



DERECHOS Y GARANTÍAS

UNA PERSPECTIVA IBEROAMERICANA Y EUROPEA

Directores

Francisco Javier **Díaz Revorio**
Magdalena **González Jiménez**

Coordinadores

Francisco Javier **Díaz Majano**
Adriana **Travé Valls**



INSTITUTO DE ESTUDIOS
CONSTITUCIONALES
DEL ESTADO DE QUERÉTARO

Derechos y garantías: una perspectiva iberoamericana y europea



MAURICIO KURI GONZÁLEZ
Gobernador Constitucional

CARLOS ALBERTO ALCARAZ GUTIÉRREZ
Secretario de Gobierno

GUSTAVO ARTURO LEAL MAYA
Secretario de Finanzas

LINDA LUZ LUNA RANGEL
Oficial Mayor

ROGELIO FLORES PANTOJA
Director del Instituto de Estudios Constitucionales

Derechos y garantías: una perspectiva iberoamericana y europea

Directores

Francisco Javier Díaz Revorio
Magdalena González Jiménez

Coordinadores

Adriana Travé Valls
Francisco Javier Díaz Majano



Universidad de Castilla-La Mancha
Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro
México, 2025

Primera edición: mayo de 2025

Derechos y garantías: una perspectiva iberoamericana y europea

© Francisco Javier Díaz Revorio
Magdalena González Jiménez
Adriana Travé Valls
Francisco Javier Díaz Majano

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

ISBN: 978-607-8908-18-9

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

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

INSTITUTO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO DE QUERÉTARO

COORDINACIÓN EDITORIAL

Rogelio Flores Pantoja
Coordinación

Tania Mariel Farfán García
Edición

Estephanía Martínez Pineda
Formación

Contenido

Presentación	13
--------------------	----

PARTE I

JUSTICIA CONSTITUCIONAL, SISTEMA DEMOCRÁTICO Y SEPARACIÓN DE PODERES

Problemas contemporáneos de la justicia constitucional. La elección popular de jueces.....	19
---	----

JOSÉ RAYMUNDO DÍAZ FERNÁNDEZ
MÉXICO

Análisis de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional en rela- ción con el principio constitucional de igualdad, la se- paración de poderes y el consenso social recomenda- do para este tipo de normas	35
---	----

IBIZA MELIÁN
ESPAÑA

El combate constitucional a la corrupción en México ...	57
---	----

KATYA MORALES PRADO
MÉXICO

PARTE II
DERECHOS Y LIBERTADES

Marco legal de la libertad de expresión e información en la Unión Europea	73
VÍCTOR MORENO MARTÍNEZ	
ESPAÑA	

La discapacidad analizada a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: México y la importancia del control de convencionalidad	87
SERGIO SÁNCHEZ PARÍS	
ESPAÑA	

La evaluación de impacto legislativo en la era de la inteligencia artificial: retos y oportunidades.....	109
GUSTAVO SILVA DE LA ROSA	
MÉXICO	

PARTE III
JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y
TUTELA DE LOS DERECHOS

Los retos de las redes sociales en el desarrollo democrático y en la tutela de derechos	133
RUBÉN CARDONA RIVERA	
MÉXICO	

La reparación integral del daño y la justicia pronta y expedita en el sistema de justicia penal mexicano: una realidad ilusoria.....	149
OLIVER GARCÍA BERRUETO	
MÉXICO	

La tutela judicial efectiva de las víctimas en el Estado constitucional: una mirada crítica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	167
SEBASTIAN GIRALDO HENAO	
COLOMBIA	
El Artículo 10.2 de la Constitución española en la interpretación y tutela de derechos fundamentales	185
ALEJO MARTÍNEZ QUIÑONES	
ESPAÑA	
Tutela y mecanismos de exigibilidad de los derechos sociales en República Dominicana.....	209
ROSA LUCIA MINAYA JEREZ	
REPÚBLICA DOMINICANA	

Presentación

El pasado mes de julio de 2024, la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo (Universidad de Castilla-La Mancha) acogió la V edición del Título de Especialista en Justicia Constitucional, Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales.

Este posgrado, que es ya una consolidada referencia internacional —y que a partir de este año va a posibilitar a los cursantes continuar estudios para obtener un Máster en Justicia Constitucional, Interpretación y Derechos Fundamentales,— se dirige a abogados, profesores de derecho, jueces, fiscales, asesores y letrados de parlamentos, tribunales constitucionales y órganos de garantía electoral, y demás funcionarios y operadores jurídicos interesados en el estudio de los derechos fundamentales, su concepto y fundamentación, su interpretación y garantías, desde una visión teórico-práctica y comparada para abordar sus desafíos más actuales.

El programa corrió a cargo de más de 70 ponentes de máxima especialidad y prestigio: destacados académicos (Luigi Ferrajoli, Lucio Pegoraro, Roberto Romboli, Guillaume Tusseau, Stephen C. Thaman, Miguel Carbonell, Roberto Gargarella, Manuel Atienza Rodríguez, Juan Antonio García Amado, Miguel Revenga Sánchez, Roberto Blanco Valdés, Roberto Viciano Pastor...) y magistrados y exmagistrados de las altas Cortes, nacionales e internacionales, entre otros, Rhona Fetzer (Alemania), Eloy Espinosa-Saldaña Barrera (Perú); Nancy Hernández López y Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot (Corte Interamericana

de Derechos Humanos); Luis López Guerra (Tribunal Europeo de Derechos Humanos); Enrique Arnaldo Alcubilla y Andrés Ollero Tassara (Tribunal Constitucional de España); Eduardo Espín Templado y Perfecto Andrés Ibáñez (Tribunal Supremo de España). Lo que unido a la participación de más de 130 cursantes de prácticamente toda Iberoamérica, Italia y España, reafirma su importancia como destacado espacio de formación avanzada en justicia constitucional.

Como novedades frente a otras ediciones, la programación acogió la entrega de los Premios de la Sección de Jurisprudencia y Legislación de la Academia de Ciencias Sociales y Humanidades de Castilla-La Mancha, a D.^a Teresa Freixes Sanjuán y a D. Luis López Guerra. Y sendos sentidos homenajes a los inconmensurables maestros, profesores del posgrado durante muchos años y, sobre todo, queridísimos amigos, recientemente fallecidos, D. Néstor Pedro Sagüés, y D. Sergio García Ramírez, siempre en nuestro recuerdo.

Y, lo que no volvió a faltar, como complemento imprescindible a sus sesiones ordinarias, fue la Jornada Iberoamericana, celebrada el 11 de julio, en la que los cursantes pudieron presentar comunicaciones de su especial interés. Este texto recoge, tras una previa selección y adaptación posterior como artículos de investigación, algunas de dichas contribuciones, distribuidas en tres bloques temáticos: justicia constitucional, sistema democrático y separación de poderes; derechos y libertades (en perspectiva sustantiva); y justicia constitucional y tutela de los derechos. Y lo hace, una vez más, en el prestigioso marco de la editorial del Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro (México), gracias al decidido impulso, como Director del mismo, de nuestro muy estimado Rogelio Flores Pantoja.

Queremos expresar nuestro más sincero agradecimiento a todos los ponentes y cursantes, y, por su tenaz labor, al resto del comité organizador de la titulación, conformado por Victoria José González Méndez, Roberto David Acosta Díaz Argüelles, María Ruiz Dorado, Francisco Javier Díaz Majano, y con mención especial, por el motivo que nos ocupa, a Adriana Travé Valls, y a Luis García Chico, excelentes coordinadores de la Jornada.

La presente obra ofrece un análisis plural y enriquecedor sobre cuestiones clave de la interpretación constitucional y la tutela de los derechos fundamentales que, a buen seguro, resultará de utilidad para todo jurista interesado en la materia.

Toledo-Albacete, febrero de 2025.

FRANCISCO JAVIER DÍAZ REVORIO

MAGDALENA GONZÁLEZ JIMÉNEZ

Codirectores de la *Especialidad en Justicia Constitucional,
Interpretación y Tutela de los Derechos Fundamentales*

PRIMERA PARTE
JUSTICIA CONSTITUCIONAL,
SISTEMA DEMOCRÁTICO Y
SEPARACIÓN DE PODERES

Problemas contemporáneos de la justicia constitucional. La elección popular de jueces

José Raymundo Díaz Fernández
México

SUMARIO. I. Introducción. II. La Constitución Mexicana de 1824. III. El juicio de amparo en México. IV. La Constitución Mexicana de 1917. V. Conclusión. Una respuesta desde el derecho constitucional a la elección popular de jueces. VI. Epílogo. Referencias.

RESUMEN: Actualmente, México vive una crisis constitucional sin precedentes, una reforma ha destituido injustificadamente a todos los jueces de las altas cortes y a todos los jueces y magistrados federales, para que sean electos mediante votación popular. El presente trabajo retoma los orígenes del constitucionalismo mexicano y su construcción por casi dos siglos, para dar respuesta a la siguiente interrogante ¿es constitucional la elección de jueces mediante votación popular? La independencia judicial y la división de poderes se encuentran en riesgo.

I. INTRODUCCIÓN

El tema que hoy me trae aquí, es hablarles de los problemas contemporáneos de la justicia constitucional y en específico de “La elección popular de jueces”.

Hoy existe un problema que está surgiendo entre las democracias contemporáneas y es que vemos cómo cada día se polariza más el clima social y político. Y ¿a qué me refiero con esto?

Desafortunadamente, por esa incapacidad que han tenido las corrientes políticas de gobernar, se ha polarizado el contexto social, es decir, cuando gobierna la derecha y no entrega buenos resultados y estos son catastróficos, o gobierna la izquierda y entrega resultados devastadores, los ciudadanos se decantan justamente por una opción política totalmente opuesta, y esto ha llevado a un fenómeno que se está dando especialmente en América Latina; el populismo, que hoy impacta en la justicia constitucional de México y del mundo.

Justamente en ese contexto, actualmente en mi país, en México, se discute una reforma constitucional al poder judicial, que, básicamente, propone que se realice una elección extraordinaria para renovar a todos los ministros de la Suprema Corte, magistrados y jueces federales y que ahora sean electos por votación popular, es decir, de un plumazo y a mano alzada, eliminar a los casi 1600 jueces y juezas de México, quienes hoy se eligen mediante estrictos exámenes y concursos de oposición, para dar pauta a que se convoque a elecciones y sea el pueblo quien vote y elija a los jueces; claro, dentro de las opciones que el Gobierno proponga.

Pero ante esta propuesta, ante esta corriente que surge de elegir popularmente a toda la judicatura de un país, ¿cuál es la respuesta o la postura desde el derecho constitucional?

¿Por qué se crean las constituciones en los Estados modernos? Para limitar el poder absoluto, para controlar al poder. ¿Por qué se crean los tribunales constitucionales o se les dotan de facultades de ese tipo a las cortes supremas de cada país? Pues, precisamente, como un contrapeso para limitar y para hacer prevalecer la Constitución. Creo que no podemos politizar un tema como es la elección de jueces.

Y es que claro, bastaría regresar a la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, de la que se puede leer en su artículo 16: “Una Sociedad en la que no esté establecida la garantía de los Derechos, ni determinada la separación de los Poderes, carece de Constitución”;¹ creo que la idea

¹ CNDH, *Se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México, <https://www.cndh.org.mx/noticia/se-aprueba-la-declaracion-de-los-derechos-del-hombre-y-delciudadano#:~:text=El%2026%20de%20agosto%20de,las%20Naciones%20Unidas%20en%201948>

es tremenda, hace casi 300 años se estableció que, sin separación de poderes, sin independencia judicial, un pueblo no puede tener Constitución.

Debemos tener especial cuidado con las reformas constitucionales que se quieren implantar en nuestras Constituciones, o llegaremos al absurdo de tener Constituciones que no son Constituciones.

II. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1824

Quiero regresar el tiempo y traer un fragmento de la exposición de motivos de la Constitución de 1824, la primera del México independiente: “[...] asegurar al Poder Judicial una independencia tal, que jamás cause inquietudes a la inocencia, ni menos preste seguridades al crimen [...]”.² Constitución que este año conmemora 200 años, y que enarbola estridentemente la independencia judicial de las juzgadoras y los juzgadores de nuestro país, del México lindo y querido.

El Código de Ética del Poder Judicial de la Federación, reitera la exposición de motivos de dicha Constitución y establece que: “Hay anhelos que son universales, como la búsqueda sempiterna de una sociedad de hombres libres, que les garantice su desarrollo humanístico y los emancipe de temores”;³ y que además nos recuerda que la labor del juzgador no solo requiere el conocimiento de la ciencia jurídica, porque hay espacios en los que su única directriz es su propia conciencia, y para ello, fundamentalmente, las personas juzgadoras deben tener independencia, que su único faro de luz en la fría noche (aún en las noches más oscuras), sea la Constitución.

Antes de fijar mi postura —respecto de la elección popular de jueces—, quiero regresar en la máquina del tiempo y revisar la historia de México.

² SCJN, *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004, p. 7.

³ *Idem.*

III. EL JUICIO DE AMPARO EN MÉXICO

México le ha legado al mundo el juicio de amparo, como medio de control constitucional, para hacer pervivir el Estado de derecho, la división de poderes y el respeto irrestricto a los derechos fundamentales de todas las personas. Y quiero destacar ese antecedente histórico, buscando una respuesta respecto de la idoneidad de elegir a los jueces mediante el voto popular, creo que es necesario que volvamos a los orígenes.

El juicio de amparo nace en la Constitución de Yucatán de 1841 (hoy estado que forma parte de la República mexicana), cuya elaboración se debió primordialmente, a Don Manuel Crescencio Rejón. Posteriormente el juicio de amparo surge a nivel federal, en el Acta de reformas de la Constitución Federal, expedida en 1847; dicha regulación nace en virtud del voto particular de don Mariano Otero, el cual finalmente aprobó el Congreso Nacional Extraordinario que había sido convocado para tal efecto.⁴ Quizá por esa razón se ha considerado a don Mariano Otero, padre del amparo, título que le es disputado por Manuel Crescencio Rejón; sin embargo, en favor de Otero podemos decir que por este se creó dicha figura a nivel federal, es decir, como protector de la Constitución General de la República, mientras que el creado en la Constitución de Yucatán se limitó a salvaguardar la Constitución estatal.

En efecto, el juicio de amparo nace en la República Mexicana en 1847, con la reforma constitucional al artículo 25, que estableció:

“Art. 25. Los tribunales de la Federación ampararán a cualquiera habitante de la república en el ejercicio y conservación de los derechos que le concedan esta Constitución y las leyes constitucionales, contra todo ataque de los poderes legislativo y ejecutivo, ya de la Federación, ya de los Estados; limitándose dichos tribunales a impartir su protección en el caso particular sobre que verse el proceso, sin hacer ninguna declaración general respecto de la ley o del acto que lo motivare”.⁵

⁴ Arizpe E., *La primera sentencia de amparo*, México, SCJN, 2006, pp. 21-27.

⁵ *Ibidem*, p. 27.

Vemos entonces, que México le ha legado al mundo entero, el juicio de amparo, un mecanismo legal que busca hacer pervivir la Constitución de cada pueblo, que busca hacer efectivos los derechos fundamentales de todas y todos los ciudadanos de una nación, amparar a los habitantes de cualquier acto del poder legislativo y ejecutivo; un medio legal que busca reparar lo que ha sido roto, lo que ha sido trastocado por la autoridad, “amparar y proteger” son dos palabras que para mi pueblo México han significado mucho, cada sentencia de amparo es el reflejo de la labor, del trabajo de cada jueza y juez constitucionales de mi país. A ellos mi reconocimiento por su gran labor por México, y por la justicia.

Hablamos del juicio de amparo y por ello es importante destacar la fecha en que se emitió la primera sentencia de amparo.

El 13 de agosto de 1849 se emite la primera sentencia de amparo de México, por cierto, sin ley reglamentaria, aplicándose única y directamente la Constitución; sentencia en la que se concedió el amparo para que un ciudadano no fuera desterrado por las órdenes del Gobierno en turno.

Los hechos derivaron de que, en 1848, México y Estados Unidos suscribieron el Tratado Guadalupe-Hidalgo, por el que México cedió parte de su territorio a Estados Unidos; aparecieron entonces movimientos nacionalistas que cuestionaron el tratado. En San Luis Potosí, México surgió la rebelión de Sierra Gorda, donde participó Manuel Verástegui, quien redactó el plan en el que se apoyó tal insurrección; sin embargo, este fue encarcelado por el Gobernador de San Luis Potosí, y ordenó liberarlo, condicionándolo al destierro.

Inconforme, Verástegui promovió un juicio de amparo contra la decisión de dicho gobernador, y el 13 de agosto de 1849, el Juzgado Único del Distrito de San Luis Potosí determinó que la orden de destierro vulneraba las garantías individuales previstas en la Constitución, y revocó dicha orden. La sentencia fue impugnada por el Gobernador, la Suprema Corte de Justicia confirmó tal resolución; de ahí que podemos resaltar que su trascendencia para el sistema jurídico mexicano estriba en que:

I. Se concede el amparo a un ciudadano en contra de la orden de destierro ya que se vulneraron sus garantías individuales consagradas a nivel constitucional, dando así prevalencia a la Constitución por sobre toda otra norma;

II. Se determina la aplicación del artículo 25 del Acta de Reformas de 1847, es decir, de un precepto enunciado en la Constitución Federal cuyo procedimiento aún no se había reglamentado, haciendo prevalecer lo sustancial sobre lo formal.⁶

Dicha sentencia significa un ejemplo claro de las disputas políticas que se llevan a cabo en la sociedad. Sin embargo, creo que la justicia no es un tema que deba politizarse, no es un tema que deba entrar a una tómbola, a la suerte, a un juego de cartas; las y los impartidores de justicia no deben ser electos popularmente, únicamente deben servir a la Constitución. El juicio de amparo es un claro ejemplo de ello, amparar y proteger al débil y desprotegido contra las afrentas del poder. Si a una persona juzgadora la eliges mediante votación popular, pierde el faro de luz con el que nace, pues su único faro de luz, su única brújula, debe ser la Constitución; cuando esto se trastoca y se les obliga a ir a una elección popular, esa brújula se apaga y su faro de luz se convierte en el deseo de las mayorías, se pierde el sentido de su existencia, se deberán a las mayorías y a nadie más, ya que serán estas quienes les otorguen el puesto. Un juez es un árbitro que no debe tener más dueño que la Constitución y su conciencia. Pero cuando al árbitro, al juez, lo compras, deja de representar lo más puro de la justicia: la imparcialidad; por eso, siempre representamos a la justicia con una venda en los ojos, esa venda en los ojos significa que no se debe a nadie, que no debe velar por intereses de otros, sino únicamente, velar por la justicia, impartir justicia sin que mezquinos intereses se entrometan o se les pongan en los ojos.

Lo más importante que deben tener los jueces es su independencia para actuar, si es que a un juez lo impone de candidato un partido político o un grupo de poder, se deberá a ellos y a nadie más; aunque vaya a una elección, quienes dieron el dedazo al designarlo, serán sus brújulas, serán su faro; qué peligroso, qué triste. Hoy en México, las y los jueces se eligen mediante rigurosos

⁶ Congreso del Estado de Oaxaca. LXV Legislatura, *¿Sabías qué?*, México, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Parlamentaria, https://congreso-oaxaca.gob.mx/docs65.congreso-oaxaca.gob.mx/centros_estudios/CE-IIP/estudiosCEIIP/XIII_AMPARO_VERASTEGUI.pdf

exámenes de conocimientos, lo que indudablemente asegura que solo se deban a México, a la Justicia, al fruto de sus horas de estudio, de su carrera judicial y de su disciplina, lo cual sin duda es acorde a lo que mandata la Constitución que rige hoy a México, la Constitución de 1917.

IV. LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917

Y regresando la máquina del tiempo unos 100 años, traigo a escena la Constitución actual de México de 1917. Después de la revolución mexicana, que costó mucha sangre al pueblo de México, al presentar el proyecto de dicha Constitución, don Venustiano Carranza en la Junta Inaugural del Congreso Constituyente el 1 de diciembre de 1916, expuso que la frase “la soberanía nacional residía en el pueblo”, no era una realidad para México, pues esta siempre había sido el resultado de imposiciones de los que tenían en sus manos la fuerza pública, para investirse a ellos mismos o a las personas designadas por éstos, como representantes del pueblo.

Quien fuera el primer jefe del ejército constitucionalista de la Revolución mexicana, expresó que los anhelos de la anterior Constitución mexicana de 1857, tampoco se cumplieron; en específico, lo relativo a la división del ejercicio del poder público, pues tal división solo fue escrita en la ley, en abierta oposición con la realidad, en la que, de hecho, todos los poderes se ejercían por una sola persona, pues incluso dijo, el jefe del poder ejecutivo tenía facultades de legislar sobre toda clase de asuntos, pues el poder legislativo le aprobaba todas las leyes sin observación o cambio alguno.⁷

Finalmente, don Venustiano Carranza,⁸ en dicho acto inaugural del Congreso Constituyente, firmemente expresó que

⁷ Exposición de Motivos, Junta inaugural del Congreso Constituyente, Discurso y entrega de proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza, Querétaro, 1 de diciembre de 1916, t. I, núm. 12, https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfProcesoLegislativoCompleto.aspx?q=b/EcoM-jefuFeB6D_OaNOimNPZPsNLFqe0s7fey1Fqrid+Lk416txn+s8hFxMJXZW-5DCnq594Anye5iYsKKWHqWA==

⁸ Presidente Constitucional de México de 1917 a 1920.

una de las reformas de importancia y trascendencia para el pueblo de México era la que “asegurara la completa independencia del poder Judicial”, pues dijo, uno de los anhelos más ardientes y más hondamente sentidos por el pueblo mexicano, era la de tener tribunales independientes que hicieran efectivas las garantías individuales contra los atentados y excesos de los agentes del poder público y que protegieran el goce quieto y pacífico de los derechos civiles de los que hasta ese momento se carecía. A continuación, se transcriben sus palabras:

[...] otras reformas sobre cuya importancia y trascendencia quiero, señores diputados, llamar vuestra atención, es la que tiende a asegurar la completa independencia del poder Judicial, reforma que, lo mismo que la que ha modificado la duración del cargo de presidente de la república, está revelando claramente la notoria honradez y decidido empeño con que el gobierno emanado de la revolución está realizando el programa proclamado en la heroica Veracruz el 12 de diciembre de 1914, supuesto que uno de los anhelos más ardientes y más hondamente sentidos por el pueblo mexicano, es el de tener tribunales independientes que hagan efectivas las garantías individuales contra los atentados y excesos de los agentes del poder público y que protejan el goce quieto y pacífico de los derechos civiles de que ha carecido hasta hoy.⁹

Nuestros antepasados, los fundadores de la edad moderna mexicana, los luchadores sociales de la revolución mexicana, después de sangre y guerra, nos legaron lo más precioso que hoy México tiene, la Constitución de 1917, que contiene los derechos fundamentales de los habitantes del México de hoy, y fueron claros al establecer la independencia del poder judicial como uno de sus anhelos más ardiente y hondos; que el pueblo de México tuviera tribunales independientes que hicieran efectivos los derechos fundamentales de las personas que pisaran suelo mexicano. Por eso, el artículo 1 de nuestra ley fundamental, establece: “Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las

⁹ Exposición de Motivos, *op. cit.*

leyes”.¹⁰ La idea es tremenda, de donde vengas no importa, no importa si fuiste esclavo en otro país, en otro territorio, en México serás libre, libre por el solo hecho de pisar tierra mexicana y tendrás la protección de las leyes, México es de todas y todos, en pluralidad y no de las mayorías, no del régimen en turno, no de los colorados, guindas o verdes.

La Constitución de 1917 es la que hoy rige la vida pública y privada de las y los habitantes de la República mexicana, es un referente a nivel mundial, un ejemplo de lo que deben tener las Constituciones de los pueblos. La Constitución mexicana es la primera Constitución del mundo en regular un Estado social y democrático de derecho, es la primera ley fundamental del mundo que tutela los derechos sociales, el derecho al trabajo digno, el derecho a la seguridad social, el derecho a la educación.

Y como no sería así, si en su proceso de creación, una vez constituido el Congreso, en sus sesiones preliminares en la antigua escuela de Bellas Artes de Querétaro, se recibió a una comisión popular encabezada por el obrero Rafael Jiménez, quien dirigió las siguientes palabras a los diputados: “Estos que estamos aquí somos los representantes del pueblo, que vienen a decirles a ustedes que esperan que la constitución sea real, efectiva, liberal y fundada sobre bases inmovibles, a fin de que mejore la condición económica, social, y política del pueblo mexicano”.¹¹

Con lo anterior queda claro que los anhelos del pueblo mexicano de 1917, era que la Constitución mexicana se fundara sobre bases inmovibles, a fin de que mejorara la condición económica, social, y política del pueblo; y creo firmemente que una de esas bases inmovibles de dicha ley fundamental, es la independencia judicial de las personas juzgadoras.

La Constitución de 1917 es el documento más importante de la revolución mexicana; más aún, es el documento más importan-

¹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, texto derivado de la reforma publicada en el DOF, 14 de agosto de 2001, <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/cpeum/documento/2020-05/CPEUM-001.pdf>

¹¹ Carpizo, J., *La Constitución mexicana de 1917*, México, IJ-UNAM, 1982, p. 62.

te de la historia moderna y contemporánea de México; de hecho, es el documento más importante del presente del país y de su futuro inmediato.¹²

Soy fiel creyente que cuando las Constituciones son efectivas traen paz y legitimidad a los gobiernos y a las instituciones.

En las aulas en el pasado verano, don Luis Arroyo Zapatero, catedrático de derecho penal de la Universidad de Castilla de La Mancha, nos dijo¹³ que se sentía muy orgulloso de México, un país que había logrado algo que ningún otro, un siglo de paz; después de la Revolución mexicana de 1917, conseguimos paz, una paz que nos duró 100 años; y que permitió que el presidente Lázaro Cárdenas abriera las puertas a los juristas Españoles en su exilio, la tradición de juristas mexicanos está construida con esos grandes españoles del exilio, que sumaron y echaron raíces al derecho mexicano, prueba de ello, don Héctor Fix Zamudio y don Sergio García Ramírez, alumnos del gran Niceto Alcalá-Zamora y Castillo, quien fundó el doctorado de Derecho de la UNAM (Universidad Autónoma de México), y el Instituto de Investigaciones Jurídicas.

V. CONCLUSIÓN. UNA RESPUESTA DESDE EL DERECHO CONSTITUCIONAL A LA ELECCIÓN POPULAR DE JUECES

Les platiqué de la primera sentencia del juicio de amparo, tenemos que regresar a los orígenes y ¿por qué me refiero a esto de volver? porque no podemos cooptar como un tema político la elección de la judicatura. No podemos, porque nuestra Constitución dejaría de ser Constitución, y ¿a qué me estoy refiriendo? Si

¹² García Diego, Javier, *¿Por qué, cuándo, cómo y quiénes hicieron la Constitución de 1917?*, vol. 66, núm. 3, 2017, pp. 1183-1270, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2448-65312017000101183&lng=es&nrm=iso

¹³ Palabras que pronunció en la ponencia “Derecho Penal y Constitución” organizado por don Javier Díaz Revorio en el marco del curso de Especialista en “Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales”, en la Universidad de Castilla-La Mancha, con sede en Toledo, España el 8 de julio de 2024.

la justicia la vendes, se podrá llamar de cualquier manera, pero justicia ya no será. Si un tribunal constitucional trabaja a modo, y se decanta por intereses políticos, podrá ser otra cosa, pero un tribunal constitucional, ya no. Si una Constitución deja de representar la división y la separación de poderes, podrá ser cualquier otra cosa, pero no una Constitución, no la Constitución que establece la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, que en su artículo 16, dispone que una sociedad en la que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de los poderes, carece de Constitución.

Incluso, la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene una línea jurisprudencial sólida respecto de la independencia judicial, en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, la Corte precisó que los jueces, a diferencia de los demás funcionarios públicos, cuentan con garantías específicas, debido a la independencia necesaria del poder judicial, lo que la Corte ha entendido como “esencial para el ejercicio de la función judicial”.¹⁴

El Tribunal reiteró que uno de los objetivos principales que tiene la separación de los poderes públicos es la garantía de la independencia de los jueces. El objetivo de dicha protección radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular, se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al poder judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación. Esto dado que el principio de independencia judicial constituye uno de los pilares básicos de las garantías del debido proceso, motivo por el cual debe ser respetado en todas las áreas del procedimiento y ante todas las instancias procesales en que se decide sobre los derechos de la persona. El principio de independencia judicial resulta indispensable para la protección de los derechos fundamentales, por lo que su alcance debe garantizarse inclusive, en situaciones especiales, como lo es el estado de excepción.¹⁵

¹⁴ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Ficha Técnica, San José, Costa Rica, 2009, https://www.corteidh.or.cr/ver_ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=273&lang=es#:~:text=El%20principio%20de%20independencia%20judicial,los%20derechos%20de%20la%20persona

¹⁵ *Idem*.

En efecto, en el caso *Reverón Trujillo vs. Venezuela*, el Tribunal señaló que el derecho a un juez independiente consagrado en el artículo 8.1¹⁶ de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos, no solo implicaba un derecho del ciudadano de ser juzgado por un juez independiente, dado que es importante señalar que la independencia judicial no solo debe analizarse en relación con el justiciable, porque el juez debe contar con una serie de garantías que hagan posible la independencia judicial. La Corte incluso destacó que la violación de la garantía de la independencia judicial, en lo que atañe a la inamovilidad y estabilidad de un juez en su cargo, debe analizarse a la luz de los derechos convencionales de un juez cuando se ve afectado por una decisión estatal que afecte arbitrariamente el período de su nombramiento. Esto, pues la garantía institucional de la independencia judicial se relaciona directamente con un derecho del juez de permanecer en su cargo, como consecuencia de la garantía de inamovilidad en el cargo.¹⁷

Además de ello, existe el precedente sustentado por la Corte IDH, caso *Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*, caso que se refiere a la remoción arbitraria de 27 magistrados de la Corte Suprema de Justicia de Ecuador, en ausencia de un marco legal claro que regulara las causales y procedimientos de separación de su cargo, y en el que además se alegó que las víctimas no contaron con las garantías mínimas de debido proceso, que no fueron escuchadas ni tuvieron oportunidad de defenderse y tampoco tuvieron a su disposición un recurso judicial efectivo.

En dicho asunto, el Tribunal interamericano estimó que, en las circunstancias del caso, al haberse destituido en forma arbitraria a toda la Corte Suprema, se tipificó un atentado contra la independencia judicial, que alteró el orden democrático, el Es-

¹⁶ “Artículo 8. Garantías Judiciales 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (...)”

¹⁷ Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela...*, cit.

tado de derecho e implicó que en ese momento no existiera una separación real de poderes. Aunado a que implicó una desestabilización tanto del poder judicial como del país en general y desencadenó que, con la profundización de la crisis política, durante siete meses no se contara con la Corte Suprema de Justicia, con los efectos negativos que ello implica en la protección de los derechos de los ciudadanos.¹⁸

Estamos preocupados por la efectividad de los recursos, pero no nos estamos fijando en el árbitro, y nos tenemos que fijar en él, porque si el árbitro se cae, aunque tengamos tarjetas rojas, amarillas, o de muchos colores bonitos y de materiales muy finos, el árbitro no va a poder usar sus tarjetas.

En temas de medio ambiente, hablamos de las futuras generaciones, pero yo creo que antes de hablar del medio ambiente, debemos preguntarnos ¿cómo debemos sostener nuestras democracias? ¿cómo debemos sostener el Estado de derecho que nos ha costado siglos defender y por qué digo siglos? porque la primera sentencia de amparo se hizo en 1849, hace casi 200 años, dos siglos; creo que la reflexión no es menor ¿qué vamos a legarle a las nuevas generaciones?, si es que no somos capaces de ser críticos y defender el Estado de derecho democrático que tanto nos ha costado tener; si la elección popular de juzgadores llega a la Constitución de México y la trastoca, la lucha social del constituyente de 1917, de la Revolución mexicana, habría muerto. La división de poderes en México se terminaría. Sin duda iniciaría otra era para México.

La justicia no puede ser secuestrada, la justicia no puede ser tomada, por nada ni por nadie y eso incluye a las mayorías por más avasalladoras y arrasantes que sean.

Tal vez el mundo contemporáneo en Latinoamérica nos enfrenta a nuevos retos, pero desaparecer de un plumazo y mediante una mayoría avasallante de congresistas a las y los jueces me parece preocupante. Dejar en manos del poder político la selección de jueces y no digo la elección, porque esa sería del pueblo;

¹⁸ Corte IDH. *Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Ficha Técnica, San José, Costa Rica, 2013.

dejar en manos de los políticos la elección de quienes serán los guardianes de nuestros derechos, de quienes deben decidir respecto de la propiedad de nuestras cosas y el bien fundamental y precioso de la libertad, me parece que en el contexto de México es un tema que merece una reflexión y análisis profundo.

¿Quiénes elegirán a las y los candidatos a jueces? ¿Qué intereses mezquinos meterán sus manos a las elecciones? La independencia judicial terminaría y comenzaría la era de la justicia sometida a la política. Estoy cien por ciento seguro de que, si secuestramos a la justicia, si la socavamos y la convertimos en una cosa de las mayorías, la historia nos juzgará por ello.

VI. EPÍLOGO

Cuando comencé a escribir el presente artículo académico, me encontraba en las murallas de Toledo, en las calles de la ciudad de las 3 culturas, con su imponente belleza, con su magia indescriptible. Escribía estas palabras mientras en mi país se discutía la reforma judicial “elección popular de jueces”, julio de 2024, en el marco de la especialidad en “Justicia Constitucional, interpretación y tutela de los derechos fundamentales”, en la Universidad de Castilla-La Mancha, con sede en Toledo, España. Desafortunadamente, semanas después, el Poder Reformador de la Constitución aprobó la reforma judicial y la elección popular de jueces se hizo una realidad; el 15 de septiembre de ese mismo año, se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* en México,¹⁹ la llamada reforma judicial.

Hoy tenemos un panorama incierto en México, mañana la maltrecha e injusta reforma judicial, cesará a más de 1600 juezas y jueces federales en todo el país, quienes en su mayoría llegaron al puesto por examen de oposición, después de mucho trabajo, estudio y disciplina. En casi una década de vida profesional y

¹⁹ DOF, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, México, Secretaría de Gobernación; https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5738985&fecha=15/09/2024#gsc.tab=0

como secretario proyectista en juzgados y tribunales federales, he tenido a muchas y muchos de ellos como jefa y jefes; en su mayoría personas honradas, comprometidas con México y con la justicia. Jamás me dieron línea de cambiar “a modo” un proyecto de sentencia, soy testigo fiel de su honradez e integridad y doy testimonio de ello.

Las y los jueces, los guardianes de la Constitución, la mitad de ellos pasarán a la horca en 2025, la otra mitad serán decapitados en 2027, cesados injustificadamente; hoy les doy las gracias por su gran labor por México, por su amor por este país, por sus grandes enseñanzas. Su único pecado, no inclinarse ante el poder, no doblegarse y ser independientes.

Queridas y queridos jueces, con ustedes también se va la esperanza de muchos que, como yo, pretendimos llegar al cargo de juez federal, por examen, sin palancas, sin favores, sin cosas chuecas. Se va la ilusión de llegar al honorífico cargo de juez federal por examen. Hoy, quienes apostamos a la judicatura, a la carrera judicial, perdemos un sueño. A los políticos corruptos que pretenden comprar esos puestos, les digo: ¡No nos robarán la esperanza de un México mejor!

La justicia no se vota y a partir de mañana empieza un proceso para seleccionar a las y los jueces por voto popular. Claro, los candidatos serán elegidos por los políticos. Es increíble que, a partir de hoy, en nuestro país, no se exija que quienes ocupen un cargo (de juez o jueza), aprueben un examen o tengan credenciales comprobadas de su labor y servicio.

Actualmente, nuestro Tribunal constitucional, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, analiza la reforma constitucional de la que hemos venido hablando, “la elección popular de jueces y el cese de más de 1600”. No sabemos qué pasará, cuál será el resultado del fallo o, incluso, si el Gobierno en turno acatará tal decisión. Sin duda, son tiempos de profunda reflexión, ¿qué pasará con la justicia en México mañana? es una pregunta cuya respuesta se irá construyendo con el tiempo. Tengo fe y esperanza en el porvenir. Que la historia sea implacable con los traidores. Quien destruye su casa, solo heredará el viento; que el futuro ponga a cada quien en su lugar.

REFERENCIAS

- ARIZPE E., *La primera sentencia de amparo*, México, SCJN, 2006.
- CARPIZO, J., *La Constitución mexicana de 1917*, México, IJUNAM, 1982.
- CNDH, *Se aprueba la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano*, México.
- Congreso del Estado de Oaxaca. LXV Legislatura, *¿Sabías qué?*, México, Centro de Estudios Jurídicos e Investigación Parlamentaria.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, texto derivado de la reforma publicada en el *DOF*, 14 de agosto de 2001.
- Corte IDH. *Caso Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador*. Ficha Técnica, San José, Costa Rica, 2013.
- Corte IDH. *Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela*. Ficha Técnica, San José, Costa Rica, 2009.
- DOF*, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, México, Secretaría de Gobernación.
- Exposición de Motivos, Junta inaugural del Congreso Constituyente, Discurso y entrega de proyecto de Constitución de don Venustiano Carranza, Querétaro, 1 de diciembre de 1916, t. I, núm. 12.
- GARCÍA DIEGO, Javier, *¿Por qué, cuándo, cómo y quiénes hicieron la Constitución de 1917?*, vol. 66, núm. 3, 2017.
- SCJN, *Código de Ética del Poder Judicial de la Federación*, México, Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2004.

Análisis de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional en relación con el principio constitucional de igualdad, la separación de poderes y el consenso social recomendado para este tipo de normas

Ibiza Melián
España

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco teórico. III. Metodología. IV. Resultados y discusión. V. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: El trabajo examina la Ley de Amnistía de 2024 para determinar si cumple con lo prescrito en el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Precepto que exige asegurar los derechos fundamentales y garantizar la separación de poderes como pilar esencial de una democracia. A través de un análisis jurídico y documental, se estudia si se respetan estos principios y si se da el consenso social propuesto por la Comisión de Venecia, dado que algunos consideran necesaria una reforma constitucional.

I. INTRODUCCIÓN

El 13 de noviembre de 2023, el grupo parlamentario socialista presentó en el Congreso de los Diputados una proposición de ley orgánica sobre la aprobación de una amnistía para alcanzar, según argumentaban, una “normalización institucional, política y social en Cataluña”. La iniciativa generó controversia, en parte

por el momento elegido: justo después de las elecciones generales del 23 de julio de 2023. En ellas, el Partido Socialista Obrero Español (PSOE) quedó en segundo lugar y precisó los votos de formaciones nacionalistas catalanas, entre otras, para lograr la investidura. Además, el 28 de octubre de 2023 se admitió abiertamente que su adopción era “una condición para la investidura”.

Esto contrastaba con la postura del partido durante la campaña electoral, cuando rechazaba por completo tal medida. De hecho, su secretario general afirmaba que no tenía cabida “en la legislación y la Constitución española”, en sintonía con la posición del Gobierno desde 2021, que la calificaba como “claramente inconstitucional”.¹

Diversos sectores de la sociedad se opusieron a la promulgación de esta disposición. Por ejemplo, el Consejo General del Poder Judicial emitió una “declaración institucional” el 6 de noviembre de 2023, donde afirmaba que la medida representaba una “degradación, cuando no de abolición, del Estado de derecho en España”. Incluso llegaron a señalar: “Utilizar la promulgación de una ley singular para invadir competencias propias del Poder Judicial como medio de negociación política constituye una perversión del régimen constitucional”. Criticaron, asimismo, una supuesta actitud de “mercadeo al servicio del interés personal” camuflada bajo el pretexto del “interés de España”.

De manera análoga, el Consejo General del Poder Judicial alertó de que esta concesión de impunidad a ciertos políticos, en detrimento del resto de los ciudadanos, conculcaría el principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Constitución española (en adelante, CE). Hecho que supondría a la postre contradecir los valores decretados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea.²

¹ *Maldita.es*, “Maldita hemeroteca, Cuando Pedro Sánchez decía ‘no’ a la amnistía: ‘No entra en la Constitución’”, 31 de octubre de 2023, <https://maldita.es/malditahemeroteca/20231031/pedro-sanchez-amnistia-constitucion/>

² Comunicación Poder Judicial, “Declaración institucional del Pleno del CGPJ”, *Consejo General del Poder Judicial*, 6 de noviembre de 2023, <https://www.poderjudicial.es/cgpj/en/Judiciary/Panorama/Declaracion-institucional-del-Pleno-del-CGPJ-6-noviembre-de-2023->

Por su parte, el catedrático de la Universidad Complutense de Madrid, Rafael Rubio, afirmó que la Comisión de Venecia, de la cual fue miembro, no permite “las amnistías para ciudadanos concretos”. Comisión, adscrita al Consejo de Europa, que se encarga de velar por los principios democráticos y la fortaleza del Estado de derecho en los países miembros, dando especial importancia a la independencia judicial. Rubio recuerda que “para ser compatibles con el principio de separación de poderes, las amnistías no deberían eliminar por completo la autoridad del poder judicial”.

De igual forma, la Comisión “insiste en su rechazo a la presencia de jueces en comisiones parlamentarias, especialmente en relación con sentencias en las que han participado”. Esto está vedado por la separación de poderes inherente a los sistemas democráticos. Dado que el legislativo no puede asumir competencias que la carta magna no le otorga (art. 66 CE), ni invadir las del poder judicial (art. 117.3 CE).³

De forma similar, la Comisión de Venecia destaca “la necesidad de una mayoría cualificada” para ratificar esta línea de acuerdos.⁴ Y es que, en España, actualmente, esa mayoría no se da. Por otro lado, las encuestas indican que más de la mitad “de los españoles cree que la amnistía deteriora la democracia y la Constitución”. Porque la política, en última instancia, debe aspirar a garantizar la cohesión social, especialmente en un país marcado por la tragedia de “las dos Españas”.

Con base en lo aquí expuesto, parece evidente que el análisis de la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña, es de una importancia relevante y sustantiva. La pregunta de la que se parte, pues, es si dicha norma respeta el principio constitucional de igualdad y la separación de poderes, además de satisfacerse el recomendado consenso para su aprobación. Debido a que, como atestigua el artículo 16 de la Declaración de los Derechos del

³ Torres Muro, I., *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

⁴ Rubio, R., “La Comisión de Venecia recuerda que no caben las amnistías para ciudadanos concretos”, *ABC*, 18 de marzo de 2024.

Hombre y del Ciudadano, una sociedad en la que no se protejan los derechos fundamentales ni la separación de poderes carece en puridad de texto constitucional. En suma, no se trataría estrictamente de una democracia.

Ergo, el objetivo de este trabajo es dilucidar si ambos principios se cumplen mediante un análisis descriptivo de dogmática jurídica y documental. Junto a comprobar si hay el consenso social sugerido por la Comisión de Venecia para sacar adelante este modelo de normas. Donde una parte opina que su promulgación exigiría una reforma constitucional. El análisis se mantendrá al margen de debates partidistas, buscando claridad y rigor jurídico.

Con el referido fin se concretará en un inicio a qué se alude en esta investigación con el término de amnistía, así como los antecedentes históricos de España. Amnistías con las que se busca el perdón y la reconciliación de toda la nación española, “indisoluble unidad” por la que vela la carta magna (art. 2 CE). De ahí que cualquier alteración de este axioma esencial de la carta magna requeriría una reforma constitucional a través de la vía agravada del artículo 168 CE. A continuación, se describirá la metodología empleada, seguida de un análisis del procedimiento legislativo que permitió la validación de la norma. Después se estudiará el respeto a la separación de poderes y la posible vulneración de derechos fundamentales, junto al consenso social en torno a esta ley. Finalmente, se presentarán las conclusiones alcanzadas.

II. MARCO TEÓRICO

2.1. Concepto de amnistía

2.1.1. *Fundamentos de derecho*

En primer lugar, resulta imprescindible precisar que la amnistía tratada en este trabajo se circunscribe al ámbito penal, sin que aparezca explícitamente mencionada en la ley fundamental de 1978. Lo único recogido de manera literal en la carta magna es el indulto. En este sentido, el artículo 62.i) determina que “corresponde al rey [...] ejercer el derecho de gracia con arreglo a la ley”, aunque prohíbe expresamente “autorizar indultos generales”.

La regulación del indulto se desarrolla en la Ley de 18 de junio de 1870, sobre reglas para el ejercicio de esta medida de gracia, donde la decisión final recae en el poder ejecutivo. Lo que queda reflejado en el artículo 30, al señalar que “la concesión de los indultos, cualquiera que sea su clase, se hará en Real Decreto que se insertará en el Boletín Oficial del Estado”. Sin embargo, la disposición adicional de dicha ley especifica que “el Gobierno remitirá semestralmente al Congreso de los Diputados un informe sobre la concesión y denegación de indultos”. Por tanto, aunque el poder ejecutivo ostenta en exclusiva esta potestad, debe informar al legislativo para mantenerlo al tanto.

Y es que hay una diferencia sustancial entre el indulto y la amnistía, que el Tribunal Constitucional denomina “diferenciación cualitativa” (Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, de 25 de noviembre de 1986, fundamento jurídico 2).

Mientras que el indulto supone el perdón al condenado, pero no el olvido de sus actos, la amnistía implica que el delito nunca existió. En otras palabras, genera una amnesia colectiva en la que el legislador, por medio de una ley, elimina ciertos hechos punibles.

