debate no se actualizó en la premisa normativa, si no en la premisa fáctica; en los hechos, en la realidad y su interpretación; es decir la vida se tenía que proteger y el derecho a decidir ... también; pero la pregunta sobre los hechos es y ¿cuándo empezaría la vida?... al respecto la argumentación de los hechos fungiría como una válvula de escape a muchas preguntas fácticas; no obstante lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación consultó expertos en bioética y otras disciplinas que pudieran dar luz a tan complejidad presentada; es así como la argumentación sobre hechos en una escala técnica especializada, tomaría el nombre de argumentación científica o pericial que en gran medida le daría al juez constitucional mejores herramientas para poder discernir.

## **V. Conjeturas**

a) El desarrollo de un proyecto de Teoría de la Argumentación de Hechos aplicable en México, se justifica como complemento al desarrollo de la Argumentación Jurídica utilizada por los tribunales en México; misma conjetura se correlaciona con el cuerpo del texto, al referirse que a partir de la década de los cincuenta del siglo pasado, la argumentación jurídica tuvo un desarrollo estable en Europa, así como en Latinoamérica con la importación de diversos modelos e ideas argumentativas, pero estos modelos se terminarían enfocando en la premisa normativa, al ser modelos adecuados a las teorías modernas sobre constitucionalismo, garantismo y neo-constitucionalismo; no obstante, la premisa fáctica ha sido soslayada debido a que el objeto de estudio del Derecho no radica en la epistemología de los fenómenos del mundo y su incertidumbre, sino propiamente se agota en el mundo normativo de aspecto limitado y rígido.

b) El rescate de los trabajos sobre argumentación de la época colonial y un aumento de material bibliográfico existente sobre argumentación de hechos en las instituciones mexicanas, puede sentar bases para el desarrollo de una Teoría de la Argumentación de Hechos en México; esta misma conjetura se correlaciona con el cuerpo del texto, al referirse a la existencia de antecedentes importantes del desarrollo de la argumentación en el virreinato de la Nueva España en la parte donde se alude a Fray Alonso de la Vera Cruz, Fray Diego Valadés o Antonio Rubio, así como a figuras importantes en la Teoría de la Argumentación en México –Humanismo

Mexicano Jesuita- además de rescatar la importancia de la lógica en este trabajo por la univocidad de los términos, el análisis de “tópicos” y el análisis de las falacias. De igual manera es importante mencionar los aportes a la Teoría de la Argumentación por parte de Mauricio Beuchot y Edgar González Ruiz; debido al análisis histórico-sistemático de la teoría de la argumentación, el estudio de la lógica no formal, dialéctica y retórica; la propuesta de una argumentación dialógica, las falacias *–petitio principii–*, la argumentación retórica, y su aplicación en inteligencia artificial. En este sentido, lejos estamos aún en el desarrollo de una *Teoría de la Argumentación de Hechos* propia de México, donde se aplique una teoría del silogismo a partir de una lógica occidental desarrollada, incluso hasta retomar teorías auxiliares correspondientes a la justificación interna y externa, además del análisis de los contextos de descubrimiento y de justificación muy al estilo europeo.

c) Es importante fortalecer las instituciones promotoras de la argumentación en México mediante la implementación de líneas de investigación enfocadas a la argumentación de hechos, así como a la argumentación legislativa y científica; misma conjetura se correlaciona con el cuerpo del texto al haberse referido a la enseñanza de la argumentación en México por parte del Poder Judicial de la Federación y en concreto el otrora Instituto de la Judicatura Judicial -hoy Escuela Federal de Formación Judicial- lo anterior mediante el estudio de la obra de Anthony Weston, *Las claves de la Argumentación*; otra institución promotora de la argumentación en México es el *Instituto de Investigaciones Filosóficas* de la *Universidad Nacional Autónoma de México* mediante la impartición del “Diplomado en Argumentación” en el cual se presenta el pensamiento de Oswald Ducrot y la escuela francesa, la teoría de Ariel Campirán, los trabajos de John Woods y Douglas Waltón, Franz H. Van Eemeren y la escuela holandesa, Michael Gilbert, Vaz Ferreira, la teoría de Carlos Pereda, la teoría de Hubert Marraud, la teoría de Luis Vega Reñón, así como Lilian Bermejo-Luque; de igual forma en el mismo Instituto el doctor Axel Arturo Barceló Aspeitia trabaja como área de investigación, la propia “Argumentación”. A su vez, el *Instituto de Investigaciones Filológicas* de la *Universidad Nacional Autónoma de México* publicó los trabajos de Luisa Puig y David García Pérez: *Retórica y Argumentación: perspectivas de estudio*; *Retórica, argumentación y política: lecturas e interpretaciones*; *Discurso y argumentación: un análisis semántico y pragmático*; y *La realidad ausente: teoría y análisis*.

En este mismo sentido con agrado de saberlo, se implementó la materia de “Argumentación de Hechos” en la Maestría en Argumentación Jurídica impartida por la Escuela

de Argumentación Jurídica incorporada a la Universidad Autónoma de Tlaxcala (2022) donde esta materia cumplirá un papel fundamental en el desarrollo de su objeto de estudio; finalmente es de prioridad la creación de nuevos centros de difusión de la “argumentación” en nuestro país apoyados y financiados a su vez por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología.

d) La serie de problemas en la argumentación de los hechos justifica en gran medida el desarrollo de una Argumentación de los Hechos en nuestro país; esta misma conjetura se correlaciona con el cuerpo del texto al referirse a una serie de problemas en la argumentación de los hechos (premisa fáctica) que justificarían en gran medida el desarrollo de una argumentación de los hechos en nuestro país; en efecto es necesaria una colaboración interdisciplinaria entre académicos diversos, ya que en gran medida los juristas han desarrollado su propia Teoría Estándar de Argumentación Jurídica utilizando el silogismo normativo y por otra parte tanto la filosofía, la lógica y las ciencias de la comunicación presentan desde un ángulo diverso, un modelo de argumentación general y teórico enfocado en un silogismo natural propio de un plano epistémico. Así de esta manera se presentaron una serie de problemas fácticos sobre Violencia Política de Género, corrupción, indigenismo, interrupción del embarazo y redes sociales, donde se puso en evidencia la inestabilidad de las decisiones por la falta de una teoría unificada de la argumentación de hechos.

## **Bibliografía**

- ALCALA CAMPOS Raúl, (comp.) *Hermenéutica, retórica y argumentación*, Universidad Nacional Autónoma de México, ENEP Acatlán Naucalpan, 1997.}
- ANZONERA PADILLA, Fernando. *Argumentación racional, connaturalidad, intuición*, en Logos, Revista de Filosofía, 8 p. SEPT-DEC, México, 1981, 9.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel. *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- BEUCHOT, Mauricio y GONZALEZ RUIZ, Edgar. *Ensayos sobre teoría de la argumentación*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1993.
- CAMARGO GONZÁLEZ Ismael Coordinador, *Argumentación Jurídica y Lingüística, Lenguaje Discriminatorio y Sexista*, Editorial Flores, México, 2017.
- CASTANO Ana, *Walter Redmond y Mauricio Beuchot. La teoría de la argumentación en el México Colonial*, Universidad Nacional Autónoma de México, Añejos de Novahispania, 1995.



- DIMATÉ RODRÍGUEZ Cecilia, *La argumentación ¿construcción cultural o desarrollo cognitivo?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.
- EEMEREN, Frans H. van. *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, trad. Cristián Santibáñez Yañez y María Elena Molina, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Plaza y Valdés Editores, Madrid-México, 2012.
- FETERIS, Eveline T. “*Fundamentos de la Argumentación Jurídica, Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*”, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- FIX FIERRO, Héctor y Jaime Cárdenas Gracia, coords., *La Prueba y la Argumentación de los Hechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2015.
- GARCÍA CASTILLO, Zoraida. *La argumentación judicial sobre hechos en el juicio acusatorio*, Bosch, México, 2014.
- GRACIDA JUÁREZ, Ysabel. *et al* (coord.) *La argumentación: acto de persuasión, convencimiento o demostración*, Édere, México, 2005.
- GUERRA, Humberto. *La analogía como instrumento de la argumentación inductiva. Una propuesta para su enseñanza*, en *Política y Cultura*, México, dic. 2014, núm. 42.
- LEAL CARRETERO Fernando, et al (coords.). *Introducción a la Teoría de la Argumentación*, Universidad de Guadalajara, Editorial Universitaria, Guadalajara, 2018.
- LODDER, Arno R. *DiaLaw On Legal Justification and Dialogical Model of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001.
- MARTÍNEZ SOLÍS, María Cristina. *La Argumentación en la enunciación, La construcción del proceso argumentativo en el discurso, Perspectivas teóricas y trabajos prácticos*, Universidad del Valle, Cali, 2015.
- MEYER, Michel. *Principia Rhetorica. Théorie générale de l'argumentation*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 2008.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. *Argumentar de otro Modo los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015.
- , *Otro Modo de Argumentar los Derechos Político Electorales*, Conferencia magistral por la Benemérita Universidad de Oaxaca y la Escuela Judicial Electoral, el 22 de junio de 2020.
- OLVERA ROMERO, Caleb. *Mauricio Beuchot y la teoría de la argumentación*, en *Revista de Filosofía*, Universidad Iberoamericana, México, 2000.

- ORTIZ ORTIZ, Serafín. *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica*, Porrúa, México, 2014.
- PLANTIN Christian, *La Argumentación, historia, teorías, perspectivas*, trad. Nora Isabel Muñoz, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2012.
- PUIG Luisa y David García Pérez, editores, *Retórica y Argumentación: perspectivas de estudio*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- , *Retórica, argumentación y política: lecturas e interpretaciones*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.
- PUIG Luisa, *Discurso y argumentación: un análisis semántico y pragmático*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- , *La realidad ausente: teoría y análisis polifónicos de la argumentación*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- RANGEL HINOJOSA, Mónica. *El debate y la argumentación: teoría, técnicas y estrategias*, Trillas, México, 2007.
- RIVERA MOYA, Marla y Santiago Nieto Castillo. *Una escuela judicial electoral para la democracia constitucional*, en RUVALCABA GARCÍA, Gabriela D. et al. (coords), *Las escuelas judiciales en el Estado democrático ¿Hacia dónde va la Escuela Judicial Electoral?*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2020.
- RODRÍGUEZ ALFARO Lidia, *Retórica y Argumentación. Lo implícito y las escalas adjetivo-argumentativas*, revista serial, México, 2002.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. “*Argumentación Jurídica*”, Oxford, México, 2019.
- SANTIBÁÑEZ, Cristián. *Origen y función de la argumentación, pasos hacia una explicación evolutiva y cognitiva*, Palestra Editores, Lima, 2018.
- TRUEBA ATIENZA, Carmen. (Coord.) *Racionalidad: lenguaje, argumentación y acción*, Universidad Autónoma Metropolitana, Plaza y Valdés, Iztapalapa, 2000.
- VEGA REÑÓN Luis. *La fauna de las falacias*, Trotta, Madrid, 2013.
- , *Introducción a la teoría de la argumentación, Problemas y perspectivas*, Palestra Editores, Lima, 2015.
- WESTON Anthony, *Las claves de la Argumentación*, trad. Mar Vidal, Ariel, Barcelona, 2011.

---

<sup>1</sup> “La construcción de una teoría alternativa, desde esta perspectiva, ha de consistir en un proceso de generalización de la teoría, que debería llevarse a cabo considerando, al menos, las siguientes dimensiones.

En primer lugar, no se puede olvidar que la argumentación que se efectúa en la vida jurídica es, en gran parte, una argumentación sobre hechos, mientras que la teoría estándar se ocupa, casi con exclusividad, de cuestiones de tipo normativo. Con ello, sin embargo, no solo se deja fuera del ámbito de estudio la mayor parte de las argumentaciones que se producen fuera de los tribunales superiores –y que es una argumentación sobre hechos–, sino que tampoco se da cuenta suficientemente de la argumentación a propósito de cuestiones normativas, puesto que también en relación con este tipo de problemas surgen discusiones sobre hechos que pueden llegar a tener una importancia incluso decisiva. La construcción de una teoría de la argumentación jurídica que también dé cuenta de este tipo de razonamiento jurídico (o de este aspecto del mismo) debería conducir, por un lado, a una mayor aproximación hacia teorías de la argumentación que se desarrollan en otros ámbitos, como la argumentación científica y la argumentación de la vida ordinaria.” ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Las razones del Derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011, pp. 204-205.

<sup>2</sup> “La argumentación de tipo empírico regularmente exige una sustitución de la argumentación jurídica por argumentación técnica o científica, como puede ser la de la ingeniería, economía, psicología, medicina, química, etc. Esto se debe a que, en un mundo moderno altamente especializado los conocimientos de las conductas o de los hechos se han convertido en objeto de análisis tecnológico y científico y escapan a una apreciación de mero sentido común que cualquier abogado o juez práctico pudiera dominar.

Aquí se aplica una regla de transferencia, pues la argumentación meramente jurídica resulta incapaz para vérselas con las conductas o los hechos reales y requiere transformarse en argumentación tecnológica o científica. Aquí la cooperación interdisciplinaria se torna indispensable.” ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, Oxford, México, 2019, pp. 264-265.

<sup>3</sup> “Una teoría de la argumentación jurídica no puede establecer con seguridad en qué casos un hecho se ha perpetrado y, en consecuencia, una norma se ha violado y qué consecuencia de derecho habrá que derivar para la resolución de un caso. Preguntas de este tipo sólo podrían ser resueltas por el juez mismo. Éste debe encontrar los argumentos necesarios para fundamentar sus decisiones y no inferir las mismas a partir de tipos de argumentos seguros y estables. De esta forma, la teoría de la argumentación jurídica sólo ofrece los procedimientos del razonamiento jurídico, más no los resultados seguros y estables a los que en todo caso se debiera llegar.” ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Argumentación Jurídica*, Oxford, México, 2019, p. 54.

<sup>4</sup> LODDER, Arno R. *DiaLaw On Legal Justification and Dialogical Model of Argumentation*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 2001.

<sup>5</sup> MEYER, Michel. *Principia Rhetorica. Théorie générale de l'argumentation*, Librairie Arthème Fayard, Paris, 2008.

<sup>6</sup> EEMEREN, Frans H. van. *Maniobras estratégicas en el discurso argumentativo*, trad. Cristián Santibáñez Yañez y María Elena Molina, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Plaza y Valdés Editores, Madrid-México, 2012.

<sup>7</sup> SANTIBÁÑEZ, Cristián. *Origen y función de la argumentación, pasos hacia una explicación evolutiva y cognitiva*, Palestra Editores, Lima, 2018.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ SOLÍS, María Cristina. *La Argumentación en la enunciación, La construcción del proceso argumentativo en el discurso, Perspectivas teóricas y trabajos prácticos*, Universidad del Valle, Cali, 2015.

<sup>9</sup> VEGA RENÓN Luis, *Introducción a la teoría de la argumentación, Problemas y perspectivas*, Palestra Editores, Lima, 2015.

<sup>10</sup> DIMATÉ RODRÍGUEZ Cecilia, *La argumentación ¿construcción cultural o desarrollo cognitivo?*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013.

<sup>11</sup> CASTANO Ana, *Walter Redmond y Mauricio Beuchot. La teoría de la argumentación en el México Colonial*, UNAM, Añejos de Novahispania, 1995, pp. 311-313.

<sup>12</sup> BEUCHOT, Mauricio y GONZALEZ RUIZ, Edgar. *Ensayos sobre teoría de la argumentación*, Universidad de Guanajuato, Guanajuato, 1993. De igual forma es importante el artículo de Caleb Olvera Romero, titulado: *Mauricio Beuchot y la teoría de la argumentación* en Revista de Filosofía, Universidad Iberoamericana, México, 2000.

<sup>13</sup> LEAL CARRETERO Fernando, et al (coordinadores). *Introducción a la Teoría de la Argumentación*, Universidad de Guadalajara, Editorial Universitaria, Guadalajara, 2018.

<sup>14</sup> RANGEL HINOJOSA, Mónica. *El debate y la argumentación: teoría, técnicas y estrategias*, Trillas, México, 2007.

<sup>15</sup> TRUEBA ATIENZA Carmen, (Coordinadora) *Racionalidad: lenguaje, argumentación y acción*, UAM, Plaza y Valdes, Iztapalapa, 2000.

<sup>16</sup> GRACIDA JUÁREZ, Ysabel. et al (coordinadora) *La argumentación: acto de persuasión, convencimiento o demostración*, Èdere, México, 2005.

