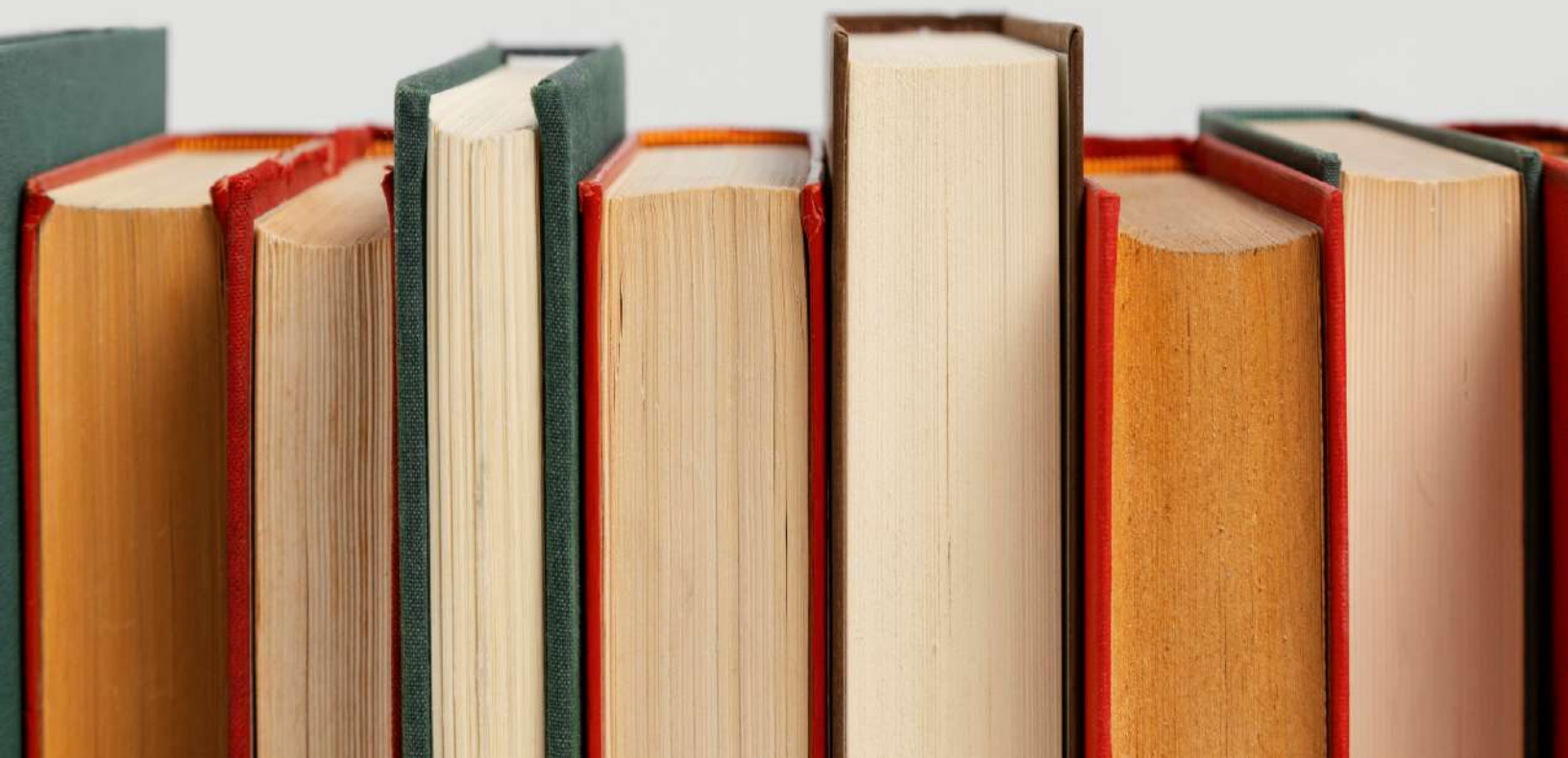




Constitucionalismo y Poder Público

LUIS EUSEBIO ALBERTO AVENDAÑO GONZÁLEZ
ENRIQUE RABELL GARCÍA
COORDINADORES



Constitucionalismo y Poder Público

COORDINADORES

Luis Eusebio Alberto Avendaño González
Universidad Autónoma de Querétaro

Enrique Rabell García
Universidad Autónoma de Querétaro



**CONSEJO DE CIENCIA Y TECNOLOGÍA DEL ESTADO DE
QUERÉTARO [CONCYTEQ]**

Mauricio Kuri González
Gobernador Constitucional del Estado de Querétaro

Martha Elena Soto Obregón
Secretaria de Educación del Poder Ejecutivo

Enrique Rabell García
Director General del
CONCYTEQ

René Martínez Fernández
Secretario Técnico del
CONCYTEQ



Constitucionalismo y Poder Público. Luis Eusebio Alberto Avendaño González (coordinador), Enrique Rabell García (coordinador), Gerardo Alan Díaz Nieto (autor), Pedro Morales Zavala (autor), Luis Eusebio Alberto Avendaño González (autor), Adolfo Humberto Vega Perales (autor), Silvia Borbolla Suárez (autora), Ricardo Ugalde Ramírez (autor), Luis Octavio Vado Grajales (autor), Enrique Rabell García (autor), Gabriela Nieto Castillo (autora), Javier Rascado Pérez (autor) y Rodrigo Chávez Fierro (autor).

117 p.

Primera edición 2023

Edición y diseño de la publicación: Felipe de Jesús Esperón Valenzuela

CONCYTEQ

Pasteur Sur núm. 36, Centro Histórico

Santiago de Querétaro, Qro. C P 76000

Tel. (442) 212 7266

www.concyteq.edu.mx

ISBN (edición digital): 978-607-7710-59-2

Impreso en México. Printed in Mexico

Este libro ha sido arbitrado mediante el sistema de dictaminación a doble ciego por especialistas en la materia. El dictamen, en ambos casos fue favorable.

Índice

Prólogo	1
Introducción	2
Capítulo 1. La participación ciudadana en el sistema nacional anticorrupción. Gerardo Alan Díaz Nieto, Pedro Morales Zavala	7
Capítulo 2. Educación en derechos humanos para la consolidación de un estado constitucional de derecho. Pedro Morales Zavala, Luis Eusebio Alberto Avendaño González	23
Capítulo 3. La prisión preventiva en México, las consecuencias de su concepción actual y un análisis desde la convencionalidad. Adolfo Humberto Vega Perales, Silvia Borbolla Suárez, Ricardo Ugalde Ramírez	47
Capítulo 4. El poder Judicial local en la reforma del estado. Su estructura en el diseño Institucional de Querétaro. Luis Eusebio Alberto Avendaño González, Gerardo Alan Díaz Nieto	66
Capítulo 5. Control Constitucional previo de la propaganda gubernamental en periodo de campañas. Luis Octavio Vado Grajales, Enrique Rabell García, Gabriela Nieto Castillo	79
Capítulo 6. La función de los derechos humanos en la democracia. Javier Rascado Pérez, Rodrigo Chávez Fierro	102

PRÓLOGO

Los actuales tiempos representan un auténtico reto para el constitucionalismo mexicano, ya que en los pilares principales de este fenómeno jurídico se han visto cambios que le asignan un nuevo carisma, es por eso que en esta ocasión importantes autores, investigadores del Cuerpo Académico Constitucionalismo y Poder Público adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro, se dieron cita para discutir y reflexionar sobre su rumbo, partiendo del análisis y crítica del fenómeno constitucional a partir de los tópicos que consideraron son esenciales no solo para el sistema jurídico mexicano, sino para el destino político del Estado mexicano mismo. Es así que Luis Octavio Vado, Silvia Borbolla Suárez, Enrique Rabell García, Luis Avendaño González, Pedro Morales Zavala, Gerardo Alan Díaz, Adolfo Vega Perales, Javier Rascado Pérez, Ricardo Ugalde Ramírez, Gabriela Nieto Castillo, Rodrigo Chávez Fierro, son los autores que con su perspicaz crítica abordan la materia electoral, el federalismo, la democracia, los derechos humanos, el poder judicial y la reforma del Estado entre otros.

Es indubitable que el Derecho Constitucional se sugiere como una materia sumamente dinámica y rectora del sistema jurídico mexicano, lo cual deriva de la gran movilidad que el fenómeno político ocupa en el acontecer de las instituciones mexicanas y de los derechos fundamentales que progresivamente se han ido reconociendo en la praxis jurídica, por lo que hay que destacar que lo trabajado en este producto de gran envergadura académica, resulta ser un aporte importante que abona a la ciencia jurídica, además de que dota de temáticas constitucionales de gran actualidad, ofreciendo al lector la oportunidad de ver hacia un futuro posible y deseable, pues quienes aquí escriben con gran talento prospectivo aportan elementos de gran valía para el mejoramiento de dichas instituciones y para fomentar una cultura constitucional y de los derechos humanos.

Dr. Edgar Pérez González

Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro

INTRODUCCIÓN

El inicio de los trabajos del CAC Constitucionalismo y Poder Público en México, primero como grupo colegiado tiene su origen en el año 2015, integrado originalmente por los doctores Juan Ricardo Jiménez Gómez, Bernardo Romero Vázquez y Enrique Rabell García. Posteriormente, al grupo se sumó la doctora Gabriela Nieto Castillo.

Las actividades del grupo de trabajo, permitieron que en el año 2014 migrara a Cuerpo Académico en Formación y en el año 2018 se obtuviera la Consolidación como Cuerpo Académico. En ese entonces integrado también el maestro Ricardo Ugalde y el doctor Gerardo Servín Aguillón.

Desde entonces los trabajos por consolidar las LGA'C han sido extensas, prueba de lo anterior, es la celebración en el mes de noviembre 2022, del V Congreso Nacional y I Internacional denominado Constitucionalismo y Poder Público en México, ya con la participación de los doctores Alan Diaz Nieto, Pedro Morales Zavala y Luis Eusebio Alberto Avendaño González.

En dicha actividad, participaron los ponentes locales y nacionales más importantes en temas sobre derecho constitucional, administración pública, derechos humanos, participación ciudadana, administración y procuración de justicia y derecho electoral.

La obra consta de 6 capítulos, todos articulados a las Líneas Generales de Aplicación del Conocimiento del CAC Constitucionalismo y Poder Público en México.

El capítulo I, denominado **LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN** a cargo de los profesores Gerardo Alan Díaz Nieto y Pedro Morales Zavala, desarrollan diversas hipótesis relativas al análisis sobre el papel de la participación ciudadana en el Sistema Nacional Anticorrupción (SNA), principalmente en el comité de participación ciudadana, órgano representativo de los gobernados, en los temas relacionados con la corrupción. El Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) cuya creación constitucional de fecha 27 de mayo de 2015, ha generado diversas opiniones y críticas en la instauración e implementación de la misma. La participación de la ciudadanía en el combate a la corrupción es un tema esencial y sobre todo su relación institucional, ser un observador del quehacer gubernamental, que garantice la transparencia y rendición de cuentas, de cara a reducir los niveles de percepción negativa ante la problemática de carácter cultural, pero sobre todo sistémico.

El capítulo II, denominado **EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO** a cargo de los doctores Pedro Morales Zavala y Luis Eusebio Alberto Avendaño González, describen que en los últimos años ha dado mucho de qué hablar el reconocimiento de las jurisprudencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CortelDH) al seno del máximo órgano declarativo de la constitucionalidad comenzando por los debates vertidos por el caso Rosendo Radilla, que dio lugar a la consulta a trámite 489/2010 y posteriormente al expediente varios 912/2010, y en un segundo momento por los debates suscitados a raíz de la reforma del 10 de junio de 2011 que concluyeron en la contradicción de tesis 293/2011 donde también fue materia de debate la jerarquía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y que dio como resultado la ultrajante decisión de restringir el alcance de los referidos derechos frente a las disposiciones constitucionales.

Refiere el trabajo, que en cierta forma se justifica que los ministros actuarán de manera tímida en la defensa de los derechos humanos en los primeros debates a que dio lugar el caso Radilla, pues en esos tiempos imperaba sin objeción alguna en las instituciones del Estado mexicano la tradición legalista como método de interpretación jurídica, de tal forma que la jurisprudencia interamericana representó un verdadero choque epistémico, pues lo que se puso en cuestión es el concepto de derecho de tradición dogmático-legalista y con ello la expresión legislativa que por décadas ha sido el elemento legitimador que ha sostenido al régimen hegemónico de gobierno.