Por ello, es en cuanto menos aconsejable que la autorización de este tipo de medidas esté precedida por el mayor de los acuerdos, en pro de no suponer un acto discriminatorio respecto al resto de la ciudadanía (art. 14 CE). Visto que los derechos fundamentales “vinculan a todos los poderes públicos” (art. 53.1 CE). Y recuerda la carta magna que “el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social” (art. 10.1 CE).

2.1.2. El perdón y la reconciliación

En el siglo xx se respaldaron en España tres leyes de amnistía: la de 1924, destinada a beneficiar a los condenados por el desastre de Annual; la de 1936, autorizada en la Segunda República; y la Ley 46/1977, de 15 de octubre de 1977. Esta última buscaba cerrar las heridas entre los bandos de la guerra civil, iniciada tras el Alzamiento Nacional de 1936, conflicto que desembocó en casi cuarenta años de dictadura franquista.

En síntesis, se trataba de una norma que permitiría la participación, en la nueva etapa democrática, de todos aquellos que hasta entonces habían estado enfrentados. En concreto, el punto I de su primer artículo amnistiaba a las personas que hubieran cometido “actos de intencionalidad política, [...] tipificados como delitos o faltas, realizados” antes del 15 de diciembre de 1976; aquellos entre el 15 de diciembre de 1976 y el 15 de junio de 1977 con intención de restablecer libertades o reivindicar autonomías; y actos similares hasta el 6 de octubre de 1977, siempre que no incluyeran “violencia grave contra la vida o integridad de las personas”.

En definitiva, la ley buscaba acabar, de una vez por todas, con las dos eternas Españas. Su fin último era crear una norma jurídica suprema basada en la concordia y no en el enfrentamiento, como hasta ese momento había sido la tónica en la historia de España.

2.1.2.1. “Las dos Españas”

Una historia nacional que se ha caracterizado por el hecho de que una de “las dos Españas”, al llegar al poder, intentaba imponer su visión sobre la otra. Tanto es así que, en 1812, con la conocida “Pepa”, el escritor sevillano Blanco White vaticinó su fatal desenlace a causa de esta división. Por ello, ya en el siglo xx, el literato gallego Salvador de Madariaga defendió la idea de una “Tercera España”: aquella de la integración.

Bajo esta perspectiva, Adolfo Suárez, el primer presidente del vigente ciclo democrático, se refirió a dicha preocupación de la ulterior manera: “El dilema de las dos Españas, siempre excluyentes y permanentemente enfrentadas”.⁵ Luego, procuró denodadamente convencer al resto de que “todas las cuestiones, todos los problemas pudieran plantearse desde el diálogo, el respeto y la comprensión del ‘diferente’, de quienes pensaban de modo distinto”.⁶ Dado que él defendía que “la sustancia de la transición

⁵ Quevedo, F., *Pasión por la libertad*, Barcelona, Áltera, 2006.

⁶ *Ibidem*, p. 47.

española” fue “el consenso”.⁷ En consecuencia: “se trataba de que [...] no hubiera ni vencedores ni vencidos, sino españoles. Había que lograr la definitiva reconciliación nacional cerrando las viejas heridas”. Y, por supuesto, “sin abrir ninguna nueva”.⁸

Visto que, como proclamó Blanco White con motivo de la promulgación de la Constitución de 1812: “Más vale caminar de acuerdo hacia el bien en una dirección media, que haga moverse a la nación entera, que no correr de frente atropellando y pisando a la mitad de ella”.⁹

Sin embargo, *a priori*, no parece que esto sea lo que ocurre con la nueva amnistía desarrollada en la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio. En primer lugar, la controversia gira en torno a la “soberanía nacional” que, según la Constitución de 1978, “reside en el pueblo español”. Una parte aspira a subvertir esta condición y ha dejado claro que esa sigue siendo su intención. No en vano, durante el debate en el Congreso, los parlamentarios de partidos afines a la independencia de Cataluña reiteraron que esa era la siguiente meta por alcanzar.¹⁰

Ergo, de lo anterior se infiere que no aparenta haber un afán reconciliador. Más bien, que una parte de los españoles busca hacer prevalecer su criterio sobre el resto. Y cabe recordar que cualquier modificación sobre la soberanía nacional, consagrada en el artículo 1.2 CE, conlleva un procedimiento de reforma agravada del texto constitucional. Esto se debe a que “la Constitución se fundamenta en la indisoluble unidad de la nación española” (art. 2 CE).

Un cambio de esta índole debe realizarse a través del artículo 168 CE, que exige una “aprobación” por “mayoría de dos tercios de cada Cámara y la disolución inmediata de las Cortes”. Por otro lado, el precepto demanda que los diputados y senadores electos

⁷ *Ibidem*, p. 52.

⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁹ Fernández Carnicero, C. J., “Blanco White o la invitación a la concordia”, *El País*, 25 de agosto de 1997.

¹⁰ Tercero, D., “Los socios de Sánchez le advierten: la amnistía es el paso previo al referéndum”, *ABC*, 30 de mayo de 2024.

en los nuevos comicios, conocidos como cortes constituyentes, deberán valorar y votar nuevamente el documento, también con una mayoría de dos tercios, para que prospere. Si se cumple este requisito, la nueva propuesta “será sometida a referéndum para su ratificación”.

Es comprensible, pues, que esta vía no se haya utilizado hasta ahora, debido a su complejidad y al alto grado de consenso impuesto, en una nación marcada por la polarización desde tiempos inmemoriales. Así se aspira a proteger la reforma de los elementos esenciales de la nación contra impulsos repentinos.

Y es que los constituyentes de la carta magna de 1978 optaron por una Constitución rígida en cuanto a su proceso de reforma, motivados ante el prolífico pasado constitucional español. Esto implica que cualquier cambio pide mayores garantías que las aplicadas en el procedimiento legislativo ordinario. Mientras que para sacar adelante una ley ordinaria basta con mayorías simples, en el caso de la norma jurídica suprema se impone un mayor respaldo.

Sistema que contrasta con el de las constituciones flexibles, donde el procedimiento de modificación es el mismo que el de una ley ordinaria. Un caso paradigmático es el del Reino Unido, cuya carta magna no está codificada en un único texto. Lo que les permite gran adaptabilidad a las circunstancias sociales de cada momento. No obstante, la tradición democrática británica tiene un largo recorrido y no es comparable con la inestabilidad histórica de países del sur de Europa, como España.

Donde en poco más de doscientos años la tónica ha sido que una Constitución sustituyera rápidamente a la anterior: la de 1812, el Estatuto Real de 1834, la de 1837, la de 1845, la de 1869, la de 1876, la de 1931 y la actual de 1978. Ya que como manifestara el filósofo Santayana: “Aquellos que no pueden recordar el pasado están condenados a repetirlo”.

La vida de la Constitución de 1812, con la que se acuñó el término liberal, fue breve. Derogada en 1814 tras el regreso de Fernando VII al trono. Se reinstauró durante el Trienio Liberal, entre 1820 y 1823, etapa en la que el monarca vio limitados sus poderes. Empero, en 1823, aprovechó la ocasión para abolirla y

regresar al absolutismo. Tras su muerte, en 1833, “la Pepa” se recuperó brevemente.

En 1834, su viuda, María Cristina, regente en nombre de su hija Isabel, dictó el Estatuto Real de 1834. Texto que no se considera una Constitución en sentido estricto, a causa de que fue una carta otorgada por la regente para apaciguar a los sectores liberales, que ejercían presión. María Cristina necesitaba su apoyo ante la amenaza de los carlistas, que reclamaban el trono para el hermano de Fernando VII, Carlos María Isidro de Borbón.

Ahora bien, el Estatuto Real de 1834 no logró convencer a los liberales, y en 1837 se promulgó una nueva Constitución que recuperaba, en parte, el espíritu de la de 1812. Poco después, una línea más conservadora asumió el poder durante el reinado de Isabel II y promulgó la Constitución de 1845, con el objetivo de conseguir una mayor estabilidad política. Esta, sin embargo, fue derrocada en 1868 a través de un pronunciamiento propiciado por el descontento hacia la reina, liderado por sectores más aperturistas. Como resultado, Isabel II fue depuesta, se la reemplazó en el trono por Amadeo I de Saboya y se promulgó la Constitución de 1869.

El relevo de la norma jurídica suprema de 1869 se produjo, una vez más, mediante una irrupción abrupta. En 1874, un golpe de Estado llevó al trono a Alfonso XII, primogénito de Isabel II. Fue en este tiempo cuando surgieron los “nacionalismos periféricos”, por razón de la falta de respuesta del poder central a las adversidades de dichos territorios.¹¹ De manera que en 1876 se proclamó una nueva carta magna liderada bajo la batuta de Antonio Cánovas del Castillo, quien quería extrapolar el sistema británico a su territorio patrio.

Comienza uno de los periodos más largos, conocido como la Restauración, caracterizado por el retorno de los Borbones al poder. Su elemento distintivo fue el turno, un acuerdo gracias al cual conservadores y liberales se alternaban en el gobierno. Época que también estuvo marcado por la corrupción derivada del sistema caciquil.

¹¹ Núñez Seixas, X. M., *Los nacionalismos en la España contemporánea (siglos XIX y XX)*, Barcelona, Ediciones Hipótesis, 1999.

Durante esta fase surge la edad de plata de las letras españolas, acompañada de fuertes movimientos contestatarios. Entre estos grupos destacan la generación del 98, los regeneracionistas y la generación del 14. Un ejemplo paradigmático es la obra de Joaquín Costa, *Oligarquía y caciquismo como forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, en la que el intelectual español clamaba por la urgencia de un “cirujano de hierro” que impusiera “ley y orden”.¹² Figura a cuya sombra emergieron primero Miguel Primo de Rivera y detrás Franco, en una emulación del primero.¹³ Contexto en el que además se perdieron los últimos territorios de ultramar y se potenció la catarsis nacional.

Lapso en el que se hizo memorable la “revolución desde arriba” promovida por Antonio Maura, miembro del partido de Cánovas, quien llegó a presidir el Consejo de Ministros en cinco ocasiones. A modo de advertencia sobre lo que podría suceder, Maura afirmó: “Hay que hacer la revolución desde el Gobierno, porque si no, se hará desde abajo y será desoladora, ineficaz y vergonzosa, y probablemente la disolución de la nación española”.

El ocaso de la Restauración se propició tras la dictadura del general Miguel Primo de Rivera en 1923, quien dimitió en 1930. Años en los que técnicamente no se derogó la Constitución de 1876, pero que en la práctica no fue efectiva. En 1930 se instauró la llamada “Dictablanda” bajo el mando del igualmente militar Dámaso Berenguer, quien trató de retomar el cauce democrático.

En 1931, los movimientos republicanos ganaron las elecciones en los grandes núcleos urbanos, lo que se interpretó como un rechazo al régimen de la Restauración y facilitó su caída. Esto dio paso a la Segunda República, que redactó una nueva carta magna. Durante esta etapa, el conflicto entre “las dos Españas” se intensificó, culminando en el Alzamiento Nacional de 1936 y el inicio de la dictadura franquista en 1939. Un Franco fiel a lo que

¹² Costa, J., *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, 1902.

¹³ Ben-Ami, S., *El cirujano de hierro. La dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Barcelona, RBA Libros, 2012, p. 7.

prometió desde un inicio: “Yo no haré la tontería que hizo Primo de Rivera. Yo no dimito. De aquí, al cementerio”.¹⁴

Por consiguiente, hasta la muerte del dictador en 1975 no fue posible avanzar hacia la tan ansiada democracia. Tras un periodo de Transición, en 1978 se promulgó la actual carta magna. Fase en la que destacó otra figura de gran talla intelectual, comparable para algunos a Cánovas: Torcuato Fernández-Miranda, profesor de Derecho de Juan Carlos I. Junto al rey y a Suárez, lideró una transición ejemplar y, en esta ocasión, sin levantamiento militar que llevará al traste los avances. Fue él quien maniobró para obtener el sí de las Cortes franquistas a la Ley para la Reforma Política de 1976, que dismantlaría el propio régimen.

El mundo había cambiado, y en ese momento soplaron vientos favorables hacia la transformación. Incluso la Iglesia mostró una apertura tras el Concilio Vaticano II, liderado por el papa Pablo VI. Por primera vez, la institución aceptaba la separación entre el poder espiritual y el temporal, dejando atrás la añoranza de la *res publica christiana*, en la que Cristo era tanto sacerdote como rey. Situación en la que el presidente de la Conferencia Episcopal Española, el cardenal Vicente Enrique y Tarancón, demostró su afinidad con la democratización, comprometido con la reconciliación nacional.

2.1.3. Reforma agravada de la Constitución para garantizar «la indisoluble unidad de la nación española» (artículo 2 CE)

Dado los precedentes expuestos, era comprensible que los constituyentes mostraran preocupación ante una posible pretensión futura de retroceso por alguna de las facciones. Por ello, en su Título X, incluyeron un proceso de reforma complejo. Así, los asuntos vitales requerirían un amplio acuerdo para preservar la estabilidad. Específicamente, el artículo 168, que regula la vía agravada de reforma, se aplica cuando “la revisión [...] afecte al Título Preliminar, el Capítulo Segundo, Sección 1.^a del Título I, o al Título II”. Es decir, a los artículos sobre la forma de Estado,

¹⁴ Preston, P., *El gran manipulador: la mentira cotidiana de Franco*, Barcelona, Penguin Random House, 2022.

su estructura territorial, los principios de legalidad, los derechos fundamentales y la institución de la Corona.

De manera que el Tribunal Constitucional ha afirmado que “la Constitución [...] asegura que solo los ciudadanos, actuando necesariamente al final del proceso de reforma, puedan disponer del poder supremo, esto es, del poder de modificar sin límites la propia Constitución (art. 168 CE)” (STC 103/2008, de 11 de septiembre de 2008, fundamento jurídico 2).

Esta resolución se refería a la aspiración del País Vasco de realizar un referéndum sobre el hipotético “ejercicio del derecho a decidir del Pueblo Vasco”. La propuesta estaba recogida en la Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio, que convocaba una consulta popular para conocer la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para lograr la paz y la normalización política. La palabra “normalización” aparecía en el título de esta norma, al igual que en la actual ley de amnistía. Finalmente, el Tribunal Constitucional consideró inconstitucional la ley vasca en la mencionada sentencia.

Primero, porque, en virtud de lo preceptuado en el artículo 149.1.32 CE y en el artículo 2 de la Ley Orgánica 2/1980, de 18 de enero, sobre la regulación de referéndums:

“La autorización para la convocatoria de consultas populares por vía de referéndum en cualquiera de sus modalidades, es competencia exclusiva del Estado”. Por su parte, el artículo 92 CE establece que, aunque “las decisiones políticas de especial trascendencia podrán ser sometidas a referéndum consultivo de todos los ciudadanos”, este debe contar con la autorización previa “del Congreso de los Diputados”. Asimismo, el artículo 6 de la citada ley orgánica exige que la aprobación se haga “por mayoría absoluta”.

En otras palabras, cualquier cuestión relativa a la “unidad” de España tendría que votarse por todos los españoles y no nada más que, por una parte, a tenor de la legislación vigente y de la Constitución. De lo contrario, se vulneraría el artículo 23.1 CE, que salvaguarda el derecho de todos “los ciudadanos [...] a participar en los asuntos públicos” y, en última instancia, el derecho del “pueblo español” a decidir sobre “la soberanía nacional”.

Porque “en ningún caso el principio de autonomía” de las Comunidades Autónomas, consagrado en el artículo 137 CE, “puede oponerse al de unidad, sino que es precisamente dentro de este donde alcanza su verdadero sentido, como expresa el art. 2 de la Constitución” (STC 4/1981, de 2 de febrero de 1981, fundamento jurídico 3).

De manera análoga, el Tribunal Constitucional se manifestó en su sentencia 114/2017, del 17 de octubre de 2017, sobre una ley respaldada por el Parlamento de Cataluña que autorizaba el referéndum de autodeterminación del 1 de octubre de ese año. Esta norma, la Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación, al igual que la ley vasca, fue declarada inconstitucional. El alto tribunal reiteró que una hipotética “consulta sobre la ‘autodeterminación’ de Cataluña” afectaría “[...] de lleno a la antes aludida identidad y unidad del sujeto titular de la soberanía y que, por tanto, conforme a nuestra jurisprudencia, no podría ser objeto de otro tipo de referéndum que el previsto, con participación de todo el cuerpo electoral español, en el artículo 168.3 CE”.

Cabe añadir que la potestad exclusiva para convocar referendums corresponde al Estado (art. 149.1.32 CE). Estas consultas, en las que se votan “decisiones políticas de especial trascendencia”, deben ser ejercidas “por todos los ciudadanos” (art. 92.1 CE).

Por consiguiente, al fijar el Tribunal Constitucional la inconstitucionalidad de la norma que sustentaba el referéndum del 1 de octubre en Cataluña, el resultado de esa votación quedó sin validez. De igual forma, se actuó judicialmente contra sus promotores, quienes, pese a estar advertidos de la ilegalidad, continuaron adelante. El Tribunal Constitucional había suspendido dicha ley un día después de su promulgación, el 7 de septiembre, en atención a lo prescrito por el artículo 161.2 CE y el artículo 30 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional. Esto significa que, al impugnar la norma el Gobierno central, la admisión automática del Tribunal implicó la suspensión de la “resolución recurrida”. Finalmente, el tribunal resolvió su inconstitucionalidad dentro del plazo previsto por la Constitución (artículo 161.2 CE).

Entonces, los actos que intentaron llevar a una proclamación unilateral de independencia acabaron en la condena, por parte del Tribunal Supremo, de varios de los políticos implicados. En su resolución, el tribunal recordó que “la legitimidad de una declaración unilateral de independencia no es admisible en nuestro sistema, como tampoco lo es en otros modelos comparados, bien próximos geográfica y culturalmente, que han conocido conflictos que desembocaron en un pronunciamiento jurisdiccional” (Sentencia del Tribunal Supremo, en adelante STS, 459/2019, de 14 de octubre de 2019, Fundamento de Derecho 17.1.5.4). Por ende, “la protección de la unidad territorial de España no” representa “una extravagancia que singularice nuestro sistema constitucional”, puesto que “la práctica totalidad de las constituciones europeas incluye preceptos encaminados a reforzar la integridad del territorio sobre el que se asientan los respectivos Estados” (STS, 459/2019, de 14 de octubre de 2019, Fundamento de Derecho 2.2).

III. METODOLOGÍA

De manera que el presente trabajo parte de la siguiente pregunta de investigación: ¿Respeto la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, el principio constitucional de igualdad y la separación de poderes, además de cumplir con el consenso social recomendado para este modelo de normas? La hipótesis planteada es que dicha norma no respeta el principio de igualdad ni la separación de poderes y tampoco cumple con el consenso social recomendado. La variable dependiente u objeto de estudio es la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, mientras que las variables independientes, cuyo efecto se examinará sobre la dependiente, son el principio de igualdad, la separación de poderes y el consenso social.

En sí consiste en un examen descriptivo y cualitativo desde una perspectiva interpretativa. Para ello, se emplea un análisis de dogmática jurídica y documental, abordando el procedimiento legislativo seguido para dar luz verde a la norma, las indicaciones del Consejo de Europa y las declaraciones públicas de distintos representantes institucionales.

IV. RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Las leyes de amnistía deben revestir el carácter de leyes orgánicas (art. 81 CE), debido a que se relacionan con derechos fundamentales. En este caso, la iniciativa legislativa partió del Congreso (art. 87.1 CE), mediante una proposición de ley orgánica presentada por el grupo parlamentario socialista el 13 de noviembre de 2023. Su tramitación siguió los Reglamentos de las Cámaras (art. 89.1 CE), específicamente lo mandado en el artículo 110 del Reglamento del Congreso.

El artículo 90.1 CE prescribe que, una vez “aprobado un proyecto de ley ordinaria u orgánica por el Congreso de los Diputados, su presidente dará inmediata cuenta de este al presidente del Senado, el cual lo someterá a la deliberación de este”. Aquí surgió el primer obstáculo, que dejó en claro la falta de consenso aconsejable para medidas de esta naturaleza. Sin embargo, el Congreso (art. 90.2 CE) levantó el veto del Senado (art. 110 del Reglamento del Senado) y, finalmente, la ley fue sancionada por el rey (artículo 91 CE).

Los letrados del Senado señalaron que la ley representaba “una reforma constitucional encubierta” que vulneraba el principio de igualdad y la separación de poderes. Según ellos, implicaba “dinamitar la normatividad de la Constitución” al extralimitarse el poder legislativo en su potestad, al proponer una ley de amnistía que la Constitución no contempla explícitamente. Esta postura refleja un “relativismo normativo”, bajo el cual se deduce que “todo lo no prohibido, está permitido” y que “deja en papel mojado la Constitución”.¹⁵ Cabe recordar que la única medida de gracia mencionada explícitamente en la Constitución es el indulto, e inclusive prohíbe los indultos generales (art. 62.i CE).

Por tal motivo, la Comisión de Venecia recomienda una reforma constitucional para legitimar esta clase de medidas y alcanzar la mayor conformidad en su adopción, asegurando así la paz social. Subraya, de igual forma, que ninguna comisión de in-

¹⁵ Escudero, E. V. *et al.*, “Los letrados del Senado denuncian la inconstitucionalidad de la amnistía porque ‘dinamita’ la primacía de la constitución”, *ABC*, 18 de marzo de 2024.

vestigación parlamentaria debería convocar a jueces para explicar sus decisiones judiciales, en aras de preservar la separación de poderes.¹⁶

Es más, la vicepresidenta de la Comisión de Venecia, Marta Cartabia, ha señalado que la ley de amnistía ha provocado “una fuerte división” en lugar de la “reconciliación y pacificación del país” que se pretendía. Incluso, expresa dudas sobre su constitucionalidad, ya que la Constitución española “no menciona la amnistía”. Por ello, aboga por una reforma constitucional previa a consentir una norma de este alcance, tal como recomienda el informe de la Comisión de Venecia.¹⁷

Es importante recordar que, si un juez, en el ejercicio de sus funciones, dictara una resolución a sabiendas de su injusticia, la legislación ya contiene un tipo penal para perseguirlo: la prevaricación judicial (art. 446 del Código Penal). Y hay precedentes condenatorios por este delito. Por consiguiente, actuar de otro modo lesionaría la separación de poderes.

Dado que conforme a la teoría de los contrapesos elaborada por Montesquieu en su obra *El espíritu de las leyes*,¹⁸ pilar sobre el que se levantan las democracias contemporáneas, existen tres poderes diferenciados que se controlan entre sí. En el caso español asevera la norma jurídica suprema que el poder judicial recae en exclusiva sobre los “jueces y magistrados”, encargados de juzgar y hacer “ejecutar lo juzgado” (art. 117 CE). Mientras que el poder legislativo es ejercido por las Cortes Generales, quienes “representan al pueblo español y están formadas por el Congreso de los Diputados y el Senado” (art. 66 CE). Y, por último, del poder ejecutivo es responsable el Gobierno (art. 97 CE). Poderes “que emanan” todos del “pueblo español” (art. 1.2 CE).

En virtud de lo expuesto: “[...] es claro que una institución de este género afecta a la seguridad jurídica, principio consagrado en el

¹⁶ Escudero, E. V., “La Comisión de Venecia reitera su recomendación de enmendar la Constitución para regular la amnistía”, *ABC*, 18 de marzo de 2024.

¹⁷ Escudero, E. V., “La Comisión de Venecia cuestiona las últimas cesiones de Sánchez a Puigdemont en la ley de amnistía”, *ABC*, 18 de abril de 2024.

¹⁸ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748.

art. 9.3 de la CE. Ello sucede porque la amnistía que se concede altera situaciones que han sido consagradas por Sentencias judiciales firmes, provistas del valor de cosa juzgada” (art. 118 de la C.E.). (STC, 147/1986, 25 de noviembre de 1986, Fundamento Jurídico 4).

Por su parte, el portavoz de la Asociación Judicial Francisco de Vitoria (AJFV), Sergio Oliva, opina que la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional significa un claro ataque “a la separación de poderes y es generadora de una inaceptable desigualdad entre ciudadanos”. Asimismo, habla de “[...] una redacción intencionadamente confusa, ambigua y susceptible de muy variadas interpretaciones, todas ellas potencialmente válidas. Como consecuencia, deja abierta la posibilidad de que cualquier interpretación válida que se aparte de los intereses independentistas del momento pueda ser tildada de prevaricadora”.¹⁹

Porque es fundamental destacar que la técnica legislativa demanda claridad en las leyes para salvaguardar la seguridad jurídica, principio constitucional recogido en el artículo 9.3 CE. En esencia, se pretende que el ciudadano conozca en todo momento los efectos legales de sus acciones o de su omisión. En línea con ello, la sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990 afirma que “el legislador” debe evitar ambigüedades y garantizar “la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable” (Fundamento Jurídico 4).

El Tribunal Supremo también señala que “la incorporación expresa, en nuestro ordenamiento jurídico, del principio de buena regulación supone un notable paso adelante, de cara a que la producción normativa respete” la exigida “seguridad jurídica” (Sentencia del Tribunal Supremo 275/2021, 25 de febrero de 2021, Fundamento de Derecho tercero). Esto se desprende, por ejemplo, del artículo 129 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

La seguridad jurídica abarca, igualmente, otros principios fundamentales establecidos en el artículo 9.3 CE: “legalidad,

¹⁹ Oliva, S., “Un texto legal perverso”, *ABC*, 13 de marzo de 2024.

[...] jerarquía normativa, [...] publicidad de las normas, [...] irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, [...] la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Lo que concluyó el Tribunal Constitucional en su sentencia 271/1981.

Por tanto, “no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas” (STC 150/1990, Fundamento Jurídico 8). Ergo, la ambigüedad debe quedar excluida. Si ciertos conceptos son imprescindibles, deben definirse claramente para evitar cualquier margen de duda. En otras palabras, es imprescindible precisar el término utilizado, de modo que no dé lugar a equívocos.²⁰

A las críticas sobre la ley se suma la presidenta de la Asociación de Fiscales, Cristina Dexeus. Quien afirma que “esta ley de amnistía nos aleja de Europa”, conculca el “principio de seguridad jurídica y de independencia ante la ley, así como la separación de poderes”. Una de las promotoras del manifiesto *Sin Estado de Derecho no hay democracia*. Documento firmado por “16 asociaciones de funcionarios del Estado “entre las que están la Asociación Profesional de la Magistratura, Foro Judicial Independiente, Inspectores de Hacienda del Estado e Inspectores de Trabajo y Seguridad Social”. El escrito advierte “de las graves consecuencias para el funcionamiento de la justicia que tendrá la Ley de Amnistía”.²¹

En la misma línea se posiciona el presidente del Consejo General del Poder Judicial, Vicente Guilarte. En tanto en cuanto destaca que entra en contradicción con el “principio de autonomía e independencia judicial” y perjudica “la necesaria separación de poderes”.²²

²⁰ García-Escudero Márquez, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2010.

²¹ Ellakuría, I., “Cristina Dexeus, presidenta de la Asociación de Fiscales: ‘Esta Ley de Amnistía nos aleja de Europa’”, *El Mundo*, 24 de marzo de 2024.

²² Marraco, M., “El presidente del CGPJ se suma a la inconstitucionalidad de la amnistía: ‘no puede ser moneda de cambio para una mayoría parlamentaria’”, *El Mundo*, 25 de marzo de 2024.

Para Luis Rodríguez Ramos, catedrático de Derecho Penal, la ley permite que el poder legislativo invada competencias propias del judicial, vulnerando de esta forma el “derecho fundamental a la igualdad ante la ley penal y, en fin, la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Además, considera que la norma será rechazada en la Unión Europea, al no alinearse con sus valores. También prevé que aquellos ciudadanos que se consideren discriminados (art. 14 CE) por el trato desigual en casos de corrupción similares recurrirán al Tribunal Constitucional o al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.²³

V. CONCLUSIONES

En definitiva, varios pronunciamientos de instituciones estatales y de sus representantes consideran que la Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, atenta contra el principio constitucional de igualdad. Lo mismo sucede con la separación de poderes, al intentar el legislativo poner en la mira a jueces específicos. Esto abre la posibilidad de sustituir el recurso judicial por comisiones parlamentarias de investigación (art. 76 CE), cuyo cometido se limita al control político, facultad propia de los representantes de las cámaras que deriva del artículo 23 CE y constituye el *ius in officium*.

Por otro lado, tampoco se da el consenso social recomendado por la Comisión de Venecia, dada la oposición de múltiples sectores, algunos con dudas constitucionales, que perciben una intención de reforma encubierta, sin contar con los apoyos requeridos para una carta magna rígida como la española. No debe olvidarse que se aprobó sin tener en cuenta la opinión de la mayoría del Senado y de buena parte del arco parlamentario.

Por lo que cabría volver a traer a colación las palabras de Blanco White: “Más vale caminar de acuerdo hacia el bien en una dirección media que haga moverse a la nación entera, que no correr de frente atropellando y pisando a la mitad de ella”.²⁴ Hasta

²³ Rodríguez Ramos, L., “¿Nacerá muerta esta amnistía?”, *ABC*, 17 de marzo de 2024.

²⁴ Fernández Carnicero, C. J., *op. cit.*

con la enorme polarización suscitada y los precedentes nacionales existentes, resultan pertinentes los famosos versos de Blas de Otero: “Siento a España sufrir, sufrimiento de siglos”.²⁵

REFERENCIAS

BEN-AMI, S., *El cirujano de hierro. La dictadura de Primo de Rivera (1923-1930)*, Barcelona, RBA Libros, 2012.

Comunicación Poder Judicial, “Declaración institucional del Pleno del CGPJ”, *Consejo General del Poder Judicial*, 6 de noviembre de 2023.

COSTA, J., *Oligarquía y caciquismo como la forma actual de gobierno en España: urgencia y modo de cambiarla*, Madrid, Imprenta de los hijos de M.G. Hernández, 1902.

ELLAKURÍA, I., “Cristina Dexeus, presidenta de la Asociación de Fiscales: ‘Esta Ley de Amnistía nos aleja de Europa’”, *El Mundo*, 24 de marzo de 2024.

ESCUDERO, E. V. *et al.*, “Los letrados del Senado denuncian la inconstitucionalidad de la amnistía porque ‘dinamita’ la primacía de la constitución”, *ABC*, 18 de marzo de 2024.

ESCUDERO, E. V., “La Comisión de Venecia reitera su recomendación de enmendar la Constitución para regular la amnistía”, *ABC*, 18 de marzo de 2024.

ESCUDERO, E. V., “La Comisión de Venecia cuestiona las últimas cesiones de Sánchez a Puigdemont en la ley de amnistía”, *ABC*, 18 de abril de 2024.

FERNÁNDEZ CARNICERO, C. J., “Blanco White o la invitación a la concordia”, *El País*, 25 de agosto de 1997.

GARCÍA-ESCUDERO MÁRQUEZ, P., *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2010.

²⁵ Otero, B., *Blas de Otero para niños*, Madrid, Ediciones de la Torre, 1985.

- Maldita.es*, “Maldita hemeroteca, Cuando Pedro Sánchez decía ‘no’ a la amnistía: ‘No entra en la Constitución’”, 31 de octubre de 2023.
- MARRACO, M., “El presidente del CGPJ se suma a la inconstitucionalidad de la amnistía: ‘no puede ser moneda de cambio para una mayoría parlamentaria’”, *El Mundo*, 25 de marzo de 2024.
- Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, 1748.
- NÚÑEZ SEIXAS, X. M., *Los nacionalismos en la España contemporánea (siglos XIX y XX)*, Barcelona, Ediciones Hipótesis, 1999.
- OLIVA, S., “Un texto legal perverso”, *ABC*, 13 de marzo de 2024.
- OTERO, B., *Blas de Otero para niños*, Madrid, Ediciones de la Torre, 1985.
- QUEVEDO, F., *Pasión por la libertad*, Barcelona, Áltera, 2006.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Nacerá muerta esta amnistía?”, *ABC*, 17 de marzo de 2024.
- RUBIO, R., “La Comisión de Venecia recuerda que no caben las amnistías para ciudadanos concretos”, *ABC*, 18 de marzo de 2024.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L., “¿Nacerá muerta esta amnistía?”, *ABC*, 17 de marzo de 2024.
- RUIZ BURSÓN, F. J., “¿Es constitucional una ley de amnistía? Estado actual de la cuestión: argumentos a favor y en contra”, *Corts. Anuari de Dret Parlamentari*, núm. 37.
- TERCERO, D., “Los socios de Sánchez le advierten: la amnistía es el paso previo al referéndum”, *ABC*, 30 de mayo de 2024.
- TORRES MURO, I., *Las comisiones parlamentarias de investigación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.
- VÁZQUEZ, M., “Casi un 60% de los españoles cree que la amnistía deteriora la democracia y la Constitución”, *Antena3*, 29 de noviembre de 2023.

Normativa

Código Penal Constitución española.

Tratado de la Unión Europea.

Ley de 18 de junio de 1870, de reglas para el ejercicio de la gracia de indulto.

Ley 46/1977, de 15 de octubre, de Amnistía.

Ley 19/2017, de 6 de septiembre, del referéndum de autodeterminación.

Ley del Parlamento Vasco 9/2008, de 27 de junio de convocatoria y regulación de una consulta popular al objeto de recabar la opinión ciudadana en la Comunidad Autónoma del País Vasco sobre la apertura de un proceso de negociación para alcanzar la paz y la normalización política.

Ley Orgánica 1/2024, de 10 de junio, de amnistía para la normalización institucional, política y social en Cataluña.

Reglamento del Congreso. Reglamento del Senado.

Sentencias Tribunal Constitucional

Sentencia del Tribunal Constitucional 103/2008, de 11 de septiembre de 2008. Sentencia del Tribunal Constitucional 114/2017, el 17 de octubre de 2017.

Sentencia del Tribunal Constitucional 147/1986, 25 de noviembre de 1986. Sentencia del Tribunal Constitucional 4/1981, 2 de febrero de 1981.

Sentencia del Tribunal Constitucional 46/1990. Sentencia del Tribunal Constitucional 271/1981.

Sentencias Tribunal Supremo

Sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de octubre de 2019. Sentencia del Tribunal Supremo 275/2021, 25 de febrero de 2021.

El combate constitucional a la corrupción en México

Katya Morales Prado
México

SUMARIO: I. Introducción. II. Posición de México en los índices internacionales corrupción III. Reforma Constitucional origen del Sistema Nacional Anticorrupción IV. Implementación de los sistemas Nacional y Estatales anticorrupción V. Evaluación de resultados a siete años de funcionamiento. VI. El futuro del combate a la corrupción en México. Referencias.

RESUMEN: La corrupción es un gran problema a nivel global, no hay realmente ningún país ni cultura que pueda presumir encontrarse libre de este terrible mal, sin embargo, particularmente en México es un azote que merma gravemente la confianza ciudadana en el Gobierno. En el año 2015 fruto de presiones de la sociedad civil, la academia, grupos empresariales y organismos internacionales se llevó a cabo la llamada “Reforma Anticorrupción” mediante la cual se reformuló el artículo 113 Constitucional creando así, el Sistema Nacional Anticorrupción y en forma derivada los Sistemas Estatales Anticorrupción en las Entidades Federativas. Este es un modelo de creación mexicana, que presenta como principales innovaciones la conformación de un Comité Coordinador, integrado por autoridades abocadas por su naturaleza de manera directa o indirecta al combate a la corrupción, siendo la segunda innovación incluir a los ciudadanos al esquema, a través de la creación de un Comité de Participación Ciudadana, integrado por cinco ciudadanos de reconocido prestigio y trayectoria, delegando en uno de estos ciudadanos la presidencia del Sistema.

En la llamada Reforma Anticorrupción en México, adicionalmente a la reforma constitucional fueron creadas y reformadas leyes, impactando de igual forma a las entidades federativas, donde se reformaron las Constituciones locales y se crearon leyes estatales en el mismo sentido.

A siete años del inicio de este Sistema Nacional en México los desafíos e impedimentos a los que se ha enfrentado son muchos y los avances cuestionables. Es necesario en estos momentos realizar una profunda reflexión que nos permita evaluar la propuesta inicial, logrando capitalizar los aciertos y aprender de los errores para no rendirnos como sociedad ante la corrupción.

I. INTRODUCCIÓN

La corrupción es un problema a nivel global, no hay realmente ningún país ni cultura que pueda presumir encontrarse libre de este terrible mal, el cual particularmente en México azota a nuestra sociedad y merma la confianza ciudadana en el Gobierno. No puede haber buen Gobierno donde impera la corrupción, porque para existir necesita confianza y en medio del imperio de la corrupción no puede haber confianza alguna.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, precisa:

La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.¹

¹ ONU, *Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción* (UNCAC), Nueva York, 2004.

Sin embargo, no la define en forma específica, tal vez con el propósito de no limitar su concepto a una mera definición que redujera sus alcances. Por su parte la organización Transparencia Internacional presentó una guía de lenguaje claro sobre lucha contra la corrupción, en el cual define corrupción como “el abuso del poder en beneficio propio”.² Al ser la corrupción un problema multifactorial tan complejo es difícil encontrar una definición adecuada y completa.

El estudioso del fenómeno de la corrupción Robert Klitgaard propone como una fórmula de corrupción la siguiente: $C = M + A - T$, donde C es Corrupción, M es monopolio, A es arbitrariedad y T transparencia. Por lo que encontramos que un escenario donde hay un monopolio, se toman las decisiones de una manera arbitraria y no se transparentan, existe un espacio ideal para el crecimiento de la corrupción; en este mismo orden sostiene que para la decisión de cometer un acto de corrupción el sujeto hace una evaluación de probabilidades, por lo que concluye que “la corrupción es un crimen de cálculo y no de pasión”.³

II. POSICIÓN DE MÉXICO EN LOS ÍNDICES INTERNACIONALES DE CORRUPCIÓN

La organización “Transparencia Internacional” realiza anualmente un índice de percepción de la corrupción, cuya última edición fue dada a conocer el 31 de enero de 2023, dentro de la propia presentación de este trabajo se menciona que “pone de manifiesto que la mayor parte del mundo sigue sin combatir de lleno la corrupción: el 95% de los países solo han conseguido avances mínimos o nulos desde 2017”.⁴

La medición se realiza en 180 países evaluando la percepción que se tiene en cada uno de ellos sobre la corrupción en el sec-

² Transparencia Internacional, *Guía de Lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, 2009.

³ Acuña, J.; Mort, M., *La fórmula para combatir la corrupción*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2022.

⁴ Transparencia Internacional, *Índice de percepción de la Corrupción*, 2023.

tor público, en donde una puntuación de cero es muy corrupto y de cien es no corrupto. Más del 75% de los países evaluados tienen una puntuación menor a 50 puntos. Dinamarca es el país mejor evaluado con 90 puntos, seguido por Finlandia y Nueva Zelanda que cuentan con 87, México obtuvo este año 31 puntos de los cien posibles, lo que lo sitúa en el lugar 126 y los peores evaluados son Sudán del Sur y Siria con 13 puntos y Somalia con 12 puntos.

Con respecto a la evaluación de la corrupción en el índice presentado en enero de 2023, Delia Ferreira Rubio quien es la presidenta de esta organización, Transparencia Internacional, señaló:

La corrupción ha hecho que nuestro mundo sea un lugar más peligroso. Los gobiernos no han logrado, de manera colectiva, contrarrestar este fenómeno y, con esto, agudizan el aumento de la violencia y el conflicto que se observa en la actualidad, lo cual plantea peligros para las personas de todas partes del mundo. La única salida ante esta situación es que los Estados enfrenten la ardua tarea de erradicar la corrupción en todos los niveles para asegurar que los gobiernos trabajen para todas las personas y no solo para una élite reducida.⁵

La organización Wold Justice Proyect, de igual forma, acaba de publicar su índice Global de Estado de derecho 2023, en el cual presenta como uno de los factores de evaluación: “La Ausencia de Corrupción”, esta medición la aplica a 142 países, tomado como referencia una escala que va del 0 al 1. En este factor de la medición México se encuentra ubicado en el lugar 136 de los 142 países evaluados con una calificación de 0.26; los países mejores evaluados fueron Dinamarca, Noruega, Finlandia, Suecia y Alemania, en tanto que los peores fueron Venezuela, Camboya y Afganistán.

En lo relativo a las mediciones internas, se realizó el índice de Estado de derecho en México, en el cual se miden ocho factores: límites al poder gubernamental, ausencia de corrupción, gobierno abierto, derechos fundamentales, orden y seguridad, cumplimiento regulatorio, justicia civil y justicia penal y evalúa las treinta y dos entidades federativas, en una escala del 0 al 1

⁵ *Idem.*

redondeado a dos décimas. El índice refiere en su presentación el preocupante estancamiento general en el país en este rubro, puesto que siete estados cayeron, diez se mantuvieron sin variaciones y solamente quince obtuvieron avances marginales. En una escala del 0 a 1 la media nacional se encuentra en un 0.37.⁶

De igual forma, al revisar el “Índice de capacidad para combatir la corrupción en América Latina”, el cual en sus mediciones de los años 2022 y 2023 coloca a México, en el lugar doce de quince, estando por debajo solamente Guatemala, Bolivia y Venezuela. En 2023, se observa una caída por cuarto año consecutivo correspondiente a un 4%, lo que implica un deterioro del 17% desde el año 2019 a la fecha.⁷

En la edición 2022 el índice referido hace un análisis específico de las causales de esta situación y expone que México cayó en todas las categorías, pero el descenso más profundo se dio en la de “Democracia e Instituciones Públicas” donde observamos que la variable “procesos legislativos y de gobierno” está casi en el suelo, no alcanza ni un punto de diez posibles. La explicación a esta baja calificación señala que se debe a los esfuerzos que, hacia el presidente para interferir en los procesos legislativos y judiciales, por las críticas que lanza contra las instituciones independientes como el INE (Instituto Nacional Electoral), el INAI (Instituto Nacional de Acceso a la Información y protección de datos personales).

Hablando del tema de compras públicas se observa como el número de contratos adjudicados directamente va en aumento y se pretende ocultar la información referente a las grandes obras donde se destina una enorme cantidad del presupuesto, reservándolas por ser supuestamente información de seguridad nacional, lo cual dista mucho de ser cierto.

Preocupa a los evaluadores que las críticas presidenciales han alcanzado a organizaciones de la sociedad civil y reporteros. Es una lucha del Gobierno contra sus gobernados, ciudadanos a los

⁶ World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho en México*, México, 2023.

⁷ Americas Quartely, *Índice de capacidad para combatir la corrupción en América Latina*, 2022.

que el presidente cataloga como sus adversarios y los ataca diariamente desde su posición de poder y de difusión de información.

En este mismo sentido en la edición 2023, se retoma como explicación del bajo desempeño, el punto de las críticas del Ejecutivo Federal en contra de los organismos independientes como el INE y el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI). Refiriendo los problemas de operación y funcionamiento a los que el Gobierno sometió al organismo garante de la transparencia.

Preocupa de igual forma el hecho de que la supervisión de las adquisiciones y el gasto público se encuentre a cargo de la secretaría de la función pública pues se considera que lo anterior puede afectar a la rendición de cuentas en las compras públicas. Finalmente concluye que “las deficiencias institucionales del país en materia de lucha contra la corrupción siguen obstaculizando la resolución de casos de corrupción”.⁸

III. REFORMA CONSTITUCIONAL ORIGEN DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

La corrupción es un sistema, por lo que para su debida confrontación es necesario hacerlo también desde un sistema que se le oponga y la combata. En el año 2015 se llevó a cabo una gran reforma a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para incluir en ella el Sistema Nacional Anticorrupción y la armonización de diversos artículos relativos a las responsabilidades de los funcionarios públicos. En forma derivada se crearon varias leyes secundarias, con especial relevancia la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción y posteriormente las 32 leyes estatales correlativas que dieron vida a los Sistemas Estatales Anticorrupción de cada Estado.

Siendo de especial relevancia para el caso que nos ocupa la modificación al artículo 113 Constitucional el cual, en su nue-

⁸ Americas Quartely, *Índice de capacidad para combatir la corrupción en América Latina*, 2023.

vo texto da vida al Sistema Nacional Anticorrupción, definiendo este modelo como: “La instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno competentes en la prevención, detección y sanción de responsabilidades administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos”.⁹

Al establecer las bases mínimas de funcionamiento la Constitución establece en su fracción I la conformación de un Comité Coordinador, en donde estarían presentes las autoridades abocadas a la prevención, detección y sanción de las faltas administrativas y hechos de corrupción y un ciudadano integrante del comité de participación ciudadana, este comité es creado en la fracción II señalando que deberá integrarse por cinco ciudadanos que se hayan destacado por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción.

Finalmente, el artículo en mención arroja a las entidades federativas la carga de establecer a su vez sistemas locales anticorrupción en cada una de ellas, generando así coordinación también a nivel subnacional bajo el mismo esquema propuesto.

En los Transitorios del decreto se establecen las obligaciones a cargo del Congreso de la Unión y de las Legislaturas Estatales y asamblea Legislativa del Distrito Federal para crear las leyes necesarias y realizar las reformas pertinentes para armonizar la normativa existente con el nuevo modelo de combate a la corrupción constitucionalmente establecido, requiriendo la creación de los sistemas anticorrupción de las entidades federativas en apego a las leyes reglamentarias que al efecto cada Estado emitiera.

En cumplimiento a la reforma Constitucional, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción fue publicada el 18 de julio de 2016¹⁰ y en forma subsecuente los 32 Estados de la República fueron emitiendo sus respectivas legislaciones pertinentes, de igual forma se designó a nivel nacional a los cinco ciudadanos integrantes del Comité de Participación Ciudadana lo cual fue replicado a nivel local en cada Entidad Federativa.

⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 113, México, 2015.

¹⁰ Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, México, 2016.

El diseño del Sistema Nacional Anticorrupción y los Sistemas Estatales Anticorrupción es fruto de las aportaciones de numerosas organizaciones de la sociedad civil que aportaron sus conocimientos, experiencias y expectativas para lograr articular un mecanismo de Combate a la Corrupción que contemplara la coordinación de las autoridades inherentes a la materia, la coordinación de todos los órdenes de gobierno y la participación ciudadana, dándole tal relevancia a esta última al grado que le confirieron al ciudadano integrante del Comité Coordinador la responsabilidad de presidirlo.

IV. IMPLEMENTACIÓN DE LOS SISTEMAS NACIONAL Y ESTATALES ANTICORRUPCIÓN

La Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción señala que el mismo se compone por los integrantes del Comité Coordinador, El comité de participación Ciudadana, El Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y los Sistemas Locales.

A su vez define al Comité Coordinador como “La instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del Sistema Nacional y tendrá bajo su encargo el diseño, promoción y evaluación de políticas públicas de combate a la corrupción”.¹¹

Los integrantes del Comité Coordinador serán:

- I. Un representante del Comité de Participación Ciudadana, quien lo presidirá;
- II. El titular de la Auditoría Superior de la Federación;
- III. El titular de la Fiscalía Especializada en materia de Combate a la Corrupción;
- IV. El titular de la Secretaría de la Función Pública;
- V. Un representante del Consejo de la Judicatura Federal;
- VI. El Presidente del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales, y
- VII. El Presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.¹²

¹¹ *Ibidem*, art. 8.

¹² *Ibidem*, art. 11.

Las atribuciones y facultades de este Comité Coordinador van encaminadas a diseñar e implementar una política nacional anticorrupción, como la respuesta del Estado al problema público de la corrupción; crear una plataforma digital nacional, como un repositorio de inteligencia colectiva anticorrupción al servicio de todos los órganos de control así como de la ciudadanía en general; establecer mecanismos de coordinación e intercambio de información entre las autoridades dedicadas a prevenir, detectar y sancionar los hechos de corrupción; así como la creación de indicadores eficaces que permitan llevar una adecuada medición de la evolución en el combate a la corrupción.

Como puede verse dentro de los integrantes del referido comité se encuentra un ciudadano, quien incluso tiene la misión de presidirlo, este ciudadano proviene de otro comité llamado “Comité de Participación Ciudadana” el cual es un órgano colegiado integrado por cinco ciudadanos de reconocida probidad y prestigio que cuentan con conocimientos en las áreas de transparencia, gobierno abierto, rendición de cuentas y combate a la corrupción que coadyuvan con los objetivos del Comité Coordinador.

El 9 de febrero de 2017 fueron nombrados los primeros integrantes del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción,¹³ y en forma subsecuente el 4 de abril de 2017 se instaló formalmente el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción.¹⁴

Las entidades federativas procedieron a reformar sus correspondientes Constituciones estatales para incluir en ellas los llamados Sistemas Estatales Anticorrupción y emitir sus leyes respectivas, en el año 2022 se logró contar con la instalación de todos los Sistemas Estatales de las 32 entidades federativas y en diciembre de 2022 se realizó la instalación formal del Sistema Nacional Anticorrupción con la presencia de representantes de todos los Sistemas Estatales Anticorrupción de toda la República,

¹³ Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, Nombramiento de Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción, México, 2017.

¹⁴ Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, Instalación del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, México, 2017.

así como los integrantes del Sistema Nacional Anticorrupción. Fue un evento en que convergieron los contralores, los fiscales, los auditores, los comisionados de los organismos garantes de transparencia, representantes de los poderes judiciales y los ciudadanos de todo el país.

V. EVALUACIÓN DE RESULTADOS A SIETE AÑOS DE FUNCIONAMIENTO

La principal tarea del Sistema Nacional Anticorrupción como mecanismo inicia trabajos formalmente en enero de 2020, cuando se aprobó la Política Nacional Anticorrupción, la cual cuenta con cuatro ejes de acción:

- a. combatir la corrupción y la impunidad;
- b. combatir la arbitrariedad y el abuso de poder;
- c. promover la mejora en la gestión pública y los puntos de contacto sociedad y gobierno, e
- d. involucrar a la sociedad y al sector privado.

Para el 2024 se contaba ya con 30 políticas estatales aprobadas, siendo omisos solamente el estado de Nuevo León y la Ciudad de México, sin embargo, solamente 19 entidades federativas tienen un programa de implementación de dicha política y solamente 5 entidades federativas tienen un modelo de evaluación y seguimiento.

En lo relativo a la plataforma digital estatal, como misión relevante a cargo del Sistema Nacional Anticorrupción, la misma debe contar, por ministerio de ley con seis sistemas:

- i. declaraciones patrimoniales;
- ii. funcionarios que participan en compras y adquisiciones públicas;
- iii. funcionarios sancionados;
- iv. sistema de fiscalización;
- v. denuncias, y
- vi. compras y contrataciones.

En el 2024 se cuenta ya con una plataforma digital nacional, a la cual deben interconectarse las respectivas plataformas digi-

tales estatales, sin embargo solamente han entrado en funcionamiento tres de los seis sistemas a nivel nacional y faltan por conectarse 7 entidades federativas de 32, siendo que aquellas en que si se ha logrado la interconexión, no se ha efectuado de forma completa, presentando serios atrasos y problemas de carga de la información, por lo que el repositorio de inteligencia anticorrupción colectiva que se pretende sea la plataforma digital nacional, todavía está lejos de brindar un verdadero apoyo para el efectivo combate a la corrupción.

Debido a presiones de los propios gobiernos tanto Federal como de las respectivas entidades federativas, los sistemas se han ido mermando en su integración y funcionamiento, siendo que para el año 2024, en el informe sobre la situación de los Sistemas Estatales Anticorrupción, la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción refiere que se encuentran pendientes de nombramientos el 31% de los cargos a nivel nacional dentro del sistema, siendo que solamente 4 entidades cuentan con el total de su conformación.

VI. EL FUTURO DEL COMBATE A LA CORRUPCIÓN EN MÉXICO

El futuro del combate a la corrupción en México es totalmente incierto. El partido político Morena al cual pertenece la titular del poder ejecutivo tiene mayoría absoluta tanto en la Cámara de Diputados como en la Cámara de Senadores y cuenta también con las dos terceras partes de los congresos de todas las entidades federativas, por lo cual tiene la facultad de promover reformas constitucionales a su entero gusto sin la necesidad de negociar nada con nadie, y eso ha hecho.

En el último trimestre del año 2024 presenciamos una reforma Constitucional referente al poder judicial en la cual se modifica estructuralmente la forma de designación de los juzgadores en todas sus posiciones, tanto federales como estatales, reduciendo drásticamente los requisitos para ser juez, magistrado o incluso ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, siendo designados a través de una tómbola para el filtrado de todos los aspirantes y finalmente sujetos a votación popular.

Estas medidas abren la puerta a muchos actos de corrupción por propiciar espacios idóneos para la arbitrariedad y discrecionalidad, así como el abuso de poder, reduciendo la capacidad de los juzgadores, haciéndolos sujetos más políticos que técnicos.¹⁵

Otra reforma constitucional relevante es la referente a ampliar el catálogo de delitos que ameritan la prisión preventiva oficiosa, incluyendo en este rubro delitos de carácter fiscal, imponiendo a los jueces la obligación de decretar la prisión preventiva oficiosa. El riesgo que conlleva esta reforma se centra en la amenaza con que las fiscalías podrán extorsionar a cualquier contribuyente, acusándole de cometer delitos fiscales los cuales implican privación de la libertad, pidiéndole sobornos para desestimar cualquier indicio.¹⁶

Finalmente se acaba de concretar otra reforma constitucional en la que se desaparecen los órganos constitucionales autónomos, incluidos entre ellos el Instituto de Acceso a la Información Pública y protección de datos personales (INAI), la desaparición del organismo garante de la transparencia, implicará un severo retroceso en los mecanismos de acceso a la información, ahora cada autoridad será responsable de transparentar sus información, ya no habrá nadie que revise el cumplimiento ni que constriña a quien se niegue a entregar algún dato.¹⁷

Estas reformas afectan directamente a la estructura y organización del Sistema Nacional Anticorrupción, toda vez que de las siete sillas que conforman el comité coordinador una de ellas era ocupada por el Comisionado Presidente del INAI, el cual ya no existirá, otra de ellas por un representante del Consejo de la Judicatura Federal, el cual será cambiado por un consejo de disciplina. Siendo estos cambios recientes no se tiene claridad todavía de la forma pragmática en que se afrontarán estas modificaciones.

¹⁵ *DOF*, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, México, 2024.

¹⁶ Canal del Congreso, Aprobación Cámara de Senadores reforma prisión preventiva oficiosa, México, 2024.

¹⁷ Canal del Congreso, Aprobación Cámara de Senadores reforma desaparición órganos autónomos, México, 2024.

Existen rumores de que se pretende desaparecer la Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, siendo sus funciones asumidas por la Secretaría de la Función Pública, esto sería un serio retroceso con respecto al modelo del Sistema Estatal Anticorrupción, pues la corrupción se presenta en los tres poderes, legislativo, ejecutivo y judicial, por lo que colocar la misión de combatirla solamente en una secretaría perteneciente al poder ejecutivo haría imposible que se realizaran acciones que involucraran a los otros poderes. De igual forma volveríamos al esquema de ser juez y parte, de auto revisarse por parte del poder ejecutivo, modelo que ha demostrado reiteradas veces que no es funcional.

Si bien es cierto que el Sistema Nacional Anticorrupción tiene varias áreas de mejora, como sería encontrar la forma de obligar a las autoridades a cumplir lo establecido en las leyes de la materia; lograr una efectiva coordinación en red entre todos los sistemas estatales y el sistema nacional, presentado planes de trabajo en conjunto; y evaluaciones de cumplimiento que implicaran un verdadero ejercicio de rendición de cuentas, también es cierto que desaparecerlo o reducirlo a una sección de la secretaría de la función pública sería un gran retroceso. Es necesario seguir construyendo sobre la experiencia recabada en estos nueve años, proponer procesos de mejora, no de destrucción.

Es necesario dar seguimiento a la implementación de la Política Nacional Anticorrupción así como a las correspondientes Políticas Estatales Anticorrupción; continuar desarrollando la Plataforma Nacional Digital, insistiendo en la interconexión de todas las entidades federativas a la misma, realizar reformas legales en las cuales se considere una falta grave de los funcionarios que no cumplan con las obligaciones que la ley les confiere, para que el incumplimiento conlleve una consecuencia real que motive a las autoridades a sí atender las acciones a su cargo.

Resulta muy radical afirmar que la Constitución mexicana ha sufrido serias reformas que fomentan la corrupción, sin embargo, es una realidad, y ahora habrá que observar de cerca el proceso de implementación de las mismas, así como las leyes secundarias que de ellas deriven y continuar buscando la manera de que el combate a la corrupción encuentre verdadero respaldo constitucional.

REFERENCIAS

- ACUÑA, J.; Mort, M., *La fórmula para combatir la corrupción*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), 2022.
- Americas Quartely, *Índice de capacidad para combatir la corrupción en América Latina*, 2022.
- Americas Quartely, *Índice de capacidad para combatir la corrupción en América Latina*, 2023.
- Canal del Congreso, Aprobación Cámara de Senadores reforma desaparición órganos autónomos, México, 2024.
- Canal del Congreso, Aprobación Cámara de Senadores reforma prisión preventiva oficiosa, México, 2024.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 113, México, 2015.
- DOF, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de reforma del Poder Judicial, México, 2024.
- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, México, 2016.
- ONU, *Convención de Naciones Unidas Contra la Corrupción* (UNCAC), Nueva York, 2004.
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, *Instalación del Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción*, México, 2017.
- Secretaría Ejecutiva del Sistema Nacional Anticorrupción, *Nombramiento de Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción*, México, 2017.
- Transparencia Internacional, *Guía de Lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción*, 2009.
- Transparencia Internacional, *Índice de percepción de la Corrupción*, 2023.
- World Justice Project, *Índice de Estado de Derecho en México*, México, 2023.

SEGUNDA PARTE
DERECHOS Y LIBERTADES

Marco legal de la libertad de expresión e información en la Unión Europea

Víctor Moreno Martínez
España

SUMARIO: I. Introducción. II. Marco legal de la libertad de expresión e información en la Unión Europea. III. Desafíos y protección de la libertad de expresión. IV. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: El presente estudio tratará sobre la protección de la libertad de expresión e información en la Unión Europea (UE), su importancia para la democracia y para el Estado de derecho. Asimismo, también trataremos de analizar los instrumentos legales que garantizan dicha protección como el Tratado de la Unión Europea (TUE), Tratado del Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), la Carta de Derechos Fundamentales o la CEDH. También abordaremos los diferentes desafíos que se presentan en la actualidad con el fin de garantizar la libertad de expresión e información

I. INTRODUCCIÓN

La libertad de expresión y de información forman parte de los derechos fundamentales en cualquier sociedad democrática del siglo XXI quedando estos protegidos en el contexto europeo. Estos derechos son esenciales para garantizar una sociedad libre y abierta, donde los ciudadanos de los diferentes países europeos puedan participar de una manera activa en todos los procesos

políticos, sociales y culturales de un determinado país. Asimismo, estos derechos están protegidos en el ámbito comunitario europeo tanto por normas a nivel europeo como por normas de cada uno de los Estados que forman parte de la UE, buscando equilibrar la libertad de los ciudadanos que residen en la UE con las necesidades colectivas de la sociedad en su conjunto. El marco que ampara la libertad de expresión e información, aunque en gran medida se presenta como un marco sólido, enfrenta desafíos constantes, debido al gran avance tecnológico que la sociedad ha venido experimentando desde finales del siglo xx, así como también los nuevos modelos de comunicación y los riesgos asociados a la desinformación.

Dentro del marco legal que protege este derecho, podemos encontrar diferentes menciones al mismo, de manera directa e indirecta. En primer lugar, encontramos dos de los tratados más fundamentales para el funcionamiento de la UE, el TUE y el TFUE. En su articulado destacamos el artículo 2 del TUE, el cual establece los valores por los que se fundamenta la UE. Entre estos valores encontramos el respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de derecho y respeto de los derechos humanos. La libertad de expresión es parte integral de estos valores mencionados. Por otra parte, he de destacar el artículo 10 del TFUE, el cual menciona la obligación de la UE de combatir la discriminación y promover la igualdad en sus políticas y actividades. Este artículo no se refiere de manera directa a la libertad de expresión, sino que establece un marco general de actuación con el fin de proteger los diferentes derechos fundamentales existentes, incluyendo la libertad de expresión e información. En segundo lugar, encontramos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, la cual en su artículo 11 garantiza y protege la libertad de expresión e información, por otro lado, encontramos la CEDH, si bien, cabe mencionar que no es un instrumento de la UE, sino que lo es del Consejo de Europa,¹ pero

¹ El Consejo de Europa no debe confundirse con el Consejo Europeo o el Consejo de la Unión Europea, ya que son organizaciones distintas. El Consejo de Europa es una entidad internacional independiente de la Unión Europea, dedicada a la promoción de los derechos humanos y la democracia en Europa. A diferencia de los otros dos consejos, que son instituciones de la Unión Eu-

es fundamental, ya que todos los miembros de la UE son parte de esta convención. El artículo 10 de la CEDH, garantiza el derecho a la libertad de expresión de todos los ciudadanos, comprendiendo este derecho la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades y sin consideración de fronteras. Por último, también podemos encontrar legislación y directivas que regulan y promueven la protección de los diferentes derechos relacionados con la libertad de expresión e información, ejemplo de ello es la Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales, la Ley de Servicios Digitales, Ley de Mercados Digitales etcétera.

En definitiva, el marco legal de la libertad de expresión e información en el ámbito europeo es un garante de la protección de este derecho, si bien es cierto que la evolución de los diferentes soportes por los cuales se ejercita este derecho plantea múltiples desafíos en la UE. La protección de la libertad de expresión e información es crucial para cualquier sociedad, ya que una buena protección de este derecho garantiza una sociedad plenamente libre en la cual todos los ciudadanos puedan expresarse libremente e informarse sin ningún tipo de restricción ni censura.

El presente estudio tiene como objetivo explorar el marco legal de la libertad de expresión e información en la UE, analizar los diferentes desafíos que se presentan en la actualidad y examina cómo se protegen estos derechos fundamentales en la práctica.

II. MARCO LEGAL DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

La libertad de expresión e información en la UE se encuentra ampliamente respaldada por una serie de normas fundamentales del conjunto de textos vigentes en el seno de la UE, existiendo un sistema propio que genera un efecto supranacional de protec-

ropea, el Consejo de Europa tiene un alcance más amplio y está compuesto por diferentes países que no forman parte de la Unión Europea, como Rusia o Turquía. Por tanto, el Consejo de Europa no tiene ninguna relación directa con el espacio comunitario de la UE.

ción del derecho a la libertad de expresión en el derecho comunitario.² La historia de consecución de este derecho, así como de todos los derechos fundamentales en su conjunto es la historia de una conquista histórica para la humanidad.³

2.1. Tratados fundamentales de la Unión Europea

Tratado de la Unión Europea (TUE): el artículo 2 del TUE establece los valores fundamentales sobre los que la UE se sostiene. La UE se fundamenta en una serie de valores que vienen a configurar y afianzar la UE, que, si bien en sus orígenes se inicia como un proyecto meramente económico, ha ido evolucionando hasta nuestros días hacia una configuración supranacional en la que se integran todos los países que forman parte de la UE. Asimismo, el fundamento de la UE es también la construcción de un espacio supranacional con una serie de valores que deben tener cada uno de los Estados miembros: respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, respeto a los derechos humanos etc.⁴ La libertad de expresión se encuentra recogida de manera implícita en dicho artículo 2 del TUE: “la Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros de una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”. Por tanto, la libertad de expresión y a tenor del artículo 2, es un pilar necesario a la hora de garantizar otros derechos fundamentales en una sociedad democrática del siglo XXI.

² Saura Freixes, Nuria, “La protección de la libertad de expresión en la Unión Europea”, *V/LEX*, <https://vlex.es/vid/proteccion-libertad-expresion-union-637533625>

³ Blas Guerrero de, A. y Rubio Lara, MJ., *Teoría del Estado I (El Estado y sus instituciones)*, Universidad Nacional a Distancia, Madrid, 2016, p. 317.

⁴ La protección de los valores del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea*, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/146/la-proteccion-de-los-valores-del-articulo-2-del-tratado-de-la-union-europea>

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE): el TFUE no menciona de manera directa la libertad de expresión, pero si nos fijamos y leemos cada uno de sus artículos, encontramos que por ejemplo en el artículo 10 se establece que: “la Unión tratará de luchar contra toda discriminación por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”. De dicho precepto podemos observar que se desprende la base que sostendrá las políticas que la UE puede desempeñar a la hora de proteger la libertad de expresión e información.

2.2. Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea es un documento en el cual se recogen todos los derechos civiles, políticos, jurídicos, sociales y económicos de los ciudadanos de la UE. Adoptada en el año 2000 no fue hasta el año 2009 cuando esta obtuvo un carácter vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.⁵ En su artículo 11 se establece la libertad de expresión y de información, el cual versa: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. 1. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo”. Este artículo garantiza a todo ciudadano europeo el derecho a expresarse libremente y a recibir una información libre sin injerencia de las autoridades de cada país. Asimismo, también la libertad de los medios de comunicación se reconoce como una parte integrada en este derecho fundamental.

2.3. Convención Europea de Derechos Humanos

La CEDH no es un instrumento de la UE, sino que lo es del Consejo de Europa, y tiene por objeto proteger los derechos huma-

⁵ Blas Guerrero de, A. y Rubio Lara, MJ., *op. cit.*

nos y las libertades fundamentales de los ciudadanos de aquellos Estados firmantes, permitiendo un control judicial de los derechos fundamentales.⁶ La CEDH se inspira en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948⁷ contribuyendo a la protección de estos en el ámbito europeo. Prácticamente todos los países europeos son firmantes de la CEDH, abarcando casi la práctica totalidad del continente. Si nos fijamos en el texto legal de la CEDH encontramos en el artículo 10 la libertad de expresión, el cual establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras [...].
2. El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Como vemos se establece que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, esto incluye la libertad de opinión, la libertad de recibir información y por supuesto la prohibición de toda censura. El TEDH ha desempeñado un papel primordial en la interpretación y protección de este derecho contribuyendo a resolver conflictos en favor de la libertad de expresión e información.

⁶ CNDH México, “Entra en vigor la Convención Europea de los Derechos Humanos”, <https://www.cndh.org.mx/noticia/entra-en-vigor-la-convencion-europea-de-los-derechos-humanos-1#:~:text=La%20Convenci%C3%B3n%20Europea%20de%20Derechos,miembros%20del%20acuerdo%5B1%5D>.

⁷ Naciones Unidas, “Historia de la Declaración”, <https://www.un.org/es/about-us/udhr/history-of-the-declaration>

2.4. Marco normativo

Entre la numerosa normativa que podemos encontrar sobre la libertad de expresión e información, no podían faltar las diversas directivas que complementan y desarrollan la protección de estos derechos fundamentales. Entre los ejemplos podemos destacar los siguientes:

Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales (2010/13/UE): esta directiva regula la transmisión de los medios audiovisuales, garantizando su libertad y pluralidad en un entorno democrático.

Ley de Servicios Digitales (DSA): esta ley fue adoptada en el año 2022, y está orientada a garantizar un espacio seguro en la comunicación digital, así como garantizar un entorno digital donde la libertad de expresión quede protegida. Asimismo, también combate aquellos contenidos que propagan desinformación. Esta ley se ha promulgado como Reglamento de Servicios Digitales con el fin de garantizar una aplicación uniforme en toda la UE y puede afectar a cualquier servicio que se preste por internet.⁸

Ley de Mercados Digitales (DMA): esta ley se centra en la regulación de las plataformas digitales y grandes empresas tecnológicas, garantizando su seguridad jurídica y combatiendo la competencia desleal. Esta nueva ley pretende regular el mercado online en su conjunto centrándose primordialmente en el ejercicio de la protección de la privacidad de los usuarios y contribuir a la competencia leal entre los mercados digitales de la UE.⁹

⁸ Wolters Kluwer, “¿Qué es la ley de servicios digitales o DSA?”, <https://www.wolterskluwer.com/es-es/expert-insights/dsa-ley-de-servicios-digitales>

⁹ Usercentrics, “¿Qué es la ley de mercados digitales (DMA)?”, <https://www.cookiebot.com/es/ley-de-mercados-digitales-dma/#::~:~:text=%C2%BFQu%-C3%A9%20es%20la%20Ley%20de,innovaci%C3%B3n%20en%20el%20mercado%20digital>.

2.5. El papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)

El TJUE ha desempeñado un papel crucial en la interpretación y en la protección de la libertad de expresión e información en la UE. A través de numerosas sentencias, el TJUE aplica uniformemente las normas y principios relacionados con estos derechos en todos los Estados miembros de la UE.

Un ejemplo de jurisprudencia del TJUE sobre este tipo de derechos, es el equilibrio entre la libertad de expresión y el derecho a la privacidad, muy particularmente en el ámbito digital, como es el caso de Google Spain contra la Agencia Española de Protección de Datos (2014), en dicho caso se introdujo el conocido como “derecho al olvido”.¹⁰ Este fallo ha adquirido una gran relevancia en los últimos años, estableciéndose que los motores de búsqueda deben equilibrar el acceso a información con el debido respeto a la privacidad de las personas.¹¹ Todo ello ha reflejado la complejidad de la gestión de estos derechos en la actual era digital. En España el TC se pronunció sobre este nuevo derecho en el año 2018, en su STC 58/2018, de 4 de junio,¹² definiendo el mismo en el FJ 5 de la siguiente manera: “el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática, al tiempo que se conforma como un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con lo que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo”.

El TJUE también ha abordado diferentes cuestiones con relación a los contenidos en línea y su regulación, sentando varios

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, *EUR-Lex*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A62012CJ0131> y Derecho de supresión (“al olvido”: buscadores de internet, Agencia Española de Protección de Datos, <https://www.aepd.es/areas-de-actuacion/internet-y-redes-sociales/derecho-al-olvido>

¹¹ Agencia EFE, “Derecho al olvido: radiografía de una conquista 10 años después de la histórica sentencia”, <https://efe.com/espana/2024-05-14/derecho-al-olvido-internet-analisis-sentencia-tribunal-justicia-ue/>

¹² González – Trevijano Sánchez, P., *La Libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*, Parlamento Europeo, 2019, p. 39.

precedentes que influirán en un futuro en las legislaciones nacionales de cada país miembro de la UE. En definitiva, el papel del TJUE es esencial a la hora de interpretar y adaptar el derecho europeo a los desafíos actuales, y más teniendo en cuenta en la actual era digital en la que nos encontramos en la cual la información viaja a una velocidad nunca antes vista.

2.6. Libertad de expresión e información en España

En nuestro país, la libertad de expresión como un derecho fundamental está protegida en nuestra carta magna, concretamente en el artículo 20, este tiene por objeto el reconocimiento y protección de la libertad de expresión en todas sus manifestaciones. Como todos los derechos fundamentales este contiene un mandato al legislador para que respete su ejercicio, así como su contenido esencial.¹³ Este artículo también reconoce la libertad de prensa y prohíbe la censura o cualquier limitación.¹⁴ Cabe destacar del caso español es que la CE, y a diferencia de lo que ocurre en los textos internacionales en materia de derechos y libertades, distingue entre la propia libertad de expresión y el derecho a la información.¹⁵ La libertad de expresión es una libertad que surge a raíz del primer constitucionalismo como consecuencia de una imprescindible lucha por la libertad de pensamiento, ya que está carecería de significado si no deriva en una libre manifestación de dicho pensamiento.¹⁶

El objeto de la libertad de expresión reflejada en el artículo 20 de la CE garantiza la libertad de expresar cualquier pensamiento,

¹³ Solozábal Echevarría, J.S., “La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XI, núm. 32, 1991, p. 91.

¹⁴ López Guerra, L. y Espín, E. (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional Volumen I La Constitución y las fuentes del Derecho Derechos fundamentales y garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, p. 265.

¹⁵ González – Trevijano Sánchez, P., *op. cit.*, p. 28.

¹⁶ Blas Guerrero de, A., Fernández – Miran Alonso, F., Andrés Sanz de, J. y Sánchez – Roca Ruiz, M., *Sistema político español*, Madrid, Universidad Nacional a Distancia, 2014, p. 175.

idea u opinión, cubriendo todo tipo de concepciones subjetivas de las personas. Esto implica que cualquier manifestación de la mente humana está protegida por la libertad de pensamiento y, al ser exteriorizada, también por la libertad de expresión, permitiendo su comunicación sin ningún tipo de restricción indebida.¹⁷ Sin embargo, al igual que en el resto de Europa, en nuestro país este derecho se enfrenta a múltiples desafíos.

En España en los últimos años se ha venido produciendo un debate muy intenso a raíz de los límites de la libertad de expresión frente a otros derechos, como puede ser el honor, la privacidad etc. Múltiples han sido los casos polémicos en relación con las expresiones artísticas con un alto contenido de sátira política, así como también casos en los que por redes sociales se han vertido comentarios que pueden ser calificados como discursos del odio. Asimismo, y al igual que en los demás países europeos, la desinformación y la propagación de noticias falsas también ha sido un tema de debate constante en la opinión pública española, donde según numerosos estudios siete de cada diez españoles muestran su preocupación por la intensificación de los bulos en internet.¹⁸ Todo ello ha puesto a prueba la regulación y la capacidad de las instituciones españolas a la hora de hacer frente a este reto.

Con todo ello, nuestro país refleja muchos de los retos que se dan en toda Europa respecto de la libertad de expresión, y el debate sobre los límites de la libertad de expresión seguirá estando muy vivo en la opinión pública española.

III. DESAFÍOS Y PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Si bien la base legal sobre la libertad de expresión e información es sólida, esta presenta varios desafíos en la actualidad, principalmente estos desafíos tienen que ver con los avances tecnológicos

¹⁷ López Guerra, L. y Espín, E. (dirs.), *op. cit.*, p. 269.

¹⁸ *Newtral*, “Siete de cada 10 españoles muestran su preocupación por los bulos en internet, según el Instituto Reuters”, <https://www.newtral.es/preocupacion-bulos-internet/20240619/>

en el siglo XXI, la globalización de los medios de comunicación y la aparición de nuevas técnicas en la comunicación digital. Es por ello, que entre la sociedad europea del siglo XXI el debate sobre si se puede restringir o limitar la libertad de expresión es constante. La respuesta a todo ello es sí, el derecho a la libertad de expresión puede estar sujeto a algún tipo de restricción o limitación. Sin embargo, cabe mencionar que las restricciones a este derecho deben estar lo suficientemente justificadas y reguladas para que no se entienda como una limitación injustificable a la libertad de expresión.¹⁹

Entre los diferentes retos a los que se enfrenta la libertad de expresión e información, destacamos los siguientes:

- Desinformación y noticias falsas: uno de los principales retos que tiene la comunicación audiovisual en nuestros días, es la lucha contra la desinformación. La aparición de las redes sociales y las plataformas digitales hacen que la difusión de información se realice de una manera mucho más rápida de lo que se hacía en el pasado, y si bien esto es algo positivo, también plantea numerosos problemas como la propagación de noticias falsas y de contenido engañoso de una manera más fácil. Entre la legislación de la UE destacamos el Reglamento europeo de Servicios Digitales, que busca regular y mitigar estos riesgos a los que se enfrenta la comunicación en este siglo, instando a las plataformas a tomar medidas estrictas contra aquellos contenidos que difunden noticias falsas.²⁰
- Censura y regulación de internet: otro de los desafíos que tiene la libertad de expresión e información es el justo equilibrio entre estas libertades y la necesidad de regular un contenido en línea. Las diferentes plataformas digitales tienen la obligación de encontrar un equilibrio entre la libertad de expresión y la protección a los usuarios

¹⁹ Naciones Unidas, “Preguntas y respuestas para entender el concepto y alcance del derecho a la libertad de expresión”, *Naciones Unidas Derechos Humanos*, Paraguay, p. 2.

²⁰ Real Instituto Elcano, “La regulación de la desinformación en el derecho digital europeo”, <https://www.realinstitutoelcano.org/analisis/la-regulacion-de-la-desinformacion-en-el-derecho-digital-europeo/>

del contenido nocivo que pueda existir dentro de la plataforma digital. Este tema se encuentra en un continuo debate en los países de la UE, pues existen posiciones de un mayor amparo a la libertad de expresión incluso para discursos que puedan considerarse de odio y posiciones de una restricción a la libertad de expresión para aquellos contenidos que inciten a dicho discurso y que a su vez estos sean nocivos para la sociedad.

- Libertad de los medios de comunicación: la libertad de los medios de comunicación sigue siendo uno de los temas más sensibles de tratar, ya que en algunos países de la UE estos se enfrentan a múltiples amenazas de censura, lo que claramente limita la diversidad de opinión en la UE. La UE ha adoptado múltiples medidas para garantizar la independencia de los medios de comunicación y a su vez proteger a los periodistas que trabajan en ellos para que puedan ejercer su trabajo libre de cualquier temor a represalias. La libertad y el pluralismo de los medios de comunicación son en definitiva una parte esencial para el fortalecimiento de la democracia y de los derechos fundamentales del conjunto de ciudadanos de la UE. Una democracia plena no es posible sin unos medios de comunicación libres que sigan de cerca al poder y lo cuestionen.²¹

IV. CONCLUSIONES

La libertad de expresión e información es, sin ningún lugar a dudas, la piedra angular por la cual se construyen las sociedades democráticas del siglo XXI, especialmente en la UE, una organización que aglutina a parte de los países europeos que han contribuido al desarrollo de la humanidad. La protección de este derecho no solo asegura que los individuos de una sociedad puedan expresar sus opiniones libremente, sino que también preserva nuestra forma de vida, basada en valores tan fundamentales como la democracia, la igualdad, y el respeto a los derechos hu-

²¹ Consejo Europeo, “La libertad de los medios de comunicación en la UE”, <https://www.consilium.europa.eu/es/policies/media-freedom-eu/>

manos.

Una sociedad que garantiza la libertad de expresión es una sociedad libre. Esta libertad permite a los ciudadanos independientemente de su origen, orientación, religión etc., participar activamente en los debates públicos, así como exponer sus ideas y cuestionar al poder sin ningún miedo a sufrir represalias de ningún tipo. Sin embargo, esto no significa que no se deba actuar frente a aquellos discursos que fomenten el odio y propaguen bulos, ya que estos pueden dañar la cohesión social y afectar gravemente a dicha libertad de expresión e información. No obstante, considero que cualquier medida para combatir dichos discursos de odio debe ser tomada sin interferir de una manera excesiva en la libertad de expresión.

En definitiva, cualquier sociedad del siglo XXI es libre cuando sus ciudadanos pueden opinar libremente sin temores a represalias de ningún tipo. Si este derecho fundamental es restringido o condicionado de una manera notable, podemos estar comprometiendo la esencia misma de la libertad. En conclusión, es esencial que la UE siga protegiendo y ampliando las normas y mecanismos que protejan la libertad de expresión e información, con un justo equilibrio entre el ejercicio de estas libertades y la necesidad de mantener un entorno digital seguro y libre de cualquier contenido que pueda ser considerado como perjudicial.

REFERENCIAS

Agencia EFE, “Derecho al olvido: radiografía de una conquista 10 años después de la histórica sentencia”.

BLAS GUERRERO DE, A. y RUBIO LARA, MJ., *Teoría del Estado I (El Estado y sus instituciones)*, Madrid, Universidad Nacional a Distancia, 2016.

BLAS GUERRERO DE, A., FERNÁNDEZ – Miran Alonso, F., Andrés SANZ DE, J. y SÁNCHEZ – ROCA RUIZ, M., *Sistema político español*, Madrid, Universidad Nacional a Distancia, 2014.

CNDH México, “Entra en vigor la Convención Europea de los De-

rechos Humanos”.

GONZÁLEZ – TREVIJANO SÁNCHEZ, P., *La Libertad de expresión, una perspectiva de Derecho Comparado*, Parlamento Europeo, 2019.

La protección de los valores del artículo 2 del Tratado de la Unión Europea, *Fichas temáticas sobre la Unión Europea*.

LÓPEZ GUERRA, L. y ESPÍN, E. (dirs.), *Manual de Derecho Constitucional Volumen I La Constitución y las fuentes del Derecho Derechos fundamentales y garantías*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022.

Naciones Unidas, “Historia de la Declaración”.

Naciones Unidas, “Preguntas y respuestas para entender el concepto y alcance del derecho a la libertad de expresión”, *Naciones Unidas Derechos Humanos*, Paraguay.

Newtral, “Siete de cada 10 españoles muestran su preocupación por los bulos en internet, según el Instituto Reuters”.

Real Instituto Elcano, “La regulación de la desinformación en el derecho digital europeo”.

SAURA FREIXES, Nuria, “La protección de la libertad de expresión en la Unión Europea”, *V/LEX*.

Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, *EUR-Lex*.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J.S., “La Libertad de Expresión desde la Teoría de los Derechos Fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año XI, núm. 32, 1991.

Usercentrics, “¿Qué es la ley de mercados digitales (DMA)?”.

Wolters Kluwer, “¿Qué es la ley de servicios digitales o DSA?”.

La discapacidad analizada a la luz de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: México y la importancia del control de convencionalidad

Sergio Sánchez París
España

SUMARIO: I. Introducción. II. La doctrina de la Corte Interamericana como fuente vital para el respeto y garantía de los derechos humanos en México. A vueltas con la ejecutividad de la Convención de Nueva York de 2006. III. La accesibilidad de las personas con discapacidad a la justicia mexicana: luces y sombras. IV. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: Los Estados Unidos Mexicanos fue uno de los principales países que promovieron la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006. Sin embargo, se detectan aspectos esenciales del referido texto, relacionados con la tutela judicial, que aún no han sido ejecutados. Por ello, se estima que aún quedan grandes permutas que llevar a cabo para poder conseguir que esta transformación se produzca de manera real. Las personas con discapacidad merecen igualdad de condiciones, merecen el mismo respeto que cualquier otro ser humano.

I. INTRODUCCIÓN

Afortunadamente, desde la promulgación de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 los Estados han ido aumentando la capacidad de respeto, garantía y protección de los bienes jurídicos que les corresponde al ser humano por naturale-

za. Sin embargo, no todo es luz. En este último tramo reciente de la historia determinados colectivos, entre ellos el de la discapacidad, han estado sufriendo constantes violaciones de derechos, ya que no han sido tratados en igualdad de condiciones como al resto de individuos. Por consiguiente, hasta que no entró en vigor, en los respectivos Estados parte, la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad de 2006 esta situación no ha sido revertida y es en este instante donde interviene México.

El país mexicano fue uno de los encargados de impulsar este texto internacional,¹ el cual, sin duda alguna, ha cambiado el paradigma de las personas con diversidad funcional. A raíz de la Convención de Nueva York de 2006 se apostó por el respeto, en todo momento, de la autonomía e independencia individual, la libertad a la hora de decidir, la participación en los procesos de índole política, cultural y económica, así como la propia accesibilidad en los espacios, ya sea física o digital. Es por ello por lo que, tras esta normativa las personas con discapacidad han conseguido ser tratadas de forma justa y equitativa. En consecuencia, el papel que ha tenido la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este asunto ha sido fundamental, como en breve se podrá comprobar, ya que es el órgano que ha conseguido afianzar la obligación de los Estados a que garanticen los derechos de este colectivo y, en su caso, resarcir las posibles violaciones.

Por tanto, en esta investigación hay tres pilares que sustentan la tesis que se esgrime en este trabajo. Estos son: la labor de México como Estado, el papel de la Corte IDH como institución jurisdiccional y, por último, el contenido de esta Convención. En este contexto, se estima que las funciones respectivas que desempeñan cada una de las partes implicadas son las que han dado forma a la protección, real y eficaz, de las personas con discapacidad en relación con el famoso control de convencionalidad.

¹ Gobierno de México, *Consejo Nacional para el Desarrollo y la Inclusión de las Personas con Discapacidad*, <https://www.gob.mx/conadis/articulos/10-aniversario-de-la-entrada-en-vigor-de-la-convencion-sobre-los-derechos-de-las-personas-con-discapacidad?idiom=es#:~:text=M%C3%A9xico%20fue%20el%20principal%20promotor,17%20de%20diciembre%20de%20ese>

II. LA DOCTRINA DE LA CORTE INTERAMERICANA COMO FUENTE VITAL PARA EL RESPETO Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO. A VUELTAS CON LA EJECUTIVIDAD DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK DE 2006

Cuando los estudios hablan de la protección de los derechos humanos desde una perspectiva multinivel no es baladí. En este orden de ideas, cabe hacer mención del modelo regional americano, por cuestiones obvias, ya que es el que se aborda en este espacio. Así pues, la Corte IDH, con sede en San José, es uno de los pilares que sustenta el sistema de salvaguarda de los derechos humanos en América. No obstante, no es el único medio, sino que también esta labor es desempeñada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.² De manera que, el Sistema Interamericano de protección de los derechos humanos se conforma por dos órganos: por un lado, la Comisión; y por otro, la Corte.³ Órganos que, sin duda alguna, gozan de la suficiente autonomía e independencia como para poder llegar a asegurar la correcta defensa de los derechos.

Volviendo con la CIDH, es necesario exponer sus dos principales funciones con el objetivo de dar sentido a la tesis que se esgrime en el propio título de este epígrafe. Por un lado, ocupa una función contenciosa; y por otra, consultiva. En cuanto a la primera es para resolver una posible violación de derechos. Mientras que la segunda es para elevar una consulta acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos “el Pacto de San José” o bien, de otros Tratados de carácter internacional.⁴ Es por ello por lo que, se incidía en la labor que desempeña la Corte, la cual es vital para conseguir implantar

² Ugarte Boluarte, K., “La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: un repaso a las generalidades básicas que todos debemos conocer”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, núm. 13, 2014, pp. 35, 41-68.

³ Silva González, J.L. y Ramos Hernández, C.N., “El funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tiempos de pandemia: gestión, eficacia y contexto internacional”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 14, núm. 21, 2021, p. 70.

⁴ Novak, F., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”, *Agenda Internacional*, vol. 9, núm. 18, 2003, p. 45.

el respeto por los derechos humanos. En consecuencia, aquí es donde entraría en juego el famoso control de convencionalidad. De hecho, este parámetro se puede extender a las opiniones consultivas, si bien se da en resoluciones que no afectan al fondo del asunto de aquellos casos que tienen un carácter contencioso.⁵ Esta noción fue desarrollada, a raíz de la doctrina interamericana planteada, de forma recurrente y reiterada, en sendos votos particulares hasta conseguir que fuese avalada por la propia Corte, lo cual vio la luz en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*,⁶ de 26 de septiembre de 2006.⁷ Ahora bien, ¿cuál es el nexo que hay entre este parámetro, México, la citada Convención y la Corte IDH? Pues el propio significado que se acaba amparando en este deber de interpretación. Al fin y al cabo, ello supone “un dato descollante en el quehacer de los tribunales internos y convierte a estos en juzgadores interamericanos”.⁸ Por lo tanto, se establece un rasgo explícito que forja un nexo entre la propia aceptación de las normas de Derecho internacional humanitario y los tribunales supranacionales de ámbito americano.⁹ Pese a ello, no deja

⁵ Ferrer Macgregor, E. y Queralt Jiménez, A. “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, en VV.AA., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Navarra, 2017, p. 139.

⁶ “[...] el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

⁷ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J., “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, 2013, pp. 205-206.

⁸ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J., “Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, 2020, p. 30.

⁹ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J., “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009, p. 503.

que sigan naciendo ciertas aristas que impiden el respeto pleno por los derechos, en este caso de las personas con discapacidad.

Al hilo de lo anterior, hay autoras, entre ellas Lara Espinosa, que afirman que gran parte de las complicaciones que se siguen produciendo se debe a las relaciones que hay entre el derecho interno y el internacional a razón de la discapacidad. De esta forma, la profesora Diana Lara insta al Estado mexicano a que defienda, “de forma irrestricta”, los derechos de las personas con discapacidad que aparecen establecidos en la CDPD, los cuales ya forman parte del bloque de constitucionalidad.¹⁰ Gracias a la Convención se ha conseguido dar visibilidad expresa a todo este colectivo en sistema universal de derechos humanos.¹¹ Por tanto, a continuación, es el instante en el que se acaban de conjugar los principios esenciales del asunto en cuestión, el fundamento reside en la propia jurisprudencia de la CIDH. En síntesis, de todos los asuntos en los que la Corte se ha pronunciado acerca del tema que nos ocupa, es probable que sobresalten seis casos, todos ellos ajenos a México. No obstante, como bien se va a indicar a continuación, esto no afecta a la tesis que se expone en este trabajo, todo lo contrario. De hecho, uno de estos pronunciamientos es lo que avala el propio estatus que ocupa la Corte en relación con la temática presente, la discapacidad. Así pues, los mencionados casos son los siguientes:

- a. Corte IDH, *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, sentencia de 4 de julio de 2006.
- b. Corte IDH, *caso Furlan y Familiares vs. Argentina*, sentencia de 31 de agosto de 2012, *caso Artavia Murillo y otros (fecundación “in vitro”) vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.
- c. Corte IDH, *caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*, sentencia de 1 de septiembre de 2015.

¹⁰ Espinosa, D.L., *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012, p. 86.

¹¹ Sánchez París, S. “El derecho de las personas con discapacidad en España: la incidencia de la convención de Nueva York de 2006 en la última década”, *Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos*, núm. 3, 2023, p. 84.

d. Corte IDH, *caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016.

e. Corte IDH, *caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, sentencia de 29 de febrero de 2016.

En suma, ¿cuál es el nexo entre lo precedente y ulterior? ¿qué relación guarda con México? La Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana. En esta línea, desde 2013, a raíz de la resolución que emitió este órgano el 3 de septiembre de este mismo año, todo guarda un poco más de forma y sentido, puesto que la Suprema Corte estableció que “[...] el valor de la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en cuanto a que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona [...]”.¹² Así pues, en las siguientes líneas se va a poder apreciar cómo, en cierto modo, esto no ha resultado ser conforme a lo establecido en la cita 3, puesto que las personas con discapacidad aún no pueden gozar de plena accesibilidad, entre ellas a la justicia, como el resto de individuos. Esto es, en igualdad de condiciones.

Es por ello por lo que, en la sentencia de la Corte IDH, *caso Ximenes Lopes vs. Brasil*, de 4 de julio de 2006, cuando la Corte se pronuncia y esgrime que “[...] no basta con la existencia formal de los recursos, sino que estos deben ser efectivos, es decir, deben ser capaces de producir resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados en la Convención. La existencia de esta garantía constituye uno de los pilares básicos, no solo de la Convención Americana, sino del propio Estado de Derecho en una sociedad democrática, en el sentido de la Convención”,¹³ se extrae la vital conexión con el derecho internacional, tanto en cuanto se menciona la Convención de Nueva York de 2006. Ahora bien, esta resolución dictada por la CIDH, en relación con la citada contradicción de tesis, implica un mandato a todo el poder judicial mexicano. En este contexto, este poder debe garantizar

¹² SCJN, Contradicción de tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013, p. 28.

¹³ Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm 149, párr. 192.

los recursos para que la aplicación de la justicia sea efectiva.¹⁴ Con tal disposición se puede ir construyendo un hilo conductor entre el presente epígrafe y el siguiente, relativo al acceso de la justicia.