- 
- <sup>17</sup> ALCALA CAMPOS Raúl, (comp.) *Hermenéutica, retórica y argumentación*, UNAM, ENEP Acatlán Naucalpan, 1997.
- <sup>18</sup> RODRÍGUEZ ALFARO Lidia, *Retórica y Argumentación. Lo implícito y las escalas adjetivo-argumentativas*, revista serial, México, 2002.
- <sup>19</sup> ANZONERA PADILLA, Fernando. *Argumentación racional, connaturalidad, intuición*, en Logos, Revista de Filosofía, 8 p. SEPT-DEC, México, 1981, 9, pp. 79-86.
- <sup>20</sup> GUERRA, Humberto. *La analogía como instrumento de la argumentación inductiva. Una propuesta para su enseñanza*, en Política y Cultura, México, dic. 2014, no. 42, pp. 211-227.
- <sup>21</sup> ROJAS AMANDI, *op. cit.*
- <sup>22</sup> En esta obra el autor Christian Plantin analiza la argumentación como retórica, dialéctica y lógica; presenta ciertas teorías de la argumentación; rescata el modelo de Toulmin; los tipos de argumentos, entimemas, topoi, tipología de los argumentos; presenta el modelo dialogal de la argumentación y la prueba entre hecho y discurso. PLANTIN Christian, *La Argumentación, historia, teorías, perspectivas*, trad. Nora Isabel Muñoz, Editorial Biblos, Buenos Aires, 2012.
- <sup>23</sup> Por su parte la *Suprema Corte de Justicia de la Nación* ha también contribuido a la difusión de la argumentación jurídica; mediante la organización del *Congreso Internacional de Argumentación Jurídica* I, II y III a cargo del *Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial*, donde el Profesor José Ramón Narváez Hernández tuvo una intervención importante en su organización, así como al ministro en retiro Mariano Azuela Güitrón; en el mismo sentido en 2005, 2006 y 2007 tuvo lugar el primer, segundo y tercer *Seminario de Argumentación Jurídica* organizados por la *Suprema Corte de Justicia de la Nación*. De igual manera las Casas de la Cultura Jurídica en cada entidad federativa, desde su creación han organizado diversos cursos y seminarios sobre Argumentación Jurídica donde los ponentes en su mayoría tenían la calidad de jueces y magistrados federales lo que provocó un acercamiento importante de la judicatura al gremio jurídico.
- <sup>24</sup> WESTON Anthony, *Las claves de la Argumentación*, trad. Mar Vidal, Ariel, Barcelona, 2011.
- <sup>25</sup> De igual manera, resulta de gran valor la difusión de la Argumentación Jurídica por parte de la Universidad Autónoma de Tlaxcala mediante la impartición del Doctorado en Derecho y Argumentación Jurídica, donde el Director científico del Centro de Investigaciones Jurídico Políticas, doctor Serafín Ortiz Ortiz y su equipo de connotados juristas difunden la argumentación jurídica de manera constante; verbigracia, en 2014 se publicaría *Fundamentos de la Teoría de la Argumentación Jurídica* por la editorial Porrúa a cargo del doctor Serafín Ortiz Ortiz. En el mismo sentido la Universidad Autónoma de Tlaxcala se ha preocupado por establecer escuelas incorporadas especializadas en argumentación jurídica con el fin de formar en la argumentación a futuros abogados.
- <sup>26</sup> PUIG Luisa y GARCÍA PÉREZ David, editores, *Retórica y Argumentación: perspectivas de estudio*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2011.
- <sup>27</sup> PUIG Luisa y GARCÍA PÉREZ David, editores, *Retórica, argumentación y política: lecturas e interpretaciones*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2015.
- <sup>28</sup> PUIG Luisa, *Discurso y argumentación: un análisis semántico y pragmático*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1991.
- <sup>29</sup> PUIG Luisa, *La realidad ausente: teoría y análisis polifónicos de la argumentación*, Instituto de Investigaciones Filológicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- <sup>30</sup> ALCALA CAMPOS, *op. cit.*
- <sup>31</sup> GARCÍA CASTILLO, Zoraida. *La argumentación judicial sobre hechos en el juicio acusatorio*, Bosch, México, 2014.
- <sup>32</sup> FIX FIERRO, Héctor y CÁRDENAS GRACIA, Jaime. coordinadores, *La Prueba y la Argumentación de los Hechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2015.
- <sup>33</sup> VEGA REÑÓN Luis. *La fauna de las falacias*, Trotta, Madrid, 2013, p. 97.
- <sup>34</sup> ROJAS AMANDI, *op. cit.*, p. 265.
- <sup>35</sup> *Ibidem*, p. 53.
- <sup>36</sup> “PERELMAN y OLBRECHTS-TYTECA distinguen dos categorías de puntos de partida: los que se relacionan con lo 'real' y los que se relacionan con 'lo que es preferible'. En los que se relacionan con la realidad, se expone una demanda al reconocimiento de la audiencia universal. Esta clase de puntos de partida incluye hechos, verdades y presunciones. Los que se relacionan con lo que es preferible tienen que ver con las preferencias de la audiencia particular. Esta clase incluye valores, jerarquías de valor y *loci*. Los hechos y las verdades son puntos de partida que se tratan como puntos no sujetos a discusión y que se consideran 'aceptados' por todos los seres humanos racionales.” FETERIS, Eveline T. *Fundamentos de la Argumentación Jurídica, Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, Trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, p. 93.
- <sup>37</sup> NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón. *Argumentar de otro Modo los Derechos Humanos*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2015.

---

<sup>38</sup> Al respecto es importante presentar un ejemplo del ciclo de dinero ilícito: “El uso de dinero ilícito en las campañas políticas, así como la utilización de cargos públicos para desviar recursos y después intentar introducirlos al sistema financiero o a la economía nacional con apariencia de licitud” RIVERA MOYA, Marla D. y NIETO CASTILLO, Santiago. *Una escuela judicial electoral para la democracia constitucional*, en RUVALCABA GARCÍA, Gabriela D. et al (coords), *Las escuelas judiciales en el Estado democrático ¿Hacia dónde va la Escuela Judicial Electoral?*, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2020, p. 155.

<sup>39</sup> “También se han generado sendos criterios que han marcado precedentes para prevenir, erradicar y sancionar la violencia política de género. Basta con echar un vistazo al documento *Criterios sobre violencia política contra las mujeres en razón de género*, de la Comisión de Igualdad de Género y No Discriminación del Instituto Nacional Electoral, que integra las sentencias y criterios de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los tribunales estatales en relación con el *Protocolo para la atención de la violencia política contra las mujeres en razón de género*.” *Ibidem*, 151.

<sup>40</sup> Una obra importante sobre argumentación sexista estuvo coordinada por Ismael Camargo González en 2017: *Argumentación Jurídica y Lingüística, Lenguaje Discriminatorio y Sexista*, en este trabajo los articulistas analizan la intersección de la argumentación jurídica y la lingüística, en el caso de Ismael Camargo González analiza la argumentación lingüística, el lenguaje, los eufemismos y el contexto; Gonzalo Armienta Hernández y Marcelino Gómez López nos presentan el pluralismo y la organización, justicia y argumentación del pueblo Yoreme y Yaqui; Ofelia López Mejía y Lizbeth García Montoya nos presenta una argumentación jurídica y lingüística: Discriminación, etnia y sexo; por su parte Sergio Manuel Barraza Díaz nos presenta argumentación jurídica: uso correcto del lenguaje en el entorno indígena –lenguaje discriminatorio étnico-; Lucía Becerra analiza la interculturalidad y discriminación; Edgar Ivan Ortega Peñuelas refiere al lenguaje jurídico falaz y presenta tipos de falacias en los argumentos; José Felix Soto establece la relación de la libertad de expresión y el lenguaje discriminatorio; por su parte Yanhira Lizbet Cisterna Huerta analiza el lenguaje discriminatorio y sexista en los juicios orales. CAMARGO GONZÁLEZ Ismael Coordinador, *Argumentación Jurídica y Lingüística, Lenguaje Discriminatorio y Sexista*, Editorial Flores, México, 2017.

**POSIBLES LIMITACIONES Y EXCESOS DE LA PONDERACIÓN, COMO TÉCNICA  
ARGUMENTATIVA EN LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA PROTECCION DE  
LA SALUD**

Jorge Jesús Corona Rodríguez\*

Fecha de recepción: 14 de diciembre de 2021

Fecha de aceptación: 12 de marzo de 2022

**Resumen**

Al menos en las últimas dos décadas en nuestro país, la ponderación como estructura formal del ejercicio interpretativo-argumentativo que realizan los jueces al resolver, ha tenido un papel cada vez de mayor importancia, desde la doctrina en la enseñanza del derecho, hasta y, sobre todo, en la práctica judicial. Esta técnica argumentativa ha sido útil para resolver aquellos conflictos entre derechos fundamentales, sin embargo, existen críticas con relación a su utilización que derivan en posibles limitaciones y excesos por parte del órgano decisor al dar solución a problemas que involucran la exigibilidad y cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

**Abstract:**

At least in the last two decades in our country, the weighting as a formal structure of the interpretative-argumentative exercise that judges carry out when solving has played an increasingly important role, from the doctrine in the teaching of law, up to, and above all, in judicial practice. This argumentative technique has been useful to resolve those conflicts between fundamental rights, however, there are criticisms regarding their use that lead to possible limitations and excesses on the part of the decision-making body when solving problems that involve the enforceability and fulfillment of the right to health protection.

Conceptos clave: Argumentación e interpretación jurídica, ponderación, derecho a la protección de la salud.

Keywords: Argumentation and legal interpretation, weighting/balancing, right to health protection.

\*Doctorante del Centro de Investigaciones Jurídico-Políticas, Posgrado en Derecho, Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## **I. Introducción**

Es a partir de la década de los noventa del siglo pasado y la primera década del presente siglo, cuando en México se comienza a exigir por medio de los órganos jurisdiccionales, es decir, desde el ámbito estrictamente judicial, el reconocimiento, protección y cumplimiento del catálogo de derechos sociales contenidos en nuestro artículo 4º Constitucional, derechos sociales tales como: derecho a recibir alimentos, derecho a la protección de la salud, derecho a un medio ambiente sano, derecho al agua, derecho a la vivienda, derecho a la identidad, derecho a la cultura.

Hasta entonces la exigibilidad de tales derechos constitucionales de corte social, se realizaba desde plataformas administrativas o políticas que condicionaban y hacían imposible la plena realización de dichos derechos, ya que no vinculaban a las autoridades para efecto de poder proveerlos a sus solicitantes. A pesar de la importancia de estos en la vida diaria, existía hasta entonces cierta obscuridad en cuanto a la forma en que debían ser exigidos, no obstante que derechos como el de la protección de la salud, son fundamentales para que una persona pueda realizarse en todos los aspectos de su vida.

No hay necesidad de hacer un ejercicio minucioso para saber lo deficiente que ha sido el Estado Mexicano en dar respuesta a la problemática social que esto significa, también es innegable reconocer las complicaciones (económicas y de número principalmente) para dar cumplimiento a los derechos sociales; sin embargo, como se dijo, a partir de casos emblemáticos en la década de los noventa<sup>1</sup>, se incrementó el número de ciudadanos que acudieron ante los tribunales judiciales para solicitar el cumplimiento y realización del derecho a la protección de la salud.

En esta tesitura, los órganos decisores, han ocupado la ponderación (sobre todo en los últimos años a partir de la reforma constitucional de junio del 2011), como técnica para dar solución a esta problemática al momento de decidir sobre el cumplimiento del derecho a la protección de la salud.

En el desarrollo de las siguientes líneas, se presentará una brevísima contextualización del reconocimiento constitucional del derecho a la salud en nuestro país; posteriormente, se señala la forma idónea a través de la cual se solicita su cumplimiento; a continuación, se enlistan las formas tradicionales de interpretación en relación a este derecho; se exponen las posibles limitaciones y excesos en los que se puede llegar a incurrir en la utilización y aplicación de la ponderación; y, finalmente, se añaden algunas consideraciones a modo de conclusiones.

## **II. Breve contextualización histórica del reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud.**

Existen diversidad de antecedentes remotos en cuanto al reconocimiento por parte del Estado mexicano sobre el derecho a la salud<sup>2</sup>, la mayoría de ellos ubicados durante el siglo XIX, empero, no fue hasta la reforma constitucional publicada el 3 de febrero de 1983, mediante la cual se adicionó un párrafo al artículo 4º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos<sup>3</sup>, elevando así a rango constitucional el derecho de toda persona a la protección de la salud, a partir de ese momento lo consideramos como un verdadero derecho humano plenamente reconocido en nuestra Constitución Federal.

Hay consenso entre investigadores y académicos al señalar que la inclusión del *“derecho a la protección de la salud”* fue para armonizar nuestra CPEUM, con lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas<sup>4</sup> con relación a este derecho, ya que con toda seguridad afirmamos que la plena realización del derecho humano a la salud es uno de los requisitos basilares para que las personas puedan desarrollar otros derechos fundamentales<sup>5</sup>.

Como hemos visto, el reconocimiento del derecho a la protección de la salud es relativamente reciente si lo comparamos con otros derechos, como los derechos de libertad, de igualdad, los derechos civiles, políticos, de propiedad, etcétera. Hablamos de un derecho históricamente considerado como una idea, como una expectativa de cumplimiento, una directriz política, plan de gobierno<sup>6</sup>, es decir, un derecho de carácter programático que establece simplemente directivas de acción para los poderes constituidos<sup>7</sup>.

En este sentido, el derecho a la protección de la salud, al igual que el resto de derechos humanos fundamentales reconocidos por nuestra CPEUM en su parte dogmática, en armonía



con los instrumentos convencionales suscritos por México y, en atención a la importante reforma constitucional del 2011 que cambió al artículo 1º constitucional, le fue atribuido una protección aún mayor, puesto que dicha modificación constitucional, resultó ser un verdadero cambio de paradigma en relación a exigibilidad de los derechos humanos fundamentales.

En atención de lo anterior, y si bien es cierto, el derecho a la protección de la salud se encontraba debidamente reconocido y protegido por la CPEUM (al menos desde la reforma constitucional de 1983) y los tratados internacionales de los que nuestro país es parte, esto no significaba el cumplimiento del derecho por sí mismo, y mucho menos su proporcionamiento de manera eficaz y efectiva, toda vez, que no sé contaba con la certeza del mecanismo o procedimiento, social, político o jurídico para solicitar su exigibilidad.

### **III. La exigibilidad por la vía jurisdiccional del derecho a la protección de la salud**

La exigibilidad como aptitud o poder de reclamo que tienen los individuos para hacer valer cualquier derecho dentro de un estado constitucional, tiene como base esencial el señalamiento preciso de ciertos mecanismos para efecto de hacerlos exigibles, dado que, sin procedimientos claros de exigibilidad, esos derechos serían únicamente un listado de buenas intenciones imposibles de cumplimentar.

Para lograr la exigibilidad del derecho a la protección de la salud, es dable la utilización de otro tipo de mecanismos o procedimientos que no necesariamente son de naturaleza jurisdiccional, tales como la exigencia del derecho a través de procedimientos políticos, administrativos o gubernamentales y procedimientos cuasi judiciales. Sin embargo, este tipo de procedimientos, distintos a los vinculantes propios de la materia judicial, son insuficientes para lograr la exigibilidad y efectividad plena de este derecho, por lo tanto, en lo subsecuente, nos centraremos particularmente en la exigibilidad desde una base jurisdiccional.

La exigibilidad jurisdiccional del derecho a la protección de la salud no es sustancialmente distinta a la de los derechos fundamentales reconocidos en nuestra CPEUM, de la misma manera de cuando estamos en presencia de una violación o se quiera la restitución de un derecho fundamental que se considere violado, cualquiera que este sea, de manera general el mecanismo idóneo para exigirlo es nuestro medio de control constitucional por excelencia, el amparo.

Lo anterior, fue confirmado por nuestro Máximo Tribunal Judicial Mexicano<sup>8</sup>, a través de sus resoluciones emitidas sobre el derecho a la protección de la salud, propiciando un viraje judicial, en el sentido de que a partir de tales sentencias, hubo un traslado de posición, donde se pasó de considerar al derecho a la protección de la salud como un derecho programático o prestacional, a considerarlo como garantía individual primero, y posteriormente, en un derecho fundamental.

Adicionalmente, los diversos criterios y tesis jurisprudenciales emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en relación a la exigibilidad jurisdiccional de los derechos sociales, desde una visión amplia, así como del derecho a la protección de la salud en lo particular, nos permite establecer con toda claridad, que desde ese momento (en adición a la ya mencionada e importantísima reforma constitucional sobre derechos humanos del 2011) y con los subsecuentes criterios jurisprudenciales sobre la materia<sup>9</sup> se dio plena certidumbre sobre la exigibilidad por la vía jurisdiccional de este derecho.