Sin embargo, ante la reforma del 10 de junio de 2011 se retomó el debate, y aun cuando para ese tiempo con bastante auge, en las aulas académicas de los posgrados de derecho se discutía la novedosa postura teórica que se refiere al neoconstitucionalismo que se mostraba como una alternativa de justicia y no de mera legalidad y por ende como una teoría que daba importancia a la moral en la forma de interpretar y aplicar el derecho, sin embargo es un hecho que la mayoría de los ministros exhibieron su ignorancia sobre esta escuela teórica, al menos eso es conveniente creer para no caer en la tentación de pensar que éstos más bien actuaron con perversidad para defender desde su trinchera, a aquellos intereses del régimen hegemónico enquistado en las instituciones del Estado mexicano, lo cual sería realmente peligroso para la división de poderes que debe imperar en una república, pero lamentablemente las acciones y declaraciones de varios que han integrado el pleno de la SCJN no han ayudado en mucho para evitar tener esos malos pensamientos, tal y como sucedió con su aberrante e irracional decisión jurisprudencial por contradicción de tesis 293/2011 que limita el alcance de los derechos humanos, lo cual deja implícito que en el Estado mexicano es más importante el poder de quien gobierna que el mismo ser humano. Lo cierto es que con la referida reforma dicho régimen se vio en un auténtico peligro, pues por primera ocasión el máximo legislador, el Presidente de la República corría el riesgo de que su voluntad expresada legislativamente no fuera obedecida, pues con el

discurso de los derechos humanos se establecen las condiciones para que la Ley fuera inaplicada y hasta declarada inconstitucional, lo cual sería representativo de crisis para el referido régimen al quedar mermado ese relevante instrumento legitimador de dicho poder hegemónico.

El capítulo III, denominado **LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO, LAS CONSECUENCIAS DE SU CONCEPCIÓN ACTUAL Y UN ANÁLISIS DESDE LA CONVENCIONALIDAD**, los maestros Adolfo Humberto Vega Perales, Silvia Borbolla Suárez y Ricardo Ugalde Ramírez, exponen que la reforma constitucional de 2008, con la vacatio legis más larga que hemos tenido en materia penal, permitió la entrada en vigor del Sistema Acusatorio en México en el año de 2016, lo cual trajo el nacimiento de un nuevo modelo penal, que busca acabar con los viejos vicios del sistema anterior, y la consolidación de un sistema de mejor tutela a la protección de los Derechos Humanos, así como de mayor eficiencia y eficacia de la actuación de las fiscalías y las corporaciones policiales en la investigación y persecución de los delitos, ésta se vio complementada con la reforma constitucional de 2011, lo que nos permite al menos desde el punto de vista constitucional sentar las bases de lo que apreciamos es la ruta correcta para la procuración e impartición de justicia en el país, al sumar el concepto pro persona. A 6 años de la puesta en marcha del Sistema Acusatorio Penal en México, los retos y áreas de oportunidad aún representan asignaturas pendientes en el contexto nacional, para todos los operadores.

De manera particular en el presente trabajo, realiza un análisis respecto de la figura de la prisión preventiva oficiosa, prevista en el artículo 19 constitucional, cómo se viene aplicando en el país y revisarla a la luz de la convencionalidad, a efecto de determinar si es que esta medida cautelar, ésta acorde con los Instrumentos internacionales que México ha suscrito y que de conformidad por lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al haber sido suscritos por el ejecutivo y ratificados por el senado, se convierten en ley suprema de la unión, y que en consecuencia se tornan obligatorios. Por lo cual partiremos de la pregunta de si, ¿La prisión preventiva en México está acorde a la convencionalidad? De marea específica nos ubicaremos a revisar lo establecido por la Convención Americana sobre de Derechos Humanos, sin dejar brevemente de revisar el marco internacional.

De suyo el hecho de contravenir a la convencionalidad es un aspecto de la mayor importancia, pero también el uso cada vez más amplio de la prisión preventiva como medida cautelar tiene un impacto en el sistema penitenciario mexicano, que nos acerca a la sobrepoblación penitenciaria, sumada a lo que consideramos es una violación al principio de presunción de inocencia, al establecer en la constitución y la legislación adjetiva penal por catálogo, una serie de delitos que, por el sólo hecho

de aparecer en ella, hace constitucional la concepción de la medida cautelar, pero esa aplicación ¿es convencional? como lo habremos de abordar más adelante, ya que dicha medida cautelar, puede constituir una pena anticipada, al contravenir el elemental derecho a ser oídos y vencidos en juicio, el coloquial llamado “usted perdone, era inocente, pero mientras tanto era necesario restringirle su libertad”. Las afectaciones e inconvenientes que viven las personas sujetas a prisión preventiva oficiosa se vuelven irreparables, es por ello que dicha medida cautelar debería de ser sólo aplicable en casos que verdaderamente la justifiquen, y no de manera general

El capítulo IV, denominado **EL PODER JUDICIAL LOCAL EN LA REFORMA DEL ESTADO. SU ESTRUCTURA EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE QUERÉTARO**, los doctores Luis Eusebio Alberto Avendaño González y Gerardo Alan Díaz Nieto, exponen que las reformas constitucionales recientes en diversas materias -penal, derechos humanos, transparencia y laboral- han generado una transición total en el andamiaje jurídico mexicano. Lo anterior, ha significado que el Poder Judicial organizado desde lo Local cada día resienta una modificación no solo sustantiva en cuanto a la aplicación del derecho, sino también administrativa y organizacional. Por lo anterior, es propósito del presente estudio establecer los alcances a que está llamado a ejercer dicho poder a partir dos consideraciones: la primera, en la distinción de funciones entre el poder judicial organizado y el poder judicial administrativa; la segunda, la eficiencia cualitativa y cuantitativa, tomando como referencia los resultados del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021.

El capítulo V, denominado **CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS**, de los doctores Luis Octavio Vado Grajales, Enrique Rabell García y Gabriela Nieto Castillo, exponen que el modelo de comunicación política en México tiene ciertas particularidades, entre las que se encuentran la regulación de la propaganda gubernamental, concretamente durante el periodo de campañas electorales. En este caso, existe una institución denominada consulta, merced a la cual las autoridades que desean ejecutar campañas de comunicación social en el periodo de campañas electorales pueden obtener una autorización previa a su difusión, por parte del Instituto Nacional Electoral. El artículo analiza tal figura, al considerarla parte del derecho procesal constitucional, a la vez que ilustra algunos criterios relevantes en la materia, la intervención del Tribunal Electoral y una propuesta de interpretación de las facultades de la referida autoridad administrativa comicial.

El capítulo VI, denominado **LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DEMOCRACIA**, Javier Rascado Pérez y Rodrigo Chávez Fierro, exponen que el lenguaje, como la realidad misma, es cambiante. La significación de los conceptos, sobre todo en las ciencias sociales, evoluciona con el paso del tiempo. En este sentido, lo que la humanidad ha venido entendiendo como democracia, se ha ido modificando con el paso de los años y de las circunstancias en las que se vinieron desarrollando las personas en su organización política y territorial.

En la actualidad, prácticamente todos los sectores de la vida social del hombre se ven influidos por el fenómeno de la globalización. En este sentido, las concepciones teóricas desde el Derecho se encuentran en un momento de cambio de paradigma sobre la construcción de su contenido.

La democracia, como forma de gobierno, a pesar de sus limitaciones y posibles complicaciones, nos ha permitido gozar de cierta libertad en la toma de decisiones colectivas. Dentro de los muchos usos que hemos dado al término “democracia”, se le ha atribuido la cualidad de legitimar cualquier acto o decisión que sean tomados por la mayoría de un conjunto de personas. Sin embargo, atendiendo a su significación original, la democracia tiene que ver con la forma como se organiza una comunidad, es decir cómo será su forma de gobernarse.

La consolidación del trabajo no puede ser posible sin el apoyo invaluable del doctor Enrique Rabell García, director del Consejo Estatal de Ciencia y Tecnología, quien con su liderazgo y apoyo es posible materializar los trabajos del Cuerpo Académico en Consolidación en miras de su renovación.

LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN EL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN

Gerardo Alan Díaz Nieto

Pedro Morales Zavala

I. Resumen

Resulta necesario realizar un análisis sobre el papel de la participación ciudadana en el Sistema Nacional Anticorrupción, principalmente en el comité de participación ciudadana, órgano representativo de los gobernados, en los temas relacionados con la corrupción. El SNA cuya creación constitucional de fecha 27 de mayo de 2015, ha generado diversas opiniones y críticas en la instauración e implementación de la misma. La participación de la ciudadanía en el combate a la corrupción es un tema esencial y sobre todo su relación institucional, ser un observador del quehacer gubernamental, que garantice la transparencia y rendición de cuentas, de cara a reducir los niveles de percepción negativa ante la problemática de carácter cultural pero sobre todo sistémico.

Palabras clave: Corrupción, Participación Ciudadana, Sistema Nacional Anticorrupción, Comité de Participación Ciudadana

II. Introducción

La corrupción en México es un tema trascendental en la vida económica, cultural, política y social, en el discurso institucional gubernamental juega un papel medular en la búsqueda de mecanismos que ayuden a la transparencia y rendición de cuentas, el reclamo de la sociedad es constante desde una perspectiva democrática.

La participación ciudadana es una lucha necesaria en los temas públicos, los sistemas autoritarios excluyen de forma primaria, reclamos por parte de la sociedad, inhiben la cultura democrática en la construcción de políticas públicas, de la misma manera el monitoreo en la rendición de cuentas por parte de las autoridades del estado.

Es necesario realizar una reflexión sobre la forma institucional, del Comité de Participación Ciudadana del Sistema Nacional Anticorrupción, de fecha 27 de mayo de 2015, repensar su configuración, fines y tipos de participación. Socializar la temática en los diversos sectores económicos, sociales y culturales, finalidad preponderante para la generación de los frutos y objetivos de la política nacional. Mecanismos legitimadores que garanticen un observatorio ciudadano, de reclamo de rendición de cuentas y transparencia.

En la primera parte del trabajo se aborda la importancia de la participación ciudadana en los gobiernos democráticos dentro de la transparencia y la rendición de cuentas; en la segunda parte relacionada con la problemática de la corrupción en México, un problema sistémico y cultural, un discurso constante de lucha, acciones que demuestran la opacidad social e institucional en la problemática; en la tercera parte se hace una reflexión sobre el Comité de Participación Ciudadana del SNA, la forma institucional y la manera de participación que debieran tener los gobernados frente al sistema constitucional; el último apartado trata sobre los retos de la participación ciudadana en el combate a la corrupción en México.

La hipótesis del trabajo tiene que ver con la forma institucional, mediante el cual se da participación a la ciudadanía dentro del SNA, la cual no contribuye fehacientemente a los fines de la política nacional y sobre todo a la concientización y éxito de una cultura en el combate a la corrupción. La metodología se apoya en el análisis deductivo, histórico, interpretación sistemática y la hermenéutica jurídica.

Por último, se establecerán las conclusiones del trabajo, pretenden ser acciones de análisis sistémicos y culturales sobre la problemática, que abonen a un avance democrático.

III. La participación ciudadana en México

La participación de la ciudadanía es un compromiso, derecho y deber social, los temas públicos desde una perspectiva democrática y plural, contribuye a la construcción de políticas públicas legítimas y efectivas. El estado tiene la obligación de crear, instaurar y garantizar sistemas que instrumenten e instauren procesos de colaboración ciudadana.

El haber democrático depende de los roles que desempeñan la ciudadanía en relación con las autoridades, su representatividad con mecanismos sociales para el desarrollo local y promoción de una democracia participativa a través de la integración de la comunidad.

Ulrich Richter menciona que “la participación ciudadana se hace presente cuando los ciudadanos intervienen en el gobierno, no para asumir un cargo público, sino para contribuir al mejoramiento de su país”.¹ Lograr una participación ciudadana real a través de actividades específicas, los ciudadanos con sus derechos individuales o colectivos colaboren en la construcción de decisiones públicas, una relación coordinada y transparente ante las autoridades decisoras, incidir en el monitoreo y evaluación de las políticas y acciones de carácter gubernamental con voz y representatividad democrática. Construyendo sistemas de control desde un observatorio ciudadano especial y especializado técnico y accesible a cualquier usuario, desde una perspectiva de rendición de cuentas.