En consecuencia, si se retrocede a lo que se expuso en líneas anteriores, concretamente al caso *Almonacid Arellano*, a raíz del control de convencionalidad, es cuando surge la necesidad de citar cómo ha evolucionado este parámetro y la conexión que se establece con la discapacidad, puesto que ha sido uno de los garantes de la protección de los derechos de las personas con discapacidad. Por esta razón, en la sentencia de la Corte IDH, caso *Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*, de 29 de febrero de 2016,¹⁵ cuando se alude a la obligación que tienen los Estados signatarios de un tratado de índole internacional estos se someten a esta norma. Como resultado, tal disposición no debe dejar indiferente a nadie.

Al fin y al cabo, este proyecto se inició con el objetivo de dar visibilidad a ciertas disyuntivas que siguen estando presentes en la sociedad y la mayoría de ellas persisten en el tiempo. La razón se sitúa en ciertas reticencias del aparato estatal con el deber de seguir la estela dictada por la CIDH. A pesar de todo, si se des-

¹⁴ SCJN, *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad*, México, 2014, p. 11, https://www.scjn.gob.mx/registro/sites/default/files/page/2020-02/protocolo_discapacidad.pdf

¹⁵ “La Corte ha reiterado que cuando un Estado es Parte en un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes y en esta tarea, deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”. Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312, párr. 242.

ciende al fondo del asunto y se exponen sentencias como las del caso *Radilla Pacheco vs. México*¹⁶ o el caso *Gelman vs. Uruguay*,¹⁷ el lector se podrá dar cuenta cuando llegue al siguiente epígrafe de cómo la administración mexicana no termina de acatar la doctrina de la CIDH en relación con los derechos de las personas con discapacidad, todo ello acorde con lo establecido por la Convención de Nueva York de 2006. De ahí que en el encabezado se esgrimiese “a vueltas con la ejecutividad” de la mencionada norma internacional, lo cual puede ser complementado con lo dictado por la SCJ de México en 2013: la exigencia a los jueces nacionales de acatar lo expresado por la CIDH, siempre y cuando sea favorable.

En definitiva, la jurisprudencia emitida por la Corte IDH tiene una eficacia vinculante *inter partes*, pero también goza de efectos *erga omnes*. El primero de los efectos en lo relativo a una solución específica de la controversia que se plantea. Mientras que el segundo¹⁸ en lo concerniente a la norma que se aplica.¹⁹ Así pues, acudiendo una vez más a las sentencias previamente expuestas, quedaría sintetizar el contenido más nuclear de las susodichas. El caso *Ximenes Lopes vs. Brasil* quizás sea la primera de las resoluciones de la CIDH en la cual se dé visibilidad fehaciente a la verdadera situación que tenían las personas con discapacidad en aquellas fechas.²⁰ Esta no deja de ser una resolución previa a

¹⁶ Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209, párr. 339.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221, párr. 239.

¹⁸ Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21, párr. 31.

¹⁹ García Ramírez, S. y Morales Sánchez, J. “Hacia el *ius commune* interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, 2016, pp. 433-463.

²⁰ “[...] los Estados deben tomar en cuenta que los grupos de personas que viven en circunstancias adversas y con menos recursos, tales como las personas que viven en condiciones de extrema pobreza; niños y adolescentes en situación de riesgo, y poblaciones indígenas, enfrentan un incremento del riesgo para padecer discapacidades mentales [...]. Es directo y signifi-

la aprobación de la CDPD. De modo que, para tal situación, el pronunciamiento es más que certero y casi previsor de lo que después iba a acontecer. Ahora bien, más adelante surgen casos como *Furlan y Familiares vs. Argentina*²¹ o bien, *Artavia Murillo y otros (fecundación “in vitro”) vs. Costa Rica*,²² en los cuales ya llevaba en vigor más de seis años la mencionada Convención.

cativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición. Las personas con discapacidad a menudo son objeto de discriminación a raíz de su condición, por lo que los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad”. Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil...*, cit., párrs. 104 y 105.

²¹ “La Corte resalta que las violaciones declaradas en capítulos anteriores fueron cometidas en perjuicio de un niño y, posteriormente, adulto con discapacidad, lo cual implica que las reparaciones otorgadas, en el presente caso, deben seguir el modelo social para abordar la discapacidad consagrado en los diversos tratados internacionales sobre la materia [...]”. “Además, teniendo en cuenta que la falta de una debida rehabilitación ha tenido un impacto negativo en las diversas esferas sociales, laborales y educativas [...], la Corte considera necesario que se le ofrezca acceso a servicios y programas de habilitación y rehabilitación, que se basen en una evaluación multidisciplinaria de las necesidades y capacidades de la persona [...]”. Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246, párrs. 278 y 288.

²² “En las Convenciones anteriormente mencionadas se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas”. Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación “in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257, párr. 291.

Por lo que, ya se dio pie al establecimiento del modelo social en lugar del anterior que era el modelo médico o rehabilitador, el cual era altamente lesivo contra los derechos más básicos de la persona. De hecho, si el lector se detiene en estas resoluciones y acude, por ejemplo, a los escritos del profesor Belda que abordan la discapacidad y la dignidad se podrá dar cuenta que ambos conceptos se conjugan como ejes vertebradores de la autonomía personal con el fin de alcanzar una mejora de la propia calidad de vida de las personas.²³ En este orden de ideas, cuando la Corte se pronuncia en el caso *Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*²⁴ prosigue con las pautas que dio anteriormente, relativas a cómo se debe concebir la discapacidad y, en su caso, cómo este concepto ha evolucionado. En esta línea, con el progresivo avance de la discapacidad, acorde con la CDPD, se consigue desterrar ciertos usos, principalmente esos conceptos tendentes para referirse a las personas con discapacidad, de forma peyorativa, y que eran contrarios al valor de dignidad humana.

Por último, cabe resaltar el caso *Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*,²⁵ por la concepción que presenta a la hora de abordar la discapacidad. En este contexto, hay autores

²³ Belda, E., *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2019, p. 148.

²⁴ “[...] Como parte de la evolución del concepto de discapacidad, el modelo social de discapacidad entiende la discapacidad como el resultado de la interacción entre las características funcionales de una persona y las barreras en su entorno²⁶⁷. Esta Corte ha establecido que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva”. Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298, párrs. 236 y 237.

²⁵ “El incumplimiento por el Estado, mediante cualquier tratamiento discriminatorio, de la obligación general de respetar y garantizar los derechos humanos, le genera responsabilidad internacional. Es por ello que existe un vínculo indisoluble entre la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación [...]”. Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318, párr. 335.

como Sarmiento Contreras que consideran este caso como “[...] un punto angular sobre el concepto de discapacidad; en vista que los hechos del caso no reflejan a primera vista la existencia de la discapacidad como parámetro de protección de derechos humanos”.²⁶ Como contrapartida, en este pronunciamiento se detecta cómo en pleno siglo XXI se siguen cometiendo auténticas barbaridades y técnicas que dañan estructuralmente los derechos humanos. Es aquí donde persiste el problema.

Pese a todo, desde el diseño del control de convencionalidad por García Ramírez en el voto particular emitido por su persona en el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, de 26 de septiembre de 2006, se ha conseguido instituir un mandamiento expreso a todas las autoridades implicadas, no solo a los jueces, como bien se expuso en el caso *Gelman vs. Uruguay*, a que acaten la normatividad convencional, sino también a la propia doctrina dictada por la CIDH. Igualmente, se establece la posibilidad de que los jueces no apliquen aquellas normas que contravengan²⁷ la Convención del Pacto de San José.²⁸ De esta forma, si tales consideraciones se complementan con la contradicción de tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013, que fue emitida por la SCJ de México, se puede afirmar que se forja una defensa férrea, dentro del territorio mexicano, por el respeto hacia los DD.HH. Ahora bien, esto no resulta ser del todo positivo, puesto que aún se siguen produciendo violaciones a determinados colectivos, tal y como se ha podido exponer, concretamente el relativo a la discapacidad. Por este motivo, en el siguiente epígrafe se va a abordar una de las mayores problemáticas que hay: el acceso a la justicia. A

²⁶ Sarmiento Contreras, C.A., “Modelo social de discapacidad, bajo las perspectivas de la Corte Interamericana. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006-2016) hacia la práctica del modelo social de discapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 69, núm. 274, 2019, p. 402.

²⁷ CADH, arts. 1.1, 5.1, 6.2, 8, 11.1, 19, 23 o 24.

²⁸ Ferrer Macgregor, E. y Pelayo Müller, C.M., “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del Pacto del San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año X, núm. 2, 2012, p. 183.

causa de ello, en este espacio se ha realizado un breve trabajo explicativo acerca de la jurisprudencia de la CIDH, el control de convencionalidad, México y algunas disyuntivas que se esgrimen en la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el plano interno mexicano. El objetivo no ha sido otro que exteriorizar la relación que existe entre ellos y dar visibilidad a ciertos temas que hoy en día no pueden dejarse a un lado.

III. LA ACCESIBILIDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD A LA JUSTICIA MEXICANA: LUCES Y SOMBRAS

El 30 de marzo de 2007 fue la fecha señalada por México para dar paso a una nueva era. Ese día la nación mexicana iba a cambiar el paradigma de las personas con discapacidad, puesto que fue el instante en el que los Estados Unidos Mexicanos firmaron la Convención de Nueva York de 2006, además de ratificar su respectivo protocolo facultativo. De modo que, se convertía en un Estado signatario, por lo que se obligaba desde ese instante a velar por los derechos, y todo lo que ello engloba, de las personas con diversidad funcional.²⁹ Empero, hay que exponer ciertos rasgos, también característicos en otros países, acerca de las complejidades que se siguen produciendo en el ámbito de la discapacidad con el acceso, en igualdad de condiciones, a la justicia. En este contexto, si se me permite, es el momento de citar una cuestión para que se reflexione acerca de cómo está actualmente la situación, la cual tendrá su respuesta al final de este texto: si una persona con discapacidad auditiva es detenida por un presunto delito, ¿la policía cómo se comunicaría con ella? ¿se respetarían los derechos del detenido?

Como resultado, la citada Convención aborda en el artículo 13³⁰ el acceso a la justicia y si este se conecta con el artículo

²⁹ CNDH, *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo*, p. 7, <https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Discapacidad-Protocolo-Facultativo%5B1%5D.pdf>

³⁰ “1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso

9,³¹ relativo a la accesibilidad, se desprende un mandato hacia los Estados parte para dictaminar la forma en la que se debe actuar para garantizar estos derechos. Sin embargo, hay determinados rasgos, entre ellos la “capacitación adecuada”, principalmente al personal policial, de cómo deben proceder cuando estén ante un caso de este estilo. Por tanto, la accesibilidad se considera como un “derecho llave”,³² tesis que suscribo. A pesar de todo, sin tal disponibilidad sería sumamente imposible poder ejercer estos derechos, de ahí que sea considerado como tal. La Convención de Nueva York de 2006 no crea ni diseña ningún nuevo derecho, pero sí que apuesta por los previamente existentes. De este modo, el que nos ocupa, el del acceso a la justicia, tiene como fin ejercer un derecho de reparación, tanto en cuanto si una persona con discapacidad observa que alguno de sus derechos se ha visto vulnerado tiene la posibilidad de acudir a la justicia para que se resarza, como cualquier otro individuo. No obstante, para ello, el sistema debe realizar ajustes para adecuar el procedimiento a estas personas e incluso llegar a formar a todo el funcionariado y, por ende, profesionales.³³ Estos ajustes se conciben como “razo-

mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares. 2. A fin de asegurar que las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a la justicia, los Estados Partes promoverán la capacitación adecuada de los que trabajan en la administración de justicia, incluido el personal policial y penitenciario”. Art. 13 CDPD.

³¹ “1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás [...]. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso [...]”. Art. 9.1 CDPD.

³² Agencia de los Estados Unidos para el desarrollo internacional. *Guía de principios de actuación para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad*, 2019, p. 36, <https://www.documenta.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Gui%CC%81a-de-acceso-a-la-justicia-de-PcD.pdf>

³³ Naciones Unidas Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado, *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. Guía de formación*. Serie de capacitación profesional, núm 19, 2014, p. 36, <https://www.>

nables”.³⁴ Únicamente, falta llegar a este punto. Esto es, conseguir este cumplimiento, ya que muy pocos profesionales saben cómo actuar.

La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad es el primer gran tratado de derechos humanos del siglo XXI, además de ser el primero que aborde, explícitamente, los derechos que ostentan las personas con discapacidad. Su objetivo central reside en el contenido que aparece salvaguardado en el artículo 1³⁵ y el hecho de que se adoptara un texto normativo de esta índole ha hecho que se otorgue una visibilidad permanente a un colectivo que tradicionalmente ha sido excluido de la sociedad. Asimismo, logra imponer, por mediación del derecho internacional, una serie de mandatos a los Estados que son parte.³⁶ Tal y como se expuso, esta norma introduce como “modelo de trato” el social, en sustitución del modelo médico. Por consiguiente, ello implica la previsión de la adopción de los citados ajustes razonables en los procedimientos de índole judicial con el fin de que estos sean aptos para personas con discapacidad y, por ende, puedan dictarse sentencias justas, acordes a derecho, de ahí que los códigos y la propia legislación mexicana lo tenga previsto.³⁷ Entre estas normas se pueden encontrar el Código

ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/CRPD_TrainingGuide_PTS19_sp.pdf

³⁴ Vid. art. 2 CDPD.

³⁵ “El propósito de la presente Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente. Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Art. 1 CDPD.

³⁶ Cuenca Gómez, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU.*, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, p. 47.

³⁷ García Ramírez, S., “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia ‘transformadora’ de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, 2019, p. 20.

Nacional de Procedimientos Penales de 2014³⁸ —reformado, recientemente, en 2024—, la Ley Nacional de Ejecución Nacional de 2016³⁹ —reformada en 2018—, la Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación de 2003⁴⁰ —reformada en 2023—, la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de 2011⁴¹ —reformada en 2023— o bien, la propia Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917⁴² reformada, recientemente, en 2024.

A raíz de lo que precede, se puede percibir, a primera vista, que desde un inicio se apostó por realizar todas las modificaciones necesarias para lograr la anhelada adaptación del sistema a las personas que tuviesen discapacidad, lo cual es así. Empero, el dilema se encuentra en las garantías, en los pequeños detalles. Si el lector acude a la reflexión que planteé anteriormente, expuse que la respuesta estaría más adelante, pues ya ha llegado ese momento. El indicio se circunscribe en estas líneas, en los pequeños detalles. Es decir, ¿de qué sirve que el aparato estatal esté preparado para dar respuesta a una necesidad si luego el profesional de a pie no está formado? Pues de poco o, mejor dicho, de nada. Por ello, si se acude al artículo 8 CADH, relativo a las garantías judiciales, en el apartado que aborda el derecho a ser asistido por el traductor o intérprete se detecta que aún contiene ligeras dudas que no han conseguido disiparse por parte de la Corte Interamericana. Pero por cuestión de forma no procede abordar en este espacio,⁴³ especialmente en el ámbito de lengua de signos. En consecuencia, semejante situación va en detrimento de los derechos de las personas con discapacidad.

En este orden de ideas, los conflictos de índole social inundan al país mexicano. Desde la década de los 70 el acceso a la justicia ocupó un papel muy relevante, principalmente para tratar de

³⁸ Arts. 10, 45, 84, 109.XII, 113.XVI y 270.

³⁹ Arts. 4, 9.I, 10.XI, 36.I, 38, 144.I, 144.II y 195.

⁴⁰ Arts. 9.XI y 15 séptimus.

⁴¹ Arts. 5.II, 28, 29, 30 y 31

⁴² Arts. 1o (párr. quinto) y 4o (párr. decimocuarto).

⁴³ Medina Quiroga, C., *La Convención Americana de Derechos Humanos*, Chile, Universidad Diego Portales, 2018, p. 416.

conseguir reducir las desigualdades sociales.⁴⁴ Pero como bien se ha reflejado, de qué sirve *tratar* sino se consigue *lograr*. Por tanto, es más necesario que nunca poder replantear el sistema formativo, de capacitación e incluso la propia profesionalización de todos los operadores implicados.⁴⁵ Esta sería una de las soluciones más efectivas para tratar de despejar todas las incertidumbres que siguen acechando sobre el tema en cuestión. A fin de cuentas, el enunciado nuclear es la igualdad. Por esta razón, la CIDH dictó, a raíz de una opinión consultiva,⁴⁶ que la

igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que [...] conduzca a tratarlo con privilegio; o que, a la inversa, por considerarlo inferior, lo trate con hostilidad o de cualquier forma lo discrimine del goce de derechos que sí se reconocen a quienes no se consideran incurso en tal situación.⁴⁷

Al fin y al cabo, la Corte ejerce como guardián y “maestra” de su propia jurisdicción,⁴⁸ de ahí que trate de salvaguardar su contenido. En síntesis, acudiendo, una vez más, a los escritos del doctor Belda,⁴⁹ el valor de dignidad humana⁵⁰ se conforma como un valor intrínseco a la persona, además de ser un pilar esencial en la construcción del derecho de la discapacidad.

⁴⁴ Fix-Fierro, H. y López-Ayllón, S., “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, IIJ-UNAM, 2001, p. 112.

⁴⁵ Patiño Gutiérrez, C., “El sistema de justicia en México: la tentación de una reforma equivocada”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, núm. 13, 2020, p. 224.

⁴⁶ Corte IDH. OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.

⁴⁷ Camarillo Govea, L. y Rosas Rábago, E.N., “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 19, 2018, p. 184.

⁴⁸ VV.AA., *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 200.

⁴⁹ Belda, E., *op. cit.*

⁵⁰ Cfr. Díaz Revorio, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 115 y ss.

Para ir concluyendo, habría que volver a recalcar que la Convención del 2006 salvaguarda y garantiza la participación en la justicia en todas las instancias existentes, ya sea parte directa y/o indirecta,⁵¹ de ahí la apuesta por el modelo social y el sistema de apoyos. Por tanto, si una persona precisa de un ajuste razonable se ha de hacer, con tal de no ver visto mermado ninguno de sus derechos. Este gran tratado ha conseguido situar a las personas con diversidad funcional en un primer plano y, por ende, ser sujetos titulares de derechos,⁵² lo cual parecía impensable hace unas décadas. A pesar de todo, la discapacidad es el resultado de la “interacción de la condición y de las barreras”.⁵³ En consecuencia, si se comprende tal aspecto desde la perspectiva social, se dará como válido la postura que asocia la discapacidad, tanto al factor humano como el social.⁵⁴ De modo que, esta debe concebirse como la necesidad de realizar los ajustes razonables para romper los obstáculos y garantizar la accesibilidad. Así pues, con esta serie de *pseudo* reflexiones se podría dar por cumplido el fin de este espacio, la enunciación de algunas de las luces y sombras que siguen acechando en el ordenamiento mexicano acerca del Derecho y la discapacidad, las cuales, pueden ser extrapolables al resto de naciones.

IV. CONCLUSIONES

Llegados a este punto, es el turno de hacer balance. En las páginas que anteceden se muestra cómo ha evolucionado la construcción del nuevo *derecho* en relación con la discapacidad, así como las

⁵¹ Bariffi, F. y Palacios, A., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2007, p. 106.

⁵² VV.AA., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020, p. 69.

⁵³ Palacios, A., “El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 1, 2017, p. 15.

⁵⁴ Palacios, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008, p. 340.

complejidades que siguen persistiendo. México, sin duda alguna, es una de las potencias más puntuadas a nivel mundial y además de ello, es un pueblo hermano de España, lo cual hace que, en cierto modo, ambos ordenamientos se complementen. El país mexicano fue de los primeros en reivindicar y apostar por la CDPD, pero eso no le exime de ciertas reticencias como se ha podido reflejar. Así pues, a través del control de convencionalidad⁵⁵ y el papel que desempeña la CIDH, junto con la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN, se ha conseguido proteger progresivamente los derechos de las personas con discapacidad en México.

REFERENCIAS

- BARIFFI, F. y PALACIOS, A., *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2007.
- BELDA, E., *Dignidad y discapacidad. Una perspectiva desde los derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant Lo Blanch, 2019.
- CAMARILLO GOVEA, L. y ROSAS RÁBAGO, E.N., “El papel de la Corte Interamericana de Derechos Humanos como intérprete de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, *Parlamento y Constitución. Anuario*, núm. 19, 2018.
- CUCARELLA GALIANA, L-A., *Derecho procesal y delitos contra la comunidad internacional. Control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.
- CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU.*, Cátedra de Democracia y Derechos Humanos de la Universidad de Alcalá y Defensor del Pueblo, Madrid, 2012.
- DÍAZ REVORIO, F.J., *Valores superiores e interpretación constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997.

⁵⁵ Cucarella Galiana, L-A., *Derecho procesal y delitos contra la comunidad internacional. Control de convencionalidad y principio de personalidad pasiva*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021, p. 102.

- ESPINOSA, D.L., *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, E. y PELAYO MÜLLER, C.M., “La obligación de ‘respetar’ y ‘garantizar’ los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Análisis del artículo 1° del Pacto del San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano”, *Estudios Constitucionales: Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, año X, núm. 2, 2012.
- FERRER MAC-GREGOR, E. y QUERALT JIMÉNEZ, A. “El control de convencionalidad americano y el efecto de cosa interpretada europeo ¿dos caras de una misma moneda?”, en VV.AA., *¿Hacia una globalización de los derechos? El impacto de las sentencias del Tribunal Europeo y de la Corte Interamericana*, Navarra, 2017.
- FIX-FIERRO, H. y LÓPEZ-AYLLÓN, S., “El acceso a la justicia en México. Una reflexión multidisciplinaria”, IIJ-UNAM, 2001.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J. “Hacia el ius commune interamericano: la jurisprudencia de la Corte IDH en 2013-2016”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 20, 2016.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J., “La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el período 2007-2009”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 13, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J., “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos: libertad de expresión, jurisdicción militar y control de convencionalidad”, *Cuestiones Constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 29, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, S. y MORALES SÁNCHEZ, J., “Vocación transformadora de la jurisprudencia interamericana”, *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 24, 2020.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., “Los sujetos vulnerables en la jurisprudencia ‘transformadora’ de la Corte Interamericana de Derechos

- Humanos”, *Cuestiones constitucionales: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 41, 2019.
- MEDINA QUIROGA, C., *La Convención Americana de Derechos Humanos*, Chile, Universidad Diego Portales, 2018.
- NOVAK, F., “El sistema interamericano de protección de los derechos humanos: semejanzas y diferencias con el sistema europeo”, *Agenda Internacional*, vol. 9, núm. 18, 2003.
- PALACIOS, A., “El modelo social de discapacidad y su concepción como cuestión de derechos humanos”, *Revista Colombiana de Ciencias Sociales*, vol. 8, núm. 1, 2017.
- PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Madrid, Cinca, 2008.
- PATÍÑO GUTIÉRREZ, C., “El sistema de justicia en México: la tentación de una reforma equivocada”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, núm. 13, 2020.
- SÁNCHEZ PARÍS, S. “El derecho de las personas con discapacidad en España: la incidencia de la convención de Nueva York de 2006 en la última década”, *Revista Hispanoamericana de Derechos Humanos*, núm. 3, 2023.
- SARMIENTO CONTRERAS, C.A., “Modelo social de discapacidad, bajo las perspectivas de la Corte Interamericana. Desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2006-2016) hacia la práctica del modelo social de discapacidad”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, vol. 69, núm. 274, 2019.
- SILVA GONZÁLEZ, J.L. y RAMOS HERNÁNDEZ, C.N., “El funcionamiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en tiempos de pandemia: gestión, eficacia y contexto internacional”, *Misión Jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, vol. 14, núm. 21, 2021.
- UGARTE BOLUARTE, K., “La función de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: un repaso a las generalidades básicas

que todos debemos conocer”, *Lex: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruanas*, vol. 12, núm. 13, 2014.

VV.AA., *El control de convencionalidad: ius constitutionale commune y diálogo judicial multinivel latinoamericano*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2021.

VV.AA., *La protección jurídico-social de las personas con discapacidad. Un enfoque integral y exhaustivo*, Murcia, Laborum, 2020.

Legislativas

Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”, 1969. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Nueva York 13 de diciembre de 2006.

Ley Federal para prevenir y eliminar la discriminación de 2003.

Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad de 2011. Código Nacional de Procedimientos Penales de 2014.

Ley Nacional de Ejecución Nacional de 2016.

Jurisprudenciales

Corte IDH. *Caso Almonacid Arellano vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.

Corte IDH. *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación “in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2012. Serie C, núm. 257.

Corte IDH. *Caso Chinchilla Sandoval vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de febrero de 2016. Serie C, núm. 312.

- Corte IDH. *Caso Furlan y Familiares vs. Argentina*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012. Serie C, núm. 246.
- Corte IDH. *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C, núm. 221.
- Corte IDH. *Caso Gonzales Lluy y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C, núm. 298.
- Corte IDH. *Caso Radilla Pacheco vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 209.
- Corte IDH. *Caso Trabajadores de la Hacienda Brasil Verde vs. Brasil*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 de octubre de 2016. Serie C, núm. 318.
- Corte IDH. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2006. Serie C, núm. 149.
- Corte IDH. OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional. Opinión Consultiva de 19 de agosto de 2014. Serie A, núm. 21.
- Corte IDH. OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Opinión consultiva de 24 de noviembre de 2017. Serie A, núm. 24.
- Contradicción de tesis 293/2011, de 3 de septiembre de 2013.

La evaluación de impacto legislativo en la era de la inteligencia artificial: retos y oportunidades

Gustavo Silva de la Rosa
México

SUMARIO: I. Introducción. II. El concepto de evaluación de impacto legislativo. III. Retos actuales de la evaluación de impacto legislativo. IV. El uso de la tecnología en la EIL. V. Estudio de caso. VI. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: El ensayo aborda la importancia de la Evaluación de Impacto Legislativo (EIL), destacando su rol en la mejora de la calidad legislativa. Analiza cómo la EIL ayuda a prever y ajustar los efectos de las leyes para evitar problemas legislativos comunes, como la hiperlegislación. También explora cómo la inteligencia artificial, al procesar grandes volúmenes de datos, puede optimizar estos procesos, brindando una base científica y participativa para una legislación más eficaz.

I. INTRODUCCIÓN

1.1. El objeto de estudio

El objeto de estudio en este trabajo es la Evaluación de Impacto Legislativo (EIL) en la era de la inteligencia artificial. La investigación se centra, por una parte, en analizar cómo la EIL puede optimizar el proceso legislativo. Adicionalmente se trata de establecer como se puede auxiliar la EIL del uso de herramientas tecnológicas avanzadas, tales como *big data* e inteligencia artificial (IA), para valorar de manera precisa y anticipada los efectos

de las normas. Este enfoque ofrece una visión prospectiva del impacto legislativo, lo que permite mejorar la eficiencia, claridad y adecuación de las leyes en función de los contextos sociales y económicos actuales.

1.2. La justificación de la importancia del tema

La justificación de la investigación radica en la creciente demanda de calidad legislativa y transparencia en el proceso de elaboración de leyes. En un contexto de hiperlegislación y obsolescencia normativa, el análisis *ex ante* y *ex post* de las leyes se vuelve crucial para asegurar su relevancia y efectividad. Además, la incorporación de IA en el proceso de EIL ofrece una oportunidad única para manejar grandes volúmenes de datos, identificar patrones y proyectar escenarios de impacto, permitiendo que las leyes se adapten a las necesidades cambiantes de la sociedad y evitando la producción de normas ineficaces o perjudiciales.

1.3. Los objetivos perseguidos con la investigación

Entre los objetivos de esta investigación destacan el análisis de la aplicabilidad de la EIL en el contexto mexicano y su integración con tecnologías de IA. Específicamente, se busca definir metodologías que optimicen la calidad de las leyes mediante un enfoque basado en datos y evidencia, mejorar la transparencia en la toma de decisiones legislativas, y establecer un marco de referencia que permita medir el impacto legislativo de manera continua y proactiva. A largo plazo, el objetivo es proponer un modelo de EIL que promueva la eficiencia y sostenibilidad del marco normativo.

1.4. La metodología

La metodología adoptada en este trabajo es cualitativa y comparativa, tomando como referencia experiencias de EIL en otros países. El estudio incluye un análisis de los modelos de evaluación legislativa y el uso de IA en la predicción de impactos normativos. Además, se explora cómo las herramientas de procesamiento de

lenguaje natural y análisis de *big data* pueden mejorar la precisión y alcance de la evaluación de impacto. La revisión documental y el análisis de casos sirven como base para evaluar la viabilidad de estas metodologías en el sistema legislativo mexicano.

1.5. Una anticipación de las conclusiones

Como conclusión anticipada, se espera que la EIL, reforzada con IA, permita al legislador mexicano prever y ajustar los impactos de las normas de manera ágil y precisa. La implementación de esta tecnología podría revolucionar la evaluación legislativa al ofrecer simulaciones y proyecciones que mejoren la toma de decisiones normativas. Asimismo, la investigación sugiere que la EIL, con apoyo de IA, fortalecería la transparencia y participación ciudadana en el proceso legislativo, lo que incrementaría la confianza pública y reduciría los riesgos de leyes obsoletas o ineficaces.

II. EL CONCEPTO DE EVALUACIÓN DE IMPACTO LEGISLATIVO

2.1. Definición y evolución de la EIL

Nos dicen Mauro Arturo Rivera León y Constantino Martínez Fabián que “[...] evaluación legislativa es aquel sistema o procedimiento que, empleando una metodología previamente definida, realiza un análisis cuantitativo y/o cualitativo de los efectos de una norma emitiendo un juicio de valor de la misma”,¹ y agrega el mismo Mauro Arturo Rivera León, “[...] sin condicionantes de orientación política”.

Para la Unión Europea (UE) la EIL es básicamente: “las evaluaciones de impacto examinan si es necesaria una actuación de la UE y analizan las posibles repercusiones de las soluciones que

¹ Rivera León, M. A., *Cuando la forma es fondo. Estudios de técnica legislativa y legilingüística*, Flores Editor y distribuidor, 2015, p. 169, <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4061-cuando-la-forma-es-fondo-estudios-de-tecnica-legislativa-y-legilingueistica>

se barajan. Se realizan durante la fase de preparación, antes de que la Comisión formule sus propuestas de nueva legislación. Proporcionan datos objetivos de gran utilidad para el proceso de toma de decisiones”.²

La EIL es una herramienta analítica diseñada para medir los efectos y la efectividad de las leyes en el contexto social, económico y jurídico. Su propósito principal es asegurar que las normas cumplan con sus objetivos de manera eficiente, promoviendo una legislación que responda a las necesidades públicas y reduzca problemas como la sobreabundancia legislativa o hiperlegislación.

2.2. EIL en el contexto europeo, latinoamericano y mexicano

En Europa, la Comisión Europea ha establecido directrices detalladas para la EIL bajo el marco del programa “Legislar Mejor”, que incluye evaluaciones *ex ante*, realizadas antes de la aprobación de las leyes, para prever sus impactos en diversos ámbitos. Estos procesos se acompañan de consultas públicas y un escrutinio independiente para garantizar que las normativas europeas sean proporcionalmente necesarias y respeten el principio de subsidiariedad, donde las legislaciones nacionales prevalecen salvo en casos de estricta necesidad comunitaria.

En América Latina, la EIL ha cobrado importancia más recientemente, con experiencias pioneras en países como Chile, Colombia y Ecuador. En Chile, “[...] el gran hito en este sentido es la creación del Departamento de Evaluación de la Ley en la Cámara de Diputados, que cuenta con autonomía funcional [...]”,³ en el análisis sistemático de los efectos legislativos. En México, aunque la práctica de la EIL a nivel federal es limitada, se han implementado unidades especializadas en ciertos estados, como el Congreso

² Comisión Europea, 2003, https://commission.europa.eu/law/law-making-process/planning-and-proposing-law/impact-assessments_es

³ Soto Martínez, V., *Mecanismos de evaluación de la ley y obligación de acompañar informes de impacto normativo a los proyectos de ley en la experiencia comparada*, Chile, 2020, p. 17.

de Guanajuato, donde se realizan evaluaciones *ex post*. Este enfoque retrospectivo permite revisar el impacto de leyes existentes y realizar ajustes para mejorar su eficacia, reflejando una creciente demanda de mecanismos legislativos que integren la evaluación de impacto en todas las etapas del proceso normativo.

A nivel federal en México, el Senado y la Cámara de Diputados han explorado la incorporación de evaluaciones de impacto presupuestario, con apoyo de entidades como el Instituto Belisario Domínguez,⁴ que promueven la EIL como un medio para mejorar la transparencia y eficiencia del proceso legislativo. Sin embargo, la integración de tecnologías emergentes como la inteligencia artificial en estos procesos aún es incipiente, pero representa una oportunidad para mejorar la precisión y velocidad de las evaluaciones legislativas en México y en otros países de la región, siguiendo modelos avanzados como los de Europa.

2.3. Análisis de los principales objetivos de la EIL

La EIL tiene como objetivo principal asegurar que las leyes cumplan con su propósito en función del impacto social, económico y administrativo que generan. Esto implica una evaluación rigurosa de las leyes no solo en el momento de su creación (*ex ante*), sino también durante y después de su implementación (*ex post*), evaluando su eficacia, sostenibilidad y ajuste a las necesidades sociales.

En Europa, por ejemplo, el programa “Legislar Mejor” de la Comisión Europea utiliza evaluaciones *ex ante* para anticipar el impacto de la legislación en el contexto económico y social, asegurando que cada normativa esté justificada, sea eficiente y respetuosa de principios fundamentales como la subsidiariedad.⁵

Otro objetivo central de la EIL es medir el impacto económico y la viabilidad administrativa de las leyes. Esto incluye analizar si la implementación de una norma requerirá recursos adi-

⁴ Canal del Congreso, *Segundo Congreso Internacional en Evaluación de Impacto Legislativo: Mesa de Trabajo*, 15 de noviembre de 2023, https://www.youtube.com/watch?v=OKAC_ov2i1A

⁵ Comisión Europea, *op. cit.*

cionales, ajustará la carga de trabajo del sistema administrativo o generará implicaciones fiscales significativas, “una evaluación de impacto económico no solo es importante, sino fundamental para anticipar el gasto, también para ponderar los desequilibrios regionales al interior de los estados, y saber si una nueva ley o su modificación efectivamente va a fomentar o a inhibir la inversión, si va a generar más empleo, etcétera”.⁶

En México, la EIL comienza a incluir una perspectiva de impacto económico y administrativo, especialmente en los congresos estatales, donde se busca anticipar y ajustar los recursos necesarios para cada nueva ley. Esta medida permitiría una mejor distribución de recursos y ayuda a evitar el colapso administrativo al implementar normas sin los apoyos suficientes.

Finalmente, la EIL también tiene como objetivo asegurar que las leyes respeten y promuevan los derechos humanos y las normativas ambientales. En este sentido, la EIL analiza el efecto de las leyes en comunidades vulnerables y el medio ambiente, considerando factores como el acceso a servicios básicos y la protección de recursos naturales. La evaluación de estos impactos se vuelve crítica, especialmente en regiones donde las leyes deben considerar realidades socioeconómicas y ambientales particulares.

[...] ¿qué valor tienen las razones económicas en la justificación racional de una decisión legislativa? ¿El coste de las distintas opciones legislativas puede constituir una razón suficiente para la toma de decisiones políticas? Para dar respuesta a estos interrogantes de hoy quizás pueda ser de interés acudir al hoy ya no tan novedoso “análisis económico del derecho”. El problema del coste del derecho, el significado económico de la regulación jurídica, y las consecuencias que para la teoría y la práctica del derecho implicaba tomarse en serio estas cuestiones estaban en el núcleo del programa originario del movimiento del “análisis económico del derecho” o law and economics (en adelante, AED).⁷

⁶ Vázquez Salguero, D. E., “Evaluación de impacto legislativo: una propuesta metodológica”, *Pluralidad y Consenso*, año XII, núm. 52, 2022, p. 40.

⁷ Pacheco, P. M. “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 47, 2013, p. 86.

En América Latina, los legisladores han comenzado a adoptar estos objetivos, reconociendo la necesidad de que la legislación contribuya activamente a mejorar la calidad de vida y a promover la sostenibilidad en cada contexto específico.

2.4. El seguimiento legislativo

Una vez que las leyes han sido aprobadas y que han entrado en vigor, los efectos de estas se producen en un contexto social complejo.⁸ Determinar el impacto social que ha tenido una norma no siempre es sencillo, mucho menos si se realiza de forma espontánea. Algunas normas producen efectos duraderos, mientras que otras tienen un alcance más efímero de sus efectos. Para poder realizar un trabajo efectivo y eficaz en la evaluación de impacto, es necesario establecer un esquema de seguimiento legislativo que permita conocer las vicisitudes a las cuales ha sido sometida la ley después de su aprobación y entrada en vigor.

Resulta pertinente y necesario realizar un trabajo de seguimiento legislativo en los ámbitos siguientes:

El desarrollo reglamentario: en múltiples ocasiones los transitorios de una ley advierten la necesidad de que los reglamentos que darán exactitud a su aplicación sean expedidos por el poder ejecutivo en un término perentorio. No obstante, a veces, dichos reglamentos no son expedidos ocasionando problemas a la hora de la aplicación de la norma principal. Por ello resulta necesario hacer un seguimiento del desarrollo reglamentario y de esta forma llegar a establecer si este rubro es uno de los problemas que afectan a la aplicación adecuada de la ley.

La aplicación efectiva de la ley: una vez entrada en vigor la ley debe ser aplicada por las autoridades y obedecida por los ciudadanos. Pero es necesario un seguimiento para establecer si la nueva normatividad se aplicó en la forma en que fue diseñada, logrando así resolver la problemática para la que fue iniciada; o si por el contrario su aplicación, por parte de los servidores públicos, ha sido inexacta y ello ha ocasionado mayores problemas

⁸ Sainz Moreno, F., "Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa", *La Evaluación de las leyes*, Tecnos, 2006, pp. 28 y 29.

sociales. Estar al pendiente de la aplicación de la norma permite determinar si hay fallas en su redacción o en su aplicación.

La impugnación de las leyes: en múltiples ocasiones la legislación aprobada por los congresos sufre de impugnaciones, a propósito de su confección o de su aplicación, ante diversos tribunales sean constitucionales, administrativos, laborales, electorales, etc. El seguimiento permitiría detectar necesarias modificaciones al texto legal con base en los agravios ocasionados por la ley.

La jurisprudencia: los criterios contenidos en la jurisprudencia permiten conocer antinomias, ambigüedades o lagunas existentes en el texto normativo. Los órganos parlamentarios pueden llevar a cabo un seguimiento puntual a la jurisprudencia a efecto de allegarse de insumos especializados en la interpretación de las leyes, para su debida reformulación.

Los órganos defensores de derechos: dar seguimiento a las recomendaciones de las comisiones de derechos humanos, así como de los organismos encargados de prevenir la discriminación, permitirían a los congresos establecer parámetros para la reformulación de las normas jurídicas.

La doctrina: múltiples estudiosos del derecho opinan de forma académica sobre los términos de la ley. En mucho de este material doctrinal existen argumentos sólidos que permiten, si son tomados en cuenta durante el proceso legislativo, una redacción más racional de las leyes.

La opinión pública: al final del proceso legislativo, y después de la entrada en vigor de la ley, son los ciudadanos quienes tienen el deber de acatar las normas aprobadas. La opinión de los ciudadanos expresada a veces ante medios de comunicación masiva y a veces en las redes sociales, es un factor importante de participación ciudadana, que puede llegar a ser útil en la adecuación y ajustes de los términos legales.

El seguimiento de la norma es una parte importante de la evaluación de impacto legislativo, que va a repercutir en la optimización de los ordenamientos legales. En la actualidad, ni las comisiones legislativas, ni el congreso en pleno o como institución, realizan un seguimiento de los rubros ya señalados sobre la normatividad aprobada en legislaturas presentes o pasadas.

2.5. La participación ciudadana

La participación ciudadana en las actividades gubernamentales es fundamental en los tiempos actuales al ser un pilar de la democracia. Cuando los ciudadanos tienen la oportunidad de participar en las políticas y decisiones del Gobierno, se sienten más conectados y comprometidos con el sistema político. Esto aumenta la legitimidad del Gobierno, ya que refleja el consentimiento y la voluntad de la población.

La participación ciudadana aporta una diversidad de perspectivas, conocimientos y experiencias a la toma de decisiones gubernamentales. Esto resulta en políticas y programas más informados y eficaces que abordan de manera más precisa las necesidades y deseos de la población. Al mismo tiempo, la participación ciudadana fomenta la colaboración y la cohesión social. Cuando las personas trabajan juntas para abordar problemas comunes, se fortalecen los lazos comunitarios y se construyen sociedades más resilientes.

Específicamente en el ámbito parlamentario, establecer un Observatorio Ciudadano Legislativo, es una forma de participación ciudadana que ofrece una serie de ventajas que contribuyen positivamente al funcionamiento del Congreso y del sistema democrático del Estado.

Los ciudadanos pueden involucrarse en el monitoreo y análisis de propuestas de ley, contribuyendo con sus opiniones y conocimientos. Al contemplar de cerca las actividades legislativas, coadyuvan a la transparencia en el proceso y facilitan la rendición de cuentas. A través de su participación en el observatorio, las personas pueden aprender sobre cómo funcionan las instituciones democráticas, contribuyendo así a la formación cívica de la misma ciudadanía.

Al analizar proyectos de ley y ofrecer recomendaciones, el Observatorio Ciudadano Legislativo puede contribuir a la mejora de la calidad de las leyes y políticas públicas, evitando posibles antinomias o lagunas, ya que facilita la comunicación entre los ciudadanos y sus representantes, permitiendo que los legisladores conozcan las preocupaciones y necesidades de sus electores de manera más directa.

III. RETOS ACTUALES DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO LEGISLATIVO

3.1. Hiperlegislación y obsolescencia normativa

Existen principalmente dos fenómenos legislativos que actualmente pueden afectar la efectividad de las normas: la hiperlegislación y la obsolescencia.

La hiperlegislación se refiere al fenómeno de producción excesiva de normas, lo que genera un sistema legislativo sobrecargado y, en muchos casos, confuso e ineficaz. Este exceso normativo surge de la proliferación de leyes que intentan abordar rápidamente diversas problemáticas sociales, económicas o políticas, pero que con frecuencia no logran ser implementadas de manera efectiva. En países como Colombia se han creado iniciativas para la “depuración normativa”,⁹ un proceso que busca derogar o actualizar normas obsoletas e incompatibles con el marco constitucional vigente. Estas acciones evidencian la necesidad de que el legislador no solo produzca nuevas leyes, sino que también evalúe periódicamente la vigencia y relevancia de las existentes para evitar una acumulación normativa que pueda ser perjudicial para el sistema jurídico y la sociedad.

La obsolescencia normativa, por otro lado, ocurre cuando las leyes pierden su aplicabilidad o relevancia debido a cambios en el contexto social, tecnológico o económico. Este fenómeno exige revisiones constantes del ordenamiento legal para asegurar que las normas se adapten a las nuevas realidades y necesidades de la sociedad.

Estos fenómenos muestran cómo la legislación debe transformarse para seguir siendo efectiva y eficaz en un entorno cambiante.

⁹ Función Pública de Colombia, *Depuración normativa, instrumento que permitirá reducir el número de normas vigentes en Colombia*, Ley 2085 de 2021, <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=159749#:~:text=Depuraci%C3%B3n%20no%20rmativa%2C%20instrumento%20que%20permitir%C3%A1,temporal%20y%20no%20adopcio%C3%B3n%20como>

La combinación de hiperlegislación y obsolescencia normativa plantea un desafío significativo para el derecho contemporáneo. Estos fenómenos subrayan la importancia de mecanismos legislativos de revisión y evaluación, como la EIL, que permite anticipar y medir el impacto real de las leyes. Un sistema efectivo de EIL ayuda a evitar la sobreproducción de normas y facilita la derogación de aquellas que ya no cumplen su función, promoviendo un marco legislativo coherente y actualizado.

En última instancia, la implementación de estas evaluaciones responde a una demanda creciente de calidad legislativa y de sostenibilidad en la producción normativa, asegurando que las leyes sean no solo pertinentes en el tiempo, sino también aplicables y comprensibles para la ciudadanía.

3.2. La falta de seguimiento legislativo

La falta de seguimiento legislativo afecta de manera significativa la efectividad y calidad de las leyes, ya que estas, una vez en vigor, operan en contextos sociales complejos y dinámicos. Según Sainz Moreno,¹⁰ es fundamental que las normas sean monitoreadas después de su promulgación para evaluar los efectos que producen en la realidad social. Sin un esquema de seguimiento, los legisladores pierden la capacidad de identificar si una ley está cumpliendo con los objetivos para los que fue creada o si su implementación está generando efectos indeseados. Este seguimiento no solo facilita una respuesta oportuna ante los desafíos en la aplicación de la norma, sino que también permite realizar ajustes necesarios para mejorar su efectividad en un entorno cambiante.

Un área clave en el seguimiento legislativo es el desarrollo reglamentario, ya que muchos transitorios legislativos dependen de la emisión de reglamentos específicos para su aplicación. Cuando estos reglamentos no se emiten o se retrasan, la ley principal queda incompleta, generando inseguridad jurídica y dificultando su ejecución.

¹⁰ Sainz Moreno, F., *op. cit.*, p. 28.

Por otro lado, la falta de monitoreo en la aplicación efectiva de las leyes puede resultar en una implementación inadecuada por parte de las autoridades o en un cumplimiento deficiente por parte de la ciudadanía, lo que termina por debilitar la credibilidad de la legislación y puede provocar mayores problemas sociales.