#### **IV. Tres aproximaciones a la interpretación del derecho a la protección de la salud.**

Una vez determinada la vía por la cual se accede a la exigibilidad del derecho fundamental a la protección de la salud, es menester señalar el reto, por demás importante, que para los operadores jurídicos significa restituirlos, protegerlos, proveerlos, condicionarlos, negarlos o cualquier otra conducta posible presente en sus fallos según sea el caso particular que de origen a la necesidad de su intervención.

Para ello, los jueces comienzan observando ciertos presupuestos de procedencia como competencia, capacidad, interés jurídico, legitimación, etc.; salvando estos requisitos procedimentales, la autoridad se avoca a delimitar los contenidos y límites del derecho, desde la titularidad del mismo, quiénes son los obligados a respetarlo, o en este caso a proveerlo, cuál es el contenido de dicha obligación, las circunstancias y condiciones para su aplicación, las facultades que el titular posee en caso de incumplimiento del deber de respeto<sup>10</sup>; además, la especificación de las fronteras o límites del derecho frente a otros.

Los jueces una vez que observaron los presupuestos de procedencia, determinaran si el enunciado normativo, en este caso el derecho a la protección de la salud, para efectos del procedimiento argumentativo de ponderación, se considerará como una regla o como un

principio; siendo que las primeras se resuelven aplicando una y desechando la otra, es decir, se aplica o no se aplica; y los segundos, no tienen una estructura que establezca una consecuencia jurídica concreta a un caso determinado, sino que se refieren a un estado que se considera posible u óptimo<sup>11</sup>.

Aunando a lo anterior, las reglas se agotan en sí mismas, no tienen una característica más que la establecida en la disposición normativa, su formulación pretende la aplicación mecánica a un determinado asunto, puesto que son formulaciones en abstracto para ser aplicadas a un caso concreto, en ese contexto, las reglas determinan de manera directa y precisa la forma de comportamiento ante una situación específica contenida en la ley; por lo tanto, a las reglas se les obedece y a los principios se adhiere.<sup>12</sup> Claramente, es dable determinar la posición positivista de la aplicación de las reglas en la práctica jurídica.

Siguiendo la idea de Ronald Dworkin (como sabemos, más cercano a las posiciones iusnaturalistas), este autor considera que los juristas no utilizan únicamente reglas, sino también principios, los cuales son enunciados normativos que deben ser observados, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad y, además, la existencia de principios constituye una de las vías para la introducción de la moral en el derecho<sup>13</sup>.

Establecido el enunciado normativo objeto del estudio (regla o principio), para su interpretación se han señalado en la práctica judicial, tres enfoques o aproximaciones principalmente: la jerarquización de derechos; la armonización o ajustamiento de derecho; y, la ponderación de derechos.

El primer enfoque interpretativo, la jerarquización de derechos, como lo sostiene German Bidart Campos, se puede resumir en tres partes; la primera parte, considera que todos los enunciados normativos de la constitución son en cuanto a derechos fundamentales iguales en jerarquía; la segunda parte, establece que al interpretar la constitución en torno de dos o más derechos que se deben aplicar para resolver un conflicto, se debe dar prioridad al valor o bien de mayor jerarquía sobre el inferior que está en conflicto; y, la tercera parte, en la interpretación armónica de todas ellas hay que preferir el valor o el bien de rango superior<sup>14</sup>.

Esta interpretación como señala Humberto Alcalá Nogueira:

... lleva a errores metodológicos del operador jurídico, y en especial de los jueces, ya que analizan el caso en una perspectiva abstracta y no en la situación concreta con sus

particularidades propias, argumentando no desde, el caso sino de una posición subjetiva de valoración de los derechos que se sustenta, además de no responder a los argumentos concretos de las partes, **dejando sin fundamentar o motivar, una parte relevante de la sentencia, lo que la convierte en una sentencia con falta de razonabilidad y eventualmente arbitraria...**<sup>15</sup>.

El segundo enfoque interpretativo, es la armonización de los derechos, en el caso de los derechos fundamentales se debe orientar la interpretación desde un enfoque que procure la unidad del sistema de derechos, privilegiando la dignidad humana y el bien común<sup>16</sup>.

El contenido de cada derecho se precisa considerando su naturaleza, el bien jurídico que tutela, su finalidad y su ejercicio en la práctica, considerando sus limitaciones y los ámbitos de funcionamiento razonables<sup>17</sup>.

El tercer enfoque metodológico de interpretación que intenta resolver la posible tensión entre derechos constitucionales, derechos fundamentales, o enunciados normativos que aludan a principios, es la ponderación, que a decir de Robert Alexy comienza en *“la posible existencia de un conflicto entre derechos fundamentales o de estos con otros bienes constitucionalmente determinados”* cuando esto acontece, y en cada caso en particular, se pesaran en una balanza imaginaria o abstracta para determinar cuál de estos debe prevalecer sobre el otro<sup>18</sup>.

Este ejercicio de *“pesar”* principios en colisión es posible, dado que, estamos ante enunciados normativos de igual rango o nivel, donde no es viable aplicar los métodos tradicionales de solución de antinomias jurídicas, es decir, en estos casos concretos los criterios clásicos de solución de tensión entre normas o derechos (ley superior deroga a ley inferior; ley posterior deroga a ley anterior; y, ley especial deroga a ley general) se encuentran rebasados y resultan obsoletos.

En esta tesitura, consideramos a la ponderación como una técnica o actividad, ya que, es una manera o método de argumentar y justificar decisiones en el derecho; se caracteriza por contar con una estructura lógica estructurada en tres fases principalmente; una primera donde se identifican y determinan cuales son los principios en conflicto; una segunda, en donde el juez debe atribuirle un peso específico en atención al caso concreto; y, finalmente, se deberá decidir la prevalencia del derecho sobre el otro, tratando de afectar a ambos lo menos posible<sup>19</sup>; de esta manera, la ponderación, es una especie de barrera metodológica protectora de los principios en

el sentido de que, al realizar esta actividad, se constituye una frontera que impide el detrimento del principio opuesto.

En cuanto al derecho a la protección de la salud, suele encontrarse dicha tensión en casos particulares, por ejemplo: en relación al derecho a la vida y el derecho al proyecto de vida, aparece en conflicto cuando nos encontramos en casos de interrupción del embarazo; el derecho a la vida, el principio de progresividad, la imposibilidad económica y presupuestaria del Estado, ocurre en casos de personas sin acceso a recursos y servicios médicos; el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sucede en la discusión sobre del uso medicinal y lúdico de la marihuana; el derecho a la libertad del trabajo, el derecho a libertad de comercio e industria, en asuntos sobre legislación que controlan la venta de tabaco y otras sustancias similares; y, en los últimos años, cuando se discute sobre los planes o programas políticos y administrativos sobre las circunstancias que deben acontecer para que se apliquen vacunas a determinados sectores de la población. Todos estos ejemplos son únicamente enunciativos, más no limitativos, y nos muestran las diversas situaciones en que el derecho a la protección de la salud colisiona con otros derechos fundamentales del mismo nivel jerárquico constitucional.

Hemos dejado claro la importancia que la ponderación juega en la práctica judicial para dar solución a posibles conflictos entre principios, en la actividad judicial local no ha sido la excepción, pero, no debemos perder de vista que la ponderación es una parte de algo más amplio: el principio de proporcionalidad.

## **V. La influencia de la ponderación en las decisiones de la suprema corte de justicia de la nación sobre la protección al derecho a la salud**

Ahora bien, como vimos en el apartado anterior, señalamos la importancia de la ponderación como técnica o método interpretativo-argumentativo, es menester en consecuencia, señalar que la ponderación es sólo una parte o subprincipio, de algo más grande, un principio más amplio, el principio de proporcionalidad. Alexy, para explicar lo que implica este principio lo divide en tres subprincipios, el principio de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, dichos sub-principios en conjunto expresan la idea de optimización<sup>20</sup>.

El ministro José Fernando Franco González Salas señala que la Suprema Corte de la Nación, ha adoptado el principio de proporcionalidad para resolver casos concretos que plantean el conflicto entre derechos fundamentales<sup>21</sup>, siguiendo la teoría de la ponderación desarrollada por

Robert Alexy, la misma SCJN a través de diversas tesis y criterios jurisprudenciales ha señalado que los conflictos entre principios: “deben resolverse aplicando un test de proporcionalidad, que viene a ser una especie de meta-principio o, si se quiere, el principio último del ordenamiento jurídico. Ese principio consta, a su vez, de tres subprincipios: el de idoneidad, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación”.<sup>22</sup>

Es dable reconocer entonces, que la ponderación es plenamente considerada como instrumento de interpretación y argumentación por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Tan es así, que en múltiples ocasiones ha resuelto utilizando esta metodología interpretativa.

Además de la manifestación expresa en cuanto al uso de la ponderación por parte de nuestro Máximo Tribunal, su uso ha sido justificado en el sentido de considerarla como herramienta para resolver cuestiones sobre derechos fundamentales, pues en las últimas tres décadas en nuestro país hubo un aumento notable de impugnaciones ante tribunales federales, donde el derecho a la protección de la salud fue el derecho fundamental considerado violado, lo cual generó en la SCJN la obligación de resolver dichas impugnaciones aplicando la ponderación como técnica metodológica.

Así también, es posible presumir en un futuro cercano, un aumento en el número de impugnaciones a las autoridades jurisdiccionales, que eventualmente conocerá y resolverá en última instancia la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tengan como objeto de reclamo el derecho fundamental a la protección de la salud<sup>23</sup>, dónde se ocupara a la ponderación como técnica de apoyo para resolverlos, sin embargo, existen limitaciones, riesgos, excesos e ineficiencias que la teoría y sobre todo la práctica jurídica no ha observado o considerado lo suficiente, creemos en consecuencia que existe la posibilidad de que se materialicen excesos y aparezcan limitaciones en el uso de la ponderación, que a continuación trataremos de exponer.

## **VI. Posibles limitaciones y excesos de la ponderación, como técnica argumentativa en la exigibilidad del derecho a la protección de la salud**

En este apartado expondremos algunas objeciones que consideramos de mayor relevancia en cuanto al uso de la ponderación que como metodología ha enfrentado en los últimos años (de manera enunciativa, no exhaustiva) para mostrar las posibles limitaciones y excesos que el uso

de la ponderación presenta en el ámbito general de los derechos fundamentales, y particularmente, sobre el derecho a la protección de la salud.

### 1. Objeciones sobre la hiper racionalidad de la ponderación

Carlos Bernal Pulido, quien ha examinado a detalle la teoría de la argumentación de Alexy, señala de forma general o amplia dos grandes problemas derivados del uso de la ponderación como metodología<sup>24</sup>; el primero, consiste en cuestionar “*si la ponderación constituye un procedimiento racional*” en la práctica jurídica o si se trata de un recurso persuasivo de gran utilidad para justificar las decisiones que involucran conflictos entre principios; y, el segundo problema, es el que atañe a la legitimidad del interprete aplicador, que “*la ponderación no representa nada más que un juicio arbitrario y salomónico para aplicar los principios mediante la ponderación*”. Ambas problemáticas las subdivide a su vez en tres:

- La falta de precisión de la ponderación. La ponderación no es sino una estructura discursiva o método que adolece de una conceptualización carente de un concepto claro. Es un término vacío que sólo provoca confusiones a la hora de ponderar principios, no existen criterios jurídicos que garanticen la objetividad de la ponderación, que sean vinculantes para el juez y que puedan utilizarse para controlar las decisiones judiciales en las que se ponderan principios<sup>25</sup>.
- La inconmensurabilidad en la ponderación. En la colisión de dos o más principios, existe la imposibilidad de ser medidos, ya que no hay fórmula para ello, derivando así en la irracional de la ponderación, dado que involucra la comparación de dos magnitudes que, debido a sus radicales diferencias, no son comparables<sup>26</sup>. La inconmensurabilidad aparece en la ponderación, porque no existe una organización jerárquica de los principios que se ponderan, ni una medida común entre ellos, hay una evidente ausencia de una escala de valores que nos permitiera observar la preeminencia de un principio sobre otro.
- La imposibilidad de predecir los resultados de la ponderación. La irracionalidad de la ponderación deriva de la imposibilidad de predecir sus resultados, ya que cada caso concreto es distinto, también lo será su resolución, por ello, es que depende de los elementos y circunstancias de casa caso en particular.

Estas tres críticas se encuentran, a consideración de Bernal Pulido, íntimamente relacionadas, porque la ausencia de la precisión conceptual y la imposibilidad de determinar el peso de los principios dan como consecuencia la dificultad de predecir los resultados en la ponderación.

## 2. La objeción de los aspectos formal y material de la ponderación

Los teóricos de la argumentación jurídica distinguen dos aspectos del razonamiento jurídico, un aspecto formal y otro material; el primero, hace referencia a la corrección estructural de los argumentos; el segundo, el aspecto material, se refirieren a la corrección de las premisas<sup>27</sup>.

No obstante que el aspecto formal de la ponderación se encuentra debidamente regido por un conjunto de elementos precisos, si una ponderación no respeta tal estructura, se tratará de un razonamiento inválido, aun cuando se respetaran tales reglas la estructura formal de dichas formas de razonamiento permite obtener varias respuestas como válidas. Para solventar la posible falta anterior, los estudiosos de la argumentación coinciden en que el aspecto formal se complementaría con el material y este último nos indicaría cuál es la respuesta jurídica adecuada o correcta.

En la situación planteada previamente, estaríamos ante una situación problemática, dado que, el aspecto material en la ponderación se conforma de un conjunto de elementos metodológicos cuya aplicabilidad no dependa de las preferencias del interprete, que también aplica, sino, estaría constituido por dichos caminos metodológicos no claros, lo que generaría en este interprete márgenes enormes de discrecionalidad al momento de tomar su decisión<sup>28</sup>.

## 3. La objeción con base en un decisionismo subjetivo

A partir de la objeción de irracionalidad, se puede derivar la objeción de subjetividad, ya que, en esencia en ambas no existen criterios o lineamientos racionales para realizar una ponderación. Las decisiones que toman los jueces las realizan a partir de sus prejuicios y concepciones personales, entre otras cosas. Consecuentemente, la ponderación se torna irracional, ya que sirve simplemente para comparar criterios subjetivos sobre principios, que en el caso concreto donde se aplique la ponderación inclinen la balanza sobre el principio que considere prevalecer sobre el otro que será limitado. Convirtiendo así a la ponderación en una metodología riesgosa.

## 4. La escasa relevancia del decisionismo ponderativo



Juan García Amado desarrolla la siguiente objeción al procedimiento ponderativo, dirigiendo su crítica al aspecto de irracionalidad, así como a la irrelevancia para la interpretación de normas de derecho fundamental<sup>29</sup>, centrado dichos cuestionamientos en los siguientes postulados:

- Detrás de toda regla siempre hay un principio, por lo que todos los conflictos entre reglas, en realidad son conflictos entre principios.
- Dado que el resultado de la ponderación depende de la interpretación de las normas constitucionales es un método carente de autonomía.
- La ponderación es un método de interpretación jurídica prescindible, dado que lo importante es la interpretación de los preceptos normativos en función de las reglas tradicionales de la hermenéutica jurídica.
- El único método válido para la aplicación de normas de derechos fundamentales es el tradicional método subsuntivo.
- Prácticamente cualquier caso puede convertirse si se quiere, en un caso de derechos fundamentales sujeto de ser ponderado.

## 5. Particularismo

La última objeción que analizaremos es la realizada por Juan José Moreso, la cual consiste en *“la imposibilidad de formar juicios relativos a un caso concreto que sean a su vez válidos para resolver casos futuros”*, es decir, *“al no existir parámetros objetivos en la ponderación de principios en un caso concreto, no se podrán generar argumentos jurídicos que sirvan para resolver casos futuros”*<sup>30</sup>.

La estructura de la crítica que Juan José Moreso realiza se constituye de tres partes:

- La objeción de jerarquización abstracta, la ponderación exige una escala de ordenación abstracta de los derechos, sin embargo, una escala de tal tipo no es posible, pues no existen criterios que permitan determinar si un principio debe prevalecer por encima de otro.
- La objeción de objetividad de la escala triádica; la posibilidad de su fundamentación racional descansa en la racionalidad de todo el procedimiento ponderativo. Si la escala triádica no pudiese ser fundamentada racionalmente, la ponderación sería necesariamente irracional.

- La objeción del particularismo ponderativo refiere a la forma de resolver los conflictos entre principios, basándose en la distinción entre principios morales de carácter particularista y principios morales de carácter universalista. Moreso concluye de esta distinción que la técnica para resolver los conflictos entre principios planteada por la ponderación implica necesariamente una estrategia particularista

Como hemos podido observar existen distintas posiciones críticas referentes al uso de la ponderación como procedimiento metodológico, algunas de las preocupaciones expuestas en este apartado también se configuran en la práctica cuando el procedimiento ponderativo se encausa para solucionar un caso concreto que involucre el derecho a la protección de la salud.