Atendiendo a lo señalado por Agustín Gordillo, “los países de América Latina mejorarían su grado y calidad de participación y, por lo tanto, de vida democrática si establecieran la norma de la necesaria información, consulta y debate público previo a la emisión de normas administrativas generales o a la adopción de grandes

¹ Ulrich Richter Morales, *De la protesta a la participación ciudadana*, México, Océano, 2014, p. 116.

proyectos públicos”.² El plan nacional de desarrollo es el instrumento rector de la administración pública, desconocido por la mayoría de los gobernados, las acciones y objetivos gubernamentales buscan directrices del ejercicio público relacionados con la factibilidad financiera para lograrlos.

En la construcción del citado documento de acuerdo al mandato constitucional se debe realizar desde una perspectiva democrática, los representantes de los sectores participan en los foros ciudadanos, pero no alcanza a permear a la mayoría de las personas.

El ciudadano da vida a las instituciones, es referente en el actuar político y en la construcción del debate público, cuestionando las formas en que se presenta el actuar de la actividad administrativa, exigiendo el respeto de los valores constitucionales. Las acciones del gobierno sin la consulta de ciudadana encamina la falta de gobernabilidad, ruptura de los canales de comunicación y sentido de pertenencia de la sociedad y la estructura del estado.

Para lograr una auténtica participación ciudadana, es necesario democratizar la información gubernamental, haciéndolo de una forma que todo sector social pueda dimensionar los objetivos de la misma, con canales de comunicación accesibles y de gran cobertura. Consultar de forma vecinal los proyectos de gobierno, logrando una corresponsabilidad en las acciones, conociendo las necesidades y problemáticas reales y realizar una toma de decisión consensada e instaurar comisiones de vigilancia y monitoreo permanente.

La forma de expresión de la participación ciudadana debe circunscribir temas de normatividad, elaboración de planes gubernamentales, seguimiento de los programas y acciones, para ello es necesario los espacios públicos sectoriales y acercamiento del gobierno. Resulta más sencillo invitar a las sociedades organizadas que comulgan con las ideas del gobierno en turno para legitimar las acciones sin un sentido crítico.

² Agustín Gordillo, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 2001, p. 136.

La participación ciudadana debe ser generalizada y no sectorizada, para lograr una transformación, representatividad y legitimación de las acciones públicas, decisiones democráticas que redunden en un compromiso y responsabilidad social, dejar atrás la idea de responsabilizar únicamente a los gobiernos de la actividad administrativa.

IV. El problema de la corrupción en México y Sistema Nacional Anticorrupción

El problema de la corrupción es una problemática desde la óptica pública y privada, sociedad y gobierno deben conjugar acciones para disminuir la percepción e índices de incidencia para fortalecer el estado de derecho y su sentido democrático.

Es muy clara la idea del jurista Carlos Santiago Nino, establece lo siguiente:

...la conducta de quien ejerce una cierta función social que implica determinadas obligaciones activas o pasivas destinadas a satisfacer ciertos fines, para cuya consecución fue designado... y no cumple con aquellas obligaciones o no las cumple de forma de satisfacer esos fines, de modo de obtener un cierto beneficio para él o un tercero, así como también la conducta del tercero que lo induce o se beneficia con tal incumplimiento.³

La construcción del marco jurídico adecuado y sistemas de control, supervisión, transparencia y rendición de cuentas, debe sonarizar todos los sectores sociales sin divisiones, unidos en una misma causa de prevención, combate y sanción.

En México los problemas de desigualdad son una constante y esto afecta a la democracia, no existe sentido de pertenencia a las políticas y estrategias nacionales, los problemas económicos contribuyen a la poca participación ciudadana en los temas públicos, no existe inclusión ni justicia social que modifique la percepción ciudadana, rompiendo así el tejido social.

³ Carlos S. Nino, *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005, p. 109.

El combate a la corrupción es relevante en la agenda internacional y nacional, sus efectos permean en el aumento de los índices de pobreza, marginación, desigualdad e ilegalidad.

Los sistemas de combate a la corrupción, buscan ser un contrapeso dirigido a mecanismos integrales, que persigan los fines constitucionales en la protección del servicio público. “Desde el año 1982, se ha impulsado en los diversos sexenios, políticas públicas para modernizar la administración pública y reducir la corrupción, pero ninguna de estas ha tenido la profundidad suficiente. Administrativamente el país, como en otros campos, sigue la ruta del gradualismo”⁴ La impunidad en los temas relacionados con la corrupción, genera desaliento y desánimo en la búsqueda de soluciones para solucionar las problemática.

En el discurso político se habla de corrupción, pero no se ejercen los procedimientos sancionadores y el inicio de las investigaciones para el ejercicio de la acción penal, la configuración de delitos que vulneran la función pública. Casos como la estafa maestra, Odebrecht, Agronitrogenados, no han sido sujetos de sanción señaladas en el título cuarto de la carta magna.

La palabra corrupción es utilizada en los discursos políticos y sociales, sin entender el sentido claro de los alcances y delimitación, el desconocimiento hace que las personas puedan realizar actos que consideran contrarios y en la práctica suman al fomento del problema. Mientras no se culturice y se dimensione los efectos y consecuencias sociales y económicas, no se realizaran acciones efectivas que funcionen y se logre la participación ciudadana efectiva.

La percepción internacional sobre nuestro país pone en evidencia, el nulo funcionamiento de los sistemas de control para blindar el servicio público con base a los principios constitucionales de legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia. Dentro del marco de la legalidad los procesos de transparencia y rendición de cuentas, encuentran formas para que la autoridad pueda

⁴ Jaime Cárdenas y María de la Luz Mijangos, *Estado de derecho y corrupción*. Porrúa, México, 2005. p. 247.

discrecionalmente desde la motivación del interés público y seguridad nacional genera secrecía en el ejercicio público, motivando incertidumbre y poca certeza en la toma de decisiones apegadas a los principios rectores.

En el marco internacional México, ocupa la posición 124 de 180 países en el indicador de percepción de corrupción, según datos de transparencia internacional en el 2021. No se ha logrado tener avance en las posiciones para lograr la disminución que ponga de manifiesto un progreso en la problemática. El discurso no ha materializado cambios sistémicos y de conciencia social. La apatía en el problema y su poca participación hace que sólo sea un discurso de esperanza pero no de resultados. “En la edición 2021 del Índice de Percepción de la Corrupción de Transparencia Internacional, México mantuvo una calificación de 31 puntos (en una escala de cero a 100, donde 100 sería la mejor calificación posible). Con esa calificación, México se ubica en la posición 124 de los 180 países evaluados por Transparencia Internacional. México sigue siendo el país peor evaluado de los 38 países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. En el G20, México ocupa la posición 18 de 19 países evaluados.”⁵ México comparte la misma calificación (31 puntos) que Gabón, Níger y Papúa Nueva Guinea. Los países mejor evaluados en el IPC 2021 son Dinamarca, Finlandia y Nueva Zelanda (con 88 puntos de 100 posibles), seguidos de Noruega, Singapur y Suecia (con 85 puntos). Los países peor evaluados fueron Siria y Somalia con 13 puntos, mientras que Sudán del Sur, obtuvo solo 11 puntos.

México sigue siendo el país peor evaluado en términos de corrupción de los 38 países que integran la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, OCDE. En el G20, México ocupa la posición 18, por encima de Rusia que se ubicó en la posición 19. La Unión Europea, que también forma parte del G20, no es evaluada en bloque sino por país.

En 2020, Transparencia Internacional informó que en el periodo 2016 a 2019 ninguno de los casos de corrupción transnacional que involucran empresas y

⁵ Transparencia Mexicana, 01 de diciembre de 2022. Recuperado de <https://www.tm.org.mx/ipc2021/>.

funcionarios mexicanos, fue sancionado en México. El riesgo de impunidad, tras conocerse estos casos y no haber identificado sanciones firmes por parte de las autoridades, sigue latente. La mejor evaluación histórica de México fue de 35 puntos en el 2014.

De acuerdo a los datos de transparencia internacional del 2019 y 2020, México mejoró por dos puntos de la posición 29 a la 31 puntos, en términos generales pasó de la posición 130 (2019) a la 124 (2020).

En 2018 y 2019 México mejoró un punto y con ello se detuvo la caída sistemática que empezó en el 2015, para intentar regresar a los niveles del 2014. La mejoría obedece al compromiso en la alternancia presidencial del 2018 del combate a la corrupción, se incorporó la Unidad de Inteligencia Financiera y la Fiscalía General de la República con su autonomía constitucional.

En 2017 la reformas anticorrupción no fueron suficientes para reducir los efectos de los escándalos de corrupción y frenar su caída en el índice de percepción, obtenía una calificación de 30 puntos. La falta de contrapesos reales entre poderes, el número y la gravedad de los casos de corrupción expuestos a la opinión pública y los niveles de impunidad, fueron determinantes en esta nueva evaluación del país.

No basta con asegurar la transformación institucional, los cambios en el marco legal e institucional deben acompañarse de acciones sistemáticas para dismantelar las redes de corrupción que afectan a un número importante de las instituciones públicas del país. Los casos conocidos por la comunidad nacional e internacional no deben quedar impunes.

Los indicadores de medición de transparencia internacional para la corrupción abarcan los siguientes puntos: soborno, desvío de fondos públicos, funcionarios que ocupan el cargo para beneficio privado sin enfrentar consecuencias, capacidad de los gobiernos para contener la corrupción en el sector público, trámites burocráticos incentiva corrupción, nombramientos nepotistas en la administración pública, leyes que garanticen se revele la situación patrimonial y conflicto de intereses, protección legal para personas que denuncien soborno o corrupción y acceso a la información sobre las actividades gubernamentales.

La pobreza y la ignorancia en el país, son el binomio desafortunado en confrontación a los datos proporcionados por los organismos internacionales. Los países más desarrollados presentan índices más bajos de percepción de corrupción, mientras que los países menos desarrollados muestran mayor índice de percepción de corrupción.

V. Es democrático la participación ciudadana en el sistema

La estrategia de creación de políticas de prevención, combate a la corrupción y rendición de cuentas, tiene su principal avance desde los años ochentas, con la reforma constitucional respecto a las responsabilidades administrativas y la manifestación de bienes de los servidores públicos.

La tradición y teoría administrativa adoptada por nuestra legislación, ha permitido el diseño de nuestras instituciones modernas, tomando como referencia la figura anglosajona de *accountability*; que si bien no tiene una traducción literal al español por la cantidad de elementos que la componen, resulta aceptado, aunque limitado, entender dicho término como una obligación de rendir cuentas.⁶ La ciudadanía juega un papel trascendental en la prevención y el combate a la corrupción, democratizar la participación es medular en la disminución del fenómeno. Ser un observador y evaluador de los trabajos institucionales para medir el valor público y avances.

El pueblo debiera ser el principal órgano de control ciudadano, el auditor del quehacer público frente a lo establecido en los planes de desarrollo, supervisor del cumplimiento de la gestión de los gobernantes. El gobierno debe garantizar el acceso a estos fines y consolidar el espacio ciudadano generalizado.

La reforma constitucional del 27 de mayo de 2015, pretende ser un mecanismo sistematizado para el combate a la corrupción, dentro de los cambios se encuentra la creación de los tribunales de justicia administrativa, la ampliación de la manifestación de conflicto de intereses, extinción de dominio en el enriquecimiento

⁶ Rodrigo Santisteban, *Rendición de cuentas (Accountability)*, en Ernesto Villanueva (cord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2009, p. 1116.

ilícito, sanciones administrativas a particulares, distinción entre faltas administrativas no graves y graves, plazo mínimo de prescripción de 7 años en sanciones administrativas graves y la creación de diversas leyes generales como lo es la ley general del sistema nacional anticorrupción y la ley general de responsabilidades administrativas.

El sistema nacional anticorrupción, es 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.

El SNA establece principios, políticas públicas y procedimientos para la coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Contextualizando el tema, para Diego Valadés, los controles fungen como “instrumentos versátiles y dinámicos, a lo largo del tiempo se ha necesitado el establecimiento de reciprocidades y límites entre los diversos poderes”.⁷

De conformidad a la ley general del sistema nacional anticorrupción, contará con un comité coordinador responsable de la coordinación de los fines del sistema y un comité de participación ciudadana, siendo esta última materia de reflexión en el presente trabajo. Además de lo anterior, se integra por los titulares de: la Auditoría Superior de la Federación; la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción; y la secretaría del Ejecutivo Federal responsable del control interno. Así como por el presidente del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y del Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales. Además de un representante del Consejo de la Judicatura Federal y otro del Comité de Participación Ciudadana.