Además, el seguimiento legislativo es crucial para evaluar las impugnaciones y la jurisprudencia que pueda surgir en torno a una norma, así como para considerar recomendaciones de órganos defensores de derechos y opiniones doctrinales. Sin este proceso resulta difícil a los legisladores detectar inconsistencias, ambigüedades o vacíos en las leyes y realizar ajustes antes de que estos problemas deriven en conflictos legales o sociales.

La participación de la ciudadanía y su percepción de las leyes, expresada a través de la opinión pública, también constituyen insumos valiosos para este análisis, fomentando una retroalimentación que ayuda a mejorar la calidad y legitimidad del marco normativo. La falta de este seguimiento genera una brecha entre la legislación y la conducta de cumplimiento de las leyes.

IV. EL USO DE LA TECNOLOGÍA EN LA EIL

4.1. Herramientas tecnológicas y medición de impacto

La implementación de tecnologías de la información, *big data* e inteligencia artificial (IA) en la EIL puede permitir analizar grandes volúmenes de datos de manera rápida y precisa, optimizando el proceso de evaluación legislativa.

Las herramientas de *big data* ayudarían a recoger datos de múltiples fuentes, como redes sociales, registros públicos y datos de encuestas, permitiendo a los legisladores evaluar el contexto social, económico y ambiental de una normativa antes de su promulgación.

Estas tecnologías pueden brindar una visión integral del impacto potencial de una ley y ayudar a personalizar los enfoques evaluativos para diferentes regiones o sectores de la población,

mejorando la precisión en la toma de decisiones legislativas. Según la FLACSO:¹¹

La IA y el big data, en su sentido pleno, son solo en parte un fenómeno tecnológico. También son un fenómeno cultural y sociopolítico, imbuido de ciertos supuestos, esperanzas, creencias e ideologías. Las consecuencias de la IA abarcan una serie de áreas, que incluyen desafíos y oportunidades relacionados con el poder, la opresión, la salud, el trabajo, la economía, la sostenibilidad, el aprendizaje, la inclusión, la diversidad y la justicia. La falta de capacidades, regulaciones y debate público sobre los riesgos y desafíos que traen estas nuevas tecnologías ha dejado la vía libre a que se introduzcan y se generalice su uso sin ninguna supervisión o normativa. Más grave aún, las mismas instituciones públicas que deberían garantizar dicha supervisión son las principales promotoras de su implementación y uso. Justamente porque la tecnología no es neutra, los datos y los modelos algorítmicos que los procesan pueden reproducir los prejuicios sistémicos o la discriminación estructural de los diseñadores (Katyal 2019), este estudio de caso utiliza el marco conceptual de los estudios de ciencia, tecnología y sociedad (CTS) para analizar las trayectorias sociotécnicas (Bijker 1995) y los ensamblajes (Thomas et al. 2016) que se generan cuando el sector público diseña e implementa IA y big data. Así estudiamos el proceso de co- construcción entre instituciones, productos, regulaciones, procesos productivos, relaciones problema solución, procesos de aprendizaje, racionalidades y políticas vinculadas a la IA, la big data y el sector público. Pretendemos “abrir la caja negra” de estas tecnologías para comprender cuáles son los imaginarios que estas tecnologías vehiculizan, cómo circula el know-how y el conocimiento experto; y cómo impactan los derechos ciudadanos en un entorno poco regulado.

Además, la inteligencia artificial aplicada a la EIL permite el uso de algoritmos que identifican patrones y tendencias en datos legislativos y de impacto social. La IA puede automatizar la revisión de textos normativos previos, generando predicciones sobre el comportamiento social o económico que una nueva ley podría desencadenar. Esta capacidad de anticipación es especialmente

¹¹ Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, *Inteligencia artificial y big data*, FLACSO Ecuador, https://www.flacso.edu.ec/es/inteligencia_artificial_bigdata

útil en áreas dinámicas como el medio ambiente o la tecnología, donde las condiciones cambian rápidamente y los datos históricos pueden ser menos relevantes sin un análisis proyectivo. Asimismo, herramientas de procesamiento de lenguaje natural permiten analizar el contenido de normativas anteriores, facilitando la identificación de posibles redundancias legislativas y ayudando a prevenir la obsolescencia normativa.

Los beneficios del uso de *big data* y IA en la EIL se extienden al fortalecimiento de la transparencia y la participación ciudadana en el proceso legislativo. Con tecnologías de análisis de datos, los legisladores pueden monitorear el cumplimiento y la percepción ciudadana sobre las leyes en tiempo real, lo que facilita ajustes y reformas rápidas cuando es necesario. Estas herramientas permiten además que el proceso de evaluación legislativa sea más accesible al público, promoviendo una cultura de participación informada y potenciando la responsabilidad legislativa en línea con las demandas sociales actuales.

4.2. Inteligencia artificial generativa: oportunidades y desafíos

La Inteligencia Artificial Generativa (IAG) puede revolucionar la EIL al permitir generar simulaciones y predicciones sobre los efectos de las leyes de manera automatizada. La IAG facilita la creación de escenarios hipotéticos que proyectan cómo una nueva norma podría influir en sectores específicos de la sociedad y en el comportamiento económico, ambiental o social en general. Estas simulaciones ayudan a los legisladores a prever resultados y adaptar propuestas normativas antes de su implementación, aumentando la precisión y relevancia de las políticas públicas. Por ejemplo, herramientas como los modelos de lenguaje avanzado pueden analizar grandes volúmenes de datos legislativos y de impacto previo, reduciendo significativamente el tiempo requerido para obtener conclusiones sobre el posible impacto de una ley.

Las oportunidades de la IAG en este ámbito incluyen su capacidad para personalizar las evaluaciones según el contexto local o sectorial, ofreciendo a los legisladores información específica

que puede guiar ajustes en el marco legislativo. Además, la IAG puede facilitar la interacción con la ciudadanía al generar resúmenes accesibles de proyectos legislativos, permitiendo que los ciudadanos comprendan los efectos potenciales de las normativas y participen en el proceso de toma de decisiones de manera más informada.

Sin embargo, su uso también plantea desafíos significativos, entre ellos la necesidad de transparencia y ética en el diseño de los modelos, dado que las decisiones derivadas de IA pueden afectar de manera directa a derechos fundamentales. También es crucial que los modelos generativos sean auditables y explicables para evitar sesgos que podrían perjudicar a grupos vulnerables.

Como nos indica la doctora Silvia Matallana¹² (en su artículo, “El uso de la Inteligencia Artificial en el análisis de impacto normativo”: “Una de las principales inquietudes teóricas que genera polémica sobre la delimitación del ámbito del AIN sostiene que antepone lo científico a lo político. Como resultado se altera el funcionamiento de la representación política, considerando que el orden democrático de la ley, por su carácter representativo no puede delegarse”.

Implementar la IAG en la EIL podría ofrecer beneficios considerables, como una mayor eficiencia en el proceso legislativo, una precisión mejorada en la predicción de efectos y una reducción en el tiempo y los recursos destinados a la evaluación de impacto. Al automatizar tareas repetitivas y estructurar datos complejos, la IAG permite un enfoque más ágil y efectivo en la elaboración de políticas públicas. Esto no solo aumenta la calidad de las leyes, sino que también fortalece la confianza pública en el proceso legislativo al hacer que las decisiones sean más transparentes y accesibles. En última instancia, la IAG puede transformar la EIL en una herramienta proactiva que impulsa políticas públicas eficientes y adaptadas a las necesidades de la sociedad.

¹² Matallana Villegas, S., “El uso de la Inteligencia Artificial en el análisis de impacto normativo”, *IUS et Scientia*, vol. 9, núm. 1, 2023, p. 12, https://institucional.us.es/revistas/Ius_Et_Scientia/vol9_1/IUS_et_Scientia_vol_9_1_02_Matallana-Villegas.pdf

V. ESTUDIO DE CASO

5.1. Propuesta de creación de un consejo de evaluación de impacto legislativo

En 2023 se realizó un estudio académico, en forma de propuesta legislativa, para una posible reforma constitucional en el Estado de Chihuahua (México) en materia de EIL.

La propuesta conllevaría introducir un “Consejo de Evaluación Legislativa”, estructurado para abordar las deficiencias de la producción legislativa mediante el Sistema de Evaluación y Seguimiento de Impacto Legislativo (SESIL). El objetivo de la propuesta fue mejorar la calidad normativa al incorporar un enfoque de evaluación *ex ante* y *ex post*, permitiendo anticipar el impacto de las leyes antes de su promulgación y realizar ajustes posteriores conforme a los resultados obtenidos en su implementación.

Este enfoque se alinea con la teoría legislativa de Manuel Atienza, quien destaca la importancia de racionalizar el proceso legislativo para garantizar que la legislación responda de manera efectiva a las necesidades de la sociedad y mejore su eficiencia y legitimidad.¹³

El SESIL se concibe como un mecanismo de transparencia y participación ciudadana que incorpora un Observatorio Ciudadano Legislativo, un componente que permite la retroalimentación entre el público y el legislador, enriqueciendo el proceso legislativo con diversas perspectivas. La participación ciudadana es un recurso valioso, ya que aumenta la confianza en el Gobierno y fomenta la inclusión de voces diversas en el proceso decisional.

La incorporación de herramientas de inteligencia artificial en el SESIL permitiría procesar grandes volúmenes de datos y realizar análisis predictivos, evaluando la posible efectividad de las leyes en distintas áreas, lo que contribuye a una toma de decisiones informada y basada en evidencia.

Asimismo, la iniciativa de crear un Consejo de Evaluación Legislativa y el SESIL promueve la integración de las metodologías

¹³ Atienza, M., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Madrid, Civitas, 1997.

de evaluación legislativa que han sido exitosas en otros contextos, como en el Reino Unido y España, países que han adoptado procesos de revisión legislativa con perspectivas de género y de derechos humanos para prevenir impactos desproporcionados.

Básicamente la propuesta se refiere a adicionar la fracción XXVI (actualmente derogada), al artículo 64 de la Constitución Política del Estado de Chihuahua (México) para quedar de la forma siguiente:

Artículo 64.- Son facultades del Congreso:

I.- a XXV.-

XXVI.- Dirigir y operar el Sistema de Evaluación y Seguimiento de Impacto Legislativo con el propósito de fortalecer la toma de decisiones legislativas y optimizar la efectividad normativa, coordinando la cooperación de los otros Poderes del Estado, de sus dependencias y entidades, así como propiciando la participación de organizaciones públicas, privadas y sociales a través de la creación del Observatorio Ciudadano Legislativo;

XXVII.- a XLIX.-

La evaluación continua que propone esta reforma está diseñada para reducir problemas legislativos recurrentes, como la falta de coherencia y claridad en las leyes, así como para optimizar la asignación de recursos en su implementación. Esto representa un avance hacia la institucionalización de la evaluación en el ámbito legislativo, fortaleciendo el proceso de creación de normas y promoviendo un marco legislativo adaptado a las necesidades y realidades de la sociedad chihuahuense.

5.2. Iniciativa legislativa para órganos de evaluación en el Congreso del Estado de Chihuahua

En enero de 2024 se comenzó a trabajar con legisladoras y legisladores del H. Congreso del Estado de Chihuahua, en una iniciativa de reformas a la Ley Orgánica del Poder Legislativo. Esto fue necesario ya que la posibilidad de que se aprobara una reforma constitucional se veía lejana.

Por ello, se optó por proponer por una reforma a la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Chihuahua como parte del cabildeo político ejercitado en la Cámara de Diputados. Esto permitiría que, si bien no estaba creándose un órgano a nivel constitucional, se contara con la participación de los particulares en la EIL.

En la nueva propuesta se contemplaba también la creación de un Consejo de Evaluación Legislativa, cuyo objetivo sería mejorar la calidad de las normas a través de un análisis exhaustivo de su impacto y efectividad.

Este Consejo se encargaría de la evaluación, el seguimiento y la difusión de los resultados del trabajo legislativo, abordando etapas como el análisis prelegislativo y la medición de los impactos de las leyes aprobadas.

Como ya he señalado, esto buscaba reducir fallos legislativos recurrentes, como la falta de coherencia o la sobrerregulación, y asegurar una legislación más ajustada a las necesidades ciudadanas.

La estructura del Consejo incluiría tres componentes principales:

Un Comité de Evaluación Legislativa, integrado por Diputadas y Diputados, que dirigiría los trabajos y establecería las políticas de evaluación y seguimiento. Asignándole atribuciones como la coordinación con actores sociales, la presentación de reglamentos al Pleno del Congreso y la supervisión de las evaluaciones técnicas. El Comité también debería presentar al Pleno, y hacer públicos, informes de resultados al inicio de cada periodo ordinario, promoviendo una cultura de evaluación constante y favoreciendo el ajuste legislativo en función de los datos recopilados sobre el impacto de las leyes en la sociedad.

Un Observatorio Ciudadano Legislativo, que actuaría como un órgano consultivo conformado por representantes de la sociedad civil, principalmente del sector productivo y el educativo, por lo que este órgano sería honorario y no devengaría ni salario, ni emolumento, compensación económica alguna. Sería elegible cada tres años y sus integrantes participarían con voz y voto al interior del Consejo; y

Una Secretaría Técnica, responsable de ejecutar las evaluaciones con apoyo del Instituto de Estudios e Investigación Legislativa. Esta conformación buscaba garantizar un enfoque multidisciplinario y la incorporación de perspectivas ciudadanas, fortaleciendo la transparencia y la rendición de cuentas en el proceso legislativo.

La propuesta no adicionaría cargas financieras excesivas al Congreso del Estado, pues tanto los diputados del Comité, como los integrantes de la Secretaría Técnica ya están presupuestados en la nómina del Órgano Legislativo, mientras que los integrantes del Observatorio Ciudadano Legislativo no cobrarían sueldo.

Para reglamentar su operación, la iniciativa establecía que el Consejo debería normarse bajo principios rectores como inclusión, veracidad, transparencia, imparcialidad y objetividad.

Asimismo, se definía la obligatoriedad de realizar evaluaciones periódicas, establecer criterios claros para seleccionar la normatividad a evaluar y difundir los informes de resultados públicamente. Estas directrices estaban dirigidas a consolidar un proceso evaluativo sistemático y accesible, lo que permitiría un control y mejoramiento continuo del desempeño legislativo.

5.3. Aprobación de la propuesta

En la actualidad, la propuesta de crear un Observatorio Ciudadano Legislativo fue aprobada por el pleno del H. Congreso del Estado de Chihuahua.¹⁴ El 21 de septiembre de 2024 fue publicado en el Periódico Oficial del Estado de Chihuahua el decreto No. LXVII/RFLEY/0915/2024 XIV P.E.¹⁵ que adiciona un artículo

¹⁴ H. Congreso del Estado de Chihuahua, *LXVIII Legislatura. H. Congreso del Estado de Chihuahua. Noticias*, La evaluación del desempeño y del impacto legislativo se harán a través del Observatorio Ciudadano: determina Congreso, 12 de agosto de 2024, <https://www.congresochihuahua.gob.mx/detalleNota.php?id=10368>

¹⁵ Gobierno del Estado de Chihuahua, DECRETO N° LXVII/RFLEY/0915/2024 XIV, *Periodico Oficial, Gobierno del Estado Libre y Soberano de Chihuahua*, 21 de septiembre de 2024, pp. 3901-3964 https://chihuahua.gob.mx/sites/default/attach2/periodico-oficial/periodicos/2024-09/PO76_2024.pdf

15 TER, de la Ley Orgánica del Poder Legislativo del Estado de Chihuahua, entrando en vigor al día siguiente de su publicación.

Con esto se da un gran avance en materia de EIL, y se avanza un poco en la importancia de que sociedad civil y legisladores, caminen juntos en la creación de leyes de calidad.

Si bien, quizá, la aprobación no se llevó a cabo en los términos exactamente propuestos, si se abrió la posibilidad, real y jurídica, de que el Observatorio Ciudadano Legislativo, colabore directamente con el Congreso del Estado de Chihuahua.

Hoy existen en este el Estado de Chihuahua (México) los medios, las normas, las instituciones y la tecnología para que la EIL coadyuve en el mejoramiento de la calidad de las leyes.

VI. CONCLUSIONES

La implementación de la EIL, apoyada por herramientas de IA, permite a los legisladores mejorar significativamente la calidad de las leyes mediante la anticipación de sus efectos y la identificación de posibles áreas de ajuste. Al utilizar la IA para procesar grandes volúmenes de datos históricos y contextuales, la EIL se convierte en un instrumento que facilita la toma de decisiones basadas en evidencia, evitando la promulgación de normas ineficaces o con consecuencias indeseadas.

Uno de los mayores desafíos legislativos es la sobreproducción de normas y su rápida obsolescencia. Con el apoyo de la IA, la EIL no solo permite evaluar la pertinencia de nuevas leyes, sino que también contribuye a una revisión constante de la normativa existente, asegurando su vigencia y relevancia en un contexto social y económico en constante cambio. Esta práctica reduce la acumulación innecesaria de normas y garantiza un sistema legislativo más coherente y funcional.

La incorporación de IA en la EIL fomenta la transparencia en el proceso legislativo al hacer accesible la información sobre el impacto y efectividad de las leyes. Al habilitar sistemas interactivos que permiten a la ciudadanía visualizar el posible impacto de las normativas y participar en consultas públicas, se fortalece la

confianza en el proceso legislativo y se promueve una cultura de participación ciudadana más informada y comprometida.

A pesar de los beneficios, el uso de IA en la EIL plantea desafíos, particularmente en relación con la transparencia y ética en la toma de decisiones. Es fundamental que los modelos generativos empleados en la evaluación sean explicables y auditables para evitar sesgos y asegurar que los resultados reflejen equitativamente las necesidades de diversos grupos sociales. La creación de marcos regulatorios sólidos es esencial para garantizar que la IA en la EIL se aplique de manera ética y en beneficio de toda la sociedad.

En el ámbito del Congreso del Estado de Chihuahua, es un hecho que se ha avanzado en la posibilidad de que sociedad civil y legisladores realicen leyes de mejor calidad, teniendo como método la EIL, como herramienta la IA y como punto de encuentro el Observatorio Ciudadano Legislativo.

REFERENCIAS

- ATIENZA, M., *Contribución a una Teoría de la Legislación*, Madrid, Civitas, 1997.
- Canal del Congreso, *Segundo Congreso Internacional en Evaluación de Impacto Legislativo: Mesa de Trabajo*, 15 de noviembre de 2023,
- Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, *Inteligencia artificial y big data*, FLACSO Ecuador.
- Función Pública de Colombia, *Depuración normativa, instrumento que permitirá reducir el número de normas vigentes en Colombia*, Ley 2085 de 2021.
- Gobierno del Estado de Chihuahua, DECRETO N° LXVII/RFLEY/0915/2024 XIV, *Periodico Oficial, Gobierno del Estado Libre y Soberano de Chihuahua*, 21 de septiembre de 2024.
- H.Congreso del Estado de Chihuahua, *LXVIII Legislatura. H. Congreso del Estado de Chihuahua. Noticias*, La evaluación del

desempeño y del impacto legislativo se harán a través del Observatorio Ciudadano: determina Congreso, 12 de agosto de 2024.

MATALLANA VILLEGAS, S., “El uso de la Inteligencia Artificial en el análisis de impacto normativo”, *IUS et Scientia*, vol. 9, núm. 1, 2023.

PACHECO, P. M. “Calidad de la ley, evaluación de impacto normativo y argumentos económicos”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 47, 2013.

RIVERA LEÓN, M. A., *Cuando la forma es fondo. Estudios de técnica legislativa y legilingüística*, Flores Editor y distribuidor, 2015.

SAINZ MORENO, F., “Evaluación de las políticas públicas y la evaluación legislativa”, *La Evaluación de las leyes*, Tecnos, 2006.

SOTO MARTÍNEZ, V., *Mecanismos de evaluación de la ley y obligación de acompañar informes de impacto normativo a los proyectos de ley en la experiencia comparada*, Chile, 2020.

VÁZQUEZ SALGUERO, D. E., “Evaluación de impacto legislativo: una propuesta metodológica”, *Pluralidad y Consenso*, año XII, núm. 52, 2022.

TERCERA PARTE
JUSTICIA CONSTITUCIONAL
Y TUTELA DE LOS DERECHOS

Los retos de las redes sociales en el desarrollo democrático y en la tutela de derechos

Rubén Cardona Rivera
México

SUMARIO: I. Introducción. II. La reforma en materia de Derechos Humanos. III. La democracia frente a los derechos humanos. IV. Las redes sociales en la consolidación de la democracia en el país. V. Experiencia internacional. VI. Recomendaciones de política pública. VII. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: Si se quiere cuidar y reconstituir nuestra democracia, las redes sociales deben convertirse en espacios de reflexión y de auténtico debate de la agenda política para el fortalecimiento democrático, que contribuya a mejorar las opciones ciudadanas, deben buscar conservar el valor fundamental del pluralismo de la diversidad de opiniones y reflejen la voluntad de la sociedad de elevar la calidad del debate.

I. INTRODUCCIÓN

“Hacer verdadera la democracia, tomar en serio los derechos fundamentales del hombre tal como vienen solemnemente proclamados en nuestras constituciones y en las declaraciones internacionales quiere decir hoy poner fin a ese gran apartheid que excluye de su disfrute a las cuatro quintas partes del género humano” Luigi Ferrajoli.

La dinámica de las redes sociales en la sociedad mexicana en la actualidad es un reflejo de lo que la sociedad requiere y exige

la atención de los grandes reclamos ciudadanos desde el acceso al mínimo vital hasta los reclamos de grupos sociales organizados.

En este aspecto, el fortalecimiento democrático conlleva en su parte medular el cumplimiento de los mecanismos de cambio legislativo que se exige de las Cámaras tanto de diputados como de senadores, para el cumplimiento de los derechos humanos y garantías adoptadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales.

Dentro del presente ensayo se abordarán los aspectos que considero relevantes para que las redes sociales apoyen el fortalecimiento democrático, tenga como objetivo a partir de atender la necesidad de dar a conocer a la población en general, con acceso a dicho órgano de difusión, los aspectos legales que tutelen sus derechos y garantías, desde luego lo relativo a los derechos político-electorales.

Considero que una parte fundamental en la actividad de las redes sociales y su adecuada explotación, lo constituye las reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* en junio de 2011.

Esta reforma constitucional pone en evidencia el reconocimiento del avance y desarrollo del derecho positivo de los derechos humanos, todo ello, mediante la inclusión del principio *pro persona o pro homine*, que se traduce en un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos o inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o a su suspensión extraordinaria.

Implica entonces el establecimiento del blindaje jurídico que tiene su sustento en la interpretación y aplicación de las normas jurídicas para brindar una mayor protección a las personas en cuanto al uso de las redes sociales.

La tendencia constitucional de prever el acceso a mejores condiciones de vida de la persona es un paso que no admite marcha atrás, las reformas constitucionales referidas generan la im-

postergable necesidad de profundizar en el estudio de los tratados internacionales en los que se reconocen derechos humanos y que el Estado mexicano adoptó al integrarse como norma plenamente vigente del derecho mexicano.

En este orden de ideas, el presente ensayo pretende responder a la siguiente interrogante:

¿Qué importancia tienen las redes sociales en la difusión de los resultados legislativos trascendentes que implican una mejora sustancial en los derechos de las personas? y ¿Qué rol juega en el desarrollo y fortalecimiento democrático del país?

II. LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

Tal como ha quedado asentado en la parte introductoria del presente ensayo, fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma al artículo primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en donde cobra relevancia la introducción directamente el principio *pro persona* en nuestro sistema normativo.

De manera retrospectiva es interesante precisar que ya la Constitución de 1857 se hacía referencia a los derechos del hombre, en efecto, los derechos humanos y los derechos de la persona tienen como antecedente histórico, el surgir a la par del reconocimiento del individuo sujeto de derechos y obligaciones, así como parte central del Estado de derecho.

Por su parte, en la actual Constitución Federal se hace alusión a los derechos humanos y garantías, afirmación categórica que otorga la certeza de brindar una amplia protección de la esfera jurídica de las personas; dicha protección tiene que tener en cuenta la naturaleza humana y tiene pretensión de convertirse de oficio en una tutela fundamental de los rasgos propios de la naturaleza humana y de derechos inherentes a esa naturaleza que sean de igual forma fundamentales.

En este orden de ideas, el factor de cambio general contenido en la reforma del artículo primero de la Constitución Federal, implica de manera sustancial la transformación del derecho, mediante el paso de un Estado legislativo a un Estado constitucional.

Es decir, el Estado constitucional de derecho, implica no solamente el control en la elaboración de las normas, sino de sus contenidos y se contrastan esos contenidos legislativos con la Constitución y como resultado se indica si dichos contenidos son compatible o incompatibles con la propia Constitución.

El Estado constitucional supone así un incremento en cuanto a la tarea justificativa de los órganos públicos, la anterior información puede llevar a la conclusión de que actualmente existe un Estado de derecho en crisis, dado la judicialización de todos los procesos que conllevan la contienda entre las partes.

Además, la existencia de la incoherencia, las contradicciones y las lagunas legislativas, junto con la falta de justificación y legitimación del poder público, pueden llevar a una pesimista evaluación de la actualidad relativa a la protección de los derechos de la persona.

Sin embargo, habrá que precisar que son insuprimibles las fallas en un Estado constitucional de derecho, (*la incoherencia, las contradicciones y las lagunas legislativas*) porque también se convierten en una característica distintiva de un Estado democrático de derecho, en donde la legitimación de quién ejerce el poder no es absoluta, e incluye como constante la demanda del cumplimiento de las altas promesas formuladas en sus normas constitucionales.

Asimismo, la falta de justificación y legitimación del poder público, ante una sociedad más informada crea la necesidad de un rol crítico del gobernado que demanda la elaboración y diseño de nuevas técnicas de garantía y condiciones de validez de la norma jurídica más vinculante que tienda a la eficacia en su defensa, en donde las redes sociales tienen un rol muy importante.

III. LA DEMOCRACIA FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

La creación de una nueva estructura general en materia de derechos humanos incide en la democracia mexicana, por cuanto hace necesario el establecimiento de una nueva forma de legitimación alejada de la democracia política que implica la simple representación de las mayorías, es decir, el fundamento actual

de la legitimación debe ser lo intangible de los derechos humanos de la persona.

Con relación a los derechos humanos o derechos fundamentales y su importancia el autor Luigi Ferrajoli precisa lo siguiente:

En efecto, los derechos fundamentales constituyen la base de la moderna igualdad, que es precisamente una igualdad en *droits*, en cuanto hacen visibles dos características estructurales que los diferencian de todos los demás derechos, a empezar con el de propiedad: sobre todo su universalidad, es decir, el hecho de que corresponden a todos y en la misma medida, al contrario de lo que sucede con los derechos patrimoniales, que son derechos excluyentes, de los que un sujeto puede ser o no titular y de los que cada uno es titular con exclusión de los demás; en segundo lugar, su naturaleza de indisponibles e inalienables, tanto activa como pasiva, que los sustrae del mercado y a la decisión política, limitando la esfera de lo decidible de uno y otra vinculándola, a su tutela y satisfacción.¹

Entonces, se puede tener la certeza de que los derechos fundamentales atendiendo a su naturaleza son indisponibles, inalienables y universales, de ahí la necesidad de difusión por parte de las redes sociales, no solamente por lo que hace a su conocimiento.

Respecto a su conocimiento, de manera general pudiera afirmarse que, como resultado a un ejercicio de retórica, cualquier persona puede llegar a concluir sobre la existencia de los derechos humanos o derechos fundamentales, en efecto, cualquier persona tiene noción de su existencia, independiente de cómo se le denomine.

Ahora como segunda etapa la persona reclama su respeto de terceros y más aún de las autoridades, por lo que a partir de este momento principalmente los legisladores como representantes populares elegidos de manera democrática deben considerar no contravenir los derechos fundamentales al expedir, reformar o derogar cualquier tipo de legislación en el ámbito federal.

¹ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001, p. 23.

El punto medular versa sobre el respeto al ser humano como persona, situación respecto de la cual, se hace énfasis por las conductas autoritarias del gobernante, por ejemplo: la historia refleja que también durante el periodo de la esclavitud, se reconocía al otro como ser humano, mas no como persona.

Es en este punto, donde el tema de la ética y el campo de la democracia convergen, partiendo del supuesto de que uno de los fundamentos de la ética se constituye precisamente por el respeto al ser humano, y si no se reconoce ese principio como universal difícilmente va a tener sentido alguna argumentación sobre la ética.

Esta corriente de cambio del paradigma de los derechos humanos tiene como apoyo un variado repertorio de estudios dentro de la ciencia del derecho y de emisión de normas de derecho internacional, tal es el caso de lo expuesto en el ensayo denominado: El derecho de los derechos humanos (la convergencia entre el Derecho Constitucional y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos), de Carlos M. Ayala Corao que señala:

Una de las consecuencias más trascendentales de los derechos humanos consagrados en instrumentos internacionales, es la configuración de la persona humana como sujeto directamente titular, tanto en el derecho internacional como en el derecho interno. En el ámbito del derecho internacional público, tradicionalmente los sujetos de derecho eran los Estados; pero raramente un pacto entre Estados, reconocía a sus ciudadanos como sujetos titulares directos de las obligaciones contraídas.

Los tratados sobre derechos humanos reconocen la obligación de respeto, la de adopción de medidas necesarias y la de garantía, como obligaciones de los Estados Partes frente a los individuos o personas bajo su jurisdicción.²

La universalidad del valor del respeto al ser humano, así como, los principios de la democracia quedaron plasmados en el derecho internacional como parte integrante de los derechos

² Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998, p. 62.

humanos, desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y de donde se desprende el derecho ciudadano no solo al voto sino también de decisión en el Gobierno, lo que implica, libertad de opinión, libertad de palabra, libertad de prensa, libertad de reunión, libertad de manifestación y libertad de asociación, si y solo si se respetan esos derechos puede denominarse a un proceso como proceso democrático.

Como se establece en el presente ensayo uno de los retos más importantes de las redes sociales, es cumplir con esas exigencias, que realicen actividades que tiendan a evitar que por prácticas monopólicas de un determinado grupo y el ciudadano vote, pero no decida.

Entonces pedir, el respeto al derecho del ciudadano a decidir sobre los temas relevantes de su país, de su entidad federativa o bien de su municipio, se traduce en exigir la democratización de las redes sociales, debido a que en la actualidad dista de los presupuestos contenidos en el derecho internacional.

La desigualdad social y económica en nuestro país, demanda un nuevo modelo democrático —asimismo a partir de la inclusión del principio *pro persona* en nuestra Constitución Federal—, en donde todos los actores políticos toman decisiones informadas y consensuadas con el marco constitucional de derecho, y contrarrestar la reserva de decisión a grupos de élite que detentan el poder económico, como por ejemplo podrían ser el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

IV. LAS REDES SOCIALES EN LA CONSOLIDACIÓN DE LA DEMOCRACIA EN EL PAÍS

Resulta notorio que entre el desarrollo de las redes sociales y la apertura política existe una interacción, que generó condiciones para la consolidación de un sistema mediático, en donde el protagonismo de las redes sociales no se rige solamente por la democratización del sistema político, sino que también deviene de un proceso de desarrollo tecnológico que genera condiciones aptas para que la información fluya de manera incesante en todas partes del mundo.

Las redes sociales se han convertido en el elemento central de las sociedades contemporáneas, en donde el desarrollo tecnológico de los años recientes ha permitido el impulso y también han facilitado la centralidad que actualmente tiene la comunicación en nuestra vida cotidiana.

La sociedad actual está sometida a un mayor flujo de información no comparable con alguna otra época o parte histórica, en ningún otro momento las personas han tenido tanta información disponible sobre su entorno como actualmente se percibe.

En efecto, desde la invención de la imprenta, la información dejó de ser un patrimonio de un grupo reducido de gente poderosa que ocupaba cierto lugar privilegiado en la estructura social, y fue entonces cuando empezó a circular en espacios más amplios, los periódicos y los libros, empezaron a abrir una enorme carretera para que la información circulara libremente y para cualquier persona, durante el siglo xx, la aparición de la radio dio un impulso a la revolución en el ámbito de la comunicación y la difusión de la información, se permitió un acceso irrestricto a la información, con bajo costo y accesible a todas las capas sociales.

Pero años después, vendría el golpe de timón en materia de difusión de la información con la aparición de la televisión, y aún ahora con la aparición del internet y sus aplicaciones, como las redes sociales, sigue siendo un factor primordial si se trata de difusión de información.

Entonces, el avance y la consolidación de la democracia está fuertemente ligada al desarrollo de los medios de comunicación y desde luego de las redes sociales, en donde la información dada a conocer por ciertos periodistas se convierte en una de las armas de la sociedad más eficaces para denunciar los abusos de poder.

Actualmente, las redes sociales es el medio de comunicación más utilizado como fuente de información y de entretenimiento. Millones de personas en todo el planeta pasan en promedio más de tres horas diarias frente a los dispositivos móviles, situación que ha impulsado —como ningún otro medio de comunicación— la reflexión teórica.

Efectivamente, en los últimos años ha existido una intensa reflexión sobre el papel de las redes sociales como auténticas ge-

neradoras de una cultura informativa que tiene como características primordiales:

- Reducción de algo complejo de los asuntos públicos a historias de dos minutos y medio o tres minutos.
- Establecer lo primordial de la imagen, en donde los temas abstractos pierden espacio a favor de lo espectacular.

No obstante, la criticable labor del periodismo amarillista y sin fundamento que también lesiona derechos y garantías, resulta imposible negar los avances que registran las redes sociales, en donde su desarrollo tecnológico ha permitido al auditorio obtener información en tiempo real sobre diferentes asuntos (desde guerras hasta bodas reales), en donde el peso específico del periodista no es definitivo como en otros tiempos y asuntos.

Se ha logrado abrir un grado de conciencia sobre lo que sucede en sitios remotos y sobre problemas localistas que se han convertido en asuntos internacionales.

En esta tesitura, se puede afirmar que la democracia moderna no puede definirse solamente como el conjunto de procedimientos para elegir a los gobernantes o como un diseño institucional que permite el equilibrio de poderes.

En una democracia, es necesario un espacio en donde se deliberen los argumentos y las ideas que permita a cualquier ciudadano el ejercicio de la razón pública, así, se requiere de un espacio natural para que fluya la deliberación pública que se constituye por sus características primordiales por las redes sociales. En donde una de sus funciones que debería ser esencial y parte de su misión el configurar un debate nacional y las mismas no deberían ofrecer solamente las diferentes posturas que se presentan sobre distintos temas de la agenda política nacional, sino que también, se debería presentar la información de contexto necesaria para que la personas puedan formarse un juicio sobre lo que realmente está en trámite o disputa, y pueda así, influir en la toma de decisiones activamente con la finalidad de hacer valer su condición de ciudadanos, y más aún de persona.

Entonces, la implementación de esa perspectiva forma la trascendente labor de las redes sociales, y conforma una de las mejores aportaciones que puede hacer a favor de la sociedad, ya lo refiere el autor Giovanni Sartori al explicar:

Resumo, El viento de la historia ha cambiado de dirección, y sopla en una sola: hacia la democracia. En donde la política es autónoma (de la religión) y en donde llega el soplo de la modernización (que también es occidentalización), un gobierno es legítimo solo si es elegido por los gobernados y fundado en su consentimiento. Para el *Zeitgeist*, el espíritu de nuestro tiempo, la democracia ya no tiene enemigo: ya no está enfrentada por legitimidades alternativas. Pero vencer en la guerra no es vencer en la paz. Le hemos dado la vuelta a la página; pero por eso, el libro del futuro está más abierto que nunca.³

Un país donde existe una ciudadanía informada es la base para el desarrollo de una democracia que se aleje cada vez más de prácticas clientelares y populistas, con la ciudadanía informada, el ejercicio democrático evade las prebendas a cambio del voto favorable.

Una ciudadanía informada se puede resistir con templanza a los intentos de manipulación de demagogos de las falacias democráticas, entonces, el desarrollo de grupos críticos de ciudadanos informados puede dar viabilidad económica a redes sociales impregnadas de los valores democráticos y dar pie a instituciones públicas confiables.

El factor confianza, entonces genera *a priori*, condiciones favorables para el desarrollo integral de la persona y de la sociedad a la que pertenece.

La creación de la confianza en las instituciones y procedimientos electorales llevó al país muchos años, recursos económicos, enormes esfuerzos de funcionarios, militantes de partidos políticos y de miles de ciudadanos. Una vez alcanzado el consenso básico sobre el andamiaje electoral, lo que sigue es la discusión sustantiva sobre la gobernabilidad en la nueva circunstancia del país, pluralista y com-

³ Sartori, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, 2a. ed., México, Editorial Patria, 1997, pp. 270 y 271.

petitiva, una suerte de segunda generación de reformas sobre el diseño del Estado en condiciones democráticas: el diseño funcional del Estado de partidos.

Por la vía de las reformas negociadas, a través de la votación de miles de ciudadanos, mediante el fortalecimiento de los partidos políticos y de su capacidad competitiva, la historia democrática de México ha comenzado.⁴

Para contribuir al desarrollo de una sociedad más democrática y mejor informada, es necesario promover una relación de la ciudadanía y el uso de las redes sociales que permita superar el predominio de la oferta de contenidos de baja calidad amparados en el pretexto de que el nivel de la audiencia receptora así lo acepta.

Es necesario dejar los prejuicios de que los grandes temas de la agenda política nacional son en principio temas áridos para el ciudadano y solamente de interés para un grupo muy reducido de la población, se debe permitir que el dominio en la programación permita la construcción consciente de un mejor espacio de debate público.

El reto de las redes sociales debe estar en el compromiso con el desarrollo de los valores democráticos, consiste en permitir que más y más ciudadanos tengan acceso a una información de calidad sobre lo que sucede en su entorno y sobre todo respecto de los derechos humanos y garantías que se les tienen que respetar. Una democracia requiere ciudadanos informados y por lo tanto, necesita de redes sociales capaces de ofrecer esos contenidos a la sociedad en general, sin que esa información de calidad implique de ninguna manera un asilamiento de lo sucede en la realidad, misma situación prevalece respecto del proceso legislativo federal, en cuando a la necesidad de calidad en sus contenidos con un contenido social real y vigente.

El autor Jurgen Habermas presentó sobre la última temática mencionada un ensayo denominado *Derecho y Moral* en la celebración del II Coloquio Alemán-latinoamericano de Filosofía, y entre otros puntos manifestó:

⁴ Becerra, Ricardo, Salazar, Pedro y Woldenberg, José, *La Mecánica del Cambio Político en México*, México, Editorial Cal y Arena, 2000, pp. 481 y 482.

En los procesos legislativos, la moralidad emigrada al derecho positivo se manifiesta en la medida en que los discursos con fines políticos operan con las limitaciones del principio de la universalización de los intereses, o sea de aquel punto de vista moral que tenemos que respetar al fundamentar las normas. En una aplicación de las normas sensible al contexto, la imparcialidad del juicio no se manifiesta por el hecho de que nos preguntemos que pueden querer todos, sino si hemos tenido en consideración adecuadamente todos los aspectos importantes de una situación. Existen normas que pueden entrar en conflicto con otras que luego, a la luz de los principios, pueden ser ordenadas según su rango. Antes de que podamos decidir qué normas se aplican en un caso, tiene que aclararse si la descripción de una situación con respecto a los intereses afectados es adecuada y completa.⁵

De lo que se obtiene que el proceso de creación de las normas dentro del Congreso de la Unión implica no solamente la técnica legislativa y el considerar la armonía de texto aprobado con el marco constitucional vigente, sino que también, requiere considerar los aspectos medulares de la problemática social que se pretende resolver, sin importar su origen.

V. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

Aproximadamente desde los años setentas, las diferencias entre las clases sociales se han crecido y se han convertido en grandes desigualdades sociales mundiales, de donde destaca las relativas a América Latina, la desigualdad es un factor determinante del poco y lento avance de la democracia, en estos países el común denominador es que las decisiones políticas fundamentales se tomen por grupos homogéneos y determinados de poder, en donde la toma del poder político se convierte en el principal objetivo.

Lo que reduce la participación ciudadana en la democracia en una sola actividad, la que lleva a cabo al momento del sufragio y en donde la participación en las elecciones se convierte en acceder a una parte —mínima— del tema electoral. Las redes so-

⁵ Sobrevilla David (comp.), *El Derecho, la política y la ética*, México, Siglo XXI editores, 1991, p. 81.

ciales tienen que ser factores de cambio para revertir la pobre concepción de la participación democrática, en donde los actores políticos tienen que redefinir sus espacios y la ciudadanía más interesada e informada pueda establecer su autonomía e impulse proyectos netamente ciudadanos.

La desigualdad social reclama un nuevo modelo democrático en donde las redes sociales juegan un papel relevante, donde una parte de la sociedad participa en el proceso electoral para elegir personas que acceden a los cargos públicos y que por lo menos teóricamente debería ser límite de los grandes grupos del poder económico. No es posible negar la transnacionalización de las decisiones políticas que se traduce en el hecho de que las decisiones, no son decididas por el Gobierno mexicano, menos aún, por el conjunto de países latinoamericanos, sino que se imponen las condiciones y los lineamientos de poder transnacional como el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional debido a que sus recursos solamente son disponibles si se cumple con ciertas características de política en ocasiones neoliberal.

VI. RECOMENDACIONES DE POLÍTICA PÚBLICA

Como recomendación principal de política pública en materia de las redes sociales, se sugiere que el sistema jurídico mexicano establezca reglas del juego claras, éticas, de justicia electoral abierta, transparentes y equitativas, que incrementen el grado de conciencia social e impidan que los derechos de la persona sean trastocados.

En concreto, se podría limitar la libertad absoluta de las fuerzas del mercado, por su parte, se propicie una fuente alterna a las exportaciones que limite la apertura incondicional al capital transnacional y regule la política cambiaria de devaluación de la moneda. Se fijen candados jurídicos a la concepción reduccionista del Estado, en donde la tendencia es a privatizar actividades y servicios públicos; además, que la política social no quede subordinada a los logros macroeconómicos, en donde un gran número de ciudadanos ve la vida pasar en condiciones económicas precarias y paulatinamente peores, mientras los grandes organismos

financieros y económicos realizan movimientos de gabinete alejados de toda percepción y conciencia de lo social.

El Gobierno debe gobernar, debe decidir y evitar la imposición de medidas de entes macroeconómicos; mención aparte merece el combate a la corrupción de la clase política, mediante regulación adecuada que limite la toma de decisiones discrecional y también como se ha puntualizado en el presente ensayo, mediante una labor más activa e informada de las redes sociales en su interacción con el ciudadano común, que en principio no muestra interés por la actividad gubernamental, por el contrario la desprecia, la labor es titánica pero tenemos que confiar en que mejores tiempos llegarán, el primero de julio es muestra de ello.

VI. CONCLUSIONES

La actividad eficaz y responsable de las redes sociales, constituye uno de los presupuestos indispensables del auténtico ejercicio democrático.

Si se quiere cuidar y reconstituir nuestra democracia, las redes sociales deben convertirse en espacios de reflexión y de auténtico debate de la agenda política para el fortalecimiento democrático, que contribuya a mejorar las opciones ciudadanas, deben buscar conservar el valor fundamental del pluralismo de la diversidad de opiniones y reflejen la voluntad de la sociedad de elevar la calidad del debate.

Lo anterior, mediante el ejercicio lógicamente responsable de la actividad del comunicador, debido a que las redes sociales y las imágenes que transmiten tiene un impacto emotivo en el ciudadano, Giovanni Sartori en su obra *el Homo videns la sociedad teledirigida*, menciona al respecto lo siguiente:

El último aspecto de la video-política que trataremos aquí es que la televisión favorece —voluntaria o involuntariamente— la emotivización de la política, es decir, una política dirigida y reducida a episodios emocionales. He explicado ya que lo hace contando una infinidad de históricas lacrimógenas y sucesos conmovedores. Lo hace también a la inversa, decapitando o marginando cada vez más a las “cabezas que hablan”, las talking heads que razonan y discuten

problemas. La cuestión es que, en general, la cultura de la imagen creada por la primacía de lo visible es portadora de mensajes “candentes” que agitan nuestras emociones, encienden nuestros sentidos, excitan nuestros sentidos y, en definitiva, nos apasionan.⁶

Las redes sociales tienen la alta responsabilidad en el espacio mediático de hacer patente una renovación acorde a los cambios sociales comprometida más con la sociedad, y menos, con el poder en cualquiera de sus manifestaciones, para constituir un espacio adecuado para la difusión de los derechos humanos, merece la pena intentarlo.

REFERENCIAS

- BECERRA, Ricardo, SALAZAR, Pedro y WOLDENBERG, José, *La Mecánica del Cambio Político en México*, México, Editorial Cal y Arena, 2000.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, 2a. ed., Madrid, Editorial Trotta, 2001.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998.
- SARTORI, Giovanni, *¿Qué es la Democracia?*, 2a. ed., México, Editorial Patria, 1997.
- SARTORI, Giovanni, *Homo Videns, la sociedad teledirigida*, México, Taurus, 1998.
- SOBREVILLA, David (comp.), *El Derecho, la política y la ética*, México, Siglo XXI editores, 1991.

⁶ Sartori, Giovanni, *Homo Videns, la sociedad teledirigida*, México, Taurus, 1998, p. 115.

La reparación integral del daño y la justicia pronta y expedita en el sistema de justicia penal mexicano: una realidad ilusoria

Oliver García Berrueto
México

SUMARIO: I. Introducción. II. Reforma constitucional en materia de justicia penal y seguridad pública del 18 de junio de 2008. III. Mecanismos alternativos de solución de conflictos. IV. Reparación integral del daño. V. Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. VI. Justicia pronta y expedita. VII. Estadísticas de México en la justicia penal. VIII. Solución alterna. IX. Conclusiones. Referencias.