## VII. Conclusión

Si bien es cierto que el reconocimiento constitucional del derecho a la protección de la salud es relativamente nuevo en comparación con otros derechos fundamentales tradicionales o clásicos, esto no impide que su reconocimiento, protección y cumplimiento deba hacerse de la misma manera en la que son exigidos el resto los derechos fundamentales.

Por ello, el reconocimiento del amparo como medio de control constitucional para exigir su cumplimiento a través de la vía estrictamente jurisdiccional ha sido un gran avance para clarificar el camino a seguir para lograr su cumplimiento.

Como ya hemos mencionado el derecho a la protección de la salud, al tratarse de un derecho fundamental, puede entrar en conflicto contra otros derechos del mismo nivel en casos concretos o específicos, por ejemplo:

	Derecho a la vida Proyecto de vida	Casos de interrupción del embarazo
	Derecho a la vida Principio de progresividad	Casos de personas sin acceso a recursos y servicios médicos

Derecho a la protección de la salud	Imposibilidad económica y presupuestaria del Estado	
	Libre desarrollo de la personalidad	Casos del uso medicinal y lúdico de la marihuana
	Libertad del trabajo  Limitación a la libertad de comercio e industria	Casos sobre legislación que controlan la venta de tabaco y otras sustancias similares
	Planes o programas administrativos	Casos sobre personas que exigen se les aplique la vacuna contra el virus Sars-Cov2

En cuanto a estos posibles conflictos, la ponderación como metodología ha sido utilizada para ayudar al juzgador a resolverlos, un ejemplo de ello es lo resuelto por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación en asuntos de gran relevancia que involucran la tensión de algún derecho fundamental contra el derecho a la protección, a modo de ejemplo, menciono uno de ellos:

En el asunto que conoció la SCJN bajo el número 1388/2015<sup>31</sup>, se abordaron principalmente cuestiones relacionadas al derecho a la salud, de igualdad y no discriminación, derecho a la vida, interrupción del embarazo, proyecto de vida, reparación integral del daño, efectos del amparo. En este caso, una mujer derechohabiente del ISSSTE solicitó la interrupción de su embarazo debido a que era considerado de alto riesgo, al no recibir respuesta favorable a su petición, acudió ante el Poder Judicial Federal para efectos de solicitar el efectivo cumplimiento de su derecho a la salud.

La SCJN al estudiar este asunto se avoco a resolver si la interrupción del embarazo cuando la salud de la mujer esté en riesgo implica una medida necesaria para garantizar el derecho a la salud reconocido, no sólo a nivel Constitucional, sino también supra constitucional a través de diversos tratados internacionales de derechos humanos.

En la sentencia la SCJN resolvió conceder el amparo, apoyada de un ejercicio ponderativo entre el derecho a la vida de la quejosa y la interrupción del embarazo y proyecto

de vida del nonato en consideración a que las autoridades responsables incumplieron con las obligaciones que les impone el parámetro constitucional del derecho a la salud al haberle negado el acceso a la interrupción del embarazo a la recurrente, no obstante que la acción pudo resultar contraproducente a su bienestar físico y emocional de ella y del producto del embarazo. Finalmente, en la resolución en comento, se ordenó que a la inconforme le fuese restablecido el goce de su derecho a la salud y que la autoridad responsable se hiciera cargo de ello.

Uno de los pilares argumentativos en los que fundamento el sentido de dicha resolución, fue la aplicación de la perspectiva de género en la aplicación de las normas procedimentales del amparo, ya que existe la posibilidad de que dichas normas compliquen el acceso a la justicia de las mujeres cuando se trate de interrupción del embarazo, argumentando que las mujeres se encuentran en una desventaja histórica por razones de sexo, situación que suele influir de manera negativa en las pretensiones de las quejas.

Es innegable que el ejercicio argumentativo realizado por la SCJN, en el sentido de la resolución del asunto que ahora comentamos es influido por factores externos ajenos a una estricta metodología argumentativa que derivan en la objeción de irracionalidad, ya que, sus argumentos se sostienen en la subjetividad de sus decisiones a partir de los prejuicios, concepciones personales y sobre todo, en este caso en particular, por el contexto histórico del que somos parte, que reconoce y protege de mayor manera a minorías, intentando reparar así vejaciones históricas de las cuales las mujeres han sido objeto.

Si bien es cierto, existen objeciones al uso de la ponderación como herramienta metodológica, tal como las expusimos en el apartado anterior, consideramos que las ventajas desde el punto de vista práctico son mayores, ya que al proporcionarnos una estructura formal en la exposición de las tensiones entre derechos fundamentales se robustece la argumentación y ayuda a justificar de mejor manera las decisiones.

Entonces, la ponderación como estructura formal resulta valiosa para el ejercicio interpretativo-argumentativo que realizan los jueces al resolver; primeramente, porque ofrece un marco metodológico, para de alguna manera dar corrección y racionalidad a una decisión interpretativa del conflicto particular; además, al no contar con una manera específica de resolver los asuntos en concreto, es decir, no exige una única respuesta correcta, permite llegar a un

espectro de soluciones más amplias, dentro un marco constitucional-normativo previamente establecido.

En este tenor, coincidimos con Bernal Pulido cuando señala que la ponderación no establece un “*procedimiento algorítmico que por sí mismo garantice la obtención de una única respuesta correcta en todos los casos*”<sup>2</sup>

En cuanto a la irracionalidad, discrecionalidad y subjetividad por parte del aplicador del derecho, opinamos que la ponderación en sí misma no es irracional, sin embargo, se debe admitir la existencia de juicios subjetivos y discrecionales, aspectos imposibles de desprender o disociar en los jueces, también se encuentran en otras formas de interpretación y carecen de la estructura formal que sí tiene la ponderación.

Por último, y en consecuencia de todo lo previamente dicho, es menester señalar la complejidad que radica resolver los conflictos entre derechos fundamentales, particularmente aquellos que son indispensables en la vida de las personas, por ello, contar con una herramienta metodológica que de estructura a la argumentación nos ayuda a delimitar las decisiones de nuestros jueces, aunque esto no excluya del todo la posible aparición de excesos y limitaciones al momento de argumentar la decisión.

## **Bibliografía**

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

-----*Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés (2004)*, México, Fontamara, 2005.

BERNAL PULIDO, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en *Filosofía del Derecho Constitucional, Cuestiones fundamentales*, Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo Leonardo (Coord), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016.

CARPIO M. Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2004.

CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Recensión de: "Serna, Pedro y Toller, Fernando, *La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*, Buenos Aires, La Ley, 2000.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984.

- GARCÍA AMADO, Juan A. *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2017.}
- GONZALEZ MALDONADO, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: análisis crítico*, Ed. Liber Iuris Novum, México, 2011.
- GONZÁLEZ SALAS, José Fernando Franco, *Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos*. Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017.
- MORESO, José J. *La aritmética de la ponderación*, en: *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid, 2009.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos, dialogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Colección Derechos Procesal de los Derechos Humanos 1, Ubijus México, 2014.
- NUÑEZ- VAQUERO, Alvaro, *Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios*. Jurídicas, 2017.
- RUIZ MASSIEU, José Francisco “*El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud*”, en Guillermo Soberón Acevedo, et al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983.
- SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Olga María del Carmen, *El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México*, Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017.
- TAPIA CONYER, Roberto y MOTTA MURGUÍA, Lourdes, “*Bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud*” Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p 419.

---

<sup>1</sup> Si acaso el más importante, fue el que se resolvió a través de la Sentencia de Amparo en Revisión 2231/1997 por medio de la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación, falló a favor de un derecho habiente del Instituto Mexicano del Seguro Social, que solicitó a la justicia que obligue al IMSS a tratarlo con los medicamentos mejor indicados para su dolencia, en el sentido que los pacientes pueden exigir los medicamentos que pretendan cuando ese medicamento sea esencial para su salud y lo será cuando ellos sean aquellos que produzcan los mayores beneficios.

<sup>2</sup> El primer antecedente constitucional puede considerarse la creación del Consejo de Salubridad de 1941, cuyo objeto era vigilar la correcta práctica del ejercicio de la medicina y farmacia, en materia de sanidad y acciones de beneficencia pública, que dio origen posteriormente a la Salubridad General de la Republica que se introdujo como competencia federal en la Constitución de 1857, por reforma a los artículos 11 y 72, fracción XXI, de 12 de noviembre de 1908, durante el gobierno de Porfirio Díaz. GONZÁLEZ SALAS, José Fernando Franco, *Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos*. Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución*

---

mexicana, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 146.

<sup>3</sup> En lo sucesivo CPEUM.

<sup>4</sup> La Declaración Universal de los Derechos se aprobó por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Cabe resaltar que entre la fecha de aprobación de la declaración Universal de los Derechos Humanos y la adición constitucional que reforma el artículo 73, pasaron más 30 años.

<sup>5</sup> SÁNCHEZ CORDERO DÁVILA, Olga María del Carmen, *El derecho constitucional a la protección de la salud. Su regulación constitucional y algunos precedentes relevantes del Poder Judicial de la Federación en México*, Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 308.

<sup>6</sup> RUIZ MASSIEU, José Francisco “*El contenido programático de la Constitución y el nuevo derecho a la protección de la salud*”, en Guillermo Soberón Acevedo, et al., *Derecho constitucional a la protección de la salud*, México, Miguel Ángel Porrúa, 1983.

<sup>7</sup> *Ídem*.

<sup>8</sup> La resolución parte aguas, que comienza el cambio de paradigma sobre la exigencia jurisdiccional del derecho a la protección de la salud, particularmente, con relación a recibir medicamentos, es la que emite la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el 25 de octubre de 1999, al resolver un amparo en la materia, resolviendo en pleno y de manera unánime que el derecho a la protección de la salud “*sí se traducía en un derecho subjetivo a recibir los medicamentos básicos para el tratamiento de las enfermedades como parte integrante de la atención médica, y señaló que el derecho a la protección de la salud era una garantía individual*”. TAPIA CONYER, Roberto y MOTTA MURGUÍA, Lourdes, “*Bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud*” Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*, coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 419.

<sup>9</sup> El derecho a la protección de la salud ha sido interpretado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación como un derecho fundamental dado su reconocimiento constitucional y su contenido específico en la regulación secundaria, la procedencia del juicio de amparo se establece en la tesis “*Derecho a la salud. Su tutela a través del juicio de amparo*”. Consultable en: Tesis P. XVIII/2011, p. 32, tomo XXXIV, agosto de 2011, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

<sup>10</sup> Existen lineamientos constitucionales sobre el derecho a la salud en el que se establecen ciertas exigencias para su cumplimiento a través de deberes concretos para el Estado, siendo estos los siguientes: Disponibilidad, Accesibilidad (en sus cuatro dimensiones: la no discriminación, accesibilidad física / económica y el acceso a la información), Aceptabilidad y de Calidad; así lo señalo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la sentencia de amparo en revisión de número 1388/2015.

<sup>11</sup> GONZALEZ MALDONADO, Marco Aurelio, *La proporcionalidad como estructura argumentativa de ponderación: análisis crítico*, Ed. Liber Iuris Novum, México, 2011 p. 18.

<sup>12</sup> *Ídem*.

<sup>13</sup> DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 72.

<sup>14</sup> NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos Fundamentales, bloque de constitucionalidad de derechos, dialogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, Colección Derechos Procesal de los Derechos Humanos 1, Ubijus México, 2014, p. 127.

<sup>15</sup> Lo remarcado en negritas es del suscrito. *Ibidem* p.128.

<sup>16</sup> CASTILLO CÓRDOVA, Luis, Recensión de: “*Serna, Pedro y Toller, Fernando, La interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Una alternativa a los conflictos de los derechos*”, Buenos Aires, La Ley, 2000, p. 171.

<sup>17</sup> *Ídem*.

<sup>18</sup> ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

<sup>19</sup> CARPIO M. Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Editorial Palestra, Lima, 2004, p. 126.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert, *Teoría del discurso y derechos constitucionales. Cátedra Ernesto Garzón Valdés (2004)*, México, Fontamara, 2005, p. 61.

<sup>21</sup> GONZÁLEZ SALAS, José Fernando Franco, *Ponderación del derecho humano a la protección de la salud frente a otros derechos*. Secretaría de Salud, en *La salud en la Constitución mexicana*,

---

coord., Fernando Gutiérrez Domínguez, México: Secretaría de Cultura, Secretaría de Salud, 2017, p. 150.

<sup>22</sup> La tesis se titula *PROPORCIONALIDAD DE LAS PENAS. SUS DIFERENCIAS CON EL TEST DE PROPORCIONALIDAD EN DERECHOS FUNDAMENTALES*. Visible para su consulta digital en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/2007342>

<sup>23</sup> La crisis sanitaria motivada por el virus SARS- CoV-2 ha sido el mejor ejemplo de esta situación.

<sup>24</sup> BERNAL PULIDO, Carlos, *La racionalidad de la ponderación*, en *Filosofía del Derecho Constitucional, Cuestiones fundamentales*, Fabra Zamora, Jorge Luis y García Jaramillo Leonardo (Coord), Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2016, p. 406

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> *Ídem*.

<sup>27</sup> NUÑEZ- VAQUERO, Alvaro, *Una mirada realista sobre la ponderación (y la concreción) de principios*. *Jurídicas*, 2017, vol. 14, no 1, p. 54-70 DOI: 10.17151/jurid.2017.14.1.5.

<sup>28</sup> *Ídem*.

<sup>29</sup> GARCÍA AMADO, Juan A. *Decidir y argumentar sobre derechos*, Tirant Lo Blanch, México, 2017, p. 57.

<sup>30</sup> MORESO, José J. *La aritmética de la ponderación*, en: *La Constitución: modelo para armar*. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 315.

<sup>31</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Amparo en Revisión 1388/2015*, Primera Sala, ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Sentencia de 15 de mayo de 2019, México. El texto íntegro de la sentencia puede consultarse en el siguiente enlace: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/sites/default/files/sentencias-emblematicas/sentencia/2020-12/AR%201388-2015.pdf>

<sup>32</sup> MOCOROA, Juan Manuel. *La ponderación en la argumentación constitucional: una (ligera) mirada*. *Reforma Judicial*. *Revista Mexicana de Justicia*, 2014, p. 23-36.





## **CONTROL DE DETENCIÓN**

### **DETENTION CONTROL**

Germán García Montealegre\*

Fecha de recepción: 12 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 24 de mayo de 2022

#### **Resumen**

El Derecho Procesal Penal ha cambiado con la reforma de 18 de junio de 2008 y la investigación y persecución de los delitos por consecuencia se ha transformado en investigación preliminar y complementaria, así como el proceso a juicio oral, donde se ha vuelto garante los derechos tanto de la víctima como del imputado mediante audiencias ante un juez de control en el primer caso y jueces de la causa en el segundo. Actualmente la acción penal comienza con detenido y sin detenido, con detenido y tendrá 48 horas el Agente del Ministerio Público para acudir al juez de control con la finalidad de que se califique si la detención ha sido legal o ilegal y por el otro lado, sin detenido, se cita al sujeto a una audiencia para hacerle saber que se ha iniciado en su contra una investigación.

#### **Abstract**

Criminal procedure and criminal investigation has changed since June 18 of 2008. Now it is known as preliminary and complementary investigation and process to trial where the rights of the victim are guaranteed as the rights of the offender through the intervention of a judge of control and judge of trial. It is so the process begins with or without detention of the offender. If it begins with detention there will be a period of 48 hours to take the offender to a judge of control to determinate the legality of the detention. If there's no detention the offender has to be called to a hearing where the judge will inform that there is an investigation against him. In the old system the criminal procedure had 3 stages known as preliminary investigation, process and execution, nowadays they have changed into investigation, intermediate stage, trial, impugment and execution.

Palabras clave: Investigación preliminar y complementaria, audiencia inicial, control de detención, investigación con detenido, garantías del imputado.

Key words: Preliminary and complementary investigation, initial hearing, investigation with person in custody, offender's guarantees

\* Facultad de Derecho, Universidad Autónoma de Tlaxcala. Licenciado en Derecho, Maestro en Derecho Penal, Master internacional en Derecho penal por Navarra, Master en Derecho Penal y Criminología por Sevilla y Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Tlaxcala.