⁷ Diego Valadés, *El control del poder*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2006, p. 16.

Como señalamos anteriormente, el objeto de análisis del presente trabajo es específicamente al comité de participación ciudadana del SNA y sus efectos democráticos. El establecer un comité de participación ciudadana, pretende atender opiniones en el tema y vinculación con organizaciones sociales y académicas. Un aspecto a destacar es la posible marginación del resto de la ciudadanía, que no se integre debidamente organizada e informada, por lo anterior, no se garantiza el acceso a cualquier ciudadano. La toma de decisiones no son vinculatorias al ser únicamente opiniones.

El comité de participación ciudadana, se integra por cinco miembros que lo deben conformar atendiendo a lo previsto en el numeral 113, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el artículo 16 de la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción.

El presidente del comité de participación ciudadana, presidirá la coordinación de las instituciones del sistema y se toma decisiones por mayoría de votos de los integrantes del comité. No se advierte un contrapeso real como integrante del SNA, sus decisiones no vinculatorias, solamente pretende legitimar el sistema con la supuesta presencia ciudadana.

Para entender la operación y función del comité de participación ciudadana, es necesario revisar cómo se integra su constitución, en primera instancia deben ser personas con experiencia en el tema, preparación académica y vinculación con los temas de corrupción. Deben ser cinco personas de reconocida probidad y prestigio, destacándose por su contribución a la transparencia, la rendición de cuentas o el combate a la corrupción. Se les otorga un contrato por prestación de servicios por honorarios, se ven impedidos a ocupar un empleo, cargo o comisión en la administración pública. El nombramiento es emitido por el senado de la república. Mauricio Merino⁸ señala que las políticas nacionales de transparencia y combate a la corrupción, partieron de una definición común y por tanto deben implementarse conjuntamente. Señala que esa “condición bifronte se entiende mejor desde esa

⁸ Mauricio Merino, *Opacidad y Corrupción: las huellas de la captura*, INAI, México, 2018, p. 55.

mirada, asumiendo que la única vía para atajar la corrupción es llevar a las instituciones públicas al ideal de “la caja de cristal” y construyendo una arquitectura institucional completa”. Al revisar la ley general del sistema nacional anticorrupción, se observa que el comité de participación ciudadana, no cuenta con atribuciones de decisiones vinculatorias, únicamente emiten opiniones en las acciones del sistema, recomendaciones y exhortos públicos a las autoridades competentes, para la emisión de información ligada a hechos de corrupción a través del comité coordinador, no es un órgano de control de la actuación administrativa del sistema. Únicamente coadyuvan a los objetivos del sistema y ser un órgano que vincule a la ciudadanía y de forma sectorizada con las instancias académicas y organizaciones sociales.

VI. Retos de la participación ciudadana en el combate a la corrupción

Es necesario concientizar la trascendencia de la corrupción en la vida pública y privada de la sociedad, al ser un fenómeno complejo y sectorial. Al estudiar el fenómeno de la Corrupción, Vázquez define a ésta como: “(...) la violación limitada de una obligación por parte de uno o más decisores con el objeto de obtener un beneficio personal extraposicional del agente que lo(s) soborna o a quien extorsiona(n) a cambio del otorgamiento de beneficios para el sobornante o el extorsionado que superan los costos del soborno o del pago o servicio extorsionado”.⁹ La denuncia ciudadana y de las autoridades en los actos y hechos de corrupción es indispensable para instar el sistema punitivo sancionador y evitar la impunidad en perjuicio del estado de derecho. La transparencia de las acciones de gobierno de conformidad a la ley general, evita simular o burlar la ley, con disposiciones discrecionales bajo la premisa de seguridad nacional.

⁹ Rodolfo Vázquez. “Estado de derecho y justicia. En torno al problema de la corrupción”, en L. T. Díaz Müller. (coord.). El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006, p. 132.

La estructura y participación difusa de las acciones de cada órgano integrante del sistema nacional anticorrupción, se pierde la línea directa de responsabilidad en las acciones de las políticas gubernamentales.

La percepción ciudadana a las instituciones debe transformarse con la finalidad de generar mayor confianza en el desempeño de su función, con procedimientos claros y sistematizados de conformidad con la ley general de mejora continua, que facilite la prestación de los servicios públicos para los gobernados.

El fenómeno de la corrupción invade en todos los aspectos sociales e institucionales, su estudio debe partir de un enfoque multi, inter y transdisciplinario. La prevención es necesario para su combate, pero de primera instancia se debe entender su conceptualización, delimitar la corrupción desde lo público y privado, así como, sus alcances sociales y jurídicos, es el proceso más tardado pero el más completo y de efectos permanentes.

En atención a las funciones de planeación y organización del sistema de control y de fiscalización; previo a esta reforma, la única manera de responsabilizar a un servidor público por su actuación ilegal en el desempeño de sus funciones, era a través de la vía penal.¹⁰ La justicia administrativa toma un nuevo rumbo y objetivos torales, donde los tribunales administrativos encargados de dirimir las controversias entre la administración pública y los gobernados, deberán de ser partícipes en el combate a la corrupción y resolver sobre los servidores públicos vinculados con faltas administrativas graves.

Los procedimientos disciplinarios deben ser ejemplares y eficientes, tutelar siempre los fines constitucionales del servicio público, dignificar la prestación del servicio bajo los estándares de calidad, publicidad y transparencia. Se debe ejecutar sanciones efectivas y los activos desviados se deben reintegrar a la hacienda pública, devolver al pueblo lo robado.

¹⁰ Max Kaiser, *El Combate a la Corrupción la gran tarea pendiente en México*, México, Porrúa, 2014, p.64.

Es un gran acierto involucrar en las sanciones administrativas graves a los particulares vinculados con hechos de corrupción, la relación entre las instancias de gobierno para fiscalizar, supervisar y control de los recursos públicos, deben adecuarse a los fines programados y vinculados con los planes de desarrollo.

La Justicia administrativa cobra mayor relevancia con la reforma constitucional del 27 de mayo de 2015, es la forma en que los gobernados encuentran certidumbre jurídica, frente a los actos de autoridad y el imperio del estado. Es una condición necesaria para la tutela de los derechos humanos en la justicia administrativa, se debe redimensionar el sentido y el uso de los medios jurisdiccionales y los no jurisdiccionales que facilitan a los justiciables el reclamo de los derechos.

La justicia administrativa toma un nuevo rumbo y objetivos torales, los tribunales administrativos encargados de dirimir las controversias entre la administración pública y los gobernados, deberán de ser partícipes en el combate a la corrupción y resolver sobre los servidores públicos vinculados con faltas administrativas graves.

Consolidar el sistema anticorrupción, particularmente a nivel estatal y en los tres poderes. El esfuerzo por controlar la corrupción debe ser estatal y no sólo nacional. Se debe asegurar el cumplimiento cabal de la publicidad de las declaraciones patrimoniales y de intereses para todos los servidores públicos, especialmente en áreas de riesgo y alto nivel. Como lo señalan Gurza Lavalle e Isunza Vera, “Estas innovaciones incorporan, frecuentemente, esquemas que confieren voz y capacidad de decisión a la ciudadanía mediante diversas figuras de contraloría social, deliberación o representación públicas”.¹¹ Avanzar hacia sistemas de información sistematizada y automatizada de todas las instituciones públicas, una contraloría

¹¹ Adrian Gurza Lavalle y Ernesto Isunza Vera, “Representación y participación en la crítica democrática”, Desacatos, Revista de Ciencias Sociales, 2015 49: 10-27. <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13948263002>.

social real, incluyendo la máxima publicidad y formatos abiertos de rendición de cuentas.

VII. Conclusiones

La corrupción en nuestro país es reclamo social histórico, detiene el avance económico y social, se normaliza la actuación indebida y se realiza un vacío conceptual en la interpretación y entendimiento del uso en el discurso. Se debe socializar de forma técnica las formas en que se presenta y generar una cultura democrática en el combate a la corrupción.

La participación ciudadana en el combate a la corrupción como parte del SNA, a pesar de ser incorporado en el sistema jurídico, la ciudadanía debe realizar un reclamo de su participación efectiva y participación con la estructura. No sólo es revisar los datos presentados, se debe tener una posición más activa en los temas de interés público, una auténtica contraloría social.

Se debe puntualizar en el sistema de sanciones que se generaron con la reforma constitucional, con la creación de la Ley General de Responsabilidades Administrativas, en relación con las faltas administrativas graves y no graves así como la parte preventiva, con perspectiva de la ética privada y pública.

Las entidades federativas deben realizar las mismas acciones ya señaladas con anterioridad, atendiendo a la ley general y en concordancia a su soberanía. Una condición sine qua non es el sistema nacional debe funcionar en su totalidad y con los fines que dio su naturaleza, así como las modificaciones respectivas para su mejora continua, en atención a las diversas áreas de oportunidad que presenta y que se han comentado a lo largo del trabajo.

El problema de la corrupción en México en gran medida es sistémico y cultural, la participación ciudadana efectiva, es el motor preponderante para erradicar la problemática, el sistema jurídico debe garantizar los derechos de los gobernados y el acceso a ellos. El sistema de normas debe ser claro, el contenido debe ser idóneo a las necesidades y carencias. La impunidad inhibe la participación e incentiva la

poca capacidad de asombro, opacidad en los quehaceres públicos y en la exigencia de la transparencia y rendición de cuentas. La ignorancia a la temática rompe los lazos de colaboración y valores ciudadanos. Se debe realizar un diagnóstico para identificar los ejes de acción para la construcción de políticas públicas, realizar administración pública comparada, para observar que se hace en otros países en situaciones similares y de éxito, además de fortalecer la justicia administrativa para contribuir al combate a la corrupción.

VIII. Bibliografía

Cárdenas, Jaime y María de la Luz Mijangos, *Estado de derecho y corrupción*. Porrúa, México, 2005.

Gordillo, Agustín, *La administración paralela*, Madrid, Civitas, 2001.

Gurza Lavalle, Adrián y Ernesto Isunza Vera, “Representación y participación en la crítica democrática”, *Desacatos, Revista de Ciencias Sociales*, 2015 49: 10-27.

[http:// www.redalyc.org/articulo.oa?id=13948263002](http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13948263002) .

Kaiser, Max, *El Combate a la Corrupción la gran tarea pendiente en México*, México, Porrúa, 2014.

Morales, Ulrich Richter, *De la protesta a la participación ciudadana*, México, Océano, 2014.

Nino, Carlos S., *Un país al margen de la ley*, Buenos Aires, Ariel, 2005.

Transparencia Mexicana, 01 de diciembre de 2022. Recuperado de <https://www.tm.org.mx/ipc2021/>.

Santisteban, Rodrigo, *Rendición de cuentas (Accountability)*, en Ernesto Villanueva (cord.), *Diccionario de Derecho de la Información*, Miguel Ángel Porrúa, México, 2009.

Valadés, Diego, *El control del poder*, 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2006.

Merino, Mauricio, *Opacidad y Corrupción: las huellas de la captura*, INAI, México, 2018.

Vázquez, Rodolfo, “Estado de derecho y justicia. En torno al problema de la corrupción”, en L. T. Díaz Müller. (coord.). *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia. Terceras Jornadas sobre Globalización y Derechos Humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 2006.