RESUMEN: El presente trabajo abordará dos tópicos imprescindibles en la justicia penal mexicana: la reparación del daño y la demora en los procesos jurisdiccionales, debido a que es menester conocer los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales que se han efectuado en favor de las personas víctimas de un delito en México, los que a su vez, por cuestiones sociales, culturales, presupuestales y/o políticas resultan en su mayoría ineficaces; se planteará una posible solución de carácter preventivo a los problemas planteados.

I. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estriba en informar de las acciones que se han realizado en el siglo XXI en los Estados Unidos Mexicanos para garantizar una reparación integral del daño y acceder

de forma pronta a la justicia —penal— cuando algún derecho sea vulnerado o menoscabado en perjuicio de cualquier persona.

Las actividades mencionadas en el párrafo que antecede consisten en labores de índole legislativa e interpretaciones tanto nacionales como internacionales, las cuales, pretenden garantizar de manera amplia y robusta la restitución del derecho que haya sido violado, así como también que estas sean diligenciadas del modo más vertiginoso posible.

Por otro lado, la importancia de este artículo radica en saber de qué manera son realizadas las acciones multicitadas, el motivo, y sobre todo, las razones por las cuales no pueden ser practicadas a cabalidad, tomando en cuenta el contexto social y cultural de México, lo que da como resultado una ilusión solamente, en detrimento de las personas víctimas del delito.

Se pretende que a través de la presente investigación se conozca a profundidad el trabajo de los actores legislativos y jurisdiccionales en México —que ha sido significativo—, pero que también se observe el contraste, o bien, la realidad, misma que sigue aquejando a las personas que resienten una afectación en su esfera jurídica a pesar de los esfuerzos cimentados en estas últimas décadas.

La metodología empleada consistió en compilar proyectos de ley de diversas legislaturas del Estado mexicano, mismas que son fundamentales para entender el contexto de los temas abordados, así como del ejercicio interpretativo del Alto Tribunal del país en situaciones de gente en particular, relacionado con una sentencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de lo que se puede advertir que estas acciones son meramente de carácter correctivo y además muy dilatadas, que no han brindado soluciones reales —como se verá en el apartado estadístico— para la mayoría de las personas víctimas de algún hecho delictivo.

II. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE JUSTICIA PENAL Y SEGURIDAD PÚBLICA DEL 18 DE JUNIO DE 2008¹

Parte de la exposición de motivos de la reforma constitucional que nos ocupa, tiene un énfasis importante en cuanto al rol que ocupaban las personas víctimas en el proceso penal, es decir, la parte más débil del sistema, manifestando que en ocasiones se les negaban copias de los registros de investigación, no contaban con una asesoría jurídica gratuita, entre muchos otros más, debido a que no tenían expresa y literalmente tales derechos a diferencia de las personas presuntas responsables; lo más significativo de dicha reforma considero fue la posibilidad de las víctimas de impugnar determinadas resoluciones del Ministerio Público y la oportunidad de constituirse como coadyuvantes en el proceso penal.

La reforma en comento es un antecedente importante por parte del Congreso de la Unión del Estado mexicano, puesto que, a la luz de que las personas víctimas prácticamente no tenían voz ni voto en el sistema penal, decidieron insertar tales disposiciones con el objeto de que se les tuviera como una parte procesal activa en los procesos penales y no solo como un simple espectador subordinado a las decisiones que tomara el Ministerio Público.

Lo anterior es una muestra del rol activo que juega el poder legislativo en pro de los derechos de las personas víctimas, porque además de resentir un delito, no podían defenderse ante alguna inconformidad o discrepancia con la representación social y no tenían más opción que acatar lo que estimara conducente esta última.

¹ Iniciativa con proyecto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado Jesús de León Tello del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional del Proceso Legislativo del Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Palacio Legislativo de San Lázaro, Distrito Federal, 2006, pp. 4-6, <https://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/archivo/SAD-07-08.pdf>.

2.1. Antecedentes legislativos de la cimentación de los derechos de las personas víctimas del delito

Si bien el tópic de la reforma constitucional del año 2008 se utilizó como punto de partida para abordar el presente artículo, la realidad es que se tuvieron progresos años antes —en cuanto a los derechos de las personas víctimas—, dado que en una parte de la exposición de motivos de la reforma constitucional del año 2000² que adicionó y reformó el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se plantearon conflictos similares a los referidos anteriormente; principalmente que las personas víctimas solo quedaban como referencias para buscar justicia a nombre del Estado, soslayando por completo la atención que ellas mismas merecían por el hecho de vulnerar sus derechos.

Esta reforma marcó un hito importante en la evolución de los derechos de las personas víctimas en el sistema de justicia penal, debido a que, además de las cortapisas multicitadas, se menciona también en esta reforma federal el hecho de que la persona víctima tenía que esperar más de un año para que fuera posible recibir la reparación del daño, razón por la cual, se propuso establecer de manera clara las garantías de las personas víctimas, tales como: la reparación del daño y que la persona víctima forme parte del proceso.

Bajo ese orden de ideas, resulta pertinente reiterar que la preocupación por parte de las y los diputados en cuanto al papel de las personas víctimas en el sistema de justicia penal viene de décadas atrás, ya que, de igual manera, anteriormente se efectuó una reforma constitucional en septiembre de 1993³ en la que

² Iniciativa con proyecto que reforma el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a cargo del diputado José Espina Von Roehrich del grupo parlamentario del Partido Acción Nacional del Proceso Legislativo del Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Palacio Legislativo de San Lázaro, Distrito Federal, 1998, pp. 8-10, https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/proceso/cpeum/CPEUM_149_DOF_21sep00.pdf

³ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 3 de septiembre

fueron modificados, entre otros, el artículo 20 del pacto Federal, empero, los derechos de las personas víctimas fueron incorporados con cierto desdén, o bien, con una intensidad muy ínfima; actos que no serán abundados en el presente artículo debido a que los temas a tratar versan principalmente sobre los acontecidos en el siglo XXI.

2.2. Avances legislativos en favor de las personas víctimas después de la reforma constitucional del 2008

No es un secreto que en México —desde hace años— se vive una creciente inseguridad, que, por consiguiente, da como resultado una serie de delitos cometidos en perjuicio de las personas, y por ende, con ello se da una vulneración clara y flagrante de sus derechos fundamentales, que, dicho sea de paso, no se restituye como el deber ser lo indica.

En un extracto de la exposición de motivos de la Ley General de Víctimas del año 2013,⁴ se menciona que —entre otras cosas— hay una exigencia alta de parte de la sociedad mexicana, en lo atinente a garantizar la asistencia y protección a las personas víctimas, pero además, que es posible de lograrse con una compilación donde se desarrollen los derechos de las personas víctimas; se puede ir visualizando que, conforme pasan los años, la actividad de la persona legisladora va en aumento, tratando de robustecer la ley anterior, debido a que el índice delictivo no disminuye en lo absoluto.

Bajo esa tesitura, también se implementaron —en la exposición en comento— medidas de carácter judicial, administrativo, social y económico en favor de las personas víctimas, tomando también en consideración y como base el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

de 1993, https://www.dof.gob.mx/index_113.php?year=1993&month=09&day=03#gsc.tab=0

⁴ Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley General de Víctimas, presentada por Senadores de diversos grupos parlamentarios, Senado de México, 2011, pp. 41 y 42, https://www.diputados.gob.mx/sedia/biblio/prog_leg/018_DOE_09ene13.pdf

Pudiera parecer encomiable para algunas personas e innecesario u ocioso para otras el hecho de que las personas legisladoras se han esforzado en proteger desde el ámbito de las cámaras legislativas a las personas víctimas del delito, empero, es obvio que no se ha solucionado la problemática que nos aqueja desde hace muchos años, como se verá más adelante.

III. MECANISMOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Del contenido de la exposición de motivos de la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal de 2014⁵ se desprende que, el delito es un conflicto humano y en gran cantidad de supuestos estos pueden ser resueltos por ellos mismos, sin la necesidad de acudir a los tribunales jurisdiccionales.

En ese orden de ideas, bajo otro enfoque, se puede ver la intención de las personas legisladoras en solucionar los conflictos sin pugna alguna, ya que también se afectan los costos sociales; es imprescindible el hecho de que toda controversia genera, tanto un desgaste para las intervinientes, como un gasto al erario.

[Sin embargo, a consideración del suscrito, no se abunda lo suficiente en dicha exposición en que los conflictos humanos acarrearán una erogación considerable, así como el hecho de que no es posible ni física, ni material ni humanamente impartir justicia a las personas intervinientes en algún delito de manera pronta y expedita, por ello la necesidad de que sean canalizados a otras áreas a efecto de que no lleguen a instancias judiciales.

⁵ Iniciativa con proyecto de decreto que expide la Ley Nacional de Mecanismos Alternativos de Solución de Controversias en Materia Penal y se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Federal de Procedimientos Penales, presentada por Enrique Peña Nieto, 2014, pp. 4 y 5, <https://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/AbrirDocProcLeg.aspx?q=u+uol4XmeV-VQSBV20oBZUyJ OQKrM7MulRdaEe9qjM18efVoHLEINGbupnr4v1zhUN-mMM+E9WMnD2sNQvW9wzHXj1O0aW31eBE0 asdhdbUFjZulzEHLJca/oz3SIS0lnCHHahikQnZRIIdVhcxTwUoA2a3fucUdlEFOs2kHRwX3yY=>

Por otro lado, resulta pertinente para este tópico el tomar en cuenta —aunque se trata de otra materia— la reforma de la Ley Federal del Trabajo del 1 de mayo de 2019,⁶ en que, entre tantas modificaciones, una de las más importantes fue la de establecer obligatoriamente el asistir a la etapa prejudicial —conciliatoria— con el fin de que realmente se intentara llegar a una solución por parte de las intervinientes antes de llegar a los tribunales laborales, tratando de evitar lo que sucedía en las juntas de conciliación —federales y locales— en que era una simulación, o bien, una farsa el tema de la conciliación y tenía como resultado, una saturación en esas instancias, y por obvia razón, una justicia lenta y costosa.

De igual manera, el suscrito en la práctica, he presenciado que la efectividad de dichos acuerdos conciliatorios se basan más en la cantidad y no en la calidad, siendo que, por tal hecho, la reparación integral del daño no tiene nada de integral, pero si mitiga —no tanto— la llegada de asuntos a los tribunales jurisdiccionales, sin dejar de lado que la cantidad de gente que presenta algún conflicto es exorbitante, es por esas razones que los medios alternos no tienen la solución en si de lo que se sigue quejando el país en la justicia penal: la reparación integral del daño y la justicia pronta y expedita.

IV. REPARACIÓN INTEGRAL DEL DAÑO

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha efectuado avances dignos de elogiar en cuanto a su visión maximalista, garantista y proteccionista en favor de las personas víctimas del delito, en particular, lo atinente al tema de una reparación integral del daño, en que se cumpla a cabalidad todos y cada uno de los ru-

⁶ *Diario Oficial de la Federación*, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, 1 de mayo de 2019, https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5559130&fecha=01/05/2019#gsc.tab=0

bro que contemplan una debida reparación. Regularmente las autoridades responsables, ya sea por comodidad, incompetencia o por falta de tiempo —a raíz de la carga de trabajo— realizan una labor positivista y no tal cual una técnica basada en principios como lo ha hecho la Suprema Corte del país, donde el problema también estriba en un tema de políticas públicas.

4.1. Amparo Directo en Revisión 4646/2014:⁷

En el caso que nos ocupa, la problemática estriba en que las autoridades responsables solamente se ocuparon en cuantificar la reparación del daño acorde a lo establecido en la Ley Federal del Trabajo, en donde la Primera Sala establece que, además de lo contemplado en la ley en cita, se debe tomar en cuenta: a) derecho lesionado; b) gravedad del daño; c) gastos devengados o por devengar; d) grado de responsabilidad, y e) capacidad económica de la persona responsable, de lo que se logra visualizar una postura resarcitoria muy amplia por parte de la Sala.

Ahora bien, cualquier persona ciudadana de a pie puede decir que es un trabajo digno de elogiar por parte de la Primera Sala —lo es—, pero la misma persona también puede expresar su duda en cuanto a cómo se va a cumplir dicha sentencia; lo interesante no es el qué —sin desdeñar la labor de la Corte—, sino más bien, el cómo.

En esa tónica, basta con que nos traslademos al quinto requisito mencionado en líneas anteriores —capacidad económica de la responsable— para cuantificar dicho monto indemnizatorio, para situar una primera cortapisa en la reparación del daño para la persona víctima, pues como se ha visto a lo largo del presente, en la mayoría de los casos, la persona delincuente es insolvente.

⁷ Amparo Directo en Revisión 4646/2014 resuelto en sesión de la Primera Sala del 14 de octubre de 2015 por unanimidad de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldivar Lelo de Larrea (ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el derecho a formular voto concurrente, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó el derecho a formular voto concurrente. Ausente ministro José Ramón Cossío Díaz.

Bajo ese orden, ¿cómo se cumple con la reparación integral del daño si la persona responsable no tiene recursos?, si, la sentencia es colosal y hermosa, pero llevándola a la vida real, es sumamente complicado que se cumpla con una debida reparación, tal y como se verá en el apartado respectivo, es frustrante ver los esfuerzos jurisprudenciales sin poderlos cumplir en tiempo, forma y términos en que la Corte los ordena, debido a una pluralidad de obstáculos que atraviesa el país desde hace innumerables años.

La sentencia se puede utilizar para salvaguardar los derechos de las personas víctimas en el sistema penal en determinado caso que la defensa o el Ministerio Público proponga alguna salida alterna o terminación anticipada con una reparación ilíquida —sin cuantificar— o bien, una reparación que esté por los suelos, sin embargo, el problema es el mismo, el cómo se va a garantizar esa reparación integral, y además, de manera pronta y expedita.

Lo anterior se trae a colación puesto que el que suscribe, en la práctica he utilizado en bastantes ocasiones dicha sentencia para oponerme en diversos mecanismos de aceleración que se plantean, en donde la reparación del daño es irrisoria —siendo fundada mi oposición—, sin embargo, no se cumple con el objetivo constitucional, una debida reparación, ya que, aunque la oposición resulta favorable, se sigue sin reparar integralmente el daño a la persona víctima.

Por último, si bien en determinados casos la reparación del daño es factible una reparación del daño ilíquida, las personas víctimas en la etapa de ejecución se topan con el mismo problema, resultando que en gran parte las personas —ahora sentenciadas en esta etapa— no cuentan con recursos para pagar la reparación, sucede exactamente lo mismo con el dicho muy recurrente en México: “debo no niego, pago no tengo”.

4.2. Amparo en Revisión 1094/2017⁸

En la ejecutoria que nos ocupa, el meollo del asunto radica en el requerimiento de pago de la compensación subsidiaria en favor de las personas víctimas donde, además, se solicita apoyo al Fondo de Ayuda, Asistencia y Reparación Integral de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas del Estado de Guerrero.

En ese contexto, las personas quejasas, en lo conducente, se adolecían de que no se integró debidamente el expediente para otorgar una compensación subsidiaria tal y como lo disponen los mandatos constitucionales y convencionales, y no solamente, como en el caso anterior, irse a lo mínimo indispensable.

En síntesis, se modificó la sentencia para que: a) se le preguntara a la persona víctima si —a raíz del hecho victimizante— dejó de percibir ingresos; b) se determinara la afectación psicológica a la persona víctima, y c) medidas de rehabilitación, relativas a sus estudios universitarios como parte de la reparación integral. Asimismo, se les conminó a que determinaran el *quantum indemnizatorio* a fin de que compensaran subsidiariamente a las personas quejasas tomando como base las mismas directrices que el precedente anterior.

La pregunta es la misma, ¿es posible cumplir a cabalidad dichas directrices, en tiempo y forma?, lo cierto es que en la mayoría de las situaciones no, se reitera, tiempo y dinero es lo que no hay, por consiguiente, se convierte en letra muerta las directrices formuladas por la Suprema Corte, sirviendo únicamente para enmarcar, no para resolver.

Para robustecer lo anterior, el suscrito me topé con un asunto en que una institución de seguridad social no suministraba los medicamentos a una persona con cáncer debido a que no se contaba con ellos —caso que yo litigué— y aunque se me otorgó

⁸ Amparo en Revisión 1094/2017 resuelto en sesión de la Segunda Sala del 07 de marzo de 2018 por unanimidad de cuatro votos de los ministros Alberto Pérez Dayán (ponente), Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y presidente Eduardo Medina Mora. I. El ministro José Fernando Franco González Salas, emitió su voto con reservas. Ausente la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

la suspensión de oficio y de plano, se dilataron varios meses en otorgar las medicinas correspondientes, con las mismas excusas —entendibles—, que no había presupuesto, a pesar de que el juez de distrito que atendió ese caso amagó —solamente— en aplicar multas si no cumplían; no se multó ni se cumplió en tiempo, soslayando el peligro en la demora de mi representada, lo que nos lleva al mismo resultado, encomiable pero poco —casi nulo— práctico.

V. COMISIÓN EJECUTIVA DE ATENCIÓN A VÍCTIMAS

Si bien la Ley General de Víctimas establece que en determinados casos la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas debe de sufragar de manera subsidiaria los delitos que impliquen una violación a derechos humanos, lo real es que no existen los recursos suficientes para reparar a las tantas personas víctimas del delito que existen.

Lo anterior lo puede corroborar y constatar alguien que lo ha vivido en carne propia, y quien mejor que el ex comisionado ejecutivo de la Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas, Jaime Rochín del Rincón, quien fue entrevistado por Fernando del Collado en *Tragaluz*,⁹ en donde, se trataron diversos temas atinentes a su función, pero lo que nos interesa, literal y expresamente reza:

Fernando del Collado: ¿Ha acompañado a una indígena embarazada a que la atiendan en un hospital? Jaime Rochín del Rincón: No, no lo he hecho, sin embargo si he recibido las recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos sobre esos casos y son verdaderamente lamentables y dolorosos. Fernando del Collado: ¿Recuerda cuántos niños nacieron en el piso, baño, o en las banquetas de los hospitales, solo en este sexenio? Jaime Rochín del Rincón: Muchos, bastantes. Fernando del Collado: ¿Ya se les restituyó el daño? Jaime Rochín del Rincón: El propio seguro social o las instituciones de salud lo han hecho en algunos casos, nosotros estamos haciéndolo en otros, pero hay muchísimos, muchísimos, que todavía no han recibido justicia ni reparación [...].

⁹ Milenio, “Jaime Rochín Del Rincón en TRAGALUZ”, 28 de diciembre de 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=PLyKPoOp71I&t=123s>

Con base a lo anterior, de viva voz de Jaime Rochín del Rincón, es más que evidente que no se puede cumplir con todas las personas que son víctimas de algún delito o que se viole algún derecho humano en su perjuicio, ¿es culpa de él? Claramente no, sin embargo se hace hincapié en que los esfuerzos legislativos y jurisprudenciales no son suficientes.

VI. JUSTICIA PRONTA Y EXPEDITA

Considero que justicia tardía no es justicia, sin embargo, a cualquier persona mexicana que le pregunten sobre la impartición de la justicia, en lo general, se emite una respuesta peyorativa o insultante, lo más común que respondan es que la justicia no existe, siendo de las razones principales que, o se tardan mucho o se requiere dinero para acceder a ella —este último no será abordado en el presente—.

La Corte Interamericana de Derechos ha emitido pronunciamientos muy interesantes en el tema de reparaciones integrales del daño, empero, estas resoluciones —con su proceso respectivo— tardan muchísimos años, y a veces ni siquiera se cumplen, o bien, son cumplidas parcialmente, que en mi opinión, es igual a no cumplirlas, en ocasiones por una desobediencia en todo el sentido de la palabra —argumentando su soberanía a pesar de ratificar la norma convencional— o por no contar con los recursos financieros para sufragar las directrices de la Corte Interamericana.

A continuación se presentará un caso muy emblemático, que, sin lugar a dudas, es una sentencia formidable, pero que no se acerca a la realidad práctica que vivimos.

6.1. Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala¹⁰

Este tópico se abordará de manera sintética, debido a que, el resultado será igual que en la mayoría de las sentencias maximalistas —nacionales y convencionales—.

¹⁰ Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 116.

Como es sabido, este caso aborda la masacre de 268 personas en el Estado guatemalteco, en donde la Corte Interamericana — como es costumbre—, entre otras cosas, emitió directrices para llegar al esclarecimiento de los hechos y, una eventual reparación integral del daño.

Entre esas directrices —hablando solamente de las económicas cuantificadas— se encuentra la obligación de: a) pagar \$25,000 para mejoras en la infraestructura de la capilla donde le rinden tributo a las personas víctimas; b) pagar por concepto de daño material \$225,000 a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez y para los miembros de otras comunidades \$1,360,000; c) pagar por concepto de daño inmaterial \$5,440,000 a los miembros de la comunidad de Plan de Sánchez y para los miembros de otras comunidades \$900,000; y d) pagar por concepto de costas y gastos la cantidad de \$55,000.

Para la mayoría de las personas nos resultan cantidades estratosféricas, súper dignas para las personas víctimas del delito, que aunque resulta un hecho indeleble, la realidad es que lo que más se acerca a pérdidas de esa índole, es lo económico, pero, ¿se cumplió con esa sentencia? La respuesta creo que es bastante obvia, no. ¿De dónde sacaría el Estado guatemalteco esas cantidades? Vamos a lo mismo, no es posible —por más buena que sea la sentencia— de cumplir con erogar esas cantidades, es imposible, entonces, en obvio de repeticiones, no sirven en el terreno práctico esas sentencias, porque, de todos modos, no se van a cumplir.

Teniendo ya la primera respuesta, es menester precisar que el 16 de mayo de 2014 se les tuvo en desacato al Estado guatemalteco por no cumplir con la sentencia en comento 10 años después, donde se les requirió nuevamente para que cumplieran a la brevedad con la sentencia —pasando 10 años, se reitera—, ahora ni hablar para el año en que nos encontramos, ¿es justicia pronta y expedita? Rotundamente no, si bien es un caso que no concierne al Estado mexicano, también se encuentra, por ejemplo, el caso *Rosendo Radilla Pacheco vs. México*, que por supuesto, tampoco ha sido cumplida, ninguna novedad.

VII. ESTADÍSTICAS DE MÉXICO EN LA JUSTICIA PENAL

Como punto de partida en este tema, se considera pertinente el tomar en cuenta el Índice Global de Estado de Derecho 2024,¹¹ en lo concerniente al Estado mexicano, donde se puede visualizar que México ocupa el lugar 118 de 142 en dicho índice, donde el primero es el mejor y el 142 es el peor; si, México se encuentra en los peores.

De la misma fuente, se desprende que, en justicia penal, México se encuentra en el lugar 134 de 142; México está en los peores nueve países en justicia penal, una realidad muy escabrosa y escalofriante.

Por otro lado, en el ámbito nacional, conviene conocer la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública,¹² donde, para el año 2023, se estimaba una tasa de 33,267 delitos por cada 100,000 habitantes, es decir, en una tercera parte del total de las personas, cifra muy alta.

También, entre tantas estadísticas, de los delitos denunciados y en los resultados de la carpeta de investigación —del año 2024— se obtiene que solamente en el 3.5% hubo reparación del daño, tomando en cuenta la encuesta en cita, del párrafo anterior.

Conviene realizar una sola pregunta, ¿es suficiente, con trabajo legislativo y jurisprudencial, lograr una reparación integral, y que esta sea pronta y expedita? Claramente no lo es, la realidad es totalmente opuesta con lo que se pretende en los trabajos citados en el desarrollo de este trabajo.

¹¹ World Justice Project, Índice Global de Estado de Derecho 2024, pp. 2 y 3, https://worldjusticeproject.mx/wp-content/uploads/2024/10/MX_RO-LI2024-Informe-pais.pdf

¹² Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Victimización y Percepción sobre Seguridad Pública. p. 17 y 55. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/envipe/2024/doc/envipe2024_presentacion_nacional.pdf

VIII. SOLUCIÓN ALTERNA

La solución que se propone en los dos temas que nos atañen no es de carácter correctivo como los que se abordaron en el presente, sino que es preventiva.

A la luz de las estadísticas que juegan en contra de nuestro país y que, como se ha visto, no ha habido mejoría alguna en materia de reparaciones integrales ni del tiempo en la justicia, a pesar de los trabajos exhaustivos y meticulosos por las personas legisladoras y por parte de las personas integrantes del poder judicial —sobre todo federal—, se propone una salida que no es nueva, y de hecho, ha sido intentada por varias personas.

8.1. Cultura de la paz

Como se ha visto, los delitos se siguen acrecentando y no hay dinero ni personal que alcance para la impartición de la justicia, por ello, la solución que se propone pudiera parecer aún más ilusoria que los temas que se criticaron a lo largo de este artículo, pero vale la pena intentarlo.

La paz es una meta de personas comprometidas en distintas generaciones, la participación de modo activo como responsabilidad moral de todas y todos nosotros para consolidar la paz no se puede soslayar de ninguna manera.¹³

De igual manera, debe tenerse como fundamental y primordial la paz, el derecho a la vida y la libertad,¹⁴ para que se tomen en serio las disposiciones internacionales y nacionales que, claramente no son cumplidas por los Estados que ratifican alguna u otra convención o tratado.

El repudiar la guerra y buscar el pacifismo total como los autores aludidos es, sin duda, una opción factible para evitar la ejecución de hechos delictivos, y de esta manera, no tendría que ser

¹³ Einstein A., *Mi visión del mundo*, México, Maxi Tusquets Editores, 2013, p. 55.

¹⁴ Ferrajoli L., *Garantismo global, La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo*, Madrid, Palestra Jurídica, 2024, p. 23.

letra muerta todas las normas jurídicas de índole nacional e internacional, debido a que, es claro que nunca van a ser cumplidas.

Con la paz —derecho fundamental— sería posible que las personas ya no fueran víctimas de delitos, y con ello, se ahorraría una cantidad importante de recursos humanos, financieros, legislativos y judiciales, porque aún con los esfuerzos aglutinados por parte de los poderes de la unión no ha sido ni será posible una justicia pronta y mucho menos, una reparación integral del daño.

Es muy utópico pensar en lo que se señala en este apartado, sin embargo, tenemos el deber de intentarlo, un ejemplo reciente puede ser el del ex presidente de México, Andrés Manuel López Obrador, con su política de *abrazos no balazos* —muy mal ejecutada—, pero que, por lo menos, hace ver una política diferente, que buscaba encontrar la raíz de los problemas y no resolverlo a través de la guerra, como los pacifistas ya mencionados y, en ese tenor, ya no habría tantos delitos, es un ganar-ganar tanto para el Estado como para los gobernados y se evitaría buscar esfuerzos que en la práctica no llevan a nada.

IX. CONCLUSIONES

Ha habido innumerables trabajos legislativos y jurisprudenciales —nacionales e internacionales—, esfuerzos encomiables y dignos, respondiendo de alguna manera al reclamo de la sociedad que ha sido víctima de un delito, pero como se fue testigo en el cuerpo del presente, en la mayoría de los casos no se cumple con dichas determinaciones o legislaciones.

Se ha caído en la práctica de un *cinismo legislativo* debido a que México es de los países que más leyes tiene, pero estas no son cumplidas, no sirve de nada tener una legislación robusta si no se respeta ni se cumple, además es una prueba de que no hay una rigidez constitucional como tanto se pregona.

La Suprema Corte de México ha hecho su trabajo, y lo ha hecho muy bien, empero, hasta ahí, porque las demás situaciones no dependen de las personas trabajadoras de la misma Corte,

ellas hacen su labor con el *deber ser*, pero la situación tanto demográfica como cultural y financiera de México no da para cumplir con las directrices en lo absoluto.

Los medios alternos de solución de conflictos no han sido la respuesta ni para que la reparación integral del daño sea como debe ser, ni en cuanto al tiempo gastado, sino al contrario, se sigue dilatando la reparación del daño y, en gran parte de estas, no tiene ni un ápice de integral la reparación, la mayoría de las veces es una reparación irrisoria, por no decir miserable.

También las estadísticas nos muestran que los delitos siguen ahí y que, la reparación del daño solamente en precarios casos es efectuada, y de esos quién sabe cuántos en realidad sean integrales en cuanto a su vertiente económica y temporal.

No hay dinero que alcance, ¿a solución es asignar más presupuesto al erario para reparaciones integrales? ¿Hacer más leyes? ¿Acotar cuándo debe cubrirse o no una reparación? ¿Contratar a más personas juzgadoras o personas facilitadoras? ¿Es culpa de las personas juzgadoras, ministerios públicos, defensoras o asesoras jurídicas esta situación? Mi respuesta con aplomo a todas esas interrogantes es un rotundo no.

La única solución viable, aunque utópica y casi imposible para mitigar los problemas planteados —que no se cumplen— es la búsqueda de la paz, conminar a las demás personas a ir por el bien, a no pelear, no discutir, y en su lugar, se platique entre las partes y soslayar por completo la guerra, los pleitos y las disputas, claro está que siempre habrá delitos, pero vale la pena intentar que disminuyan, porque de otra manera, afirmo desde este momento, se seguirán incumpliendo las directrices jurisprudenciales como la normatividad que emita el poder legislativo y seguirán quedando en letra muerta para enmarcar.

REFERENCIAS

Amparo Directo en Revisión 4646/2014 resuelto en sesión de la Primera Sala del 14 de octubre de 2015 por unanimidad de cuatro votos de los ministros Arturo Zaldívar Lelo de Larrea (ponente), Jorge Mario Pardo Rebolledo, quien se reservó el

derecho a formular voto concurrente, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas y presidente Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, quien se reservó el derecho a formular voto concurrente. Ausente ministro José Ramón Cossío Díaz.

Amparo en Revisión 1094/2017 resuelto en sesión de la Segunda Sala del 07 de marzo de 2018 por unanimidad de cuatro votos de los ministros Alberto Pérez Dayán (ponente), Javier Laynez Potisek, José Fernando Franco González Salas y presidente Eduardo Medina Mora. I. El ministro José Fernando Franco González Salas, emitió su voto con reservas. Ausente la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos.

Corte IDH. *Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C, núm. 116.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Federal del Trabajo, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, de la Ley Federal de Defensoría Pública, de la Ley del Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores y de la Ley del Seguro Social, en materia de Justicia Laboral, Libertad Sindical y Negociación Colectiva, 1 de mayo de 2019.

Diario Oficial de la Federación, Decreto por el que se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119 y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el 3 de septiembre de 1993.

EINSTEIN A., *Mi visión del mundo*, México, Maxi TusQuets Editores, 2013.

FERRAJOLI L., *Garantismo global, La Constitución de la Tierra y la expansión del constitucionalismo*, Madrid, Palestra Jurídica, 2024.

La tutela judicial efectiva de las víctimas en el Estado constitucional: una mirada crítica de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sebastian Giraldo Henao
Colombia

Sumario: I. Introducción. II. La tutela judicial efectiva de las víctimas de delitos en el Estado constitucional. III. Revisión de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente al derecho fundamental de las víctimas a la tutela judicial efectiva en la investigación penal. IV. Conclusiones. Referencias.

Resumen: En el presente texto se compara la concepción de tutela judicial efectiva en el Estado liberal de derecho, Estado social de derecho y el Estado constitucional, para comprender qué significa la tutela judicial efectiva de las víctimas de delitos en el Estado constitucional. Luego, se estudia los estándares de protección de la tutela judicial efectiva de las víctimas dentro de la investigación penal establecidos por la Corte IDH, para concluir con una mirada crítica de estos estándares interamericanos.

I. INTRODUCCIÓN

Con el cambio de paradigma ocurrido a partir de la transformación del Estado de derecho en un Estado constitucional,¹ el

¹ Cevallos, D., “El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 46, 2023, p. 126.

derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se transforma sustantivamente, pasando de ser un derecho de carácter formal y cuya satisfacción se realizaba en la medida que el juez tomara una decisión fundada en derecho,² a ser un derecho que exige que el juzgador tome un rol más activo en la interpretación y aplicación de la ley en virtud de los derechos fundamentales.³ Así pues, más que una sentencia fundada en derecho, la tutela judicial efectiva en el marco de un Estado constitucional exige que el juez pueda aplicar directamente la constitución en aquellos casos en que la ley no permita una tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales, evitando así que los formalismos y las ritualidades legales se constituyan en obstáculos para la garantía efectiva de los derechos.⁴

Ahora bien, tratándose de víctimas de delitos, la garantía de la tutela judicial no recae de manera exclusiva sobre el juez, sino que es un deber compartido con el Ministerio Público, quien debe encargarse de dirigir la recopilación de elementos de prueba con el fin de identificar y acusar al presunto delincuente ante el juez. Así pues, la investigación penal se constituye en un requisito necesario para que el juez pueda impartir justicia y tutelar los derechos de las víctimas.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha entendido que el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas de violaciones a los derechos humanos es un derecho instrumental, lo cual implica una obligación de medios y no de resultado frente al Estado,⁵ por lo que las víctimas solo pueden aspirar

² Fonseca, R., “Derecho a la justicia de las víctimas en México”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 33, núm. 13, 2020, p. 169.

³ Núñez, M. y Neria, M., “Tutela Judicial Efectiva y el Debido proceso. Del Debido proceso formal al Debido proceso sustantivo”, *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano: a la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales*, Barcelona, Bosch, 2003, pp. 37-47, Lorca, A., “El Derecho Procesal como sistema de garantías”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, 2003, pp. 531-557.

⁴ Carrasco, M., “Definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Político*, núm. 107, 2020, pp. 13-40.

⁵ Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de no-

a acceder a un conjunto de instituciones de investigación, persecución y juzgamiento penal que funcionen bajo unas condiciones mínimas que garanticen un efectivo funcionamiento del aparato estatal y que produzcan resoluciones fundadas en derecho, lo cual quiere decir que la tutela judicial efectiva depende de criterios formales de validez más que de aspectos sustanciales de validez.

De acuerdo con lo anterior, en el presente escrito se busca comprender el significado de la tutela judicial efectiva de las víctimas en el marco de un Estado constitucional, para realizar una lectura crítica de la postura de la Corte IDH según la cual, la tutela judicial efectiva de las víctimas es una obligación de medios y no de resultados. En este análisis, se hace énfasis en las instituciones de investigación penal como un requisito indispensable para que la tutela judicial sea efectiva.

II. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LAS VÍCTIMAS EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL

La tutela judicial efectiva tiene una diferente connotación dentro del Estado de derecho y el Estado constitucional. Por un lado, en el Estado de derecho la tutela judicial pasa por dos etapas. La primera, el Estado liberal de derecho, en la cual se entiende la tutela judicial como la mera existencia de instituciones de administración de justicia, ante las cuales las personas tienen la facultad de solicitar la tutela de sus derechos, y la segunda, el Estado social de derecho, en la cual se añade el adjetivo *efectividad*, bajo el entendido que, además de la existencia de jueces y leyes procesales, el Estado tiene el deber de garantizar el acceso a la justicia en igualdad de condiciones a los grupos más vulnerables de la sociedad.⁶

viembre de 2009. Serie C, núm. 205, párr. 289, *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308, párr. 161.

⁶ Capelletti, M., Garth, B. y Trocker, N., "Access to justice: comparative general report", *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 40, núm. 3-4, 1976, pp. 670-672.

Entonces, la tutela judicial *efectiva* desde la óptica del Estado social de derecho se limita a la necesidad estatal de crear condiciones de igualdad para el acceso a la jurisdicción, como por ejemplo, brindar abogados gratuitos para quienes no tienen los recursos económicos suficientes para costearlo, brindar traductores para las personas que no hablan el idioma oficial del Estado, intérpretes para personas con discapacidades auditivas o fonéticas, accesibilidad física a los tribunales para personas con movilidad reducida, entre otros.⁷

Además, dentro del Estado de derecho la función del juez para tutelar los derechos de las personas se desenvuelve bajo las reglas formales del debido proceso, el cual tiene como finalidad limitar la arbitrariedad en las sentencias, sometiendo las decisiones judiciales al imperio de la ley de manera irrestricta.⁸

Por otro lado, la tutela judicial efectiva desde la óptica del Estado constitucional implica una transformación profunda de la función judicial, ya que lo más importante en este modelo de Estado no es la obediencia ciega a la ley y el rigorismo formal, sino la efectividad práctica de los derechos fundamentales.⁹

Por lo tanto, el juez debe interpretar la ley de acuerdo con los valores constitucionales, buscando una armonía entre la ley y la constitución en el contenido de sus decisiones, con la facultad de inaplicar leyes en los casos en los cuales estas resulten como un obstáculo para la garantía material de los derechos fundamenta-

⁷ Véase Bucetto, M., “El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 18, núm. 25, 2020, pp. 20-25, Santis, A., *El acceso a la justicia y la asistencia jurídica gratuita de los grupos vulnerables en Chile: diseño jurídico-constitucional, adecuación convencional e institucionalidad*, Tesis doctoral Universidad de Salamanca, 2020, pp. 53-59, Escobedo, R., “El derecho humano al acceso a la justicia, como límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México”, *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 131, 2022, pp. 99-102.

⁸ Núñez, M. y Neria, M., *op. cit.*, p. 38.

⁹ Mazzarese, T., Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003, p. 694.

les, en virtud de su facultad discrecional de interpretar la norma de la manera más favorable a los derechos fundamentales.¹⁰

De esta forma, el debido proceso bajo la óptica del Estado constitucional, además de buscar la limitación de la arbitrariedad judicial, es un derecho sustantivo autónomo que obliga al juez a “elegir la interpretación de aquella que sea más conforme con el principio *pro actione* y con la efectividad de las garantías que se integran en esa tutela”.¹¹

En igual sentido, en casos en los cuales exista una norma aplicable, pero el juez considere que esta norma no sea acorde con los valores constitucionales, existe una laguna axiológica,¹² en virtud de la cual el juez se encuentra capacitado para crear nuevas normas generales, de manera que su decisión proteja efectivamente los derechos fundamentales y que no sea considerada arbitraria.¹³

Entonces, teniendo en cuenta lo anterior, se puede afirmar que en el Estado de derecho, para que una decisión judicial sea válida, es suficiente que se encuentre debidamente basada en una norma general de origen legislativo preexistente, mientras que en el Estado constitucional, para que una decisión judicial sea válida lo más importante es el contenido de la decisión, el cual debe ajustarse a los contenidos sustanciales de la constitución para que pueda considerarse jurídicamente válida. En este sentido, Carrasco Durán afirma que “la tutela judicial, en términos sustantivos, es la protección de los derechos e intereses legítimos, y, en esta lógica, exige el acierto de las resoluciones judiciales en su tarea de interpretación y aplicación de las normas”.¹⁴

¹⁰ Núñez, M., “Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 2, 2012, p. 194. Enríquez, P., “La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos”, *Cuestiones Constitucionales*, núm. 32, 2015, pp. 118 y 119.

¹¹ Lorca, A., *op. cit.*, pp. 536 y 537.

¹² Guastini, R., “Interpretación y construcción Jurídica”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 43, 2015, p. 33.

¹³ Bulygin, E., “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2003, pp. 24 y 25.

¹⁴ Carrasco, M., *op. cit.*, p. 33.

En este orden de ideas, en el Estado de derecho, para que una sentencia garantice el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, esta debe encontrarse debidamente fundada en derecho y cumplir con las formalidades exigidas en la ley, es decir, debe ser razonable; mientras que, en el Estado constitucional, para que una sentencia se considere válida, esta debe ser *acertada*, es decir, debe tutelar un derecho fundamental.¹⁵

Ahora bien, cuando una persona es víctima de un delito, su derecho a la tutela judicial efectiva se manifiesta como un derecho de protección¹⁶ o garantía, el cual consiste en el derecho de acudir a la jurisdicción penal en busca de un amparo judicial, lo cual debe hacer a través del Ministerio Público, quien es el titular de la acción penal.

Así pues, a partir del momento en que una víctima interpone una denuncia, los funcionarios públicos encargados de la investigación penal deben procurar adelantar todas las actividades que sean necesarias para lograr el esclarecimiento de los hechos, con el fin de comprobar si el delito existió, quién es el presunto responsable, y reunir los datos de prueba necesarios para ejercer la acción penal y tutelar los derechos fundamentales de las víctimas.

Por lo tanto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las víctimas dentro del Estado constitucional no es un mero derecho instrumental, puesto que es un derecho sustancial en sí mismo, lo que implica que se encuentra indisolublemente ligado al resultado del proceso¹⁷ que, en este caso, sería la satisfacción de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas.¹⁸

Sin embargo, como se verá a continuación, la jurisprudencia de la Corte IDH mantiene una postura formalista acerca del dere-

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

¹⁶ Alexy, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos L. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 398.

¹⁷ Fonseca, R., *op. cit.*, p. 173.

¹⁸ González, A., *La víctima en el sistema penal*, Bogotá, Leyer, 2007, pp. 371-385.

cho fundamental de las víctimas a una tutela judicial efectiva, lo cual no es acorde con la lógica del Estado constitucional.

III. REVISIÓN DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS SOBRE EL DERECHO HUMANO DE LAS VÍCTIMAS A LA TUTELA JUDICIAL EN LA INVESTIGACION PENAL

El derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva en el Sistema Interamericano de derechos humanos se fundamenta en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.¹⁹

Este derecho manifiesta la garantía constitucional secundaria de los derechos fundamentales, en virtud del cual las personas que han sufrido una afectación ilegítima en sus derechos tienen la facultad de acudir a la jurisdicción para obtener una reparación por la vulneración de sus derechos.²⁰

Por lo tanto, cuando una persona sufre una lesión de un bien jurídico tutelado por el derecho penal, tiene el derecho a un recurso rápido, sencillo y efectivo ante la jurisdicción penal para que el Estado tutele sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.²¹ Sin embargo, las víctimas no pueden acudir de manera directa a la jurisdicción, sino que deben hacerlo a través del ente acusador, que generalmente es el Ministerio Público.

¹⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1969, art. 25.

²⁰ Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014, p. 62.

²¹ Crespo, Y., “La reparación del daño como derecho fundamental de la víctima en el sistema acusatorio mexicano”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 14, núm. 46, 2020, p. 335.

Entonces, el deber del Estado de tutelar los derechos de las víctimas comienza con la obligación de contar con organismos de investigación penal que cumplan unas condiciones mínimas de idoneidad, ya que solo mediante una efectiva investigación penal se pueden reunir los datos de prueba necesarios para ejercer la acción penal.

De acuerdo con lo anterior, la Corte Interamericana ha establecido estos estándares mínimos que deben cumplir las instituciones de investigación penal para garantizar el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva. Por un lado, el Estado debe contar con organismos de investigación penal que sean aptos para garantizar el “libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos”,²² por lo que estas instituciones deben contar con una estructura orgánica que permita un funcionamiento adecuado para la tutela de los derechos de las víctimas.

Por ende, primero que nada, estas instituciones deben contar con recursos técnicos, científicos, logísticos y legales suficientes para la recolección y análisis de los datos de prueba;²³ también debe contar con funcionarios debidamente capacitados en las actividades que implican una investigación penal efectiva;²⁴ y garantizar la imparcialidad e independencia de estos organismos frente a otros poderes públicos.²⁵

Sumado a esto, la Corte IDH ha establecido que estas instituciones de investigación penal deben operar con apego a los principios de debida diligencia, plazo razonable y enfoque de derechos humanos, garantizando en todo momento las garantías del debido proceso.

En este sentido, la debida diligencia en la investigación penal implica que una vez que el Estado tiene conocimiento de una

²² Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C núm. 4, párr. 166.

²³ Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y Otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de marzo de 2021. Serie C, núm. 423, párr. 199.

²⁴ *Ibidem*, párr. 201.

²⁵ Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167, párr. 133.

conducta punible, debe actuar de inmediato, realizando todos los actos de investigación necesarios y a través de todos los medios disponibles, con el fin de recolectar los datos de prueba que permitan esclarecer la verdad de los hechos e identificar a los responsables.²⁶ Esto implica que los funcionarios deben asumir la investigación como un deber jurídico propio e impulsarla de oficio, y no como “una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa”.²⁷

Sumado a esto, el plazo razonable implica que el tiempo transcurrido entre la noticia criminal y la sentencia debe ser razonable.²⁸ Para determinar la razonabilidad del plazo, la Corte Interamericana ha establecido que se debe tener en cuenta la complejidad del caso; la actividad procesal de la víctima; y la actuación de las autoridades judiciales.²⁹

Por último, el enfoque de derechos humanos requiere que los funcionarios encargados de la investigación penal tengan en cuenta las circunstancias particulares de las víctimas, es decir, si pertenecen a algún grupo vulnerable que requiera un trato diferencial, como las mujeres, la población LGTB, grupos indígenas, defensores de derechos humanos, entre otros.³⁰

De acuerdo con lo anterior, la Corte Interamericana considera que si el Estado cumple con estas condiciones de tener una estructura institucional dotada de imparcialidad, independencia y con recursos suficientes para adelantar la investigación penal,

²⁶ Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, op. cit., párr. 177.

²⁷ *Idem*.

²⁸ Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35, párr. 71.

²⁹ Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30, párr. 77.

³⁰ Véase Corte IDH. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México...*, cit., *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216, *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 283, *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de marzo de 2020. Serie C, núm. 402.

cumpliendo las condiciones de debida diligencia, plazo razonable y enfoque diferencial, se puede afirmar que la investigación penal es eficaz, y que con esto es suficiente para garantizar el derecho humano de las víctimas a la tutela judicial efectiva ya que, para la Corte Interamericana, la tutela judicial es un derecho instrumental, de medios y no de resultado.³¹

Sin embargo, esta concepción de la tutela judicial efectiva como una obligación de medio y como un derecho meramente instrumental evidencia una concepción formalista en la cual la efectividad sustancial de los derechos humanos de las víctimas pasa a un segundo plano, siendo más importante el cumplimiento de estos requisitos formales que los resultados institucionales en la efectiva tutela los derechos de las víctimas.