## **1. De la Averiguación Previa a la Investigación**

Para México, el proceso penal tenía tres escenarios, -como expusiera Don Sergio García Ramírez-, o bien, como señalara el penalista Serafín Ortiz Ortiz, el sistema penal está conformado por subsistemas, refiriéndose al lugar donde se desarrolla lo penal. A saber, el primer escenario lo constituye el denominado ministerial, que es donde se lleva a cabo la investigación y prosecución de los delitos el cual le incumbe al Ministerio Público y a la Policía, según lo dispone el Artículo 21 Constitucional. En ese mismo sentido y fundamento, el segundo escenario o subsistema se denomina jurisdiccional a cargo del juez penal que tiene por función la imposición de las penas y medidas de seguridad. Y en último lugar, encontramos al tercer subsistema denominado de la ejecución penal, representado por el CERESO, (Centros de Readaptación Social) y los CEFERESO (Centros Federales de Readaptación Social), donde se ejecuta la pena y que denominaré el escenario de ejecución penal.

Es así, como en México la cuestión penal tenía procesalmente tres escenarios: en el primero el Agente del Ministerio Público integra la Averiguación Previa con el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ya sea con detenido en las 48 horas siguientes a la detención, o sin detenido la integra en el término de la prescripción del delito o cuando existe disposición se ajusta a la misma. Esta primera fase inicia con la denuncia o la querrela, -requisitos de procedibilidad y sine qua non-, sin la cual no procedería el ejercicio de la acción de manera procesalmente correcta. Así, integrando estos elementos, es decir, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en el plazo y términos señalados anteriormente procedía a ejercitar la acción penal ante el juez penal de primera instancia competente, dijimos con detenido en las 48 horas siguientes y sin detenido en el plazo de la prescripción.

Ejercitar la acción, significa que el Agente del Ministerio Público va a intentar la acción penal ante el juez competente. Para llevar a cabo lo anterior, es necesario que, en primer lugar, tenga materialmente integrados en su expediente de Averiguación Previa, tanto el Cuerpo del Delito como

la Probable responsabilidad. Una vez reunidos los elementos antes descritos, el Agente del Ministerio Público deberá concluir mediante una resolución ministerial denominada Determinación, si ejercita o no la acción penal. Antaño, a esto se le denominaba el monopolio de la acción penal, pues es el único que tiene esa facultad del ejercicio penal o no.

Es de esta manera como el Agente del Ministerio Público, con las facultades conferidas en el artículo 21 Constitucional, investiga y persigue los delitos y con fundamento en lo dispuesto en el 16 Constitucional, integra su expediente de Averiguación Previa, con el Cuerpo del Delito y la Probable Responsabilidad. Por lo tanto, podemos decir que la Averiguación Previa tiene un principio y un final; el principio lo constituye la denuncia o la querrela y el final la determinación del ejercicio o no, de la acción penal y el contenido es el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

## **2. La etapa inicial o de investigación con la reforma**

Es de esta forma como se integraba procesalmente el primer escenario penal o subsistema ministerial. Actualmente, con la reforma penal del 18 de junio de 2008 en materia penal, se ha transformado la cuestión procesal en esta materia hasta en la nomenclatura. Hoy por hoy, no podemos hablar de Averiguación Previa como etapa procesal, sino de investigación y ésta a su vez en informal y formal o, dicho de otro modo, en inicial y complementaria. En ese mismo sentido, al expediente de Averiguación Previa hoy se le conoce como Carpeta de Investigación. Antaño, la primera tenía que resguardarse en sigilo y la segunda está a disposición del imputado ya desde que sean convocados a la audiencia inicial.

Ahora, el esquema de los tres escenarios penales o bien los subsistemas del Sistema Penal y Procesal Penal que, por cierto, así se conocía antes de la reforma del 18 de junio de 2008 en el artículo 18 Constitucional. Hoy tenemos identificadas cinco etapas en este cambio de paradigma penal. Paradigma que paso de ser inquisitivo a acusatorio. A saber, encontramos a la etapa de investigación, a la etapa intermedia, a la etapa de juicio oral o debate principal, a la etapa de impugnación y a la etapa de ejecución penal.<sup>1</sup>

Asimismo, la primera etapa denominada de investigación tiene un principio y un final. El principio es la denuncia o la querrela como requisitos sine qua non, y el final lo constituye el cierre de la investigación. En ese orden de ideas, está subdividida en dos, en la investigación inicial y en la

investigación formal. La primera abarca desde la denuncia o querrela hasta aquellos actos de investigación derivados de policía, peritos, testigos o lo que denominaremos actos ministeriales preliminares. Y la segunda, abarca actos procesales tales como el control de detención, la formulación de la imputación, la solicitud de vinculación a proceso y la solicitud de medidas cautelares, y por último el cierre de la investigación, actos que se tienen que llevar a cabo a control con un juez denominado así también.

En esta primera fase denominada de investigación, el Agente del Ministerio Público o fiscal, es el director de la investigación y va a realizar todos los actos tendientes para integrar no su Averiguación Previa, sino la Carpeta de Investigación. Ahora integra datos suficientes de la existencia de la probable existencia de un hecho delictivo y del sujeto que probablemente lo cometió y no como antaño se decía, el Cuerpo del Delito y la probable responsabilidad, aunque a criterio del suscrito, lo que realmente integra son los datos suficientes del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad.

### **3. Etapa de investigación y la carpeta de investigación con y sin detenido**

Ahora bien, en la etapa de investigación el cual se ha subdividido en informal y formal o como nos establece el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente en inicial y complementaria, se puede iniciar con detenido y sin detenido como se hacía en la antigua Averiguación Previa. El inicio con detenido puede tener algunas hipótesis que trataremos de abarcar en su gran mayoría para una mejor comprensión.

Antes de continuar con el desarrollo, deseamos hacer una pausa en este momento, para hacer una aclaración muy pertinente. Dicha aclaración tiene que ver con la idea que, en el nuevo sistema o paradigma penal y procesal penal, existe un principio rector junto con 9 más que pretende que esta modalidad despresurice el sistema penal.

Esto quiere decir, que en el anterior sistema todos los delitos en el que se iniciaba la Averiguación Previa o el Proceso se tenían que enfrentar a una detención preventiva con la salvedad de que se estaba investigando, y obviamente se presumía su culpabilidad, situación contraria a derecho y violatoria de derechos y que hoy no se puede ni justificar ni mucho menos sostener. Ahora, estamos ante un esquema contrario, esto significa que, de acuerdo con el principio de inocencia, previsto en el Artículo 13 del Código Nacional de Procedimientos Penales aprobado y

vigente en México, la situación es de la siguiente manera: toda persona se presume inocente y será tratada como tal en todas las etapas del procedimiento, mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia.<sup>2</sup>

#### **4. Principios del procedimiento acusatorio y oral**

Continuando con el desarrollo, el nuevo paradigma penal y procesal penal, tiene diez principios rectores que enmarcan una actuación procesal coherente a las necesidades de la modernidad y postmodernidad y acorde a la modalidad de un sistema acusatorio oral y adversarial. Estos principios los podemos localizar desde la dogmática hasta el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales vigente para México. En dicho Código, se enumeran del artículo 4 al 14, destacando el principio de publicidad, contradicción, continuidad, concentración, inmediación, igualdad ante la ley, igualdad entre las partes, de juicio previo y debido proceso, presunción de inocencia y el de prohibición de doble enjuiciamiento.<sup>3</sup>

Brevemente expondremos que el primer principio que se refiere a la publicidad significa que las audiencias serán públicas con sus excepciones, esto no quiere decir que se puede publicar lo que suceda en el desarrollo de la audiencia, asimismo, los medios de comunicación deberán acreditarse para que el juez o en su caso el auxiliar de sala les indique lo procedente conforme a lo dispuesto en la Ley de Acceso a la Información Pública para no violentar ni derechos ni éste principio.

Enseguida el principio de contradicción nos indica que las partes procesales, podrán controvertir, confrontar, oponerse a las pruebas, peticiones, alegatos y a todo lo desarrollado y presentado por la parte contraria. En ese sentido, se dice que la contradicción tiene que hacerse con respeto y siguiendo las reglas del procedimiento, recordemos que tendrá que hacerse valer la razón y el derecho y no la fuerza.

Por cuanto hace al principio de continuidad, significa que todas las audiencias tienen un inicio donde el juez declara abierta la audiencia y nuevamente concluye cuando la declara por finalizada. Obviamente, hasta que se declara cerrado el debate o el asunto que se esté ventilando, sólo se puede pausar, cuando por la naturaleza del asunto así lo requiera y que el juez lo autorice, pero una audiencia debe seguir desde que se declara abierta hasta que se declare su cierre, salvo los casos que la misma ley prevea.

El principio de concentración, quiere decir que, para dar agilidad procesal, todas las etapas procesales o subetapas, tendrán que desarrollarse en una misma audiencia. Por ejemplo, si hay un control de detención y éste se declara de legal, el Agente del Ministerio Público, puede solicitar -y es prudente hacerlo-, la formulación de la imputación y posteriormente la vinculación al proceso, y a todo esto, los procesalistas le han denominado audiencia combo. Lo anterior quiere decir, que procesalmente si hacemos todos estos actos procesales en una audiencia como estrategia, tendremos una audiencia ágil y eficaz dando cumplimiento a la concentración.

Por cuanto hace al principio de inmediación se ha dicho que no se puede llevar a cabo una audiencia sin la presencia de las partes principales o la autoridad jurisdiccional, por lo que deberán estar presentes en toda audiencia tanto el juez como los intervinientes procesales, y en caso de no estar presente el imputado, no se lleva a cabo la audiencia para no violentar el principio y derechos de las partes. En este mismo sentido, se ha dicho también que entre el juez y las partes no debe existir alguna barrera que le impida al primero conocer y valorar las pruebas y lo que desarrollen las partes, para que a la hora de juzgar lo haga de manera objetiva.

El principio de igualdad ante la ley nos indica que las partes procesales tienen el mismo trato y no habrá discriminación por ningún motivo, por lo tanto, se garantiza que, si hay algún desigual, se le proporcione un trato igual sin distingo.

El siguiente principio es parecido al anterior, denominado de igualdad entre las partes y que como en el anterior principio no permite alguna discriminación, aunque en este principio se garantiza una igualdad de trato, también le otorga una igualdad procesal establecido en la ley en la Constitución y en los Tratados.

Por cuanto hace al principio de previo juicio y debido proceso, quiere decir, que ninguna persona puede ser sometida a pena o medida de seguridad, sin que se siga un procedimiento con las formalidades de ley y además que esté sentenciado conforme a derecho. En ese mismo sentido, además de garantizarse las etapas procesales se garantiza también, que dicho proceso cumpla con la imparcialidad y estricto apego a derechos humanos.

En cuanto al principio de presunción de inocencia, pareciera que siempre ha existido en nuestro sistema penal tradicional, pero esto no es así, corroborando lo anterior entonces, si el sujeto se considera inocente porque se le detiene preventivamente. Ahora este principio nos indica que el

sujeto en todas y cada una de sus etapas debe ser considerado inocente a pesar de que existan indicios muy fuertes que el haya sido el que perpetró el delito, pero será culpable hasta que en sentencia sea declarado así o bien se confirme su inocencia.

Por último, el principio de prohibición de doble enjuiciamiento, quiere decir, que si una persona ha sido condenada o confirmada su inocencia no se podrá volver a procesar por los mismos hechos por ninguna circunstancia.

Para concluir este apartado, debemos mencionar que el derecho penal y procesal penal acusatorio Adversarial es garantista, no sólo le interesan resguardar los derechos de las partes procesales sino también procesalmente.

## **5. Las etapas del procedimiento penal ordinario**

Ahora bien, el inicio de un procedimiento penal de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 211 del Código Nacional de Procedimientos Penales, nos establece que las etapas del procedimiento penal son: I la de Investigación, que comprende las siguientes fases: a) Investigación Inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del juez de control para que se le formule la imputación, b) investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se ha cerrado la investigación.<sup>4</sup>

En ese mismo sentido, se encuentra la Intermedia o de preparación a juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio. Y la etapa del juicio comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia por el Tribunal de enjuiciamiento y existen 2 etapas más que aunque no estén contempladas en el Código Nacional de Procedimientos Penales se verifican, como la de impugnación y la de ejecución penal.

## **6. Audiencia inicial**

La audiencia denominada inicial, es aquella que se lleva a cabo en la etapa de la investigación. Recordemos que la investigación se subdivide en inicial y complementaria, aquí no hay que confundirnos, pues la audiencia inicial se lleva a cabo en la fase complementaria. Dicho de otro modo, si decimos en dogmática que la investigación es informal y formal, entonces, la audiencia



inicial se lleva a cabo en la formal, es decir, se formaliza con ciertos actos procesales como el control de la detención en su caso, y que a continuación desarrollaremos.

Los actos procesales en la audiencia inicial que se pueden desarrollar de acuerdo al Artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, son: a) control de legalidad de la detención si correspondiere, b) formulación de la imputación -dándole oportunidad a declarar-, c) Solicitud de vinculación a proceso, d) Solicitud de medidas cautelares, y el d) Cierre de la investigación.<sup>5</sup>

Son cinco actos procesales que se pueden ventilar en una audiencia inicial dependiendo la situación. Si el sujeto está detenido, entonces la audiencia se llama de control de la detención. Ahora bien, si el sujeto no está detenido, entonces se citará para la formulación de la imputación y en ambos casos se puede solicitar la vinculación y las medidas cautelares y posteriormente se fija el plazo para el cierre de la investigación.

De conformidad con el Artículo 307 del Código Nacional de Procedimientos Penales, a la hora de llevar a cabo la audiencia inicial para efectuar el control de la detención o bien, la formulación de imputación, se le informarán sus derechos constitucionales y legales si es que no se le hicieron saber con anterioridad.

## **7. Control de la detención en el Código Nacional de Procedimientos Penales**

En ese orden de ideas el control de la detención está previsto en el Artículo 308 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, que a la letra dice:

Artículo 308. Control de legalidad de la detención.

Inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control, se citará a la audiencia inicial en la que se realizará el control de la detención antes de que se proceda a la formulación de la imputación. El Juez le preguntará al detenido si cuenta con Defensor y en caso negativo, ordenará que se le nombre un Defensor público y le hará saber que tiene derecho a ofrecer datos de prueba, así como acceso a los registros.

El Ministerio Público deberá justificar las razones de la detención y el Juez de control procederá a calificarla, examinará el cumplimiento del plazo constitucional de retención y los requisitos de procedibilidad, ratificándola en caso de encontrarse ajustada a

derecho o decretando la libertad en los términos previstos en este Código.

Ratificada la detención en flagrancia o caso urgente, y cuando se hubiere ejecutado una orden de aprehensión, el imputado permanecerá detenido durante el desarrollo de la audiencia inicial, hasta en tanto no se resuelva si será o no sometido a prisión preventiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior.

En caso de que al inicio de la audiencia el agente del Ministerio Público no esté presente, el Juez de control declarará en receso la audiencia hasta por una hora y ordenará a la administración del Poder Judicial para que se comunique con el superior jerárquico de aquél, con el propósito de que lo haga comparecer o lo sustituya. Concluido el receso sin obtener respuesta, se procederá a la inmediata liberación del detenido.

Haciendo un análisis de lo anterior, encontramos que por cuanto hace a la parte donde dice “inmediatamente después de que el imputado detenido en flagrancia o caso urgente sea puesto a disposición del Juez de control”, deducimos en primer lugar que, para el nuevo procedimiento penal, una persona detenida sólo tiene esa calidad, toda vez que fue detenida en esas condiciones. Es decir, ya no hay detención para investigación o detención preventiva, solo en urgencia o flagrancia. La flagrancia significa que la persona es detenida en el momento de la comisión del delito o inmediatamente después de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 párrafo quinto constitucional. La otra hipótesis, cuando el agente del Ministerio Público ordena la detención de una persona en tratándose de delito grave y bajo las condiciones enmarcadas en la Constitución.

En ése mismo sentido, encontraremos un apartado especial en el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, en donde del Artículo 146 al 150 contempla lo que procesalmente se considera flagrancia y urgencia, a saber:

#### SECCIÓN II Flagrancia y caso urgente

##### Artículo 146. Supuestos de flagrancia

Se podrá detener a una persona sin orden judicial en caso de flagrancia. Se entiende que hay flagrancia cuando:

- I. La persona es detenida en el momento de estar cometiendo un delito, o
- II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:
  - a) Es sorprendida cometiendo el delito y es perseguida material e ininterrumpidamente, o
  - b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan

presumir fundadamente que intervino en el mismo.

Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización.

#### Artículo 147. Detención en caso de flagrancia

Cualquier persona podrá detener a otra en la comisión de un delito flagrante, debiendo entregar inmediatamente al detenido a la autoridad más próxima y ésta con la misma prontitud al Ministerio Público.

Los cuerpos de seguridad pública estarán obligados a detener a quienes cometan un delito flagrante y realizarán el registro de la detención.

La inspección realizada por los cuerpos de seguridad al imputado deberá conducirse conforme a los lineamientos establecidos para tal efecto en el presente Código.

En este caso o cuando reciban de cualquier persona o autoridad a una persona detenida, deberán ponerla de inmediato ante el Ministerio Público, quien realizará el registro de la hora a la cual lo están poniendo a disposición.