EDUCACIÓN EN DERECHOS HUMANOS PARA LA CONSOLIDACIÓN DE UN ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Pedro Morales Zavala

Luis Eusebio Alberto Avendaño González

I. Introducción

En los últimos años ha dado mucho de qué hablar tanto en el ámbito académico, pero sobre todo en el ámbito jurisdiccional el reconocimiento y asimilación de las jurisprudencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (CortelDH) por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) como órgano declarativo de la constitucionalidad. Al respecto cabe destacar en un primer momento el debate que se dio en este órgano de justicia a partir de la resolución vertida por la Corte IDH por el caso de desaparición forzada de Rosendo Radilla Pacheco en 1994 por parte de elementos del ejército mexicano en el Estado de Guerrero, en la cual se condenó al Estado Mexicano por la violación a diversos derechos humanos como el derecho a la vida, el derecho a la integridad, a la libertad, etc., situación que primero dio lugar a la consulta a trámite 489/2010 y, posteriormente, al expediente varios 912/2010. En estos expedientes es posible apreciar la timidez con la que actuaron los ministros de la SCJN para anteponer los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México era parte, lo cual se muestra en los argumentos que éstos vertieron como pretexto para no dar cumplimiento pleno a la mencionada sentencia internacional, aunque hay que reconocer que éstos finalmente dieron lugar a un cierto progreso pro jurídico-humanista al poner sobre la mesa un debate de trasfondo jurídico-epistemológico suscitado en aras de resolver sobre el alcance de las resoluciones en la Corte mexicana, respecto de aquellas jurisprudencias pronunciadas por la Corte Internacional, y es que esto causó un verdadero choque gnoseológico, pues en el fondo se abrió la puerta para poner en duda el concepto de derecho dominante

en la Corte de tradición esencialmente dogmático-legalista, bajo el cual se habían legitimado en el marco de un régimen hegemónico de gobierno las acciones de las autoridades mexicanas, como fue el caso de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales del llamado Poder Judicial. En un segundo momento están los debates entre los ministros de la SCJN suscitados a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, los cuales dieron lugar a la contradicción de tesis 293/2011, en virtud de que dicha reforma provocó la incógnita sobre cuál sería la posición jerárquica de todos aquellos tratados internacionales que contengan derechos humanos en el orden constitucional mexicano, a lo cual finalmente éstos concluyeron que dichos derechos contenidos en la constitución y en las convenciones internacionales, deben ser considerados como parámetro de regularidad constitucional, exceptuando los casos en que se presente una restricción constitucional expresa, pues en tal caso consideraron que se deberá atender a lo que el documento constitucional establezca, aunque tal decisión lamentablemente representa una ultrajante restricción al alcance de los derechos humanos, una traba que solo favorece al régimen hegemónico mexicano que se resiste a declinar.

Cabe destacar que en México en las primeras décadas del siglo XXI se dieron dos fenómenos que terminaron coincidiendo generando una buena complementariedad, uno se refiere a la llamada reforma constitucional del 10 de junio de 2011, la cual dio reconocimiento a los derechos humanos que se encuentran en los tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, obligando a todas las autoridades mexicanas para que su ejercicio se sustente en la interpretación jurídica conforme a estos derechos plasmados en la constitución y en las convenciones internacionales, favoreciendo en todo momento a la persona. El segundo fenómeno se refiere a que en las aulas académicas de los posgrados de las Facultades de Derecho se venía discutiendo con bastante auge la novedosa postura teórica del neoconstitucionalismo, la cual se mostró como un discurso que ponderaba la justicia y no la mera legalidad, ya que se inclinaba en la preponderancia del fenómeno moral en la forma de interpretar y aplicar el Derecho a través de los llamados principios de constitucionalidad. Desgraciadamente no

todas las autoridades estuvieron a la altura de esta coyuntura, como fue el caso de algunos jueces, magistrados e incluso algunas altas autoridades jurisdiccionales de la SCJN, lo cierto es que ante tal coyuntura jurídica y teórica, tal y como se evidencia en los referidos debates, la mayoría de los ministros al dictar las tesis citadas, exhibieron poca o nula empatía con la nueva disposición constitucional, aunado a que igualmente mostraron ignorancia sobre los alcances de la mencionada escuela teórica o, al menos eso es conveniente creer, para no caer en la tentación de pensar que éstos más bien actuaron con perversidad para defender, desde su trinchera, los intereses del régimen hegemónico enquistado en las instituciones del Estado mexicano, lo cual sin duda sería realmente peligroso para la división de poderes que debe imperar en una República, lamentablemente las acciones y declaraciones de los ministros conservadores no ayudan mucho para evitar tener sospechas sobre sus prácticas, al menos eso sucede con la referida contradicción de tesis 293/2011, al restringir el alcance de los derechos humanos, lo cual dejó implícito que en el Estado mexicano es más importante el poder de quienes gobiernan, que el ser humano en si mismo. Lo cierto es que, con la referida reforma constitucional de 2011, dicho régimen se vio en un auténtico peligro, pues por primera ocasión el máximo legislador, el Presidente de la República, corría el riesgo de que su voluntad expresada legislativamente no fuera obedecida; pues con el discurso de los derechos humanos se establecían las condiciones para que la ley fuera inaplicada y hasta declarada inconstitucional, lo que representaría una auténtica crisis para el referido régimen hegemónico de gobierno.

Sin lugar a dudas, el reconocimiento de los derechos humanos ha cimentado bases para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho en México. No obstante, las peripecias de la Corte mexicana, pues al parecer esta inserción en el sistema jurídico es irreversible si es que el Estado mexicano se mantiene en su pretensión de pertenecer al club de países civilizados y sostenga su adherencia al sistema de protección interamericano. Aunque también se tiene que reconocer que no obstante los progresos constitucionales del discurso humanista. La gran mayoría de instituciones del Estado mexicano no han asimilado que hoy se tiene que pensar de manera diferente, tanto la forma de ejercer el poder público, como la concepción

del mismo derecho. Ese es el caso de las instituciones jurisdiccionales de control difuso de los derechos humanos y, desde luego, de las dedicadas a la declaración de constitucionalidad. Respecto a éstas, si bien hay que reconocerles sus esfuerzos para implementar la interpretación conforme en sus resoluciones, es importante aceptar que aún les queda mucho trabajo por hacer para superar el llamado Estado de Derecho de rancio aroma dogmático-legalista que hoy no da respuesta a todos los problemas jurídicos y menos a aquellos que tienen impacto de tipo moral que los hace casos realmente difíciles.

Así, en este trabajo se parte de que aún no ha cuajado el Estado Constitucional porque para tenerlo se requiere de una asimilación total de los derechos humanos sin restricciones como las que la Corte les opuso. Por eso, se considera que una de las causas de esta situación es que aún hay ausencia de una cultura de los derechos humanos. Esta situación impacta en la comunidad de profesionales del derecho y, en consecuencia, en los jueces. Como resultado, se resalta la importancia de la educación como una forma eficaz para construir este tipo de cultura. Por esa razón, surge la inquietud de este trabajo, el cual consiste en hacer una reflexión de la situación a partir de algunos esbozos de teoría constitucional, de filosofía del derecho y de la filosofía moral, con los cuales se pretende responder a la siguiente pregunta: ¿por qué es importante la educación en derechos humanos para consolidar un Estado Constitucional de Derecho?

Desde luego, no es la intención elaborar una compleja teoría. El propósito es sólo dejar sobre la mesa este planteamiento para que, en lo sucesivo, se siga trabajando en ello, en aras de construir una mejor convivencia social. La asimilación plena de los derechos humanos por parte de la ciudadanía en general y, por lo tanto, de la comunidad jurídica en específico, tendrá como consecuencia ineludible que las instituciones del Estado asimilen los valores y principios humanísticos de manera contundente.

II. Estado Constitucional de Derecho y su efecto en el concepto de lo jurídico

Asimilar un Estado Constitucional de Derecho se evidencia en la conceptualización misma del derecho bajo una connotación muy diferente a la tradicional. No obstante, si la comunidad jurídica, dígame los académicos, los jueces, los abogados litigantes, los funcionarios que profesionalmente gozan de estudios jurídicos y otros profesionales de esta disciplina, se mantiene en la concepción de que el fenómeno jurídico es un conjunto de normas jurídicas expedidas por el Estado, eso más bien implica que la cultura jurídica mexicana sigue legitimando al viejo régimen autoritario y hegemónico de poder que durante siglos se ha ejercido en México. Éste se ha valido de la apología a la ley como estrategia discursiva constitucional, legal y jurisprudencial, para justificar que los gobernados deben acatar ciegamente la voluntad de dicho régimen, a veces, en contra de su dignidad y de su propia condición humana. Han inculcado que las leyes deben cumplirse por su condición de ley y no por el valor racional de su contenido. De hecho, la propia constitución mexicana se ha encargado de coaccionar, en sus artículos 14 y 16 mediante procesos de control constitucional como es el caso del juicio de amparo, pues con ello se ha garantizado no sólo la disciplina de los gobernados, sino de las autoridades a quienes el régimen ha logrado convertirlos en fieles soldados que lo obedecen y defienden.

Desde luego, el principio de legalidad en conjunto con el mecanismo de protección constitucional han dado lugar al Estado de Derecho. Esto ha significado seguridad jurídica para el gobernado y para todo aquél que ha pisado el territorio mexicano. No se puede desconocer que se trató de un avance de la modernidad auténticamente republicano, pues mecanismos como este son los que han limitado el abuso del poder despótico de los monarcas y de cualquier gobierno abusivo, al respecto cito lo siguiente:

Se podría decir que el Estado de Derecho surgió porque, frente a la arbitrariedad del absolutismo, tanto individuos como sectores sociales no sólo buscaron seguridad para sus personas, bienes y propiedades, sino, además, exigieron garantías y protección efectiva para su libertad. La defensa de la

libertad, de la seguridad y de la propiedad sólo podría alcanzarse a través de la ley. De ahí que la frase “gobierno de leyes, no de hombres” (“*government of laws and not of men*”), acuñada por John Adams al redactar la Constitución de Massachusetts en 1780 (García, 2011, p. 22).

Sin embargo, cabe destacar que estas herramientas de la modernidad jurídica, que en un principio sirvieron para oponerse al absolutismo de los monarcas, hoy han provocado excesos. Bajo el discurso político de que la ley es una expresión de la voluntad del pueblo, se ha justificado otro discurso de poder que con el paso de los años. Actualmente, quienes se denominan representantes populares, como es el caso de los legisladores o el Presidente de la República, son los sustitutos de la monarquía y, como tal, son en realidad los nuevos gobernantes. Las instituciones, conforme se añeja la forma de gobierno y la representación democrática por la inexistencia de los suficientes controles, tienden a convertirse en el nuevo verdugo del poder, totalmente en perjuicio de sus gobernados en su calidad de seres humanos.

El criterio de que los representantes populares son el nuevo gobierno con tendencias a la concentración monopólica del poder de una élite que gobierna, se evidencia en varias de las declaraciones normativas que expiden. Incluso se ha pretendido disimular bajo el discurso fantástico de ejercer la voluntad del pueblo. Cito a manera de ejemplos dos acontecimientos político-jurídicos como prueba de ello: 1) cuando el legislador francés de estirpe burguesa dijo que éste es quien habrá de monopolizar el derecho a ejercer el gobierno y en consecuencia es el que tiene el derecho para legislar, dicho que plasma en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (Comisión de Derechos Humanos del Estado de México [CODHEM], 1998, p. 111). Mediante este gesto, se autodenominó en su proemio como representante popular, una vez que había derrocado al monarca logrando la Revolución de 1789. 2) Cuando los legisladores criollos y burgueses, después de conquistada la independencia de la América Septentrional respecto de la corona española y al derrocar al Emperador Iturbide, decidieron erigirse en Constituyente mexicano para cimentar las bases del discurso que sostiene que el pueblo en

ejercicio de la soberanía, es el que decide su forma de gobierno y que en consecuencia es su voluntad erigirse en una República representativa, lo cual se consagró desde el Acta Constitutiva de 1824 (Tena, 1999) y en las sucesivas constituciones de las que data la historia constitucional mexicana, pero que pretende en realidad la legitimación para que, legisladores y el presidente de la República monopolicen la facultad para hacer y ejecutar leyes a nivel federal. No obstante, es a éste último a quien se le atribuyeron facultades para ser la última palabra del proceso legislativo, aunado a que se establecieron condiciones en la constitución de 1824 y en la de 1917 para la existencia de un presidencialismo exacerbado que lo convirtió en el gran legislador mexicano. Al respecto, cito lo siguiente:

En el constituyente de Querétaro quedó claro que se dotaba constitucionalmente de amplias facultades al ejecutivo. Algunos diputados afirmaron que se habían limitado las atribuciones del legislativo y ampliado las del ejecutivo, y con esto se propiciaba que éste se pudiera convertir en un dictador (Carpizo, 1994, p. 43).