Así lo manifestó la Corte Interamericana en el caso *Duque vs. Colombia*, al sostener que: “La obligación del Estado de conducir los procesos con apego a la garantía de protección judicial consiste en una obligación que es de medio o comportamiento y que no es incumplida por el solo hecho de que el proceso no produzca un resultado satisfactorio o no se arribe a la conclusión pretendida por la presunta víctima”.³²

De acuerdo con ello, se observa que a pesar de que la lógica del Estado constitucional se centra más en la sustancia y en la efectividad práctica de los derechos que en el cumplimiento de requisitos formales, la postura de la Corte Interamericana se centra en aspectos demasiado formalistas que, en muchas ocasiones, se convierten en obstáculos para que las víctimas puedan ver sus derechos fundamentales satisfechos.

Así pues, bajo la línea argumentativa de la Corte IDH, cuando una víctima interpone una denuncia tiene derecho a obtener una resolución fundada en derecho, la cual puede estar totalmente desligada de los aspectos sustanciales de tutelar sus derechos a la verdad, justicia y reparación.

³¹ Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 360, párr. 136.

³² Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310, párr. 155.

A pesar de esto, existe una línea jurisprudencial de la Corte IDH que constituye una excepción a esta regla, y es el caso de las violaciones graves de derechos humanos, como lo es la desaparición forzada, la tortura, las ejecuciones extrajudiciales, la trata de personas, entre otras.³³

Bajo esta excepción a la regla, la Corte Interamericana sostiene que, en los casos de graves violaciones de los derechos humanos, la prescripción, las causales excluyentes de responsabilidad penal, el principio *non bis in ídem*, la irretroactividad de la ley penal, la cosa juzgada y las amnistías están totalmente prohibidas, y no pueden servir como fundamento legal para una terminación de una investigación penal.³⁴

Esta postura revela una posición tibia de la Corte Interamericana, pues, de acuerdo con la lógica del Estado constitucional, la regla general debería ser la satisfacción del derecho a la tutela judicial atendiendo a la efectividad en los resultados en vez que la efectividad de los medios. También, esta concepción es el reflejo de un proceso penal estructurado pensando únicamente en las garantías del imputado y, en el cual, se añadieron los derechos de las víctimas de manera accesoria.³⁵

Por lo tanto, la desprotección de las víctimas es un problema estructural que viene desde el diseño del sistema de garantías articulado en el sistema penal acusatorio, el cual se encuentra fuertemente desequilibrado en favor de los imputados.³⁶ Por lo tanto, es necesario el fortalecimiento de los derechos de las víctimas desde una reinterpretación de lo que significa el derecho a

³³ Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de septiembre de 1996. Serie C, núm. 28, párr. 61.

³⁴ Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274, párr. 244.

³⁵ López, E., y Fonseca, R., “Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad”, *Revista Criminalidad*, vol. 58, núm. 2, 2016, p. 213.

³⁶ Madina, M., “Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005, pp. 615-625.

la tutela judicial efectiva en relación con los derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

Pero esto no quiere decir que se deban flexibilizar o mermar las garantías de los imputados sino que, por el contrario, se debe buscar el fortalecimiento de los derechos tanto de los derechos de las víctimas como de imputados, poniendo un especial énfasis en los resultados prácticos de los organismos de investigación penal, ya que el fracaso de la satisfacción de los derechos de las víctimas no se debe a una antítesis entre los derechos de las víctimas y los imputados, sino que se debe principalmente a errores, descuidos, incompetencia y corrupción de los funcionarios encargados de la investigación penal.³⁷

Por otro lado, no se debe perder de vista el hecho de que es imposible que el Estado garantice un resultado satisfactorio a todas las personas que sean víctimas de un delito, ya que hay muchos factores que están por fuera del poder del Estado para garantizar una efectiva investigación que conduzca a una tutela judicial efectiva.

Pero lo que sí se puede hacer, es cambiar el enfoque en aspectos formales de la investigación penal, para centrarse en los aspectos sustanciales, es decir, no se debe concebir la solución al desamparo judicial de los derechos de las víctimas como un problema que se soluciona imponiendo más y más requisitos formales a las instituciones de investigación penal, sino que se debe fortalecer los programas de medición y control de resultados de la actuación policial, pericial y ministerial dentro de la investigación penal, con el fin de afinar el funcionamiento de estas instituciones, de manera tal que la efectividad de los derechos de las víctimas sean satisfechos sin menoscabar los derechos de los imputados.

³⁷ Zamora, J., *La víctima en el sistema penal mexicano*, México, INACIPE, 2002, pp. 143-144.

IV. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo visto, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las víctimas dentro del Estado constitucional implica algo más que la creación de condiciones de acceso a la justicia en condiciones de igualdad material, y la obtención de una resolución congruente y fundada en derecho, ya que implica un resultado en el cual se tutelen sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación.

A pesar de esto, la Corte IDH ha desarrollado una línea jurisprudencial que comprende el derecho a la protección jurisdiccional de las víctimas como un derecho que implica una obligación estatal de medios y no de resultado, en virtud del cual las víctimas no pueden esperar un resultado satisfactorio, sino meramente que las instituciones de investigación penal cumplan ciertas condiciones mínimas de estructura y operatividad que permitan que la jurisdicción penal sea un medio idóneo, mas no suficiente en la tutela de sus derechos.

Entonces, la Corte Interamericana distingue entre el derecho a la protección judicial como un derecho instrumental, y los derechos a la verdad, la justicia y la reparación como derechos sustanciales, creando una división que incide en la efectividad material de la garantía del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de las víctimas, pues permite la no satisfacción de este derecho por aspectos formales.

Sin embargo, existe una línea jurisprudencial de la Corte Interamericana que constituye la excepción a esta regla, y es la que prohíbe que el mismo sistema penal sea un obstáculo para la investigación y juzgamiento de los casos de graves violaciones a los derechos humanos. En estos casos, se permite que las garantías penales de los investigados sean más laxas en favor de los derechos de las víctimas como, por ejemplo, el *non bis in ídem*, la cosa juzgada, la prescripción, la irretroactividad de la ley penal, las causales de exclusión de responsabilidad penal, entre otras, con el fin de evitar que estas normas sean obstáculos para la garantía de los derechos humanos de las víctimas.

Por lo anterior, se concluye con que los estándares establecidos por la Corte Interamericana frente al derecho humano de las

víctimas a la tutela judicial efectiva tienen una concepción demasiado formalista que no se adecúa a la lógica del Estado constitucional, el cual comprende la tutela judicial como un derecho sustancial autónomo e indisolublemente ligado al resultado, más que a los medios.

REFERENCIAS

- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos L. Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BUCETTO, M., “El derecho de acceso a la justicia de los pueblos indígenas: estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, vol. 18, núm. 25, 2020.
- BULYGIN, E., “Los jueces ¿crean derecho?”, *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 18, 2003.
- CAPELLETTI, M., GARTH, B. y TROCKER, N., “Access to justice: comparative general report”, *Rabels Zeitschrift Für Ausländisches Und Internationales Privatrecht / The Rabel Journal of Comparative and International Private Law*, vol. 40, núm. 3-4, 1976.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos, San José, 1969.
- CRESPO, Y., “La reparación del daño como derecho fundamental de la víctima en el sistema acusatorio mexicano”, *IUS Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, vol. 14, núm. 46, 2020.
- CEVALLOS, D., “El amparo de los derechos en el Estado constitucional de Derecho. Notas desde una teoría argumentativa del Derecho”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 46, 2023.
- CARRASCO, M., “Definición constitucional del derecho a la tutela judicial efectiva”, *Revista de Derecho Político*, núm. 107, 2020.

- Corte IDH. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Fondo. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C núm. 4.
- Corte IDH. *Caso Guachalá Chimbo y Otros vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de marzo de 2021. Serie C, núm. 423.
- Corte IDH. *Caso Cantoral Huamaní y García Santa Cruz vs. Perú*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 10 de julio de 2007. Serie C, núm. 167.
- Corte IDH. *Caso Suárez Rosero vs. Ecuador*. Fondo. Sentencia del 12 de noviembre de 1997. Serie C, núm. 35.
- Corte IDH. *Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de enero de 1997. Serie C, núm. 30.
- Corte IDH. *Caso Rosendo Cantú y otra vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010. Serie C, núm. 216.
- Corte IDH. *Caso Defensor de Derechos Humanos y otros vs. Guatemala*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C, núm. 283 .
- Corte IDH. *Caso Azul Rojas Marín y otra vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 12 de marzo de 2020. Serie C, núm. 402.
- Corte IDH. *Caso García Ibarra y otros vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 360.
- Corte IDH. *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016. Serie C, núm. 310.
- Corte IDH. *Caso El Amparo vs. Venezuela*. Reparaciones y Costas. Sentencia del 14 de septiembre de 1996. Serie C, núm. 28.
- Corte IDH. *Caso Osorio Rivera y familiares vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2013. Serie C, núm. 274.

- Corte IDH. *Caso Quispialaya Vilcapoma vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 23 de noviembre de 2015. Serie C, núm. 308.
- Corte IDH. *Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 16 de noviembre de 2009. Serie C, núm. 205.
- ENRIQUEZ, P., "La interpretación conforme y su impacto en los jueces mexicanos", *Cuestiones Constitucionales*, núm. 32, 2015.
- ESCOBEDO, R., "El derecho humano al acceso a la justicia, como límite a la discriminación de las personas con discapacidad en México", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 131, 2022.
- FONSECA, R., "Derecho a la justicia de las víctimas en México", *Revista del Posgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 33, núm. 13, 2020.
- FERRAJOLI, L., *La democracia a través de los derechos: el constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Madrid, Trotta, 2014.
- GUASTINI, R., "Interpretación y construcción Jurídica", *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, vol. 43, 2015.
- GONZÁLEZ, A., *La víctima en el sistema penal*, Bogotá, Leyer, 2007.
- LÓPEZ, E., y FONSECA, R., "Expansión de los derechos de las víctimas en el proceso penal mexicano: entre la demagogia y la impunidad", *Revista Criminalidad*, vol. 58, núm. 2, 2016.
- LORCA, A., "El Derecho Procesal como sistema de garantías", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 107, 2003.
- MADINA, M., "Los derechos del imputado y la víctima en los tratados internacionales de derechos humanos y su conflicto en el seno del proceso penal", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, t. II, Montevideo, Fundación Konrad-Adenauer, 2005.
- MAZZARESE, T., "Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 26, 2003.

- NÚÑEZ, M., “Desaplicación e inaplicación jurisdiccional de las leyes en Chile: ejercicio de la jurisdicción y control concreto de constitucionalidad”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, núm. 2, 2012.
- NÚÑEZ, M. y NERIA, M., “Tutela Judicial Efectiva y el Debido proceso. Del Debido proceso formal al Debido proceso sustantivo”, *El debido proceso en el derecho constitucional procesal mexicano: a la luz de la jurisprudencia y precedentes nacionales e internacionales*, Barcelona, Bosch, 2003.
- SANTIS, A., *El acceso a la justicia y la asistencia jurídica gratuita de los grupos vulnerables en Chile: diseño jurídico-constitucional, adecuación convencional e institucionalidad*, Tesis doctoral Universidad de Salamanca, 2020.
- ZAMORA, J., *La víctima en el sistema penal mexicano*, México, IN-ACIPE, 2002.

El Artículo 10.2 de la Constitución española en la interpretación y tutela de derechos fundamentales

Alejo Martínez Quiñones
España

SUMARIO: I. Introducción. II. Génesis del precepto e incidencia inicial en nuestro sistema constitucional. III. Caracterización y desarrollo jurisprudencial. IV. Consideraciones finales: cuestiones por resolver. Referencias.

RESUMEN: El artículo 10.2 de la Constitución constituye un singular criterio interpretativo, casi único, de nuestra norma fundamental, y en especial de los derechos en ella proclamados, que se abren a través del derecho internacional de los derechos humanos. Sin embargo, algunas de las cuestiones derivadas del mismo han dado lugar a complejos interrogantes constitucionales, no todos los cuales son pacíficos en la actualidad: serán los mismos los que, sobre la base de una aproximación general al precepto, tratemos de abordar en estas líneas.

I. INTRODUCCIÓN

Pocos son los criterios hermenéuticos que la Constitución española explicita entre su articulado. Lejos de ello, las previsiones constitucionales, y en particular las que proclaman derechos y libertades, suelen caracterizarse por su elevada generalidad y abstracción, haciendo necesario el recurso a una cierta discrecionalidad interpretativa capaz de concretar y orientar su alcan-

ce, sentido y contenido,¹ cuyos criterios difícilmente se encontrarán expresamente consignados en la norma fundamental.² Sin embargo, existe un precepto que escapa a esta regla general, y que constituye por ello una cierta singularidad en el ámbito comparado: el artículo 10.2 de la Constitución supone, como ha reconocido el Tribunal Constitucional,³ la única cláusula hermenéutica prevista en nuestra norma básica, y desempeña un trascendental papel en esa labor de concreción de cuantos de sus preceptos proclaman derechos y libertades.

Con arreglo al mismo, “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”. Como se verá a continuación, este precepto ha supuesto un argumento interpretativo ciertamente original, que ha favorecido una singular sintonía entre nuestro entendimiento de los derechos fundamentales y el que de los derechos humanos se realiza en el ámbito internacional, hasta el punto de suponer, en palabras de la doctrina, una de las más emblemáticas previsiones de nuestro sistema de derechos.⁴ Sin embargo, y pese a lo aparentemente sencillo

¹ Sobre este particular y para la específica posición de la interpretación constitucional dentro de la interpretación jurídica, Díaz Revorio, J., “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 37, 2016, pp. 9-31.

² Ello no debe llevar a entender, sin embargo, que la Constitución carece en su articulado de las claves necesarias para su interpretación, obligando a recurrir en todo a criterios ajenos a la misma. Lejos de ello, la norma fundamental cuenta con la “sustancia material” suficiente en la regulación de sus principios estructurales y en su Título I como para extraer los elementos a que atender en la elaboración y aplicación, en lo que aquí nos afecta, de una teoría de los derechos. Así lo han manifestado Bastida Freijedo, F.J. *et al.*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004, p. 77.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 198/2012, de 6 de noviembre.

⁴ Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en Rodríguez-Piñero, Bravo Ferrer, M. y Casas Baamonde, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la*

de su transcrita dicción, las cuestiones que plantea son numerosas y complejas, y requieren de un análisis más sosegado de lo que inicialmente podría parecer.

II. GÉNESIS DEL PRECEPTO E INCIDENCIA INICIAL EN NUESTRO SISTEMA CONSTITUCIONAL

El origen del artículo que nos ocupa puede encontrarse en dos enmiendas al anteproyecto constitucional que fueron formuladas en el Congreso de los Diputados con propósitos distintos. De una parte, el parlamentario Rafael Arias Salgado, de Unión de Centro Democrático, propuso la sustitución completa del Título I por una remisión constitucional a los convenios internacionales más relevantes en materia de derechos humanos.⁵ Lo que con ello se perseguía era claro: soslayar las dificultades aparejadas a la discusión de todo un título constitucional sobre derechos y libertades.⁶ De otra parte, el parlamentario Antón Cañellas Balcells, de Unió Democràtica de Catalunya, formuló una enmienda aditiva que tenía por objeto el reconocimiento de efectos interpretativos a los tratados en materia de derechos humanos. En la discusión de estas enmiendas pareció imponerse la consideración de que ambas incurrieran en una reiteración de lo ya previsto en el artículo 96.1, de modo que serían finalmente rechazadas.⁷ Sin embargo, lo interesante de la cuestión radica en que fue Unión de Centro Democrático la que recuperó la intención de la enmienda de

Constitución, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, t. I, 2018, p. 230.

- ⁵ Así pues, la enmienda refería expresamente la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH, en adelante), los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y la Carta Social Europea.
- ⁶ Carreras Serra, F. de, “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000, pp. 325-326.
- ⁷ Sin embargo, la razón de la disputa parlamentaria residió en realidad en la configuración del derecho a la educación, respecto del que las consecuencias de una lectura internacional suscitaban reticencias en algunos grupos políticos.

Cañellas Balcells en el Senado, que finalmente daría al precepto constitucional su redacción actual.

En la opción del legislador constituyente por un artículo de estas características cabe subrayar la incidencia que pudo desempeñar la reciente aprobación de la Constitución portuguesa tan solo dos años antes, en 1976: su artículo 16.2 siguió una línea similar a la española, al proclamar que los preceptos constitucionales y legales relativos a los derechos fundamentales “deberán ser interpretados en armonía con la Declaración Universal de los Derechos del Hombre”. Por lo demás, el análisis comparado nos ofrece una escasez de previsiones similares. Con la excepción de la emulación en algunos países del criterio seguido por nuestro artículo 10.2,⁸ la práctica demuestra que ha sido necesario acudir a otras construcciones para hacer valer en el plano constitucional los acuerdos internacionales en materia de derechos humanos, como ha ocurrido en el caso de Alemania a partir de una interpretación sistemática de la Ley Fundamental y de las posibilidades expansivas de la noción de dignidad.

Así las cosas, un precepto tan particular como este ha inaugurado desde sus inicios un nuevo paradigma en el plano jurídico interno y, en especial, en la relación entre el ordenamiento constitucional y el internacional. No solo ha evidenciado la crisis que desde hace décadas aqueja a la soberanía en el marco convencional,⁹ sino que ha alterado notablemente la posición de la norma

⁸ Es el caso, en el ámbito europeo, de la Constitución rumana de 1991, en su artículo 20, al proclamar que “las disposiciones constitucionales relativas a los derechos y a las libertades de los ciudadanos se interpretarán y aplicarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los convenios y los demás tratados de los cuales Rumanía sea parte”, añadiendo que “si existen contradicciones entre los convenios y tratados relativos a los derechos humanos [...] y las leyes internas, las regulaciones internacionales tendrán la primacía, a menos que la Constitución o las leyes nacionales contengan previsiones más favorables”. La traducción es la ofrecida por el Congreso de los Diputados. Por añadidura, también es el caso de la Constitución colombiana de 1991, que en su artículo 93.2 prevé que “los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

⁹ Carreras Serra, F. de, *op. cit.*, pp. 321-325.

suprema del ordenamiento con respecto a los tratados y acuerdos suscritos por España, que han abandonado una posición subordinada para pasar directamente a condicionar, en última instancia, el contenido de aquella. Buena prueba de esta capacidad de influencia puede encontrarse, como ha señalado la doctrina, en el alto grado de adaptación de nuestro país a las exigencias internacionales sobre derechos humanos, especialmente a las del Convenio Europeo, respecto del que el Reino de España muestra proporcionalmente un número de demandas más reducido.¹⁰ En otros términos, puede sostenerse que el halo de protección que ofrecen hoy algunos de nuestros derechos constitucionales no sería el mismo sin la previsión en nuestra norma fundamental de una cláusula como esta.¹¹

Sin embargo, y pese a que el Tribunal Constitucional no ha negado nunca la virtualidad del artículo 10.2,¹² su jurisprudencia sí ha variado notablemente en su caracterización y aplicación al caso concreto. Tras esta dinámica se deduce una encrucijada no pequeña, como es la de adoptar una interpretación del precepto capaz de desplegar un mayor o menor grado de vinculación entre nuestro ordenamiento y el internacional, arrastrando con ello a los poderes estatales en la garantía de un estándar más o menos

¹⁰ Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, pp. 230-231.

¹¹ Cuenca Gómez, P., “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012, p. 97.

¹² Lejos de ello, y reconociendo su relevancia, enfatizó desde muy pronto que el precepto “expresa 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”, añadiendo que esa es la razón por la que “desde sus primeras sentencias este Tribunal ha reconocido [su] importante función” (STC 38/1981, de 23 de noviembre). En el mismo sentido, y en relación con la DUDH, el Tribunal ha recordado también desde muy temprano que “la Constitución se inserta en un contexto internacional en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, por lo que hay que interpretar sus normas en esta materia de conformidad con la Declaración [...]” (STC 78/1982, de 20 de diciembre).

intenso de derechos humanos. Esta es una cuestión cuyo análisis obliga a diseccionar la configuración que nuestro legislador constituyente hizo de este precepto.

III. CARACTERIZACIÓN Y DESARROLLO JURISPRUDENCIAL

Cabe insistir en que la dicción del artículo 10.2 es, aparentemente, bien sencilla. Sin embargo, tanto por lo que expresamente incorpora como por aquello en lo que guarda silencio, su caracterización puede resultar compleja hasta extremos singulares. Son diversas las cuestiones que, en este punto, y no siempre a la par, jurisprudencia y doctrina han tratado de resolver paulatinamente. De aquellas depende la determinación del verdadero objeto y finalidad del artículo, y son tan diversas como, entre otras, cuáles son los derechos sobre los que el precepto se proyecta, cuáles los destinatarios del mandato interpretativo y cuáles los tratados afectados; de qué tipo es y cómo ha de operar la interpretación prevista; el eventual despliegue, junto a esta, de otros efectos de tipo integrativo; o la posibilidad de emplear el canon del artículo 10.2 como parámetro de constitucionalidad de las normas.

3.1. Objeto y destinatarios del mandato

Debe repararse, en primer término, en que con arreglo al precepto que nos ocupa son “las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce” las que deberán interpretarse con arreglo a los tratados internacionales suscritos por España en esta materia. Ello plantea un primer problema, en tanto que obliga a determinar cuáles son esos derechos y libertades referidos, tarea no sencilla si atendemos a la confusa terminología empleada en el Título I de la norma fundamental. Nuestro órgano de garantías ha entendido tradicionalmente que se trata de los comprendidos en su Capítulo II, esto es, los artículos 14 a 38,¹³ de modo que el mandato interpretativo se añadiría a la ya reforzada protección constitucional que determina su

¹³ STC 36/1991, de 14 febrero.

vinculación a todos los poderes públicos, la reserva de ley en su desarrollo —condicionada por su contenido esencial— y la posibilidad de su tutela indirecta a través del recurso de inconstitucionalidad (art. 53.1 CE). Ello no ha privado al Tribunal, sin embargo, de optar excepcionalmente por otras posturas, al apuntar a la reducción del objeto del precepto a los artículos 14 a 30¹⁴ o su extensión al Capítulo III (arts. 39 a 42)¹⁵ —sobre esta última cuestión volveremos en las páginas finales de este trabajo—, lo cual se ha subrayado doctrinalmente no debe entenderse sino como una excepción que coadyuva a confirmar la regla jurisprudencial general.¹⁶

Por añadidura, debe tenerse presente que el artículo 10.2 no se proyecta únicamente sobre los preceptos en materia de derechos fundamentales, sino también sobre otras disposiciones constitucionales e infra constitucionales que inciden en la regulación de los mismos. Así pues, se ha resaltado el efecto irradiador del mandato interpretativo sobre todo el subsistema de derechos fundamentales, derivado del que a su vez estos poseen.¹⁷ En este sentido, el Tribunal Constitucional ha llegado a señalar desde muy pronto que los acuerdos internacionales proyectan su eficacia sobre “todas las demás normas del ordenamiento” que afecten a los derechos y libertades.¹⁸

De otro lado, resulta necesario concretar el sentido de la cláusula “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, máxime si se tiene en cuenta que, como se ha visto, el legislador constituyente prescindió de la enumeración de los convenios más relevantes en

¹⁴ STC 38/2011, de 28 de marzo, o recientemente STC 32/2019, de 28 de febrero.

¹⁵ Como ejemplo de admisión implícita de esta posibilidad suele acudir a la STC 199/1996, de 3 de diciembre, en relación con el artículo 49 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha acudido, también en esta materia, a convenciones internacionales en materia de discapacidad (STC 215/1994, de 14 de julio).

¹⁶ Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, p. 232.

¹⁷ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 85.

¹⁸ STC 78/1982, de 20 de diciembre.

este ámbito, pese a que una de las enmiendas sí se consignaban de forma expresa. De nuevo aquí las posibles interpretaciones son diversas, aunque sin duda se ha impuesto la que extiende la aplicación del artículo no solo a aquellos tratados que tienen por directo objeto los derechos humanos, sino también a cuantos textos internacionales puedan incidir en la materia. Ello ha desembocado en una aplicación jurisprudencial poco restrictiva del precepto, que ha favorecido acudir a textos de *soft law* que, producidos en el seno de distintas organizaciones internacionales, no revestían la condición de tratados. Igualmente, ha sido posible el recurso a convenios aún no ratificados por España y por tanto no incorporados al ordenamiento nacional,¹⁹ e incluso a disposiciones respecto de las que el Estado español había formulado reservas.²⁰

A mayor abundamiento, es de reseñar que el Tribunal Constitucional no solo ha acudido a la letra de los tratados internacionales, sino especialmente a las decisiones, acuerdos o resoluciones emanados de los órganos especializados establecidos para su garantía,²¹ que en su práctica jurídica realizan, a su vez, una labor de interpretación para dotar de contenido a los conve-

¹⁹ Vid. SSTC 64/2001, de 16 de mayo, y 2/2003, de 16 de enero, con respecto al Protocolo VII al CEDH, firmado por España en 1984 aunque no ratificado hasta 2009. Al respecto, Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, p. 235. Vid. también STC 12/2008, de 29 de enero, en relación con el Tratado de Lisboa.

²⁰ Ejemplos clásicos de este particular son las SSTC 21/1981, de 15 de junio, y 44/1983, de 24 de mayo, al tener por no formulada la reserva española frente a los artículos 5 y 6 del Convenio Europeo en materia de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, y ello aun reconociendo el Tribunal inicialmente que tal circunstancia imposibilitaba el recurso al artículo 10.2.

²¹ Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 93. Este trabajo bien puede reconocerse como el estudio de referencia en la materia y uno de los primeros en abordar la cuestión en toda su complejidad, a la luz de una evolución jurisprudencial que ya era suficiente para ello. Por él su autor fue galardonado con el Premio “Rafael Martínez Emperador” de 1998.

nios y velar por su cumplimiento.²²²³ Todo ello ha posibilitado la progresiva adopción de una línea aperturista en la jurisprudencia para aplicar el precepto,²⁴ que ha desbordado las previsiones literales del articulado constitucional y ha permitido proyectar su eficacia sobre un extenso *corpus* normativo,²⁵ maximizando la

²² Aparicio Pérez, M. A., “La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces Para la Democracia*, núm. 6, 1989, p. 10.

²³ La vinculación se hace especialmente intensa en el caso de los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales, habiéndose referido a ellos el Tribunal Constitucional como las “instancias propias de protección [de esas normas]” y las más apropiadas para la “definición autorizada de su contenido y alcance” (Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, acerca del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004). En el caso de los órganos no jurisdiccionales, por el contrario, el Tribunal no ha reconocido por lo general una vinculación directa, lo cual no ha sido óbice para que en ocasiones haya acudido a su práctica normativa.

²⁴ Gómez Fernández, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2004, p. 93.

²⁵ De este modo, en la jurisprudencia de nuestro órgano de garantías han influido notablemente textos como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —asimismo los dictámenes del Comité de Derechos Humanos, instancia de carácter equiparable a lo jurisdiccional— y, en menor medida, el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Declaración de Derechos Humanos; los diversos convenios aprobados en el seno de las Naciones Unidas y, en algún caso, las Resoluciones de la Asamblea General; los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo y, en ocasiones, las recomendaciones e informes del Comité de Libertad Sindical; y, por supuesto, la diversa producción normativa del Consejo de Europa, de entre la que destaca el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en cuyo caso opera, en palabras de García De Enterría, E., “El valor en Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987, un “doble reenvío”: en primer término del artículo 10.2 al propio Convenio, y en segundo del mismo (art. 32.1) al Tribunal para cuanto se refiere a su interpretación y aplicación. De este modo, se comprende que su jurisprudencia haya sido seguida de forma exhaustiva hasta el punto de constituir doctrina general de referencia en tantas materias, lo que se ha visto facilitado por contar con un sistema enteramente jurisdiccional y también de ejecución; en último término, y por razones claras, la vinculación con el Derecho de la Unión Europea —incluida su Carta de Derechos Fundamentales— es absoluta. *Vid.*, sobre su fundamentación constitucional en el ar-

incidencia de la regulación internacional en materia de derechos humanos sobre el ordenamiento interno.

Queda pendiente, en fin, esclarecer sobre qué poderes recae el mandato del artículo 10.2. De la dicción impersonal “se interpretarán” no parece deducirse un criterio claro, de modo que ha sido el Tribunal Constitucional el encargado de dar solución a esta cuestión: se trata de todos los poderes públicos. Ello afecta, de un lado, al legislativo, que habrá de interpretar los preceptos constitucionales de la forma más respetuosa con los tratados y, por tanto, verá reducida su discrecionalidad normativa²⁶ — lo cual es plenamente coherente con un precepto que, como señalábamos, se proyecta sobre todas las normas en materia de derechos—. En este sentido, en ocasiones el propio legislador ha enfatizado su compromiso con el artículo 10.2 en la exposición de los motivos de las normas aprobadas; de otro lado, iguales consideraciones son predicables del poder ejecutivo, para el que el derecho internacional de los derechos humanos aparecerá nuevamente como límite indispensable.²⁷

Y en fin, especialmente obligado por el mandato interpretador vendrá el juez ordinario, que deberá desplegar una doble labor, pues habrá de hacer efectiva la interpretación internacional de los derechos y, si previamente se ha prescindido de ella, subsanar tal circunstancia, ejerciendo así una labor fiscalizadora no solo sobre la actividad del propio poder judicial, sino sobre la de los demás poderes. De este modo, en este ámbito no solo se manifestará la resistencia pasiva de los tratados internacionales frente a la legislación nacional —es doctrina general considerar que, en caso de contradicción, la misma dará lugar a la aplicación preferente²⁸ de aquellos aunque sin entrañar un problema

tículo 10.2 o, alternativamente, en el artículo 93, Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, pp. 239-242.

²⁶ Bastida Freijedo, F.J. *et al.*, *op. cit.*, p. 82.

²⁷ Rubio Llorente, F., “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves*, núm. 75, 1997, p. 6.

²⁸ La misma viene garantizada por el propio artículo 96 y asimismo por el artículo 31 de la Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, al disponer que “las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales válidamente celebrados y publicados

de constitucionalidad;²⁹ en caso de no ser posible la aplicabilidad directa, la interpretación conforme desarrollará un papel clave—³⁰, sino que se hará posible la elevación de una cuestión de inconstitucionalidad a los efectos de expulsar del ordenamiento a la norma contraria al mandato constitucional de interpretación —aunque ello no será técnicamente posible si no es en conexión con los derechos afectados—.

3.2. Clase y efectos de la interpretación prevista

Parece claro que el artículo 10.2 obliga a realizar una interpretación conforme de la Constitución a partir de los textos internacionales de derechos humanos, y así se desprende incluso de su tenor literal, al emplear los términos “de conformidad”. Sin embargo, ha sido cuestión largamente discutida si tal interpretación debería entenderse en un sentido débil, esto es, de mera ausencia de contradicción entre norma fundamental y tratados, o fuerte o material, a través de una deducibilidad de contenidos específicos a partir de los mismos.³¹ A mi juicio, resultan razonables las posturas de quienes señalan que el Tribunal Constitucional ha evitado decantarse definitivamente por una u otra opción, guardando para sí, en cada caso, un margen de discrecionalidad en la concreción de los preceptos constitucionales.³² De cualquier modo, la relevancia de la regulación convencional como *standard* mínimo en la declaración del contenido de los derechos fundamentales,³³ y principios como el *favor libertatis*, hacen a mi juicio más factible una deducibilidad real de contenidos o conformidad *stricto sensu*.

oficialmente prevalecerán sobre cualquier otra norma del ordenamiento interno en caso de conflicto con ellas, salvo las normas de rango constitucional”.

²⁹ Vid., al respecto, Gómez Fernández, I., *op. cit.*, p. 98.

³⁰ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 93.

³¹ Carreras Serra, F. de, *op. cit.*, p. 336.

³² Vid., respecto de este debate, Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, pp. 244-246.

³³ STC 236/2007, de 7 de noviembre.

Por añadidura, y es en realidad consecuencia de lo anterior, es incontrovertido que la regla del artículo 10.2 comprende una obligación de resultado, indisponible para el hermeneuta de la norma fundamental que, según adopte uno u otro entendimiento de la interpretación conforme, bien habrá de excluir aquellas interpretaciones constitucionales que entren en directa contradicción con los tratados o bien habrá de optar, de entre las posibles, por la que dote de una mayor efectividad a las disposiciones de aquellos.³⁴ Igualmente, es posible caracterizar al precepto que nos ocupa como una regla de interpretación evolutiva,³⁵ al suponer una cláusula abierta³⁶ que se proyecta sobre cualesquiera convenios presentes o futuros, posibilitando así la continua adaptación de nuestros estándares de derechos a los cambios ocurridos en los estándares internacionales. En este sentido, “un cambio en la doctrina de los órganos de garantía” será fundamento suficiente para justificar la especial trascendencia constitucional de un recurso de amparo. De este modo, queda vedada una interpretación regresiva de los derechos constitucionales que se aleje de la internacional,³⁷ lo que ha llevado a la doctrina a hablar del artículo 10.2 como un criterio universal de interpretación.³⁸

3.3. Mandato de interpretación y también de integración

Cuestión de relevancia capital en nuestra jurisprudencia ha sido, por sus efectos prácticos, la determinación de si el artículo 10.2 suponía únicamente una prescripción de carácter interpretativo o si, por el contrario, abría también la puerta a incorporar facultades o garantías de regulación internacional respecto de las

³⁴ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 90.

³⁵ Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, p. 231.

³⁶ Martín-Retortillo-Baquer, L., “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995, pp. 7 y ss.

³⁷ STC 155/2009, de 25 de junio.

³⁸ Peces-Barba Martínez, G., *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 511.

que la Constitución nada explicita. En este punto, las dudas que arrojaba el inciso “que la Constitución reconoce”, aparentemente taxativo, no eran escasas. La disyuntiva se hacía, por añadidura, más compleja si se tiene en cuenta que la redacción resultante de los debates constituyentes prescindió de cualquier referencia a la integración, a pesar de que la enmienda propuesta en el Senado —que, como se ha visto, fue la que dio lugar a la aprobación del precepto en su configuración actual— sí lo contemplaba inicialmente. El consenso alcanzado en esta Cámara, sin embargo, fue mayoritariamente favorable al entendimiento de la interpretación como una actividad de mera cognición del Derecho, sin margen para mayor rellenado o concreción del texto constitucional.³⁹

No obstante, y de nuevo, la línea que ha seguido la aplicación del artículo ha sido mucho más flexible. Ello encuentra su razonable explicación en que es muy difícil efectuar una interpretación de las características proyectadas por el constituyente sin entrar en el terreno de la creación jurídica, lo cual se hace especialmente evidente en el ámbito constitucional:⁴⁰ a pesar de las reticencias iniciales del Tribunal Constitucional,⁴¹ la generalidad y abstracción que caracteriza a la proclamación de derechos y libertades ha hecho necesario colmarlos en aplicación del artículo 10.2, aflorando de este modo contenidos y dimensiones no explicitados en la norma fundamental. Así, y en conexión con los derechos formalmente ya proclamados, se han reconocido otros nuevos a modo de expresión de facultades, garantías o posiciones jurídicas⁴² que argumentalmente se han señalado implícitas en la regulación constitucional, aunque en realidad derivan de la eficacia de que el artículo 10.2 dota a las normas internacionales en nuestro sistema, sin las cuales dicho reconocimiento no habría sido posible.

³⁹ *Ibidem*, p. 246.

⁴⁰ Carreras Serra, F. de, *op. cit.*, p. 327.

⁴¹ Ejemplos de ello se suceden desde sentencias de los años noventa (por todas, STC 64/1991, de 22 de marzo) hasta el relativamente reciente voto particular del magistrado Aragón Reyes a la STC 150/2011, de 29 de septiembre.

⁴² Saiz Arnaiz, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional...*, cit., p. 82.

Así las cosas, la incidencia del precepto objeto de estudio ha resultado clara en la extensión del catálogo de derechos constitucionales.⁴³ algunos buenos ejemplos de ello los constituyen el reconocimiento del derecho a la segunda instancia en materia penal a partir del artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aunque también con referencias constantes al Protocolo VII CEDH—,⁴⁴ unas veces comprendido en el artículo 24.1 de la Constitución y otras en el 24.2;⁴⁵ del *habeas data* con base en el Convenio del Consejo de Europa para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, de 28 de enero de 1981, incardinado en el artículo 18.4 de la Constitución;⁴⁶ y del derecho al intérprete en el proceso penal a raíz de los artículos 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y del artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, también como parte del artículo 24.2.⁴⁷ De la lectura de todos estos pronunciamientos del Tribunal Constitucional se desprende, de nuevo, la importancia de un sistema jurisdiccional o cuasi-jurisdiccional capaz de sentar jurisprudencia a la que nuestro órgano de garantías pueda acudir en su *ratio decidendi*.

3.4. Parámetro de constitucionalidad

Es evidente que las violaciones de los tratados internacionales no son fiscalizables a través del juicio de constitucionalidad o de amparo. Dando un paso más, también difícilmente discutible, nuestro órgano de garantías ha sido claro desde un inicio al señalar que los mismos “no pueden erigirse en normas fundamentales y criterios de constitucionalidad”.⁴⁸ Ahora bien, ello, que es predicable del conjunto de tratados referidos en el artículo 96,

⁴³ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 87.

⁴⁴ SSTC 51/1982, de 19 de julio y 37/1988, de 3 de marzo.

⁴⁵ *Vid.* STC 42/1982, de 5 de julio, por romper con tajante jurisprudencia anterior que negaba esta posibilidad.

⁴⁶ STC 254/1993, de 20 de julio.

⁴⁷ STC 5/1984, de 24 de enero.

⁴⁸ STC 142/1992, de 13 de octubre.

no es óbice para reconocer a los convenios internacionales en materia de derechos humanos una especial cualificación a estos efectos, de la que no gozan los demás: es claro que no podrán suponer un parámetro autónomo de validez de las normas y actos emanados de los poderes públicos,⁴⁹ pero también que una infracción del contenido mínimo de los derechos constitucionales interpretados conforme a los criterios internacionales supondrá una infracción mediata del artículo 10.2.⁵⁰ Por este motivo, la doctrina ha acostumbrado a señalar que nos encontramos ante normas interpuestas en el examen de la constitucionalidad de las normas y en los juicios de amparo,⁵¹ pues aunque no sea posible hacerlas valer por sí solas —cuestión especialmente clara en este último caso, pues el precepto queda expresamente excluido de aquellos sobre los que se permite el recurso—, sí constituirán, una vez integradas en los enunciados constitucionales a aplicar y “rellenados” estos, el completo parámetro.⁵²

En otros términos, puede decirse que el conflicto entre el derecho interno y el internacional adquiere una relevancia constitucional,⁵³ poniendo en juego el conjunto de disposiciones fundamentales⁵⁴ a través de la conexión entre el mandato interpretativo y los derechos concretos afectados. Conexión que, además, se extiende a otros dos supuestos: de un lado, todo juez viene vinculado por el mandato del artículo 10.2, de modo que, como antes se ha dicho, en caso de apreciar la contradicción entre una norma legal y las exigencias internacionales proyectadas sobre los derechos constitucionales deberá plantear la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad —y en caso de ser posible, inaplicar dicha norma o realizar una interpretación conforme de la misma—;⁵⁵ de otro, y a diferencia de lo que ocurre

⁴⁹ SSTC 64/1991, de 22 de marzo y 50/1995, de 23 de febrero.

⁵⁰ SSTC 80/2010, de 26 de octubre y 198/2012, de 6 de noviembre.

⁵¹ Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, p. 232.

⁵² Carreras Serra, F. de, *op. cit.*, pp. 335 y 340.

⁵³ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 93.

⁵⁴ Gómez Fernández, I., *op. cit.*, p. 98.

⁵⁵ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 93.

usualmente con los textos internacionales, los que aquí nos ocupan desplegarán, en su caso, y siempre que no concurra una expresa contradicción, un efecto interpretativo en su propio control previo de constitucionalidad, hasta el punto de obligar, de un modo contrario a la regla general, al entendimiento de la Constitución con arreglo a los mismos y no al revés. Por ello, la doctrina ha apuntado a una presunción de constitucionalidad reforzada⁵⁶ en este punto.

En fin, todas estas cuestiones han llevado a plantear la posible inclusión de los convenios sobre derechos humanos en el bloque de constitucionalidad. Así lo ha señalado Saiz Arnaiz, al resaltar el similar papel limitador de la discrecionalidad del poder público que desempeñan estos y otras fuentes de rango infra constitucional, como las que distribuyen territorialmente el poder.⁵⁷ En cualquier caso, se habla con normalidad de disposiciones con un estatus supra-legal⁵⁸ y, de facto, constitucional⁵⁹ o cuasi-constitucional;⁶⁰ y ello al margen de la eficacia integradora que, como tantas veces se ha dicho en estas páginas, determina la directa incorporación de las exigencias internacionales al contenido mínimo de los propios preceptos constitucionales.

IV. CONSIDERACIONES FINALES: CUESTIONES POR RESOLVER

Como se ha visto, el papel que desempeña el artículo 10.2 de la Constitución es relevante y complejo, hasta el punto de haberse demostrado, en algunos casos, determinante. En ausencia de este precepto, y sin perjuicio de las consecuencias internas del compromiso internacionalmente asumido por España o del recurso a argumentaciones jurídicas como la antes apuntada en el caso ale-

⁵⁶ Saiz Arnaiz, A., "Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...", *cit.*, p. 252.

⁵⁷ *Idem.*

⁵⁸ Cuenca Gómez, P., *op. cit.*, p. 81.

⁵⁹ *Ibidem*, p. 90.

⁶⁰ Alonso García, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984, p. 401.

mán, la discrecionalidad del Tribunal Constitucional en la determinación del contenido de los derechos fundamentales sería hoy ciertamente más alta, cuando menos en lo que se refiere a la sustitución de una obligación como la que tal precepto contiene⁶¹ por una mera facultad de interpretación. Ello se ha revelado especialmente claro en el caso de instrumentos internacionales especializados o temáticos, de mayor concreción en sus disposiciones que nuestro texto constitucional,⁶² y también en el de aquellos que cuentan con órganos de garantía capaces de interpretar y desarrollar sus previsiones. Y quizás haya supuesto, por añadidura, uno de los motivos por los que, al contar ya con un criterio definido de apertura al derecho internacional, el empleo de lecturas evolutivas de la Constitución a la norteamericana o a la canadiense haya sido muy escaso en nuestra jurisprudencia, que no ha encontrado problemas para ampliar el catálogo de derechos constitucionales o la intensidad de su protección gracias al artículo 10.2.

Sin embargo, son aún algunas las cuestiones controvertidas que el precepto suscita. Por su actualidad, conviene subrayar dos de ellas, quizás las más acusadas, que evidencian en el seno de la doctrina y de la jurisprudencia discusiones de calado, que a menudo incluyen también a los colectivos activistas de derechos humanos y respecto de las que, por el momento, el alcance de un consenso parece aún lejano. De un lado, el artículo 10.2 ha sido propuesto como una posible solución a las limitaciones sistemáticas de nuestra Constitución en la garantía de los derechos sociales. Como es sabido, la proclamación de algunos derechos como principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I) otorga a los mismos un carácter programático y los desprovee, mientras no se establezcan los mecanismos necesarios al efecto, de una directa protección jurisdiccional y constitucional (arts. 53.2 y 53.3 CE). Tal circunstancia, que anudada a la condición prestacional que los singulariza ha llevado a algunos de ellos a una limitada eficacia en la práctica, se ha tratado de resolver acudiendo al precepto que nos ocupa: de generalizarse una postura que extendiera los efectos del mandato interpretativo al

⁶¹ Saiz Arnaiz, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos...”, *cit.*, p. 252.

⁶² Cuenca Gómez, P., *op. cit.*

título constitucional completo, la virtualidad de las exigencias internacionales sobre los mismos sería mucho más intensa.

Sobre este particular, la jurisprudencia ofrece algunas claves. Como se ha dicho antes, el Tribunal Constitucional ha ampliado puntualmente el objeto del artículo 10.2 hasta abarcar también a los principios rectores (arts. 39 a 42 CE),⁶³ lo que en todo caso ha sido interpretado por la doctrina como un caso aislado. Algunos argumentos en favor de tal interpretación extensiva pueden encontrarse en la propia dicción constitucional, referida a “los derechos fundamentales y [...] las libertades que la Constitución reconoce”, y en su sistemática, al incardinar el artículo 10 en lo que ha venido a identificarse como el *pórtico* del Título I, esto es, el precepto que precede, en solitario, a la subsiguiente división en capítulos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional parece haber cerrado, al menos por el momento, la controversia, dando expresa respuesta a esta cuestión en su jurisprudencia reciente al descartar en este punto una inconstitucionalidad por conculcación del mandato interpretador.⁶⁴

No se agotan con ello las posibilidades que el artículo 10.2 podría ofrecer, en todo caso: la jurisprudencia ha reconocido en limitadas ocasiones la relevancia de los derechos sociales como requisitos indispensables para el ejercicio de otros derechos fundamentales.⁶⁵ Quizás podría optarse, en este extremo, por una

⁶³ Como ejemplo de admisión implícita de esta posibilidad suele acudir a la STC 199/1996, de 3 de diciembre, en relación con el artículo 49 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos. En otras sentencias, el Tribunal Constitucional ha acudido, también en esta materia, a convenciones internacionales en materia de discapacidad (STC 215/1994, de 14 de julio).

⁶⁴ STC 32/2019, de 28 de febrero.