#### Artículo 148. Detención en flagrancia por delitos que requieran querrela

Cuando se detenga a una persona por un hecho que pudiera constituir un delito que requiera querrela de la parte ofendida, será informado inmediatamente quien pueda presentarla. Se le concederá para tal efecto un plazo razonable, de acuerdo con las circunstancias del caso, que en ningún supuesto podrá ser mayor de doce horas, contadas a partir de que la víctima u ofendido fue notificado o de veinticuatro horas a partir de su detención en caso de que no fuera posible su localización. Si transcurridos estos plazos no se presenta la querrela, el detenido será puesto en libertad de inmediato.

En caso de que la víctima u ofendido tenga imposibilidad física de presentar su querrela, se agotará el plazo legal de detención del imputado. En este caso serán los parientes por consanguinidad hasta el tercer grado o por afinidad en primer grado, quienes podrán legitimar la querrela, con independencia de que la víctima u ofendido la ratifique o no con posterioridad.

#### Artículo 149. Verificación de flagrancia del Ministerio Público

En los casos de flagrancia, el Ministerio Público deberá examinar las condiciones en las que se realizó la detención inmediatamente después de que la persona sea puesta a su disposición. Si la detención no fue realizada conforme a lo previsto en la Constitución y en este Código, dispondrá la libertad

inmediata de la persona y, en su caso, velará por la aplicación de las sanciones disciplinarias o penales que correspondan.

Así también, durante el plazo de retención el Ministerio Público analizará la necesidad de dicha medida y realizará los actos de investigación que considere necesarios para, en su caso, ejercer la acción penal.

#### Artículo 150. Supuesto de caso urgente

Sólo en casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad y fundando y expresando los datos de prueba que motiven su proceder, ordenar la detención de una persona, siempre y cuando concurran los siguientes supuestos:

- I. Existan datos que establezcan la existencia de un hecho señalado como delito grave y que exista la probabilidad de que la persona lo cometió o participó en su comisión. Se califican como graves, para los efectos de la detención por caso urgente, los delitos señalados como de prisión preventiva oficiosa en este Código o en la legislación aplicable así como aquellos cuyo término medio aritmético sea mayor de cinco años de prisión;
- II. Exista riesgo fundado de que el imputado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y
- III. Por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante la autoridad Judicial, o que de hacerlo, el imputado pueda evadirse.

Los delitos previstos en la fracción I de este artículo, se considerarán graves, aún tratándose de tentativa punible.

Los oficiales de la Policía que ejecuten una orden de detención por caso urgente, deberán hacer el registro de la detención y presentar inmediatamente al imputado ante el Ministerio Público que haya emitido dicha orden, quien procurará que el imputado sea presentado sin demora ante el Juez de control.

El Juez de control determinará la legalidad del mandato del Ministerio Público y su cumplimiento al realizar el control de la detención. La violación de esta disposición será sancionada conforme a las disposiciones aplicables y la persona detenida será puesta en inmediata libertad.

Para los efectos de este artículo, el término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena de prisión mínima y la máxima del delito consumado que se trate y dividirlo entre dos.

De lo anterior podemos concluir que, en el Código Nacional de Procedimientos Penales, existen dos hipótesis que se califican como flagrancia. Asimismo, en la segunda fracción encontramos dos

subhipótesis que se equiparan también a la misma flagrancia. Y por cuanto hace al caso urgente se señalan tres fracciones donde se rescata que ésta procede en caso de delito verdaderamente grave.

## **8. Control de la detención en la Constitución**

Lo descrito en el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente, observamos que tiene coherencia con la Carta Magna de este país y de conformidad con el artículo 16 párrafo 5°, encontramos que “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”<sup>6</sup> En otras palabras, lo anterior significa, que la Constitución nos describe el procedimiento penal actualmente; es decir, puede iniciar con detenido y sin detenido. Por cuanto hace al inicio de la investigación con detenido, estamos ante la presencia de la flagrancia y la urgencia únicamente.

Si seguimos con lo que ordena la Carta Magna, entendiéndose en supremacía de leyes, tenemos que la otra posibilidad para iniciarse el procedimiento con detenido es “Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”.<sup>7</sup>

Es necesario apuntar que el procedimiento que se inicie con detenido debe seguir las reglas de urgencia y flagrancia y el cumplimiento del principio de inocencia. Lo anterior significa, que no porque se encuentre a un sujeto en el lugar de los hechos deba ser detenido, a menos que sea detenido en el momento de la comisión del ilícito, sea señalado o se le encuentren los objetos del delito, o en específico como nos dicen las hipótesis del Código Nacional de Procedimientos Penales, por lo tanto, éste puede ser detenido por cualquier persona. Así también “En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.<sup>8</sup> ¿Qué quiere decir o esto? Que cuando llega a manos del Juez de Control, dicha autoridad jurisdiccional deberá resolver sobre la retención del sujeto en la audiencia de Control de la Detención o bien decretar su libertad con las reservas de

ley como nos expresa la Carta Magna.

En este mismo sentido, podemos decir que en el numeral 19 de la Constitución indica que “Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión”<sup>9</sup> Lo anterior se refiere, a que una vez formulada la imputación, el Agente del Ministerio Público, puede solicitar la vinculación a proceso y el juez, deberá resolver en ese momento si así lo decide el justiciable o bien, decide que se resuelva en las 72 horas o en la duplicidad de éste término constitucional, a lo que estaríamos dando cumplimiento a lo ordenado por el numeral antes citado.

## **9. La prisión preventiva en el nuevo sistema**

Ahora bien, en el segundo párrafo expresa:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.<sup>10</sup>

Para el nuevo paradigma procesal penal no desaparece la prisión preventiva. Ésta no va a ser como en antaño, al inicio del procedimiento -incluso desde antes-, sino que tiene sus reglas y no es la prioridad a menos que se trate de una etapa procesal en la que proceda, o bien como expresa nuestra Constitución, el Juez de manera oficiosa ordenará la prisión preventiva siempre y cuando se trate de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos graves y delitos con medios violentos como armas y explosivos.

## **10. Etapa de investigación con y sin detenido**

La investigación se puede estudiar a través de dos escenarios, por un lado, con detenido y, por otro, sin detenido. En ambos casos, se presentan puntos en común, por ejemplo: el Agente del Ministerio Público o Fiscal, formula imputación, solicita el auto de vinculación a proceso, así como la imposición de medidas cautelares. Pero para el caso con detenido desde que el Agente del Ministerio Público lo pone a su disposición, el juez tendrá que citar a una audiencia para control de la detención. Dicho de otro modo, efectuada la detención de una persona, ya sea por flagrancia o caso urgente, deberá ser puesto a disposición del Agente del Ministerio Público en forma inmediata, y éste deberá acudir dentro de 48 horas con el Juez de Control para examinar la legalidad de la detención en términos de razonabilidad y proporcionalidad y resolver la situación jurídica del detenido, ya sea decretando la libertad del imputado porque se calificó de ilegal o en caso contrario, si se califica de legal entonces procedemos procesalmente a formular la imputación respectiva y los demás actos procesales de la investigación complementaria.

En este punto debemos mencionar que procesalmente si el Agente del Ministerio Público emite un acuerdo de retención, entonces pondrá al retenido a disposición del Juez de Control dentro de las 48 horas siguientes, quien a su vez y en forma inmediata, debe convocar a los intervinientes a la audiencia de control de la detención, y la finalidad es: a) Verificar si el imputado conoce y entiende sus derechos. b) Examinar la legalidad de la detención.

Los derechos que le son leídos y expresados por parte del Agente del Ministerio Público, así, como también por parte de su defensor particular o público y que son los contenidos en el apartado B del artículo 20 Constitucional, y los del artículo 152 del Código Nacional de Procedimientos Penales, como se verá en los siguientes apartados.

## **11. De los derechos de toda persona imputada<sup>11</sup>**

En la actualidad es preciso señalar que la no lectura de sus derechos y su explicación al imputado desde la detención o en las etapas de la audiencia de control de detención o de formulación de imputación, no hace que se deba suspender la audiencia, sino que se puede subsanar por parte de la orientación e instrucción del juez. En este orden de ideas, ahora la pregunta versa sobre los derechos que le deban hacer saber al imputado, pues existen los constitucionales o los que se

localizan en el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente. Así, a los primeros denominaremos constitucionales, mientras que a los segundos procesales.

La respuesta en este sentido, son los procesales que se localizan en el Código Nacional antes descrito. Aunque, no resulta ocioso que se tenga por parte del agente aprehensor, una cartilla de derechos que sean los contenidos en el Código Nacional de Procedimientos Penales y por parte del juzgador en su caso con una explicación más amplia con ambos ordenamientos dando prioridad a los Derechos Constitucionales y con posterioridad los Derechos Procesales.

En ese mismo sentido, los Principios constitucionales a saber son:

**I.** A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa

**II.** A declarar o a guardar silencio. Desde el momento de su detención se le harán saber los motivos de la misma y su derecho a guardar silencio, el cual no podrá ser utilizado en su perjuicio. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida sin la asistencia del defensor carecerá de todo valor probatorio;

**III.** A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan y los derechos que le asisten. Tratándose de delincuencia organizada, la autoridad judicial podrá autorizar que se mantenga en reserva el nombre y datos del acusador.

La ley establecerá beneficios a favor del inculcado, procesado o sentenciado que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de delitos en materia de delincuencia organizada;

**IV.** Se le recibirán los testigos y demás pruebas pertinentes que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, en los términos que señale la ley;

**V.** Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad pública, protección de las víctimas, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

En delincuencia organizada, las actuaciones realizadas en la fase de investigación podrán tener valor probatorio, cuando no puedan ser reproducidas en juicio o exista riesgo para testigos o víctimas. Lo anterior sin perjuicio del derecho del inculcado de objetarlas o impugnarlas y aportar pruebas en contra;

**VI.** Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.



El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo. Asimismo, antes de su primera comparecencia ante juez podrán consultar dichos registros, con la oportunidad debida para preparar la defensa. A partir de este momento no podrán mantenerse en reserva las actuaciones de la investigación, salvo los casos excepcionales expresamente señalados en la ley cuando ello sea imprescindible para salvaguardar el éxito de la investigación y siempre que sean oportunamente revelados para no afectar el derecho de defensa;

**VII.** Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

**VIII.** Tendrá derecho a una defensa adecuada por abogado, al cual elegirá libremente incluso desde el momento de su detención. Si no quiere o no puede nombrar un abogado, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor público. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera, y

**IX.** En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

La prisión preventiva no podrá exceder del tiempo que como máximo de pena fije la ley al delito que motivare el proceso y en ningún caso será superior a dos años, salvo que su prolongación se deba al ejercicio del derecho de defensa del imputado. Si cumplido este término no se ha pronunciado sentencia, el imputado será puesto en libertad de inmediato mientras se sigue el proceso, sin que ello obste para imponer otras medidas cautelares.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Por cuanto hace a los Principios Procesales, debemos precisar que éstos se encuentran localizados en el Artículo 152 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente a saber:

Artículo 152. Derechos que asisten al detenido

Las autoridades que ejecuten una detención por flagrancia o caso urgente deberán asegurarse de que la persona tenga pleno y claro conocimiento del ejercicio de los derechos citados a continuación, en cualquier etapa del período de custodia:

I. El derecho a informar a alguien de su detención;

- II. El derecho a consultar en privado con su Defensor;
- III. El derecho a recibir una notificación escrita que establezca los derechos establecidos en las fracciones anteriores y las medidas que debe tomar para la obtención de asesoría legal;
- IV. El derecho a ser colocado en una celda en condiciones dignas y con acceso a aseo personal;
- V. El derecho a no estar detenido desnudo o en prendas íntimas;
- VI. Cuando, para los fines de la investigación sea necesario que el detenido entregue su ropa, se le proveerán prendas de vestir, y
- VII. El derecho a recibir atención clínica si padece una enfermedad física, se lesiona o parece estar sufriendo de un trastorno mental.<sup>12</sup>

## **12. Pasos de la Audiencia de Control de la Detención**

Una vez que hemos explicado las etapas procesales y los derechos que se le tienen que explicar al detenido, es momento de estudiar en forma detallada cuáles son los pasos de la audiencia de Control de la Detención en simples pasos como los siguientes:

1. El juez de control declara abierta la audiencia.
2. El juez de control identifica a los intervinientes, empezando por el Agente del Ministerio Público, luego el abogado defensor público o privado y finalmente el imputado.
3. El Juez de Control pregunta al imputado si le hicieron saber sus derechos, si no, se los comunica y continúa la audiencia.
4. El Juez de Control le pregunta al imputado si es su deseo designar al abogado que lo asiste como su abogado defensor, si la respuesta es afirmativa, el juez le pregunta si acepta el cargo de abogado defensor, aceptando sin mayor formalismo.
5. El Juez de Control le concede el uso de la palabra al Agente del Ministerio Público para que justifique la detención, ya sea por flagrancia o caso urgente incluyendo lo ocurrido en las 48 horas en que el detenido estuvo ante esa representación social, la clasificación legal y los datos de prueba que sustentan su exposición acabando con la solicitud al Juez de Control para que ratifique o confirme como legal la detención.
6. El Juez de Control le concede el uso de la palabra al abogado defensor a fin de que exprese los argumentos que a su interés convengan, por ejemplo: el no cumplimiento de los requisitos de una detención, omisiones, ausencia de pruebas que lleguen a la presunción de una ilegal detención practicada en contra de su defensa.

7. El Juez de Control declara cerrado el debate y procede a calificar la detención del imputado tomando en cuenta criterios de razonabilidad y proporcionalidad.
8. Si el Juez de Control no ratifica la detención, entonces, la audiencia concluye ordenándose la inmediata libertad del imputado con las reservas de ley.
9. Si el Juez de Control ratifica la detención, la audiencia continúa concediéndole el uso de la palabra al Agente del Ministerio Público para que formule imputación. En ésta se señalará:
  - a. Los Hechos que se le atribuyen al imputado.
  - b. La clasificación legal.
  - c. La forma de intervención del imputado.
  - d. El nombre de la persona que depone en su contra.
  - e. Los datos de prueba existentes en la carpeta de investigación.
10. Formulada la imputación, el Juez de Control de oficio, o por iniciativa de parte, podrá pedirle al Agente Ministerio Público las aclaraciones o precisiones correspondientes.
11. El Juez de Control le pregunta al imputado si entendió o no los cargos, así como si es su deseo declarar o guardar silencio.
12. El Juez de Control le concede el uso de la palabra al Agente del Ministerio Público para que solicite auto de vinculación a proceso, debiendo explicar cómo es que esos datos de prueba acreditan cada uno de los elementos del hecho delictuoso y la probable intervención del imputado.
13. El Juez de Control le concede el uso de la palabra a la Defensa donde podrá argumentar lo que a su interés convenga, si los datos de prueba no son pertinentes, idóneos o suficientes, incluso anunciar datos de prueba de la carpeta solicitando al Juez de Control dicte auto de no vinculación a proceso.
14. El Juez de Control le explica al imputado acerca del término para resolver la solicitud de vinculación a proceso, y le expresa que lo podrá hacer en la misma audiencia si es que renuncia al plazo constitucional, esto quiere decir, dentro de las 72 horas o 144 horas que es la duplicidad del término, contados desde la puesta a disposición, y una vez que le ha explicado el procedimiento, le pide que lo consulte con su abogado defensor y de lo que conteste el imputado, en éste caso el juez señala lugar, fecha y hora para la realización de la audiencia donde se decidirá la vinculación a proceso del imputado si se acogió al término constitucional o su duplicidad.

15. Si el imputado decide que se resuelva en ese momento, entonces le cede el uso de la voz al Agente del Ministerio Público para que proceda a solicitar la vinculación. Concluida que fuera la solicitud de vinculación, se le traslada el uso de la voz a la defensa para que alegue lo que a su derecho e interés de su representado convenga.
16. Una vez hecho lo anterior, el Juez de Control le concede el uso de la palabra al Agente del Ministerio Público para que solicite medida cautelar expresando la existencia de un hecho delictuoso así como la presencia de un peligro procesal.
17. El Juez de Control le concede el uso de la palabra a la Defensa quien podrá pronunciarse en torno a lo solicitado por el Agente del Ministerio Público, en los siguientes términos:
  - a. Solicitar la no imposición de medida cautelar ante la falta de delictuosidad en los hechos o la ausencia de peligro procesal.
  - b. Solicitar la imposición de una medida cautelar diferente a la planteada por el Agente del Ministerio Público.
  - c. Adherirse a lo planteado por el Agente del Ministerio Público.
18. El Juez de Control declarará cerrado el debate y procederá a resolver en torno a la medida cautelar.