Ahora bien, actualmente es útil reconocer que los representantes populares son gobernantes, para así evitar caer en el error de concebirlos como ciudadanos comunes ya que no lo son. Asimismo, es importante también reconocer que gozan de un poder que los interesa en legitimarlo socialmente para así ser obedecidos de manera espontánea por sus gobernados (que en el relato político son sus representados). Para ello, éstos han creado y reproducido estrategias discursivas que se han quedado de manera efectiva en diferentes normas jurídicas y que, con la ayuda teórica de doctrinarios afines al positivismo jurídico, se han escrito textos que han contribuido en la formación dogmática de juristas que creerán y defenderán fielmente dicho relato y, en consecuencia en el régimen. De ese modo, se logra que la élite gobernante afiance un sumo poder. Ese es el caso, por ejemplo, de las siguientes afirmaciones retóricas que suelen decir en el discurso político y constitucional: a) que el derecho es un conjunto de normas producidas por el Estado; b) que el derecho es sinónimo de ley; c) que hay una jerarquía normativa en cuya cúspide está la constitución que valida las normas y actos de autoridad que

acaten la ley, porque cumplir la constitucionalidad consiste en acatar la ley; d) que la ley es la expresión viva de la voluntad popular, de entre otros relatos semejantes.

El régimen hegemónico mexicano, encabezado por la élite política que se mantiene en el poder no obstante las transiciones electorales del 2000 y del 2018, siguen valiéndose de estos recursos retóricos normativos para así afianzar la voluntad del presidente de la República, efectivo representante del régimen hegemónico. Por eso es que la concepción del derecho en México durante décadas ha sido dogmático-legalista, sinónimo de lo que otros autores han denominado como formalista, parroquial y nacionalista, tal como se expone en la siguiente cita:

Para una parte importante de los abogados y juristas del país -probablemente para la mayoría de ellos- el ordenamiento jurídico está anclado en un paradigma nacionalista, formalista y parroquial. Nacionalista porque es refractario a las fuentes del derecho que no provienen de autoridades mexicanas y, por ende, mantienen una concepción dualista con relación al derecho internacional (casi como si se tratara de dos ordenamientos distintos y a veces impermeable). Formalista porque esperan de todos los operadores jurídicos y, en particular de los jueces, una aproximación de estricta aplicación de las normas y de precisión letrista a la hora de interpretar el derecho. Parroquial porque sus referentes doctrinarios, sus autoridades intelectuales y sus ejemplos canónicos son casi siempre mexicanos (Medina Mora et al., 2015, p.12)

Por supuesto que esta forma de entender el derecho ha causado enormes abusos, auténticas atrocidades en contra de la dignidad e integridad humana, no sólo en México, sino en otros países. La historia ha registrado que algunos gobiernos de Estados de la comunidad internacional han impuesto el acato a la ley por el sólo hecho de ser ley creada por la entidad estatal, sin posibilidad alguna de cuestionar su pertinencia ética en los tribunales y que, desgraciadamente, su contenido sólo fue la voluntad de gobiernos aberrantes, sin escrúpulos y hasta genocidas. Eso es precisamente lo que sucedió con la degradación a que fueron sometidos millones de seres humanos que fueron agredidos, sobajados, ultrajados y ejecutados en nombre de la ley en tiempos de la Segunda Guerra Mundial,

situación que desde luego provocó un serio cuestionamiento al paradigma del Estado de Derecho. Al respecto dice López (2012) que la derrota del formalismo jurídico y el legicentrismo es inminente, para dar paso a una visión holística e integradora del derecho. Así, la reformulación del positivismo jurídico, por medio de la reconexión entre el derecho y la moral es inobjetable. Con matices débiles o fuertes, sostiene el autor que dicha conexión resulta en ocasiones invisible. Consecuencia de ello es que ya se ha ido reconociendo este fenómeno por parte de la teoría constitucional, a partir de la aceptación expresa de la moral en el orden constitucional.

En este orden de ideas, significaría también que en el contexto mexicano hay que condenar el paradigma de derecho. Lo anterior, especialmente ante las múltiples violaciones que día con día han sido denunciadas ante organismos internacionales y que, generalmente, han consistido en violaciones a la dignidad y condición humanas derivadas del excesivo formalismo legal de las instituciones mexicanas. Para éstas habido no sólo pronunciamientos de los órganos internacionales, sino jurisprudencias de la CorteIDH que han condenado al Estado mexicano y cuestionando, en consecuencia, al paradigma del Estado de Derecho. De esta forma, se cuestiona la voluntad del régimen que tradicionalmente se ha sacralizado en la ley. Lo anterior es dar pauta para asimilar que el derecho no sólo es un fenómeno legal, sino que también tiene implicaciones morales. Por esa razón, dichas jurisprudencias internacionales en realidad son un serio cuestionamiento ético al dogmatismo mexicano, del viejo paradigma normativo del derecho y, desde luego, al régimen político que se ha servido de este. Al respecto cito lo siguiente:

Así, la ductilidad constitucional representa la creación de un constitucionalismo contemporáneo (o constitucionalismo de principios) que ha invadido todo el ordenamiento jurídico y que ha desembocado, además, en un cambio en el modelo de Estado de Derecho Legislativo decimonónico (legalismo como teoría jurídica), cuya vigencia se extendió al siglo XX, sustituido por el actual Estado Constitucional de Derecho (Constitucionalismo), que es el modelo de Estado de Derecho con el que actualmente operan las Democracias modernas (López, 2014, pp. 1-26).

La anterior cita permite señalar que el Estado de Derecho, ese modelo tradicional de entendimiento de lo jurídico como sinónimo de ley y como un conjunto de normas estatales, es completamente anacrónico a las exigencias de los órganos internacionales. Éstos exigen el respeto a la humanidad, lo cual se suma a la exigencia constitucional que hoy reconoce a los derechos humanos insertos en los tratados internacionales. Por eso, es necesario que sea sustituido por el modelo de entendimiento que ve para el derecho la importancia de aceptar sus implicaciones morales. En este siglo es menester reconocer al ser humano como fin y no como medio. Llegar a ello es el Estado Constitucional de Derecho, para lo cual se hace manifiesto, entonces, que se requiere trabajar en consecuencia en otro concepto de derecho, que supere a la definición dogmático-legalista también tradicional.

III. Pasos hacia la consolidación del Estado Constitucional de Derecho en el México del siglo XXI

El caso Rosendo Radilla, que dio lugar a la jurisprudencia de la CorteIDH el 23 de noviembre de 2009, es realmente un antecedente de la reforma constitucional. Gracias a él se reconoció a los derechos humanos, el 10 de junio de 2011, como parte del sistema jurídico mexicano. Lo anterior dio lugar al control de la convencionalidad *ex officio*, ya que según dicha jurisprudencia quedan sometidos a las Convenciones Internacionales en materia de derechos humanos, en aquellos casos en los cuales los Estados hayan ratificado los tratados internacionales referentes a estos derechos. Por esa razón, la ley no puede ser obstáculo para su cumplimiento. Cabe destacar que una jurisprudencia como esta sirvió para que académicos, organismos defensores de los derechos humanos e integrantes de órganos jurisdiccionales se cuestionaran sobre el alcance de este tipo de resoluciones, ante un paradigma legalista donde la ley era literalmente invulnerable. No obstante, se puede decir que, entre esta resolución de la CorteIDH y la citada reforma constitucional, se iniciaron los debates al interior del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sobre las dudas que el órgano de constitucionalidad se planteará sobre varios conceptos jurídico-políticos tradicionales que se ponen en tela de juicio con la referida resolución internacional. Tal es el caso de la soberanía

nacional, la supremacía constitucional, la jerarquía de los tratados, la subordinación de la Corte mexicana por la jurisprudencia internacional. Además, se pone en cuestionamiento la preponderancia de la ley y, desde luego, el concepto mismo del derecho como conjunto normativo. Esto ya era un peligro para el régimen político hegemónico.

Es cierto que la reforma constitucional aludida da bases para concebir el fenómeno jurídico en México más allá de lo estrictamente legal y nacionalista. Esto se debe a que provocó la reestructuración de los criterios de la SCJN sobre la jerarquía normativa. En 1992, ésta asignaba a los tratados internacionales con la misma jerarquía que las leyes federales, aunque ambas las dejaba como subordinadas a la constitución. En 1999, nuevamente la misma Corte determinó que bajo este mismo criterio de subordinación al documento constitucional, ahora los referidos tratados ocuparían un lugar superior respecto de las leyes de la federación. Esa lógica se modificó con la citada reforma de 2011, ya que, según ésta los tratados internacionales sobre derechos humanos tendrán un rango constitucional, lo que significa que, después de varios años, se vino a materializar en el orden constitucional mexicano, aquella jurisprudencia emitida en 2009 por la CortelDH.

Cabe decir que la citada reforma, definitivamente vino a mover las estructuras del sistema jurídico mexicano al exhortar a otra forma de entender al Derecho, ese que había sido sostenido por la hegemonía de poder para su sobrevivencia. El objetivo ya no será tener un orden jurídico cuyas normas se vayan integrando de acuerdo con una cadena de validez según su conformidad con el discurso legal sostenido por la ley de leyes llamada constitución. El objetivo ahora será integrar las normas a un fin supremo que será “el ser humano” en sí. Los tratados internacionales contienen los derechos que protegen su integridad, su dignidad y su entorno de vida. Se ofrecerán como una herramienta que auxiliará a que las normas jurídicas se vayan integrando a este propósito, pues ofrecen argumentos jurídicos, morales y hasta científicos para que un órgano de constitucionalidad como la SCJN vaya haciendo lo necesario para despojar aquellas expresiones normativas que no tienen este fin (Medina, 2015).

Esta situación ha sido visto por el régimen hegemónico como un verdadero peligro, ya que por primera ocasión sería posible evitar la aplicación de la ley, esa que había sido hasta la fecha el máximo símbolo representativo de su voluntad. Esta situación es definitivamente un choque conceptual de lo jurídico, pues con esta nueva redacción, el concepto de derecho debe integrar valores, principios, reglas, normas no producidas por el Estado. Como dice Aguilera Portales (2008) también hay precedentes jurisprudenciales, argumentos éticos y hasta conocimientos proporcionados por la ciencia con el objetivo de hacer la mejor interpretación en beneficio a la persona. Destaco lo que se dice en el trabajo de Medina en conjunto con otros destacados autores (2015), la nueva interpretación que da lugar la nueva reforma y el entendimiento que comienza a tener la Corte mexicana, permite también comprender al fenómeno jurídico mexicano de manera universalista al adoptar fuentes internacionales que amplían el catálogo de los derechos humanos. Esto permite estar abierto a la interpretación, pues impide que esta actividad se ciña únicamente a los textos legales o a lo que quiso decir el legislador y mucho menos a la metáfora del espíritu del legislador. Así, se da pauta a que el hermeneuta jurídico también acuda a las diferentes teorías que justifican las mejores interpretaciones, situación hermenéutica en otrora imposible. Desde luego, también destaco que se abrieron las puertas para que la interpretación jurídica no sea esencialmente dogmática, sino también de tipo moral, al respecto apunta Cruz Parceró (2017):

El tema de la titularidad de los derechos humanos es una cuestión especialmente importante. Dentro de las teorías de los derechos humanos -y de la práctica internacional-, el tema de la titularidad no suele entenderse como un asunto que depende exclusivamente de la voluntad de un legislador o un decisor, la cuestión es en cierta medida una cuestión moral, una cuestión filosófica de fundamentación.

Al ser la interpretación jurídica integradora y al permitir se adopten las mejores interpretaciones *pro personae*, se está autorizando a que la ética intervenga para dilucidar cuál será el mejor argumento que beneficie al ser humano. Aunado a que ayudará en la solución de aquellos problemas jurídicos que impliquen dilemas

morales que los hagan realmente difíciles en la terminología de Ronald Dworkin, pues hoy la constitución obliga de manera implícita a los jueces a emitir ponderaciones entre los valores desprendidos de los derechos humanos que pueden entrar en aparente colisión. Lo anterior es significativo de un concepto de derecho que está superando el dogmatismo, ese que durante décadas había usado al ser humano como un medio para mantener el poder. A propósito dice la siguiente cita:

Así se representa, empero, también todo ser racional su existencia, a consecuencia del mismo fundamento racional, que para mi vale;¹⁰ es, pues, al mismo tiempo un principio objetivo, del cual, como fundamento práctico supremo, han de poder derivarse todas las leyes de la voluntad. El imperativo práctico será, pues, como sigue: obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio. Vamos a ver si esto puede llevarse a cabo (Kant, 2007, p.42)

En este sentido, a partir de que la interpretación del derecho a que obliga la constitución, se debe sustentar conforme a lo establecido en los tratados internacionales sobre derechos humanos. Dado que la interpretación deberá ser la que mejor beneficie a la persona, es entonces que se puede afirmar que la propia constitución está exigiendo que se considere al ser humano en el concepto de lo jurídico como un fin y no como un medio. De ese modo, se desecha la rancia idea de que el fin es el acato de la ley, aun cuando continúa en la redacción constitucional el principio de legalidad, lo cual no se opone al fin humanístico que hoy expresa la constitución.