⁶⁵ *Vid.*, respecto del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47 CE), y tal y como señala Simón Moreno, H., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 2014, pp. 176-177, STC 119/2001, de 24 de mayo, en relación con la vida privada y familiar y la exposición al ruido, y STS de 27 de junio de 2006 (R. 5973/2006), en relación con la intimidad. Igualmente, los votos particulares formulados a la STC 188/2013, de 4 de noviembre, en relación con la inviolabilidad del domicilio, e incluso el Auto del Juzgado de Primera Instancia N.º 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013 (R. 726/2013).

integración en el contenido de estos últimos, que sí están dotados de protección jurisdiccional, del de las disposiciones configuradas como principios rectores de la política social y económica. De cualquier modo, y dada la naturaleza prestacional de los mismos, ninguna de estas soluciones me parece definitiva, pues es en la dotación de medios materiales y en la falta de voluntad política anudada a la misma donde residen los principales problemas para su eficacia. De nada serviría, en este sentido, obtener pronunciamientos constitucionales favorables si luego no existieran las posibilidades económicas para hacerlos efectivos, estribando a mi juicio la solución más óptima, aunque ello no es objeto de este trabajo, en la combinación de estos últimos y de una subjetivización de los derechos sociales en el plano legislativo, mediante la previsión de acciones concretas en lo administrativo y en lo jurisdiccional capaces de obligar a los poderes públicos a su satisfacción.

De otro lado, cuestión especialmente poco pacífica es la que se refiere a la eficacia en el derecho interno de los dictámenes y recomendaciones emitidos los comités constituidos en el marco del sistema de Naciones Unidas. Aunque en este punto se entremezclan diversas cuestiones que atañen a la relación entre el ordenamiento interno y el sistema internacional de fuentes, que por su extensión se hacen difíciles de abordar aquí, sí es posible realizar algunas consideraciones esenciales: históricamente tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional han mantenido en esta materia posiciones que para parte de la doctrina han supuesto la negación práctica de la eficacia interpretativa del artículo 10.2. Pese a la jurisprudencia que desde un inicio enfatizó la vinculación que, por mediación de este precepto, la función jurisdiccional guarda con los dictámenes,⁶⁶ en numerosas ocasiones nuestros tribunales han destacado que los comités que los emiten se asemejan más a órganos políticos que a jurídicos,⁶⁷ y que por

⁶⁶ STC 81/1989, de 8 de mayo.

⁶⁷ STS de 6 de febrero de 2015 (R. 120/2013), al señalar, en relación con el Comité de Derechos Humanos, aunque extensible a los demás, que “no [se] diseña un órgano jurisdiccional, con facultades de carácter jurisdiccional, es decir, para determinar el Derecho de forma definitiva en caso de conflicto e imponerse frente a todos. Ni tampoco se le atribuye al mismo el

ende sus resoluciones no pueden entenderse como aptas para asentar interpretaciones auténticas de los textos que aplican.⁶⁸

Sin embargo, y con el tiempo, parece claro que estas posiciones han sido matizadas,⁶⁹ y la propia jurisprudencia ha reconocido que, aunque los dictámenes “no tengan fuerza ejecutoria directa ni sean equiparables a las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, ello “no implica que carezcan de todo efecto interno”.⁷⁰ Es aquí donde se muestra la relevancia del deber de consideración jurídica asumido por los Estados al ratificar los protocolos que dan creación a los procedimientos individuales de queja,⁷¹ cuyas resoluciones se proyectan de un doble modo en el derecho interno: en nuestro caso, de un lado, mediante su incorporación al mismo por ministerio del artículo 96 y, de otro, de un modo indirecto a través de la eficacia interpretativa mandatada por el artículo 10.2.⁷² En cualquiera de los casos, dicha consideración jurídica obliga al Estado a dotar de

monopolio para la interpretación y aplicación de sus normas. El [...] Pacto al describir el contenido de los informes [...] señala que “se limitará a una breve exposición de los hechos y agregará las exposiciones escritas y las actas de las exposiciones verbales que hayan hecho los Estados partes interesados» y «en cada asunto enviará un informe a los Estados partes interesados»”.

⁶⁸ STC 70/2002, de 3 de abril.

⁶⁹ Debe recordarse que, en la Declaración 1/2004, de 13 de diciembre, el Tribunal Constitucional se refirió a los órganos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales de garantía como “instancias propias de protección [de las normas internacionales]” y las más apropiadas para la “definición autorizada de su contenido y alcance.”

⁷⁰ Por todas, STC 61/2024, de 9 de abril.

⁷¹ Montesinos Padilla, C., “El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España. ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2023, p. 54.

⁷² En este sentido, la STS 786/2023, de 13 de junio, recuerda que la ausencia de fuerza ejecutiva de los dictámenes “no significa que no produzcan ninguna consecuencia jurídica, [...] pues] deben ser tenid[o]s en cuenta como indicadores relevantes sobre la observancia de los derechos [...], que mediante las medidas que proponen eviten o limiten las lesiones [...] y contribuyan a su mejor protección. De igual modo que deben ser tenidos en cuenta por los Estados para encauzar su acción legislativa, de forma que se cumplan las exigencias derivadas de la interpretación”.

efectos a los dictámenes y recomendaciones, tarea en la que goza de un margen de discrecionalidad⁷³ pero que en ningún caso resulta disponible.

Es en este punto en el que ha estribado la verdadera controversia, referida a la forma de hacer valer la reparación en aquellos supuestos en que los comités constatan la vulneración de un derecho que las instancias judiciales nacionales no han apreciado. Ante la imprevisión de vías administrativas o procesales específicas en orden a instar el resarcimiento o la revisión de las resoluciones nacionales —tal posibilidad queda únicamente reservada a las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos—, la responsabilidad patrimonial por anormal funcionamiento de los poderes públicos se ha convertido en la principal herramienta para procurar la ejecución de los dictámenes. Ello apareja algunas complejidades derivadas tanto de la exclusividad jurisdiccional como del valor de cosa juzgada de las sentencias firmes nacionales, motivo por el cual la jurisprudencia ha recordado que aquellos no constituyen un título de imputación suficiente que determine la responsabilidad,⁷⁴ y que han de ser las circunstancias declaradas probadas en cada caso —no solo las apreciadas por el correspondiente comité— las que lleven a apreciar la concurrencia de los requisitos necesarios para imputar un daño indemnizable a la Administración.

Quizás la STS 1263/2018, de 17 de julio, en el asunto *González Carreño*, fue identificada por parte de la doctrina y por las plataformas activistas de derechos humanos como un cambio de paradigma en la efectividad de la reparación,⁷⁵ pero lo cierto es que el Tribunal Supremo ha sido muy escrupuloso al

⁷³ Con arreglo a la STS de 6 de febrero de 2015 (R. 120/2013), es cada Estado parte el que asume el compromiso de “adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del [...] Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos”.

⁷⁴ Muy recientemente, SAN de 24 de abril de 2024 (R. 2/2022). Del mismo modo, STS 786/2023, de 13 de junio.

⁷⁵ Gutiérrez Espada, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018, pp. 836-851.

recordar en sus posteriores sentencias que, a pesar de que en tal supuesto el dictamen emitido por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer sirvió para declarar la responsabilidad patrimonial del Estado, lo fue conjuntamente con las demás circunstancias del caso, que resultaron debidamente acreditadas.

De este modo, es a mi juicio razonable sostener, como lo hace hoy la jurisprudencia, que no hay obstáculo para que la constatación de una lesión de derechos por un comité de Naciones Unidas pueda ser un elemento relevante en la determinación de un daño imputable a los poderes públicos,⁷⁶ pero siempre teniendo en cuenta que no tendrá por resultado autónomo “la virtualidad de dejar sin efecto las determinaciones de los Tribunales españoles cuando han conocido de unos mismos hechos”.⁷⁷

REFERENCIAS

- ALONSO GARCÍA, E., *La interpretación de la Constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1984.
- APARICIO PÉREZ, M. A., “La cláusula interpretativa del art. 10.2 de la Constitución, como cláusula de integración y apertura constitucional a los derechos fundamentales”, *Jueces Para la Democracia*, núm. 6, 1989.
- BASTIDA FREIJEDO, F.J. *et al.*, *Teoría General de los Derechos Fundamentales en la Constitución Española de 1978*, Tecnos, 2004.
- CARRERAS SERRA, F. de, “Función y alcance del artículo 10.2 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 60, 2000.
- CUENCA GÓMEZ, P., “La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpreta-

⁷⁶ STS de 29 de noviembre de 2023 (R. 85/2023), con cita de SSTC 245/1991, de 16 de diciembre, y 91/2000, de 30 de marzo.

⁷⁷ SAN de 24 de abril de 2024 (R. 2/2022).

- ción del artículo 10.2 de la Constitución Española”, *Revista de Estudios Jurídicos*, núm. 12, 2012.
- DÍAZ REVORIO, J., “Interpretación de la Constitución y juez constitucional”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, núm. 37, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “El valor en Derecho español de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Boletín Informativo del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid*, núm. 1, 1987.
- GÓMEZ FERNÁNDEZ, I., *Conflicto y cooperación entre la Constitución española y el Derecho Internacional*, Tirant lo Blanch, 2004.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “La aplicación en España de los dictámenes de comités internacionales: la STS 1263/2018, un importante punto de inflexión”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, 2018.
- MARTÍN-RETORTILLO-BAQUER, L., “La recepción por el Tribunal Constitucional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 137, 1995.
- MONTESINOS PADILLA, C., “El cumplimiento de los dictámenes de los comités de Naciones Unidas en España.
- ¿Imposibilidad jurídica o falta de voluntad política?”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 127, 2023.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1995.
- RUBIO LLORENTE, F., “Los derechos fundamentales. Evolución, fuentes y titulares en España”, *Claves*, núm. 75, 1997.
- SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho Internacional y Europeo de los Derechos Humanos. El artículo 10.2 de la Constitución Española*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 1999.

SAIZ ARNAIZ, A., “Artículo 10.2. La interpretación de los derechos fundamentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, BRAVO FERRER, M. y CASAS BAAMONDE, M.E. (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. Conmemoración del XL Aniversario de la Constitución*, Fundación Wolters Kluwer, Boletín Oficial del Estado, Tribunal Constitucional y Ministerio de Justicia, t. I, 2018.

SIMÓN MORENO, H., “La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la vivienda en relación al Derecho español”, *Teoría y Derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 16, 2014.

Tutela y mecanismos de exigibilidad de los derechos sociales en República Dominicana

Rosa Lucia Minaya Jerez
República Dominicana

SUMARIO: I. Introducción. II. Derechos sociales, concepto y teorías. III. Dificultad para tutelar los derechos sociales. IV. Exigibilidad de los derechos sociales. V. Tutela judicial efectiva de los derechos sociales en República Dominicana. VI. Conclusión. Referencias.

RESUMEN: El presente trabajo busca profundizar sobre la exigibilidad y tutela de los derechos sociales de manera efectiva, como elemento indispensable para el desarrollo del proyecto de vida de toda persona. Para lo cual, se requiere de la implementación de políticas públicas eficaces donde el límite de recursos disponibles que le asiste al Estado no resulte un obstáculo para la protección de estos. Principalmente, buscamos resaltar la posibilidad de exigir estos derechos mediante los mecanismos judiciales tradicionales o mediante una tutela judicial diferenciada.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo busca desarrollar la necesidad de abordar la exigibilidad de los derechos sociales mediante mecanismos judiciales efectivos. La gran relevancia de este tema radica en que la tutela judicial efectiva de estos derechos sigue siendo un reto para América Latina, y República Dominicana no es la excepción. Cuando hablamos de tutela de derechos sociales, la primera

concepción que se tiene es que estos son derechos irrealizables, utópicos o que simplemente fueron plasmados por el legislador a fin de tener una constitución garantista, pero, sin establecer los mecanismos o políticas necesarias para la tutela de estos. Sin embargo, es menester destacar que los derechos sociales son derechos fundamentales de igual importancia que cualquier otro derecho de índole civil, político, cultural o deportivo.

Con la presente publicación pretendemos precisamente refutar esta errónea percepción que impera en la mayoría de los países de América Latina, y confirmar que los derechos sociales lejos de ser simples normas programáticas irrealizables política, social o judicialmente, nos atrevemos a afirmar son derechos de mayor importancia que los demás. Toda vez que, sin el acceso efectivo a la materialización de estos es imposible que una persona pueda desarrollar su proyecto de vida, del cual a su vez se desprende el desarrollo de toda persona en la sociedad.

Resulta que sí los Estados erogan fondos públicos para la tutela de los derechos civiles y políticos o de cualquier otro derecho, también es posible que puedan destinar fondos a fin de implementar políticas públicas que tengan como objetivo ofrecer a toda persona la posibilidad de llevar una vida digna mediante la tutela de estos derechos.

Otro aspecto indispensable para la tutela de los derechos sociales es su exigibilidad mediante los mecanismos judiciales existentes o mediante la implementación de un recurso judicial que permita la aplicación de una tutela judicial diferenciada. Esto último surge ante el escenario de que algunos titulares de estos derechos pertenezcan a una minoría que requiera un trato diferenciado, tal como lo son las personas discapacitadas, las personas de la tercera edad o una persona con un cuadro de salud crítico, por citar algunos ejemplos. Quienes podrían requerir de un mecanismo judicial diferente a los tradicionales, que pueda responder a sus necesidades, ideas que desarrollaremos en adelante.

II. DERECHOS SOCIALES: CONCEPTO Y TEORÍAS

Los derechos sociales o de prestación tal como lo indica esta última característica, son derechos que en principio requieren de

prestaciones públicas indispensables para que estos puedan ser tutelados de una manera efectiva, estos derechos son considerados subjetivos con alto grado de importancia. “Pero lo que distingue a los derechos sociales de otros derechos fundamentales (diferencias específicas) es que son derechos de prestación en su sentido estrecho”,¹ es decir, derechos generales positivos a acciones fácticas del Estado.

Sin embargo, no en todos los casos en que se exija la protección de un derecho social se requerirá de una prestación inmediata de parte del Estado, en ocasiones para su exigibilidad solo será necesario el reconocimiento de un derecho y la aplicación de una política pública para hacerlo efectivo.

Tal como resulta el derecho al trabajo, el cual no obstante ser un derecho social, su tutela no requiere necesariamente de una erogación de recursos de parte del Estado. Toda vez que en principio se requeriría de la implementación de políticas públicas que tengan como fin la creación de vacantes en los distintos sectores tanto a nivel privado como a nivel público. Distinto a la aplicación del derecho a la vivienda, el cual no puede ser tutelado sin la inversión de recursos económicos de parte del Estado para materializarlo.

2.1. Mínimo existencial

Los derechos sociales son derechos que inciden directamente en el desarrollo social del proyecto de vida de una persona, sin los cuales esta no puede desarrollarse en sociedad con las condiciones mínimas para obtener una vida digna, tal como lo es el derecho a la salud, el trabajo, la educación, la seguridad social, alimentaria, derecho a la vivienda, entre otros. Es necesario resaltar que sin la tutela de las condiciones mínimas de estos derechos es imposible hablar de igualdad. Si ciertamente no todos pueden contar con los mismos recursos económicos, no nos referimos a la igualdad de recursos sino a la igualdad en esas condiciones mínimas requerida.

¹ Arango, R., *Concepto de Derechos sociales Fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005, p. 37.

El mínimo existencial es definido como el “aseguramiento de un contenido mínimo un núcleo intangible e indispensable —el mínimo existencial— de los derechos tanto individuales como colectivos, económicos, sociales y culturales”.²

Este mínimo existencial busca garantizar la protección del derecho fundamental, garantizando en todo momento el núcleo esencial del referido derecho, el cual consiste en la configuración del derecho, es decir, en los elementos constitutivos del derecho, que le son inherentes sin los cuales el derecho desapareciera, ese mínimo existencial, sobre el cual Hachem, ha afirmado que esta formulación “se basaba en el principio de dignidad de la persona, partiendo de la idea de que su realización plena no dependía solamente de la salvaguarda de la libertad, sino, igualmente, de un mínimo de seguridad social, dado que el individuo carente de recursos materiales que le permitieran vivir adecuadamente, no tendría su dignidad respetada”.³

Para el cumplimiento del mínimo existencial de los derechos sociales se requiere un recurso a través del cual pueda garantizarse efectivamente la protección de estos derechos y por tanto se requiere que el recurso sea el idóneo. El derecho internacional reconoce lo que se denomina como un “recurso idóneo”, como aquel que consta con distintas características requeridas para configurar la efectividad de un recurso, esta doctrina sostiene que no es suficiente que una persona pueda acceder a un mecanismo de tutela de derechos fundamentales, sino que el mismo pueda satisfacer las necesidades requeridas en un tiempo oportuno, así como también que dicho recurso responda a las necesidades del caso en concreto.

En suma, podemos afirmar que, para que sea tutelado el mínimo existencial de una persona es indispensable que exista un

² Berizonce, R. O., *Tutelas Procesales Diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009, p. 39.

³ Hachem, D., “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2015, p. 135, Proto Pisani, A., “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, *Bivista di Dtrluo Processuale*, Italia, Cedam, 1979, pp. 536-537.

recurso idóneo que responda a las características propias de un derecho social. Lo cual nos lleva a cuestionarnos si los mecanismos judiciales tradicionales mediante los cuales se tutelan los demás derechos fundamentales resultan idóneos para obtener resultados en un tiempo oportuno.

III. DIFICULTAD PARA TUTELAR LOS DERECHOS SOCIALES

El principal problema de los derechos sociales radica en que estos por su naturaleza requieren para su efectividad de una prestación de parte del Estado, es decir, de la erogación de recursos económicos que puedan cubrir las condiciones mínimas exigidas por sus titulares, sin embargo, la erogación de esos recursos va a depender de la disponibilidad que tenga el Estado.

De lo cual se colige que la protección de estos derechos siempre dependerá de la disponibilidad de recursos del Estado, es entonces donde cabe hacernos las siguientes cuestionantes al respecto, ¿Resultan suficientes los recursos que dispone el Estado para la tutela de derechos sociales? ¿Realmente los recursos económicos destinados por el Estado para la protección de estos derechos son el mínimo conforme a su posibilidad? Lo anterior nos permite afirmar que “Los derechos sociales no pueden ser completamente exigibles, porque en una medida importante ellos dependen de sistemas que el juez no puede, por el tipo de cargo que ocupa, crear”.⁴ De manera que, no obstante, la existencia de mecanismos judiciales idóneos para la tutela de los derechos sociales, la erogación de recursos económicos de parte del Estado es indispensable para su tutela, ya que poco se hace con una sentencia que ordene la tutela de un derecho social si el Estado carece de recursos disponibles que puedan tutelarlos.

Además de los recursos económicos que requieren estos derechos, otro problema que se presenta para la protección de estos es la inexistencia de políticas públicas en beneficio del cumplimiento de los derechos sociales, toda vez que aun y exista un mecanismo judicial especial para la exigibilidad de los mismos y

⁴ Atria, F., *Existen derechos sociales*, 2004, p. 3.

fueran reclamados ante un juez, este no podría por sí solo garantizar su efectividad.

Lo que indica que aun ante la erogación de recursos económicos de parte del Estado resultaría poco útil la ejecución de una sentencia que ordene la protección de un derecho social a través de un subsidio económico o de un servicio público, sí en el país no existen políticas públicas que sirvan de medio para otorgar la protección de estos derechos. “Si no es posible exigir judicialmente los derechos sociales y si además el estado no puede satisfacer todas las pretensiones que implican, estos derechos están condenados a ‘mantenerse’ como una promesa incumplida”.⁵

Respecto a la problemática de hacer exigible estos derechos y en efecto hacer efectiva su materialización, algunos autores afirman que: “[...] la insuficiente materialización de los derechos humanos, así como la protección privilegiada de las libertades, en perjuicio de la igualdad material y la propiedad colectiva”. Robert Alexy nos expresa “Lo que calificará la existencia de un derecho social como derecho pleno no es simplemente la conducta cumplida por el Estado, sino también la posibilidad de reclamo ante el incumplimiento: que –al menos en alguna medida el titular/ acreedor esté en condiciones de producir mediante una demanda o queja, el dictado de una sentencia que imponga el cumplimiento de la obligación generada por su derecho”.⁶

Conforme a lo expuesto por los autores citados precedentemente, otro problema que presentan estos derechos es la posibilidad de exigir estos derechos ante los tribunales, lo cual a nuestro parecer en República Dominicana no está en discusión, toda vez que el simple hecho de que estos derechos se encuentren reconocidos como derechos fundamentales en la Constitución dominicana les otorga a estos la posibilidad de ser exigidos en justicia. Máxime porque la Constitución dominicana establece

⁵ Bernal Pulido, C., *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales: una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

⁶ Baquero Keffer, M., “El régimen de los derechos sociales económicos y culturales”, *Constitución y Justicia Constitucional*, San José, Poder Judicial, 2009, p. 282.

en su artículo 7 que es un Estado social y democrático de derecho, así como también reconoce en el artículo 8 de la misma, que la función principal del Estado es la protección *efectiva* de los derechos de la persona.

Al referirse al tema de garantía de estos derechos de prestaciones públicas positivas, tal como él ha denominado a los derechos sociales, cita a Danilo Zolo y J. M. Barbalet, en cuanto estos autores niegan la consistencia teórica de una categoría de derechos sociales de carácter fundamental y “[...] recomiendan su inclusión no en la categoría de los «derechos» sino en la de los «servicios sociales» considerándolos por tanto como «prestaciones asistenciales ofrecidas discrecionalmente por el sistema político por una exigencia sistémica de igualación e integración social, de legitimación política y de orden público”.⁷

Estos problemas que presentan los derechos sociales a su vez crean las interrogantes y distintas teorías sobre los mismos, de si estos derechos son o no derechos fundamentales, si son secundarios respecto a los derechos civiles y políticos, si meramente son enunciativos o programáticos por su materialización a traves de mecanismos de tutelas especiales.

IV. EXIGIBILIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES

La exigibilidad de los derechos sociales es un reto que enfrentan los países latinoamericanos, por el principal requisito para tutelar estos derechos, la disponibilidad de recursos de los Estados, como hemos expuesto precedentemente, lo cual puede conducir a ver la realización de estos derechos como meras aspiraciones políticas o simples normas programáticas, cuya exigibilidad no es posible. Sin embargo, lejos de esta concepción errada en la que se pudiera incurrir, los derechos sociales son derechos perfectamente exigibles al igual que los demás derechos humanos, idea que buscamos fortalecer en cada persona, y con esto queremos resaltar la relevancia del rol que juega el titular de estos derechos.

⁷ Ferrajoli, L., *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 1999, p. 108

Dicho todo lo anterior, podríamos preguntarnos ¿quién es el titular de estos derechos? y ¿qué rol juega en su exigibilidad? Toda persona en el ejercicio de sus derechos es titular de derechos sociales y a su vez tiene la facultad para exigir su tutela, especialmente cuando estos derechos son vulnerados, ya sea por omisión o acción en detrimento de estos.

Es menester destacar que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los cuales son vulnerados a causa de una acción de un tercero o del Estado que ocasione un daño a un ciudadano tal como lo es el derecho a la libertad de expresión, que puede verse vulnerado cuando un tercero o el Estado impide a una persona expresar su opinión públicamente sobre un tema social trascendental como lo es la corrupción de los funcionarios, acción que conlleva la vulneración de este derecho.

Hay teorías que sostienen que estos derechos no son exigibles, confirma que son derechos meramente programáticos o que tan solo se encuentran enunciados en la carta magna, sin carácter estricto de cumplimiento por parte de los Estados, la principal afirmación de esta teoría consiste en que no son exigibles por la diferencia que tienen estos con los derechos civiles y políticos en cuanto al tipo de obligaciones que tiene el Estado respecto a estos, según Víctor Abramovich y Curtis Christian: “uno de los puntos que se repiten para sostener la pretendida distinción de los derechos civiles y políticos con respecto a los derechos económicos sociales y culturales, radica en que el primer género de derechos generaría exclusivamente obligaciones negativas o de abstención, mientras que los derechos económicos, sociales y culturales implicarían el nacimiento de obligaciones positivas que en la mayoría de los casos deberían solventarse con recursos del erario público”.⁸

Según esta teoría, la distinción reside en que las obligaciones negativas solo consisten en la posición del Estado de contenerse de violar los derechos civiles y políticos, no impedir a las personas el derecho a la vida, no establecer preferencia de género, sexo o etnia, para poder recibir la misma protección por la ley, abste-

⁸ Abramovich, Víctor y Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002, p. 2.

niéndose así de violar el derecho a la igualdad. Mientras que los derechos, económicos sociales y culturales exponen solamente obligaciones positivas por parte del Estado, es decir, requiere de prestaciones, destinadas a la realización material de la protección de estos derechos.

Tal sería el caso del derecho a la vivienda digna y el derecho a la educación, los cuales requieren de infraestructuras para hacer posible su cumplimiento, necesitan de un presupuesto destinado para la construcción de estas infraestructuras, y así en todos los demás derechos de esta índole, requieren de los recursos económicos del Estado para su cumplimiento, al no poseer los recursos suficientes para cumplir con estos derechos se concibe como absurda la idea de que estos sean exigibles.

El argumento de algunos autores de que estos derechos no son exigibles tiene un fundamento conservador el cual tiene una visión del “rol y funcionamiento del aparato estatal, que coincide con la posición decimonónica del Estado mínimo, garante exclusivamente de la justicia, la seguridad y la defensa”.⁹

La referida tesis responde al pensamiento tradicionalista que aparece con el Estado liberal el cual solo se enfocaba a la lucha por la libertad, seguridad y defensa de los pueblos, no obstante, no responde al actual Estado democrático, social y de derecho, el cual establece nuevos derechos indispensables para el desarrollo de una vida digna dentro de la sociedad. Este Estado se caracteriza por ser garantista, lo que implica la implementación de las medidas necesarias para la protección de los derechos humanos, así como también que contempla en su Constitución los derechos económicos, sociales y culturales como derechos fundamentales, por tanto, al reconocerlos adquiere también la obligación de protegerlos y garantizarlos.

Sin embargo, los derechos sociales por su naturaleza “prestacional” pueden ser vulnerados no solamente por una acción sino por una omisión de las autoridades al cubrir una obligación social establecida constitucionalmente, que impida que esa persona se

⁹ Nino, C., *Los derechos sociales en derecho y sociedad*, Buenos Aires, 1993, p. 17.

desarrolle con las condiciones mínimas requeridas para llevar a cabo su plan de vida de una manera digna. Tal como lo es el derecho a la salud, el cual puede verse vulnerado ante la negativa de un hospital de atender a un ciudadano por no poseer seguro médico, omisión con la cual se ve vulnerado su derecho.

La importancia de que el titular del derecho social vulnerado tenga a su favor acciones o recursos jurisdiccionales existentes para su exigibilidad, radica en que estos casos permiten a los tribunales crear jurisprudencia al respecto. Si bien es cierto que en la actualidad los tribunales de América Latina, especialmente los tribunales constitucionales, no cuentan con suficientes precedentes en materia de tutela de derechos sociales que permitan afirmar la exigibilidad de estos derechos, es preciso destacar que estos nacen de cada caso particular que resulte de un derecho vulnerado.

Lo anterior es otra idea que buscamos desmentir, esta es la imposibilidad de reclamar estos derechos jurisdiccionalmente. Las acciones y los recursos jurisdiccionales, mediante los cuales se tutelan los demás derechos fundamentales como lo es el amparo, también se encuentra habilitado para reclamar estos derechos sociales, lo cual si bien en principio se entendería que no es necesario enfatizar porque se pudiera dar por evidente.

Lo cierto es, que por lo regular los ciudadanos conciben de manera errada que, por el carácter prestacional el cual depende del límite de recursos disponibles de los Estados a estos fines, impide que este derecho sea reclamado en justicia, afirmación que es completamente falsa, motivo por el cual recalamos la importancia de crear conciencia al ciudadano de reclamar estos derechos al igual que los demás derechos fundamentales, ya que como hemos expuesto, es la única forma de crear jurisprudencia sobre la tutela de los derechos sociales.

“En los países de América Latina la cuestión de la exigibilidad se encuentra con la existencia de graves y desentendidas desigualdades, los niveles de pobreza son muy altos. Por el contrario, el crecimiento económico extremadamente bajo”.¹⁰ Por lo

¹⁰ Ribotta, S. y Rossetti, A., *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, 2010, p. 145.

que la República Dominicana no es la excepción, ya que es un país que se encuentra en constante desarrollo en todos los aspectos económicos y sociales, lo que podría evidenciar que estos derechos no son exigibles en nuestro país, sin embargo, en concordancia con el Estado social de derecho, a partir de la reforma constitucional del 2010, el país ha asumido nuevos retos como el de cumplir con las obligaciones de garantizar estos derechos al reconocerlos como fundamentales. Por lo que tal exigibilidad involucra la responsabilidad de todos los órganos que componen el Estado dominicano.

4.1. Sujetos obligados

El principal garante de los derechos sociales es el Estado. Existirían cuatro niveles de obligaciones, presentes en todo tipo de derecho: una obligación de respetar, obligación de proteger, obligación de garantizar y obligación de promover el derecho en cuestión, esquema aplicable a todos los derechos.

El Estado tiene la responsabilidad de cumplir con la protección de los derechos sociales a través de sus distintas obligaciones, estas obligaciones estatales en sentido general responden a todos los derechos fundamentales, tanto a los civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, y son reconocidos como un esquema interpretativo de todos los derechos. Para el cumplimiento de estas obligaciones es necesario que el Estado asuma un empoderamiento de las mismas y tome las medidas y políticas públicas necesarias para darle un fiel cumplimiento.

Otros entes responsables de la protección y/o garantía de los derechos sociales son los tribunales a través del control de constitucionalidad, ya sea del control concentrado o el control difuso, como lo es el Tribunal Constitucional que, en su rol de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, ya sea en su rol de revisor de las sentencias con autoridad de cosa juzgada de los tribunales del orden judicial o en su rol tribunal de segundo grado en materia amparo o habeas data, así como en sus otras competencias, tiene en su haber importantes herramientas para detener los desafueros de los centros de producción normativa (legislativo, ejecutivo, municipal).

Las obligaciones objetivas del Estado y su compromiso de cumplimiento, comienza a advertirse con la cláusula auto declaratoria de Estado social y democrático de derecho (art.7 CD) consagrada como función esencial del Estado, fundada en la protección efectiva de los derechos de la persona, el respeto de su dignidad y la obtención de los medios que le permitan perfeccionarse expresa la Constitución de forma igualitaria, equitativa y progresiva, dentro de un marco de libertad individual y de justicia social, [en todo caso] compatibles con el orden público, el bienestar general y los derechos de todos y todas.

Respecto al rol de los principales entes responsables de la protección de estos derechos Saguez, expresa que: “el precepto que impone a las leyes a asegurar condiciones dignas y equitativas de labor, o establecer el salario mínimo vital y móvil) que, de haber inacción legislativa pueden eventualmente hacerse efectivas por un juez, de aquellas normas constitucionales programáticas no motorízalas directamente por el poder judicial”.¹¹

De lo anterior podemos inferir el rol del poder legislativo de protección de los derechos sociales, esto a través de la creación de leyes adjetivas que atiendan al desarrollo y protección de derechos sociales, con la creación de herramientas que en la actualidad no estén desarrolladas y a la vez resalta el trabajo en conjunto de los poderes del Estado para la protección de los derechos sociales, es decir, el deber del juez de que en caso de ausencia legislativa para en caso que se requiera una protección especial de los derechos sociales este debe suplirla a través de su rol.¹²

La omisión de la autoridad pública es igualmente objeto de control de constitucionalidad (puesto que esa inacción, a menudo, lesiona principios constitucionales: así, el silencio de la Administración puede afectar los derechos al debido proceso, a la defensa en juicio, a intereses patrimoniales y hasta al derecho de peticionar a las autoridades, facultad jurídica que exige, correlativamente, la obligación de las autoridades de dar una respuesta razonable y en tiempo oportuno a la petición.

¹¹ Saguez, P., *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*, p. 69.

¹² *Idem*.

Es evidente que la ausencia de protección de los derechos sociales de parte de los poderes del Estado desde su rol correspondiente es una omisión de las obligaciones del Estado establecidas en la Constitución dominicana y en consecuencia una violación por omisión de los derechos sociales, la cual deviene en una violación al debido proceso de ley y a una tutela judicial efectiva, al respecto Calamandrei afirmaba que: “Mientras los tradicionales derechos a la libertad, tienen un carácter negativo [...], en cuanto a ellos corresponde la obligación del Estado de no obstaculizar el ejercicio de ciertas libertades individuales, los derechos sociales adquieren una dimensión positiva, en tanto a estos le corresponde la obligación del Estado de remover los obstáculos de orden económico y social que se interponen a la libre expansión moral y política de la persona humana”.¹³

El papel del Estado debe ser un papel positivo este no solo consiste en el rol del Estado *per se* de resguardar los derechos de sus ciudadanos, sino que también ello conlleva que los Estados cumplan con sus obligaciones establecidas en su Constitución y acordadas y ratificadas en sus distintos acuerdos internacionales.

V. TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN REPÚBLICA DOMINICANA

Los derechos sociales en República Dominicana tal como el resto de los derechos fundamentales pueden ser exigidos a través de distintos mecanismos de exigibilidad, los principales recursos judiciales destinados a garantizar la protección de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución dominicana son: *el Habeas Data*, *el Habeas Corpus* y *el Recurso de amparo*, contenidos en los artículos 70, 71 y 72 de la Constitución dominicana.

Otro mecanismo de exigibilidad es el amparo de cumplimiento, el cual está establecido en los artículos 104 y 105 de la ley orgánica del Tribunal Constitucional, número 137-11 de la República Dominicana, el cual no se trata en sí de otro recurso o

¹³ Calamandrei, P., “Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei”, *Proceso, e ideologías*, Buenos Aires, Sociedad Ejea.

mecanismo de exigibilidad de derechos fundamentales, sino que se trata de un tipo de amparo.

Otro amparo contenido en la referida ley en su artículo 112 y a través del cual puede solicitarse la protección de derechos sociales cuando hay varios titulares afectados es el amparo colectivo, el cual establece que: “Artículo 112.- Amparo Colectivo. La defensa jurisdiccional de los derechos colectivos y del medio ambiente y de los intereses colectivos y difusos procede para prevenir un daño grave, actual o inminente, para hacer cesar una turbación ilícita o indebida, para exigir, cuando sea posible, la reposición de las cosas al estado anterior del daño producido o la reparación pertinente”.

De los distintos amparos contenidos en la ley 137-11, se desprende que en caso de que haya violación de derechos fundamentales, pueden reclamarse estos a través de la figura del amparo según sea la afectación del derecho, tal sería el caso de la violación a un derecho social que sea de interés general, es decir que se trate de derechos de colectivos o difusos podría acudir al amparo colectivo. Si por el contrario hay una violación de derechos que sea producto del incumplimiento de una ley o acto administrativos de parte de las autoridades competentes, podría recurrirse al amparo de cumplimiento a fines de exigir la protección de los mismos. Es cuando cabe cuestionarnos ¿Son estos mecanismos adecuados para la exigibilidad de derechos sociales?

Es necesario destacar la finalidad de la acción de amparo en materia de tutela de derechos sociales, cuya finalidad desarrollan Abromovich y Courtis, al afirmar que: “las sentencias obtenidas sobre estos tipos de derechos pueden constituir importantes vehículos para canalizar hacia los poderes políticos las necesidades de la agenda pública, expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de «lobby» o demanda político-partidaria”.¹⁴

Abromovich y Courtis no hacen más que afirmar que a través de las sentencias en materia amparo especialmente las de materia de derechos sociales, el Estado puede utilizarlas como

¹⁴ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*

indicador de las necesidades de recursos económicos en materia de derechos sociales actuales del País. De este modo incluir en el presupuesto anual recursos destinados a subsidiar lo necesario para cubrir al menos mínimamente un 50% de las necesidades en materia de derechos sociales, de lo cual añadiríamos que no solo se guiarían de estas sentencias para la erogación de recursos económicos, sino que también les serviría para evaluar la necesidad de políticas públicas en materia de derechos sociales que servirían para una mayor efectividad de la protección de estos.

5.1. Tutela judicial diferenciada

La tutela judicial diferenciada es uno de los mecanismos de protección de los derechos fundamentales, esta busca tutelar el derecho de una persona que por una condición especial requiere un trato distinto al resto de las demás. En efecto, de personas que requieran de un mecanismo de protección distinto a los ordinarios establecidos en el ordenamiento jurídico, a fines de proteger de manera idónea un derecho fundamental vulnerado.

Sin duda alguna cuando hablamos de derechos sociales estamos al frente de derechos merecedores de un tratamiento preferencial, esto por el tipo de derechos que son, por su naturaleza y por la necesidad de los mismos. Para que una persona pueda vivir en condiciones mínimas dignas, que le aseguren salud, a través de un seguro médico, un trabajo para poder cubrir sus necesidades económicas básicas, los cuales sin duda son indispensables para que toda persona pueda tener una vida digna en la sociedad.

Por las mismas características de los derechos sociales, los cuales para el desarrollo de los mismos se requiere de la intervención del Estado, no es suficiente con que en la Constitución hayan garantías aplicables a todos los derechos fundamentales por igual, el ciudadano no tiene un simple derecho a la técnica procesal evidenciada en la ley, “sino un derecho a un determinado comportamiento judicial que sea capaz de conformar una

regla procesal acorde con las necesidades del derecho y con los casos concretos”,¹⁵ siendo esto una tutela judicial diferenciada.

Con esta tutela se busca suplir los vacíos que no cubre la norma a través de los procesos jurisdiccionales existentes, toda vez que es evidente que el “incumplimiento por parte de un sujeto de la norma primaria es inmediato, la eficacia substitutiva de la jurisdicción es mediata, en tanto requiere el transcurso de cierto lapso dentro del cual es imprescindible realizar alguna clase especializada de actividad”, es por tanto que la tutela judicial diferenciada viene a través de un proceso especializado a dar respuesta que la norma por sí sola no puede dar.

Es evidente que los procesos jurisdiccionales antiguos no pueden dar respuesta a las necesidades actuales porque los mismos están diseñados para dar respuesta a necesidades a la protección de derechos fundamentales que fueron concebidos inicialmente. A propósito de ello ha surgido la necesidad de la implementación de un proceso distinto, es decir, un proceso a través del cual pueda exigirse a través de una vía distinta a la ordinaria, la protección de los derechos fundamentales de carácter social, surge la necesidad de una tutela judicial distinta a la ordinaria tal como lo establece Proto Pisani, “La urgencia de autonomía ha sido llevada a extremo, al punto tal que se ha construido un sistema procesal que se perfecciona a sí mismo sin que fuera trascendente establecer una relación entre sus rasgos y la naturaleza y fines de los derechos materiales respecto de los cuales solo es un instrumento para lograr su eficacia”.¹⁶

Precisamente, una nueva concepción del proceso, sustentada en la incorporación de los principios de instrumentalización y de efectividad, determinó la necesidad de aumentar las previsiones tradicionales de la tutela ordinaria, así como sus manifestaciones clásicas. Cuando se empieza a apreciar el proceso desde la perspectiva de su compromiso para hacer efectivos los distintos derechos materiales que, como ya se expresó, habían desarrollado otras manifestaciones que exigían fórmulas procesales más

¹⁵ Arinoni, L. G., *Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra, 2007.

¹⁶ Proto Pisani, A., *op. cit.*, pp. 536 y 537.

expeditivas, es cuando aparece la llamada tutela jurisdiccional diferenciada.

Los derechos sociales tienen una naturaleza que exige que los mismos sean protegidos y garantizados, por lo que requieren ser protegidos a través de una tutela judicial diferenciada a fines de evitar la desigualdad de recursos de protección de los derechos fundamentales.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos por su parte sobre la tutela judicial efectiva ha explicado que el derecho a la tutela judicial efectiva implica que los jueces dirijan el proceso de manera que eviten dilaciones y entorpecimientos indebidos, sin detrimento de los principios del debido proceso legal, cuando aquéllos puedan acarrear impunidad y frustrar la debida protección judicial de los derechos humanos.¹⁷

La necesidad de esta tutela diferenciada a nuestro entender tiene su principal fundamento en la ausencia de mecanismos efectivos para la exigibilidad de los derechos sociales en el sistema judicial dominicano. Es necesario destacar que hay una relación directamente proporcional entre la demanda de protección de los derechos sociales y las necesidades sociales, puesto que en la misma medida que hay necesidades sociales hay una necesidad de exigir la protección de los mismos y es allí donde es necesaria una tutela judicial efectiva que solo puede ser llevada a cabo a través de una tutela judicial diferenciada.

La tutela judicial diferenciada tiene como principal finalidad en virtud del principio de efectividad, procurar que aquellas personas que requieran de un proceso distinto y un trato diferenciado por lo que exijan puedan acudir a un debido proceso de ley. A fin de garantizar una tutela judicial efectiva, ya que de no contar con una tutela judicial diferenciada no podríamos decir que habría una igualdad material en lo que respecta a la protección de los derechos sociales.

¹⁷ Corte IDH. *Caso Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C, núm. 101, nota 11, párr. 207, *Caso Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C, núm. 100, párr. 115.

VI. CONCLUSIÓN

Luego de haber profundizado sobre la dificultad para tutelar los derechos sociales y de los distintos mecanismos judiciales existentes en la República Dominicana para hacer posible su exigibilidad, determinamos que estos derechos pueden ser exigidos mediante los recursos existentes tal como lo es el amparo. Desde nuestra óptica y conforme a lo desarrollado en el presente trabajo, la acción de amparo responde principalmente a las necesidades de los derechos civiles y políticos y demás derechos fundamentales, no así a la protección efectiva de los derechos sociales.

Conforme lo esbozado, concluimos que los mecanismos judiciales existentes no son efectivos en virtud de varios factores, siendo los principales a nuestro parecer: la accesibilidad, duración y resultados al momento de reclamar los mismos ante instancias jurisdiccionales. Entendemos que el problema con la accesibilidad radica en que para la reclamación de protección de los derechos sociales es la misma que para todos los derechos fundamentales, lo cual imposibilita la prioridad de acceso a un titular en condiciones especiales o simplemente que se encuentre imposibilitada para acceder a la justicia.

Asimismo, concluimos que estos mecanismos no cuentan con la celeridad procesal que amerita la protección especial de estos derechos, tanto en la interposición de la acción como de los recursos de revisión de estos. En cuanto a los resultados que a nuestro entender es el punto más determinante, la acción de amparo la cual es la principal acción jurisdiccional en la República Dominicana para la protección de los derechos sociales, a través de la misma no se obtienen los resultados que garanticen una protección efectiva de los mismos.

Toda vez que, a pesar de la posibilidad de acudir a la acción de amparo esta no ordena la erogación de recursos económicos de parte del Estado para cubrir un derecho social que esté siendo vulnerado ya sea por omisión de acción positiva de parte del Estado, o simplemente porque el resultado obtenido a través de esta no cubre el contenido esencial del derecho reclamado.

Es evidente que el ordenamiento jurídico dominicano amerita la creación de una acción de tutela judicial diferenciada que

cumpla con los requisitos de accesibilidad, celeridad y resultado que busque la protección del derecho material más allá del enunciado o del contenido programático en aras de obtener una tutela judicial efectiva a través de la implementación de esta tutela judicial diferenciada.

Finalmente concluimos que además de la tutela jurisdiccional de estos derechos, otro obstáculo que enfrenta la República dominicana para la aplicación de esta tutela es que actualmente no cuenta con suficientes programas y políticas públicas efectivas para garantizar la protección de este catálogo de derechos sociales enunciados en la Constitución del 2010. Si ciertamente los presupuestos no alcanzan para cubrir todas las demandas de los titulares de derechos sociales, esto no exime al Estado dominicano de su responsabilidad de disponer del máximo de recursos disponibles que permitan tutelar de manera efectiva los derechos sociales.

REFERENCIAS

- ABRAMOVICH, Víctor, y COURTIS, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.
- ARANGO, R., *Concepto de Derechos sociales Fundamentales*, Bogotá, Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005.
- ATRIA, F., *Existen derechos sociales*, 2004.
- BAQUERO KEFTER, M., “El régimen de los derechos sociales económicos y culturales”, *Constitución y Justicia Constitucional*, San José, Poder Judicial, 2009.
- BERIZONCE, R. O., *Tutelas Procesales Diferenciadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2009.
- BERNAL PULIDO, C., *Fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales: una crítica a “¿Existen derechos sociales?” de Fernando Atria*, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2005.

- CALAMANDREI, P., “Los derechos sociales de libertad en la concepción de Piero Calamandrei”, *Proceso, e ideologías*, Buenos Aires, Sociedad Ejea.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y Garantías: la ley del más débil*, 4a. ed., Madrid, Trotta, 1999.
- HACHEM, D., “Mínimo existencial y derechos económicos y sociales: distinciones y puntos de contacto a la luz de la doctrina y jurisprudencia brasileñas”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2015.
- MARINONI, L. G., *Derecho Fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva*, Lima, Palestra.
- MONROY GÁLVEZ, J., *Del mito del proceso ordinario a la tutela diferenciada. Apuntes Iniciales*, Buenos Aires, 2001.
- NINO, C., *Los derechos sociales en derecho y sociedad*, Buenos Aires, 1993.
- PEREZ RAGONE, A., “Concepto estructural y funcional de la tutela anticipatoria”, *Revista Peruana de Derecho Procesal*.
- PROTO PISANI, A., “Sulla tutela giurisdizionale differenziata”, *Bivista di Diritto Processuale*, Italia, Cedam, 1979.
- RIBOTTA, S., y ROSSETTI, A., *Los Derechos Sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, 2010.
- SAGUEZ, P., *Compendio de Derecho Procesal Constitucional*.



ISBN 978-607-8908-18-9



9 786078 908189