Si opta por imponer la medida cautelar, debe precisar:

  - a. Los Datos de Identidad del Imputado.
  - b. Los hechos y su preliminar clasificación legal.
  - c. Las razones para imponerla.
  - d. La forma de ejecución y tiempo de duración.
19. El último paso, versa sobre la fijación de plazo para el cierre de la investigación, y en primer lugar se le concede el uso de la voz al Agente del Ministerio Público para que proponga el término para el cierre de su investigación en atención a las diligencias que le falten por desahogar. Una vez propuesto el plazo, se le traslada el uso de la voz a la defensa para que proponga lo que a su interés convenga y por último, si se vuelve a preguntar en el mismo orden a las partes y una vez cerrado el debate, el juez resuelve tomando en cuenta lo que se ha expuesto.
20. Una vez fijado el plazo para el cierre de la investigación al Agente del Ministerio Público, el Juez de Control pregunta a las partes si tienen alguna otra solicitud, usualmente consiste en solicitar copia del video de la audiencia, así como copia de la transcripción de las

diligencias certificadas para lo que pudiera ofrecer mas adelante. Por cierto, con esto último dejamos la puerta abierta para que lean las próximas publicaciones sobre las etapas.

21. El Juez de Control declara el Cierre de la Audiencia.<sup>13</sup>

### **13. Jurisprudencia en torno al control de detención**

Como hemos desarrollado en líneas anteriores, en el nuevo sistema procesal penal, el inicio de la investigación con detenido tiene que ser únicamente en los supuestos previstos por el artículo 16 Constitucional párrafo quinto, en relación con el 19 del mismo ordenamiento y 307, 308, 311, 313, 150 y 323 del Código Nacional de Procedimientos Penales vigente. Lo anterior, puede encontrar apoyo en las tesis y jurisprudencia que se ha emitido en la materia y destacamos las siguientes:

**A)** Época: Décima Época

Registro: 2005527

Instancia: Primera Sala

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 3, Febrero de 2014, Tomo I

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: 1a. LIII/2014 (10a.)

Página: 643

DERECHO FUNDAMENTAL DEL DETENIDO A SER PUESTO SIN DEMORA A DISPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO. ALCANCES Y CONSECUENCIAS JURÍDICAS GENERADAS POR LA VULNERACIÓN A TAL DERECHO.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagra un régimen general de libertades a favor de la persona, entre las cuales, destaca el derecho a la libertad personal. Sin embargo, como todo derecho humano, éste no es absoluto, por lo que la citada norma fundamental también delimita exhaustivamente diversas hipótesis para su afectación, a saber: a) la orden de aprehensión; b) las detenciones en flagrancia; y, c) el caso urgente. En tratándose de la flagrancia, esta Primera Sala ha puntualizado que la misma constituye una protección a la libertad personal, cuyo control judicial ex post debe ser especialmente cuidadoso, ya que quien afirma la legalidad y constitucionalidad de una detención, debe poder defenderla ante el juez respectivo. Ahora bien, por cuanto se refiere al derecho fundamental de "puesta a disposición ministerial sin demora", es dable concluir que dentro del régimen general de protección contra detenciones que prevé el

artículo 16 constitucional, se puede derivar la exigencia de que la persona detenida sea presentada ante el Ministerio Público lo antes posible, esto es, que sea puesta a disposición de la autoridad ministerial o judicial respectiva, sin dilaciones injustificadas. Así, se está ante una dilación indebida en la puesta a disposición inmediata del detenido ante el Ministerio Público, cuando no existan motivos razonables que imposibiliten esa puesta inmediata, los cuales pueden tener como origen impedimentos fácticos reales, comprobables y lícitos, los que deben ser compatibles con las facultades concedidas a las autoridades, lo que implica que los agentes aprehensores no pueden retener a una persona por más tiempo del estrictamente necesario para trasladarla ante el Ministerio Público; desechando cualquier justificación que pueda estar basada en una supuesta búsqueda de la verdad o en la debida integración del material probatorio y, más aún, aquellas que resulten inadmisibles como serían la presión física o psicológica al detenido para que acepte su responsabilidad o la manipulación de las circunstancias y hechos de la investigación. En suma, esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación estima que la violación al derecho fundamental de "puesta a disposición del indiciado ante el Ministerio Público sin demora" genera como consecuencias: a) la anulación de la confesión del indiciado, obtenida con motivo de esa indebida retención; b) la invalidez de todos los elementos de prueba que tengan como fuente directa la demora injustificada, los cuales no producirán efecto alguno en el proceso ni podrán ser valorados por el juez; y, c) la nulidad de aquellas pruebas que a pesar de estar vinculadas directamente con el hecho delictivo materia del proceso penal, sean recabadas por iniciativa de la autoridad aprehensora so pretexto de una búsqueda de la verdad o debida integración del material probatorio -en el supuesto de prolongación injustificada de la detención-, sin la conducción y mando del Ministerio Público; es decir, sin la autorización de este último. No obstante, debe precisarse que las pruebas obtenidas estrictamente con motivo de una detención en flagrancia no pueden ser invalidadas por actos posteriores, como la obtención de pruebas que tengan como fuente directa la demora injustificada, a menos que se acredite la existencia de vicios propios de la misma detención del inculcado que determinen que ésta sea considerada inconstitucional.

Amparo directo en revisión 3229/2012. 4 de diciembre de 2013. Mayoría de tres votos de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Jorge Mario Pardo Rebolledo, quienes reservaron su derecho a formular voto particular. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretarios: Julio Veredín Sena Velázquez, José Alberto Mosqueda Velázquez, Javier Mijangos y González, José Díaz de León Cruz, Beatriz Joaquina Jaimes Ramos y Francisco Octavio Escudero Contreras.

Esta tesis se publicó el viernes 14 de febrero de 2014 a las 11:05 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

**B)** Época: Décima Época

Registro: 2007357

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Jurisprudencia

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 10, Septiembre de 2014, Tomo III

Materia(s): Constitucional, Penal

Tesis: (V Región) 5o. J/5 (10a.)

Página: 2210

DETENCIÓN DEL INculpADO. SI LOS ELEMENTOS APREHENSORES QUE REALIZABAN LABORES DE VIGILANCIA OBSERVARON QUE ÉSTE, AL NOTAR SU PRESENCIA, ADOPTÓ UNA ACTITUD EVASIVA Y AL PRACTICARLE UNA REVISIÓN PRECAUTORIA SE PERCATAN DE QUE ESTÁ COMETIENDO UN DELITO EN FLAGRANCIA (POSESIÓN DE NARCÓTICOS), AQUÉLLA NO ES ARBITRARIA.

El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece, por una parte, que nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento y, por otra, que en los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Por tanto, si el Constituyente Originario dispuso que cualquier persona puede detener a otra cuando se le sorprenda en flagrante delito, con mayor razón, los agentes de la policía, pues entre sus funciones, no sólo está la de detener a quienes realizan un hecho delictivo en el momento en que lo ejecutan o después de ello, ya que, en términos del artículo 21 de la Constitución Federal, también tienen facultades de prevención del delito y para vigilar la aplicación de los reglamentos. Ahora bien, si los elementos aprehensores, al realizar sus labores de vigilancia observaron que el inculpado, al notar su presencia adoptó una actitud evasiva y al practicarle una revisión precautoria se percatan de que está cometiendo un delito en flagrancia (le encontraron el narcótico afecto a la causa), motivo por el que lo detuvieron, la actuación de dichos agentes no fue una detención arbitraria que requiriera de un mandamiento escrito que cumpla con los requisitos constitucionales apuntados, sino que se trata de dos momentos distintos que concurren en dicha actuación, el primero, consistente en la revisión que los policías pueden realizar a cualquier persona con la finalidad de prevenir o investigar la comisión de algún delito, a fin de garantizar la seguridad pública y, el segundo -consecuencia del primero-, lo constituye la detención en flagrancia que pueden llevar a cabo si con motivo de la revisión observan la comisión de algún ilícito.

QUINTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA QUINTA REGIÓN.

Amparo directo 947/2013 (cuaderno auxiliar 781/2013) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. 15 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Edwigis Olivia Rotunno de Santiago. Secretario: José Guadalupe Rodríguez Ortiz.

Amparo directo 1373/2013 (cuaderno auxiliar 27/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. 30 de enero de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Israel Cordero Álvarez.

Amparo directo 1381/2013 (cuaderno auxiliar 116/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. 13 de marzo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Israel Cordero Álvarez.

Amparo directo 81/2014 (cuaderno auxiliar 276/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. 8 de abril de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Israel Cordero Álvarez.

Amparo directo 278/2014 (cuaderno auxiliar 447/2014) del índice del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito, con apoyo del Quinto Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Quinta Región, con residencia en La Paz, Baja California Sur. 29 de mayo de 2014. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Serratos García. Secretario: Israel Cordero Álvarez.

Esta tesis se publicó el viernes 05 de septiembre de 2014 a las 09:30 horas en el Semanario Judicial de la Federación y, por ende, se considera de aplicación obligatoria a partir del lunes 08 de septiembre de 2014, para los efectos previstos en el punto séptimo del Acuerdo General Plenario 19/2013.

C) Época: Décima Época

Registro: 2006476

Instancia: Primera Sala



Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 6, Mayo de 2014, Tomo I

Materia(s): Constitucional

Tesis: 1a. CC/2014 (10a.)

Página: 545

**FLAGRANCIA. LA DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN EL CUMPLIMIENTO IRRESTRICTO DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL QUE REGULA AQUELLA FIGURA, DEBE CONSIDERARSE ARBITRARIA.**

El artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, prevé la siguiente descripción: "Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del ministerio público. Existirá un registro inmediato de la detención.". Por su parte, los artículos 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén como requisitos para que la detención de una persona sea válida que: 1. Sus causas y condiciones estén fijadas de antemano en la Constitución y en la ley; 2. Prohibición de la detención arbitraria; 3. La persona detenida debe ser informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de los cargos formulados contra ella; 4. La persona detenida será llevada sin demora ante la autoridad competente que verifique la legalidad de la detención; 5. Se ordene su libertad si la detención fue ilegal o arbitraria.

Amparo en revisión 703/2012. 6 de noviembre de 2013. Cinco votos por la concesión del amparo de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, José Ramón Cossío Díaz, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Mayoría de tres votos por el amparo liso y llano de los Ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Disidentes: José Ramón Cossío Díaz y Jorge Mario Pardo Rebolledo. Ponente: Jorge Mario Pardo Rebolledo. Encargado del engrose: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Secretario: José Alberto Mosqueda Velázquez.

Esta tesis se publicó el viernes 23 de mayo de 2014 a las 10:06 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

**D) Época: Décima Época**

Registro: 2005491

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Tipo de Tesis: Aislada

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Libro 3, Febrero de 2014, Tomo III

Materia(s): Constitucional

Tesis: III.4o.(III Región) 7 P (10a.)

Página: 2356

DETENCIÓN EN FLAGRANCIA DEL INculpADO. CASO EN EL QUE NO VIOLA LOS DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 16 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL; 9, NUMERAL 1, DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS Y 7, NUMERALES 2 Y 3, DE LA CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, CUANDO SE REALIZA POR POLICIAS CON MOTIVO DE LA DENUNCIA QUE PRESENTA LA VÍCTIMA DEL DELITO.

En el sistema jurídico mexicano las restricciones a la libertad de los individuos, sólo pueden tener lugar en los casos y condiciones reguladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es decir, a partir del estricto cumplimiento de determinados requisitos y garantías, pues en caso contrario, se estará ante una medida arbitraria o ilegal -detención o privación ilegal de la libertad; principio que se observa en el artículo 16, párrafo cuarto, constitucional, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008 (actualmente párrafo quinto), que establecía que en caso de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público, entendiéndose por flagrancia, cuando el indiciado es sorprendido en el momento en que está cometiendo el delito; postulado que coincide con los artículos 9, numeral 1, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 7, numerales 2 y 3, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. A partir de las anteriores premisas, si en el caso, la detención del inculpado obedeció a la denuncia que presentó la víctima respecto de hechos que sufrió momentos antes, en donde, entre otras cosas, refirió las características del vehículo que tripulaban las personas que le robaron, quienes utilizaron un arma de fuego y, posteriormente, los policías, al transitar por las calles, en ejercicio de sus funciones, observan el automotor que coincide con el señalado por el denunciante, detienen a sus tripulantes y les solicitan autorización para revisarlos; luego, si de ello descubren pruebas que respaldan lo descrito por la víctima (el arma de fuego), esa detención no es ilegal ni arbitraria, por haber hallado al inculpado en flagrante delito y existir datos razonables y válidos que facultan a la autoridad para realizarla. Por ende, no contraviene los derechos humanos contenidos en los invocados preceptos, pues fue detenido con motivo de una denuncia de la víctima, que revelaba la comisión de un posible delito, lo cual permitió a los policías

abordar y revisar a los tripulantes del vehículo; de ahí que la mecánica de los acontecimientos evidencie que la detención está justificada, porque la persona fue asegurada por un motivo que guarda relación con aquélla; además la autoridad contaba con elementos objetivos que le permitían identificar al imputado y corroborar que, momentos antes, había cometido el delito referido; consecuentemente, la autoridad podía privarlo de la libertad, porque observó directamente que la acción se estaba cometiendo en ese preciso instante, esto es, el *iter criminis*.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA, JALISCO.

Amparo directo 666/2013 (cuaderno auxiliar 462/2013 del índice del Quinto Tribunal Colegiado del Décimo Quinto Circuito con residencia en Mexicali, Baja California). 29 de agosto de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Humberto Benítez Pimienta. Secretario: Abel Ascencio López.

Esta tesis se publicó el viernes 07 de febrero de 2014 a las 11:16 horas en el Semanario Judicial de la Federación.

#### **14. A manera de conjeturas**

Para concluir, vamos a realizar algunas máximas o apreciaciones que nos pueden servir mucho en la litigación de la etapa de investigación. Así, la Averiguación Previa se ha transformado y ha cambiado su denominación, ahora se llama, carpeta de investigación. Asimismo, como etapa procesal se denomina investigación y ésta se divide en dos partes, la primera es la preliminar y la segunda complementaria de acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales vigente para México.

Por cuanto hace a la integración de la carpeta de investigación, lo que se necesita son datos suficientes, por supuesto, de la comisión de un hecho que la ley califica como delito y en específico, qué hechos se le atribuyen al imputado, en ese orden de ideas, cuál es la clasificación legal, la forma en que intervino el imputado, así como la identificación de la víctima y ofendidos si los hubiera y para concluir, los datos de prueba que determinan todo lo anterior.

La etapa de investigación se inicia con una carpeta denominada de la misma manera y ésta puede ser con detenido y sin detenido. Con detenido, en primer lugar se debe poner inmediatamente a disposición del Agente del Ministerio Público, enseguida, éste deberá acudir dentro de las 48 horas

siguiente desde que recibe al detenido y éste es retenido, a una audiencia con el juez de control para que éste califique de legal o ilegal la detención.

Si el juez califica de ilegal la detención, entonces hasta ahí llega la audiencia y se pone en inmediata libertad al imputado o lo que algunos litigantes le denominan al justiciable. Caso contrario, si es que se califica de legal entonces procedemos al siguiente acto procesal que es la de formulación de la imputación.

En ese orden de ideas, si se califica de legal, se procede a la formulación de la imputación, previamente el juez le indica que deberá poner atención a la formulación porque ahí le van a decir sobre que hechos ha iniciado una investigación quienes deponen en su contra y cuáles son los datos de prueba con lo que se sustenta dicha formulación. Posteriormente le cede el uso de la voz a la defensa, la cuál de conformidad con el Código Nacional de Procedimientos Penales, sólo su intervención versará sobre alguna aclaración. Una vez hecho lo anterior, se solicita por parte de Agente del Ministerio Público la vinculación a proceso. Y en ese momento es donde se solicita la vinculación, la autoridad explica al imputado lo que va a suceder y le da oportunidad para que consulte con su abogado defensor, si decide que la vinculación la resuelva en ese momento, o si es que renuncia al término constitucional de 72 horas, pero puede suceder, que el imputado pida que se resuelva en el término constitucional de 72 horas o en su duplicidad del término que son 144 horas, entonces, se resolvería hasta ese momento.

Siguiendo la dinámica procesal, decimos que si decide que la vinculación se resuelva en ése momento, entonces el juez de control le cede el uso de la voz al Agente del Ministerio Público para que proceda a solicitar la vinculación a proceso y posteriormente la defensa por su parte argumentará lo que a su patrocinado convenga, combatiendo lo expresado por el Agente del Ministerio Público, y una vez concluyendo en ese mismo acto procesal, el Juez de control, se le cede el uso de la voz nuevamente al fiscal y es donde deberá aprovechar la oportunidad para solicitar medidas cautelares.