Ahora bien, ¿México por fin ha logrado pasar a un Estado Constitucional de Derecho con estas reformas constitucionales de implicación humanística que dan pauta a la consideración moral del fenómeno jurídico? En respuesta a esto se debe decir que sí es representativo de un cambio, pues es muy proclive a este modelo de Estado. Esta modificación permite que la Constitución mexicana sea flexible y dúctil (Zagrebelsky, 1995) y no formalista y dura. Así, se abrió el camino para que los valores y principios humanísticos que se desprenden tanto de las normas

producidas por el Estado mexicano, como de las convenciones internacionales, den garantía de que su interpretación sea ponderativa a partir de su consideración heterogénea y no hegemónica, lo que implica desechar que el derecho sea un ente mecánico y tecnificado, provocando una subordinación del legislador a dichos valores y principios hoy acogidos en un bloque de constitucionalidad, situación que en otrora era impensable, dice la siguiente cita :

La ley, un tiempo medida exclusiva de todas las cosas en el campo del derecho, cede así el campo a la Constitución y se convierte ella misma en objeto de medición. Es destronada en favor de una instancia más alta. Y esta instancia más alta asume ahora la importantísima función de mantener unida y en paz sociedades enteras divididas en su interior y concurrenciales (Zagrebel'sky, 1995, p. 40).

Jaime Cárdenas (2022) resume lo que señala la filosofía del Estado Constitucional, con el objetivo de emitir una crítica en la que por ahora no se habrá de profundizar, a lo cual se alude sólo para ilustrar cuáles son sus características, en este sentido el autor dice que consisten en:

- a) Que hay reconocimiento de que la dimensión moral impacta en el derecho;
- b) Que una democracia constitucional antepone el respeto a los derechos humanos por encima de la regla de la mayoría;
- c) Que el poder creativo del derecho de los jueces, sirve para establecer las dimensiones de los derechos humanos.
- d) Que se usa el principio de proporcionalidad ante la pugna entre derechos y principios;
- e) Que hay pretensión y aspiración a la globalización constitucional.

Al respecto y atendiendo a estas características, se puede decir que la condición actual del derecho mexicano, es que con la reforma de 2011 se está reconociendo la dimensión moral de lo jurídico, lo cual a su vez implica una supeditación de las normas jurídicas creadas bajo la regla de la mayoría a los principios de constitucionalidad, aunado a que con ello, los jueces de constitucionalidad se ven en la necesidad de realizar ponderaciones de normas,

valores y principios sobre todo en los casos difíciles, lo que permite que este sea un creador de derecho, y por último, se puede considerar que si hay una aspiración de universalidad del constitucionalismo mexicano, a partir de que el Estado mexicano se ha integrado al Sistema Universal y al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por lo tanto, en la medida que se acatan las características de un Estado Constitucional de acuerdo a lo que resume Cárdenas, es entonces que se puede decir, que si hay una importante proclividad hacia este paradigma jurídico. Dice la siguiente cita:

El Estado Constitucional, en cuanto Estado de Derecho de la tercera generación, expresa la última fase de derechos mucho más novedoso y plural de nuestra sociedad contemporánea como son el derecho a la paz, el derecho medioambiental, derechos de los consumidores, derecho a la calidad de vida o la libertad informática acaecidos durante la última revolución tecnológica o digital (Aguilera, 2008, p.25).

Esto significa, que en el momento en que la constitución funda su interpretación de lo jurídico en los derechos humanos, se puede afirmar que esto da condiciones para el establecimiento de un Estado Constitucional de derecho. Ahora bien, regresando al autor Cárdenas, se cita lo que dice:

La construcción del Estado constitucional recurre a los ordenamientos e instancias supranacionales de derechos humanos para resolver los conflictos del Estado nación, y por eso, acepta la crisis de la soberanía del Estado nación, no para indicar la muerte del Estado sino para promover que los derechos humanos deben globalizarse en todas las instancias mundiales (Cárdenas, 2022, pp.108-109).

Ya se ha venido diciendo, la soberanía manejada retóricamente por los gobiernos de la representación del pueblo mexicano se cimbra, y aunque no se destruye, da pauta para que se reconfigure, pues aceptar la interpretación de un tratado internacional que no es producto normativo del Estado, hace que entonces la soberanía se entienda de manera diferente a como se entendió y aplicó en los siglos XIX y XX durante los gobiernos de la hegemonía.

Concluyendo entonces esta parte del trabajo, se puede afirmar con lo que se ha dicho hasta ahora, que si hay bases para entender que en México se está en un proceso de transición a un Estado Constitucional de Derecho, sin embargo es importante señalar que éste connota también una forma de ejercer el poder público, y que para que este se haga efectivo, no basta con meras declaraciones constitucionales, pues sería incurrir nuevamente en dogmatismos-legalistas constitutivos de una contradicción. Lo que se requeriría es que el ejercicio de poder se haga inexorablemente bajo los valores que involucran los derechos humanos, todos los días y en todas las instituciones, si esto no sucede, difícilmente se superará el paradigma del Estado de Derecho, para lo cual es fundamental que tanto los gobernados como los que gobiernan, crean firmemente en que el ser humano es un fin y no un medio.

IV. Educación en derechos humanos para la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho.

El progreso hacia un Estado Constitucional en México es inevitable, el caso Rosendo Radilla y la reforma constitucional multicitada son el prelude de algo que difícilmente puede dar marcha atrás. No obstante, hay quienes han emprendido acciones que exhiben su interés por mantener intacto el régimen político de la hegemonía, en lugar de proteger a los seres humanos. Tal es el caso de aquellos que han intentado hacer modificaciones a la reforma constitucional para dejar en un plano secundario a los tratados internacionales que se refieren a estos derechos o como aquellos ministros de la SCJN que sospechosamente pretendieron limitar los derechos humanos con las llamadas restricciones constitucionales al aprobar la famosa contradicción de tesis jurisprudencial 293/2011, situación que sin afirmarlo, pero muchos lo pueden interpretar como resultado de una operación de las élites del poder hegemónico para evitar que sus acciones y su expresión legal en el que se sustentan, se vean limitados ante el discurso de los derechos humanos.

Afortunadamente las acciones que han pretendido bloquear el alcance de los derechos humanos, se verán frustradas en la medida que hay algo más de fondo que se debe entender, y a ello se refiere Juan Antonio Cruz Parceró (2017), quien

sostiene que el reconocimiento de los derechos humanos implica algo más que simplemente subordinar la ley a los tratados internacionales, pues en realidad se trata de una integración del Estado a un sistema regional de derechos humanos, lo cual implica necesariamente la introducción de un nuevo sistema de valores a los cuales de manera imprescindible se supeditarán todas las instituciones jurídicas, incluyendo las de tipo constitucional. Sin embargo esto implica que se debe fomentar una cultura de los derechos humanos que deje impregnada en la médula de las instituciones, la firme convicción de proteger por encima de todo al ser humano, lo cierto es que en la actualidad esto está lejos de suceder, el criterio restrictivo que emitió la Corte a los derechos humanos fue una clara muestra de que no es así, los alegatos que precedieron a su votación final dio cuenta de su confusión y de su nula convicción en favor del ser humano, salvo el caso del ministro que votó en contra y de algunos de los que emitieron voto concurrente. Es muy probable que de haber tenido una formación en derechos humanos que los hiciera creer en el ser humano y con una capacitación en el plano de la filosofía moral, es muy probable que otra hubiera sido la historia, aunque al respecto no todo está perdido aun con esa restricción, pero por el momento no se abordarán las consideraciones que al respecto se tienen, nos interesa más bien enfatizar que lo sucedido en la Corte mexicana es un reflejo de lo que sucede en el país, ya que ni la sociedad en general, ni las instituciones políticas y jurídicas tienen esa convicción favorable hacia los derechos humanos, cosa por demás preocupante.

El Estado Constitucional representa un modelo para el ejercicio racional del poder público, pero para comprender esto es menester saber previamente que cualquier ejercicio de poder implica la existencia de una relación social mutuamente referida y que se orienta por esa reciprocidad (Sánchez, 1991) que consiste en acatar espontáneamente lo ordenado, es decir, se trata de una relación donde el sujeto pasivo acata sin objeciones el actuar ordenado por quien manda, lo cual significa que tanto el activo como el pasivo deben actuar con la firme convicción de que la conducta ordenada es algo normal, y para cuando se acata, se debe tener la convicción de que así deben ser las cosas, Maurice Duverger a esto le llama legitimidad, respecto de la cual dice lo siguiente: “Se puede definir la legitimidad

como la cualidad que presenta un poder de ser conforme a la imagen del poder que se considera válida en la sociedad considerada” (Duverger, 1996, p. 29), por lo tanto para que haya poder, no es en si la amenaza la que lo hace posible, sino la creencia favorable hacia ese poder y en consecuencia la firme creencia de que se debe obedecer, por eso este autor sigue diciendo:

Pero si la existencia de un poder al cual se debe obediencia parece tan normal, cada sociedad se forma ideas particulares sobre la naturaleza y modalidades del poder y la obediencia. Tiende a definir un poder “legítimo”, que rechaza a los otros como ilegítimos, y no son, por tanto, verdaderos poderes, sino solamente “poderíos” apoyados en la coacción. La noción de legitimidad es, pues, uno de los elementos fundamentales del poder. La legitimidad no es más que un sistema de creencias (Duverger, 1996, p. 29).

Por lo tanto si el Estado Constitucional aspira a ser una forma racional de convivencia social y en consecuencia una forma de ejercer el poder, y si como ya se vio anteriormente, los derechos humanos son una estrategia adecuada para construirlo, por lo tanto es imprescindible se logre una cultura de los referidos derechos, pues como diría el autor comentado, se requiere que tanto gobernantes como gobernados crean en ellos, pues sólo de esa manera se legitimará aquel modelo racional para el ejercicio del poder. En este sentido es que resulta vital la formación académica en derechos humanos de aquellos que se encuentran ocupando espacios de poder público, pero sobre todo la de los futuros profesionales del derecho, por lo que es imprescindible la labor que puedan realizar las instituciones responsables de la educación en general y de manera particular de la educación jurídica, ya que con su acción es que se podrá legitimar con bastante eficacia el discurso de los derechos humanos y en consecuencia, el modelo Constitucional de Derecho. Afortunadamente la misma constitución mexicana reconoce que la educación es un tema prioritario en este proceso de reconocimiento y asimilación de los derechos humanos plasmados tanto en el orden constitucional como en los tratados internacionales, así como sus valores y principios, al respecto, es el artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos el que señala, que todas las autoridades en el ámbito de sus competencias están obligadas

a promover los derechos humanos, lo que significa que dentro de la promoción se encuentra la capacitación y la educación porque son las estrategias más importantes para promover estos derechos, ahora bien, esta afirmación se refrenda con lo que establece el artículo 3 de la misma constitución, ya que de manera específica aborda que la educación mexicana debe basarse en el respeto irrestricto a la dignidad de las personas, que debe tener un enfoque en los derechos humanos y de la igualdad sustantiva y que esta deberá tender a desarrollar todas las facultades del ser humano, fomentando entre otras cosas, el respeto a todos los derechos, las libertades, la cultura de paz y la conciencia de solidaridad internacional, a la independencia y a la justicia, todo esto significa entonces que en realidad, cualquier institución educativa de cualquier nivel educativo, incluyendo desde luego las de nivel profesional y de posgrado, en todas las áreas debe educar en derechos humanos, dice Sergio Díaz Rendón que:

Si bien es cierto que el impacto y alcance definitivos de esa cláusula constitucional es aún indeterminado, por lo menos, en materia educativa ya se tiene certeza del ineludible cambio que tiene que darse en la currícula de los estudios profesionales vinculados con la ciencia jurídica, lo que implica entre otras cosas: formar *juristas D.H.*, o sea, profesionistas del Derecho que piense primero en la defensa de los derechos y libertades de las personas y después en la protección de los bienes; juristas que comprendan que el derecho no se puede enseñar/aprender/practicar más, sin la filosofía de los derechos humanos (Díaz, 2020, pp. 36 y 37).