Si el Agente del Ministerio Público solicita medidas cautelares, entonces le corre el uso de la voz a la defensa para que se adhiera a lo solicitado o pida otro tipo de medida cautelar. Recordemos que la medida cautelar descansa necesariamente en el peligro procesal. Pero puede suceder que se esté ante otro peligro, y en ese sentido, se recuerda que existe una medida cautelar oficiosa por razón de que se trate de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación,

secuestro, trata de personas, delitos graves y delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, ha lugar a imponerse por parte del juez sin que medie argumento.

Por último, después de impuesta la medida cautelar, lo que procede es la solicitud por parte del Agente del Ministerio Público el plazo para el cierre de la investigación, abriéndose el debate en torno a lo que proponga primero la representación social y posteriormente lo que argumente la defensa a favor del justiciable y el juez decidirá tomando en cuenta lo manifestado por ambas partes y lo más asequible al caso en concreto.

### **Fuentes de información**

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, página web: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

*Código Federal de Procedimientos Penales*, página web: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

*Código Nacional de Procedimientos Penales*, página web: Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

*Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República* (DOF 29 de mayo de 2009).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, página web: [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

Consejo de la Judicatura Federal, página web: [www.cjf.gob.mx](http://www.cjf.gob.mx)

---

<sup>1</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 211. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

<sup>2</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

<sup>3</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

<sup>4</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

<sup>5</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

<sup>6</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 16. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<sup>7</sup> *Ídem*, art. 16.

<sup>8</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 19. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<sup>9</sup> *Ídem*, art. 19.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 20 apartado B. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

<sup>12</sup> Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 152. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>

<sup>13</sup> Código Nacional de Procedimientos Penales. Artículo 308. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, página web: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

RESEÑA DEL LIBRO *DERECHOS Y LIBERTADES ENTRE CARTAS MAGNAS Y OCEANOS: EXPERIENCIAS CONSTITUCIONALES EN MÉXICO Y ESPAÑA (1808-2018)*

Alejandro MORALES QUINTANA\*

Fecha de recepción: 26 de abril de 2022

Fecha de aceptación: 4 de mayo 2022

## I. INTRODUCCIÓN

Entre los años 2019 y 2020 se llevó a cabo, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, el proyecto *Derechos y libertades entre cartas magnas y océanos: experiencias constitucionales en México y España (1808-2018)*, a través del Programa de Apoyo a Proyectos de Investigación e Innovación Tecnológica (PAPIIT). Como resultado de éste se editó un libro con un título homónimo<sup>2</sup> que da cuenta del trabajo realizado en los dos años que duró el mismo; mismo que busca aportar nuevas visiones e interpretaciones a la historia constitucional de México y España en un periodo de poco más de 200 años.

Sin duda alguna se trató de un proyecto ambicioso, tanto por la temporalidad que se buscó abarcar, como por la diversidad de temas que fue posible abordar a lo largo del mismo.

---

\* Estudiante de Maestría en Derecho y la Licenciatura en Historia por la Universidad Nacional Autónoma de México. Becario en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

<sup>2</sup> SOBERANES FERNÁNDEZ, José Luis (Coord.), *Derechos y libertades entre cartas magnas y océanos: experiencias constitucionales en México y España (1808-2018)*, IJ-UNAM, México, 2021. La versión electrónica se encuentra disponible en: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/6505-derechos-y-libertades-entre-cartas-magnas-y-oceanos-experiencias-constitucionales-en-mexico-y-espana-1808-2018>.

En este sentido, se destaca el esfuerzo de los académicos y los demás invitados a participar en la elaboración de este volumen. En este sentido, las adscripciones de los participantes abarcan instituciones nacionales y extranjeras; en el caso de los centros de investigación de México, se cuenta con la colaboración de académicos de la Universidad Nacional Autónoma de México, de El Colegio de Michoacán, la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, así como la Universidad Autónoma de Tlaxcala, entre otros. Por parte de las instituciones internacionales destacan investigadores de la Universidad Complutense de Madrid.

No menos importante de resaltar es la formación profesional de los autores, debido a que sobresalen distintas disciplinas, en particular Historia y Derecho, es decir, hablamos de un trabajo interdisciplinario en que las visiones de ambas ramas del conocimiento se complementan para expandir el campo de los estudios histórico-jurídicos.

## II. TEMÁTICAS ABORDADAS

Como ya se mencionó; la ambición del proyecto se ve reflejada en la gama de temas abordados en la presente obra. Al pretender abarcar más de dos siglos de historia constitucional tanto de México como España, se abre ante nosotros un abanico de posibles tramas por abordar, de las cuales este libro solo retoma una pequeña muestra.

De esta forma, y clasificados de manera muy somera, los tópicos examinados en el libro van desde lo general a lo particular, es decir, desde los antecedentes generales que permiten poner en contexto la situación que desencadenó los primeros proyectos de cartas magnas tanto en España como en México, hasta la aplicación muy en particular de los preceptos constitucionales en ambas naciones a través de los diferentes textos fundamentales que en ellas han estado vigentes.

Para ampliar el punto anterior, a lo largo de la obra encontramos trabajos que buscan destacar la protección de lo que hoy llamamos derechos fundamentales; estudios comparativos a nivel constitucional entre México y España, así como artículos cuyo objetivo es traer a la luz sectores o temáticas sobre las cuales no siempre se escribe o se omite su participación en la vida histórica, jurídica y política de ambos países.

Respecto al acercamiento que podemos hacer al libro, este puede realizarse desde diferentes ópticas, es decir, es posible leerlo de manera común, en otras palabras, de principio a

fin. Sin embargo, también se puede realizar una lectura sin seguir un orden, buscando los capítulos que guardan relación entre sí, esto con el objetivo de mejorar la comprensión de los temas contenidos en la obra. De seguir una lectura tradicional, el lector terminará en poco tiempo el volumen, dejándolo para trabajos futuros como un tomo de consulta; pero de seguir una lectura en desorden, al estilo de *Rayuela* de Julio Cortázar, se-deberá encontrar los temas que se vinculan entre sí, y que pueden verse como complementarios unos de otros.

Ejemplo de lo anterior, lo encontramos en el artículo “Antecedentes al constitucionalismo español de 1812”, escrito por el autor de esta reseña, y que puede ser analizado en conjunto con los trabajos “Crisis de poder en la Ciudad de México durante 1808: don Francisco Primo de Verdad y Ramos” y “La Nueva España, la administración de justicia en el ocaso del régimen colonial”, de Manuel Andreu Gálvez y María del Refugio González, respectivamente. Esta triada se puede considerar como el núcleo que integra la parte de antecedentes a las cuestiones constitucionales, recordando que fue en el año de 1808 cuando se detonaron los eventos políticos y militares que a la postre dieron lugar a la Constitución de Cádiz de 1812.

Al grupo arriba mencionado, podemos incorporar el texto “Los fundamentos iusnaturalistas del constitucionalismo insurgente” de Leopoldo López Valencia, en el cual distinguimos las ideas que permearon en la elaboración o el pensamiento constitucional dentro del bando insurgente, destacando documentos constitucionales de Haití de 1805 y de Texas de 1813, que temporalmente se publicaron previo al levantamiento armado en Nueva España. En específico, es del interés del autor demostrar que el pensamiento iusnaturalista tuvo cabida en las ideas constitucionales, principalmente las de origen teológico.

Junto a este texto podemos colocar el de Mayra Mondragón Montes, titulado “Los triunfos de la Revolución haitiana en sus Constituciones, 1801 y 1805. Derechos y libertades en tiempos de esclavitud”, que es el escrito con mayor enfoque internacional dentro de la obra y que si bien, posiblemente escape a la temática general, no deja de tener importancia por la vinculación de las ideas constitucionales como se reflejara en el trabajo de Leopoldo López. El artículo permite al lector entrar a otra serie de temas tratados en el libro, es decir, la aplicación de derechos en particular a la luz de los textos constitucionales. Se trata de derechos fundamentales que comenzaron a protegerse en estas cartas magnas, tales como el derecho a la propiedad, la libertad de imprenta, derechos procesales, libertad de culto, entre otros.



Este segundo apartado puede constituir el bloque más extenso en cuanto a los artículos que es posible englobar en él. Partiendo nuevamente de una perspectiva más general a lo particular, dicho grupo se puede iniciar con los textos de Eduardo Alejandro López Sánchez y Francisco Ramos Quiroz, titulados “Derechos fundamentales y libertades en los inicios del siglo XIX (1812-1824) México y España” y “La defensa de los derechos y libertades a principios del siglo XIX: Cádiz y Apatzingán.” Sendos escritos muestran una comparativa entre las cartas magnas de España y México de principios del siglo XIX, en la manera en que se consignaban y protegían diversos derechos y libertades que en la actualidad son considerados fundamentales. Las temporalidades analizadas en estos escritos son análogas; ambos parten de la Constitución de Cádiz y su diferencia radica en los años finales de su estudio, pues el texto del primer autor abarca hasta la Constitución de Apatzingán (1814), mientras que el del segundo lo hace hasta la Constitución de 1824. Siendo esta la única diferencia entre ambos artículos, al tener contenidos similares, es posible decir que son complemento uno del otro en el sentido de tener una mejor comprensión de los inicios constitucionales de las dos naciones.

Continuamos con la expansión de las ideas constitucionales y llegamos a dos artículos basados en éstas, pero en un ámbito local, haciendo especial énfasis en la noción de administración de justicia. En primer lugar tenemos el escrito de Oscar Cruz Barney, “Presencia de la Constitución de Cádiz en el primer constitucionalismo local mexicano: los principios de la administración de justicia en general”, en cuyas páginas realiza una revisión del Poder Judicial en la Constitución de Cádiz, enfocándose en lo relativo a la administración de justicia, así como los requisitos que se debían cumplir para poder obtener el cargo de juez o magistrado. Es importante destacar que su análisis del Poder Judicial sirve para hacer un estudio comparado entre la constitución gaditana y las primeras regulaciones constitucionales en el ámbito local, pues estas replicaron ciertas disposiciones de la primera. Lo anterior lleva al autor a realizar un extenso estudio de las constituciones locales con la intención de ubicar los puntos de contacto con el texto español.

Manteniendo la idea de la influencia gaditana en el constitucionalismo mexicano, resaltamos el artículo “Derechos procesales en materia criminal. De Cádiz a la primera República federal” de Eva Elizabeth Martínez Chávez. Al igual que el texto anterior, este fija su atención en la administración de justicia, retomando los postulados españoles respecto a este tema, para después enfocarse en el México independiente. Por último, se centra de manera particular en el

estado de Michoacán y los postulados de la constitución local respecto al Poder Judicial y la administración de justicia.

Para concluir este bloque sobre derechos y libertades contenidos en las cartas magnas, tenemos a la mano dos artículos basados en la libertad de imprenta y en la libertad religiosa. El primero es “La libertad de imprenta en México: 1808-1857” de Marla Daniela Rivera Moya, quien realiza un recorrido histórico respecto a este derecho en los diferentes textos y proyectos constitucionales que se presentaron en México en poco más de la primera mitad del siglo XIX. El segundo texto es “La libertad religiosa y la Constitución de 1857” de José Luis Soberanes Fernández. En éste encontramos una puntual revisión de las diversas posturas sostenidas por los diputados constituyentes durante las discusiones del Congreso de 1856. De igual manera, condensa de manera precisa estos argumentos, con la finalidad de facilitar la lectura y comprensión de los mismos. Termina esta intervención hablando del reconocimiento de libertad religiosa que se hiciera gracias a los decretos de Benito Juárez, así como la incorporación que se hiciera de las Leyes de Reforma al texto constitucional en 1873. Con este artículo de alguna manera se cierra el bloque sobre derechos y libertades contenidos en las cartas magnas y damos paso a un breve segmento enfocado a experiencias comparadas con base en la ideología.

El tercer apartado cuenta con dos aspectos, las experiencias comparadas y el análisis sobre aspectos de ideologías políticas. Se trata de los artículos: “El constitucionalismo moderado-conservador a través de un ejemplo: Bravo Murillo, 1852” de Faustino Martínez Martínez y “¿Experiencias en común? La asistencia liberal en México y España, 1812-1862” de Ángela León Garduño. Un punto que tienen en común es que permiten distinguir las ideas constitucionales desde la óptica de los movimientos políticos imperantes en el momento, liberales y conservadores. Respecto al primer texto, su autor retrata los intentos de Juan Bravo Murillo y su breve gobierno, en el que aspiró a modificar la constitución española, implantando un modelo moderado, con el objetivo de fundamentar el régimen. En relación con el segundo, León Garduño nos lleva a la institución de la beneficencia pública, administrada bajo un ideario liberal tanto en México como en España, en un contexto de un gobierno monárquico para el caso de nuestro país.

Con los siguientes tres trabajos se da paso al último bloque que se puede conformar al interior de la obra; un bloque dedicado a las Leyes de Reforma, que si bien se aleja un poco de la cuestión comparada entre España y México, mantiene relevancia, pues cabe recordar que

dichas leyes fueron integradas al texto constitucional de 1857 mediante un decreto promulgado en 1873, bajo el gobierno de Sebastián Lerdo de Tejada.

En relación con lo anterior, tenemos los escritos de Diana Irina Córdoba Ramírez, Emmanuel Rodríguez Baca y Regina Tapia, titulados “Individualización de la propiedad, marco legal y participación de las mujeres de la Ciudad de México en el proceso desamortizador de la reforma liberal”; “¡En defensa de la religión! Las autoridades políticas y su ejercicio en la época de la Reforma” y “Cadenas rotas, cadenas autoimpuestas. Libertades políticas y su ejercicio en la época de la Reforma”. Este grupo de trabajos revisa aspectos muy particulares sobre las Leyes de Reforma y su concreta aplicación. En el caso de los dos primeros, centran su atención en la Ciudad de México. Diana Irina Córdoba Ramírez nos abre el contexto a los derechos de la propiedad y a la participación de las mujeres en el proceso de desamortización de bienes. En este sentido, su texto nos da una visión del derecho de la época desde una perspectiva de historia social. Por su parte el segundo de estos autores sigue la línea de la historia, pues es su intención dejar entrever el sentir de diversos sectores de la sociedad capitalina ante la expedición de las leyes de Reforma, ya que ellos consideraban que atacaban a la religión. De esta manera, encontramos el descontento de dichos sectores sociales y la manera en que defendieron su religión, a la vez que se investiga el trasfondo en el actuar de estos grupos.

### III. APORTACIONES DE LA OBRA

Como pudimos ver, *Derechos y libertades entre cartas magnas y océanos: experiencias constitucionales en México y España (1808-2018)* resulta bastante amplio en cuestión de temas, pudiendo ordenar los capítulos en diversos bloques que ayudan a darle coherencia a lo presentado por los diversos autores y que el lector pueda ver que todo esto se compenetra dentro de las experiencias constitucionales en México y España.

Se deja constancia de la diversidad de temas por tratar siguiendo la línea de la historia constitucional, así como los diferentes modos de abordarlos. Así, queda de manifiesto que dicha obra es el resultado de un trabajo multidisciplinario, y deja en claro que la Historia del Derecho no es exclusiva de una u otra rama del conocimiento.

En este punto, es significativo hacer notar que a lo largo de la obra encontramos una necesaria explicación del contexto, principalmente político y social, en el que se desencadenaron

los hechos que dan origen al objeto de estudio en los textos plasmados en el libro. De igual manera, se abre la visión y encontramos las repercusiones de lo jurídico en la vida social, lo cual es posible observar en aquellos artículos que tratan sobre la aplicación de los derechos y libertades contenidos en las cartas magnas. Dejan constancia también del alcance de las disposiciones gaditanas pues es notoria su influencia en textos fundamentales del ámbito local mexicano.

Por último, las Leyes de Reforma también amplían el espectro de estudio de lo jurídico para acercarlo a la historia social, aportando visiones desde instituciones de asistencia social e incluso grupos sociales que no suelen ser estudiados en lo histórico-jurídico.

#### IV. CONCLUSIONES

Si bien el libro se aboca principalmente a temas insertos en el siglo XIX, centuria importante para el desarrollo de la historia constitucional de los países objeto de estudio, esto no habla de una obra incompleta, sino en sentido contrario, nos coloca frente a una importante veta de temas que todavía pueden y deben ser abordados por aquellos interesados en el estudio de la historia constitucional.

La publicación de esta obra, y replicando lo dicho líneas arriba, muestra además que el examen y desarrollo de las temáticas histórico-jurídicas no es exclusiva de una u otra disciplina, demostrando que es posible realizar un trabajo en conjunto en el cual ambas visiones se complementen mutuamente.

No queda más que felicitar al coordinador y los diferentes autores de este volumen por su trabajo y por sentar las bases de diferentes líneas de investigación que conjunten lo jurídico con lo histórico.