Esto significa entonces que la legitimación de los derechos humanos en la conciencia de los futuros profesionales del derecho es verdaderamente crucial, para lo cual no bastará la sola enseñanza cognoscitiva, sino que se requerirá herramientas de enseñanza actitudinal, pues su objetivo no sólo será que los estudiantes reciten los tratados internacionales que los contienen, sino que se requerirá que los asuman como forma de vida. Así pues, como futuros operarios del derecho, sólo en la medida que tengan una arraigada creencia en el ser humano como fin, aunada a la capacitación de estrategia jurídica para defenderlos y la imprescindible formación filosófico-argumentativa, es que les será posible construir

un Estado Constitucional a través de su ejercicio profesional en el que la égida del sistema jurídico mexicano sea la protección a la dignidad e integridad del ser humano. Así pues, la formación en derechos humanos es toral para el buen funcionamiento de los órganos jurisdiccionales de control difuso y concentrado, pues eso los incentivará a que como órganos que hacen posible el sistema jurídico mexicano, cumplan con su papel en este proceso de consolidación constitucionalista, porque de no enfocarse en la educación lo más probable es que estos órganos se mantengan en los senderos del dogmatismo, dice la siguiente cita:

En la medida en que el orden jurídico se asienta sobre los derechos humanos y es sensible a los requerimientos de los sectores más vulnerables, el acceso a la justicia repercute favorablemente en el disfrute efectivo de los derechos y libertades y en el pleno desenvolvimiento de la personalidad o ciudadanía de cada persona. Conviene no olvidar que una de las funciones del sistema de justicia es proporcionar la garantía de los derechos, los cuales pierden el carácter de tales si no es posible acudir ante una autoridad independiente facultada para asegurar la observancia de los deberes correlativos (Casal et. al, 2005, p. 16).

En este sentido, una constitución que únicamente reconozca los derechos humanos de manera enunciativa, aun y cuando establezca la existencia de órganos que constitucionalmente les corresponda hacerlos valer de manera coactiva, como es el caso de los órganos jurisdiccionales de control difuso y los de constitucionalidad, puede ser mera retórica en la medida que no haya certeza de que los tribunales y la Corte los hagan efectivos con motivo de los prejuicios legalistas que puedan tener sus integrantes debido a su formación de un concepto de derecho estrictamente normativista, legalista y hegemónico, por lo que resulta necesario se garantice la comentada educación en derechos humanos, pues sólo de esta manera será posible haya garantía del respeto y protección a estos. Dice José Ramón Cossío (Cossío, 2012, p.48): “El juzgador es un profesional del derecho, un sujeto formado para operar con aquello que, en la época en que le haya correspondido estudiar, se acepte o se enseñe como ‘derecho’, y que siga llamándose así en su práctica”, esto significaría para lo que se está tratando, que la

actual obligación ineludible de las instituciones formadoras en el derecho, es la de impulsar una educación jurídica que sea auténticamente formadora de un *ethos* en el sentido griego, o sea, de un carácter que inclinará en lo sucesivo al futuro profesional del derecho a tomar decisiones racionales, justas y prudentes como lo alude Aristóteles (1994), sobre todo ante la presencia de dilemas, como los que se presentan en las controversias jurídicas difíciles de alta implicación moral, o como diría Adela Cortina (2013), un músculo ético que le permita al futuro jurista de manera prospectiva, racionalizar sobre el porqué de las normas jurídicas para en todo caso ponderar, valorar, aplicar y actuar conforme a estos derechos, no hacerlo convierte a dichas instituciones en cómplices del viejo régimen y responsables directas de la no consolidación del Estado Constitucional de Derecho.

V. Conclusiones

El propósito de este trabajo de reflexión y argumentación filosófica de lo constitucional y los derechos humanos fue poder exhibir, desde la filosofía con elementos de la teoría constitucional, que de no fomentarse la evolución del significado de lo jurídico y con ello de lo constitucional, se provoca que aquellas grandes instituciones de otros siglos, hoy puedan significar un auténtico anacronismo perjudicial para los tiempos que se viven. Es necesario que el Derecho (no como sinónimo de ley o de conjunto normativo) se adapte a los requerimientos que exige la nueva realidad. Al respecto, es que se consideró que pasar de un Estado de Derecho a un Estado Constitucional de Derecho puede implicar la superación del viejo concepto de derecho como conjunto de normas jurídicas producidas por el Estado. La anterior postura es de corte dogmático-legalista, el cual ha servido al viejo régimen hegemónico de gobierno para hacer cumplir su voluntad de poder a partir de la lealtad que se logra a través del cumplimiento del principio de legalidad. No obstante, esta postura, para los problemas de la actualidad, resulta insuficiente ya que no dignifica al ser humano, pues sólo ve en este un simple medio para lograr su verdadero propósito: controlar y dominar.

Dados los acontecimientos jurídicos sobre el caso Rosendo Radilla y la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, se puede apreciar que hay

condiciones para que la interpretación y aplicación del derecho sea distinta. Por supuesto, se requiere conceptualizar al derecho de manera diferente. En este trabajo se señala que, si se quiere evolucionar a un nuevo modelo de entendimiento de lo jurídico, es una buena oportunidad dadas estas condiciones, pues derivado de la reflexión hermenéutico-filosófica que se hizo, se pudo apreciar que la redacción del artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos sí establece las bases para operar la consolidación de un Estado Constitucional de Derecho. Aunque se dejó claro que la sola redacción no es suficiente para lograrlo, se destacó que el reconocimiento constitucional de los derechos humanos es crucial para la consolidación de este. Al respecto, se apreció la importancia de los tribunales para garantizar el cumplimiento de los derechos humanos. Lo anterior puede convertirse en una situación difícil en tanto que los juzgadores no estén convencidos del alcance de dichos derechos. Como muestra de lo anterior, se expuso la decepcionante decisión de la SCJN al emitir la jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011, a través de la cual y por medio de restricciones constitucionales limitó el alcance de los derechos humanos, lo cual evidenció que para la corte es más importante la voluntad del régimen que la condición humana.

Por todo lo anterior, se concluye que es necesario que los profesionales del derecho tengan una formación en derechos humanos y no sólo eso, que las instituciones académicas de derecho sean capaces para la formación de un *ethos*, que les permita creer en el ser humano como fin y no como un medio. Así, se tendrá la capacidad para tomar deliberaciones racionales ante los dilemas morales que se desprenden de controversias jurídicas. Mediante el fomento de una cultura de los derechos humanos desde la educación jurídica, se hace posible que los jueces sean sensibles a los valores emanados de estos derechos. Esto es importante, pues con su trabajo y en la medida que aprecien al ser humano como fin, es como contribuirán de manera importante en la consolidación del anhelado Estado Constitucional. Por lo tanto, para responder a la pregunta que se hizo en la introducción de este trabajo, se confirma que la educación en derechos humanos es fundamental en la consolidación de este paradigma jurídico-constitucional.

VI. Referencias

- Aguilera Portales, R. E. (2008). "Estado constitucional, derechos fundamentales e interpretación constitucional". En David Cienfuegos Salgado D. & Luis Gerardo Rodríguez Lozano L. G., (coords.). *Estado, derecho y democracia en el estado actual*. México: Fondo Editorial Jurídico, 2008, pp. 19-38.
- Angulo López, G. (1994). "La ductilidad como núcleo esencial del derecho: la reforma al artículo 1 de la constitución mexicana". *Revista de Estudios Jurídicos*, No.14, Vol. 1 (Segunda Época), pp.1-26.
- Aristóteles. (1994). *Ética Nicomaquea*. México: Porrúa, 1994.
- Cárdenas, J. (2022). *Del estado absoluto al estado neoliberal*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Carpizo, J. (1994). *El presidencialismo mexicano*. México: Siglo XXI.
- Casal J. M.; Roche, C.L.; Richter, J. & Chacón Hanson, A. (coords.). (2005). *Derechos Humanos, Equidad y Acceso a la Justicia*. Venezuela: Instituto Latinoamericano de Investigaciones sociales, 1994.
- Comisión de Derechos Humanos del Estado de México. (1998). "Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, 1789". En *Derechos humanos, Órgano Informativo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México*, No. 30.
- Cortina, A. & Martínez, E. (2008). *Ética*. Madrid: Akal, 2008.
- Cortina, A. (2013). *¿Para qué sirve realmente la ética?* Madrid: Paidós, 2013.
- Cossío Díaz, J. R. (2012). "Jueces y crisis de la justicia". En José Ramón Cossío Díaz J. R. y Enrique Florescano E. (coords), *La perspectiva mexicana en el siglo XXI*. México: Fondo de Cultura Económica, 2012, pp. 45-96.
- Cruz Parceró, J. A. (2017). *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Querétaro-México: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017.
- Díaz Rendón, S. (2020). "La formación del jurista D.H". En Ríos Vega, L. E. & Spigno, I. (coords.). *Educación jurídica y derechos humanos. La enseñanza del derecho en el siglo XXI*. México: Tirant lo Blanc, 2020, pp. 35-58.

- Duverger, M. (1996). *Instituciones políticas y derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1996.
- García Rici, D. (2011). *Estado de Derecho y Principio de legalidad*. México: Comisión Nacional de Derechos de los Derechos Humanos, 2011.
- Kant, I. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. San Juan: Pedro M. Rosario Barbosa, 2007. Recuperado de: https://pmrb.net/books/kantfund/fund_metaf_costumbres_vD.pdf
- López Sánchez, R. (2013). *Interpretación constitucional de los derechos fundamentales*. México: Porrúa, 2013.
- Medina Mora, A., Salazar Ugarte, P. & Vázquez, D. (2015) *Derechos humanos y sus restricciones. Los dilemas de la justicia*. México: Porrúa, 2015.
- Sánchez Azcona, J. (1991). *Introducción a la sociología de Max Webber*. México: Colofón, 1991.
- Tena Ramírez, F. (1999). , *Leyes fundamentales de México 1808-1999*. México: Porrúa, 1999.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. Valladolid: Trotta, 1995.

LA PRISIÓN PREVENTIVA EN MÉXICO, LAS CONSECUENCIAS DE SU CONCEPCIÓN ACTUAL Y UN ANÁLISIS DESDE LA CONVENCIONALIDAD

Adolfo Humberto Vega Perales

Silvia Borbolla Suárez

Ricardo Ugalde Ramírez

I. Introducción

La reforma constitucional de 2008, con la *vacatio legis* más larga que hemos tenido en materia penal, permitió la entrada en vigor del Sistema Acusatorio en México en el año de 2016. Esto trajo el nacimiento de un nuevo modelo penal, el cual buscó acabar con los viejos vicios del sistema anterior y la consolidación de un sistema de mejor tutela a la protección de los derechos humanos. Asimismo, la reforma buscó mayor eficiencia y eficacia de la actuación de las fiscalías y las corporaciones policiales en la investigación y persecución de los delitos (proceso que se complementó con la reforma constitucional de 2011). Desde el punto de vista constitucional, la reforma ha sentado las bases de lo que apreciamos es la ruta correcta para la procuración e impartición de justicia en el país al sumar el concepto pro persona. A seis años de la puesta en marcha del Sistema Acusatorio Penal en México, los retos y áreas de oportunidad aún representan asignaturas pendientes en el contexto nacional para todos sus operadores.

En este trabajo nos abocamos a realizar un análisis de la figura de la prisión preventiva oficiosa (prevista en el artículo 19 constitucional) y la manera en cómo se está aplicando en el país para revisarla a la luz de la convencionalidad. El objetivo es determinar si esta medida cautelar está acorde a los instrumentos internacionales que México ha suscrito (y con lo dispuesto en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), pues éstos —al ser suscritos por el ejecutivo y ratificados por el senado— se convierten en ley suprema de la unión y en consecuencia se tornan obligatorios. Por lo cual partiremos de la siguiente

pregunta: ¿la prisión preventiva en México está acorde a la convencionalidad? Para responder, de manera específica revisaremos lo establecido por la Convención Americana sobre de Derechos Humanos, sin dejar de revisar —brevemente— el marco internacional.

Contravenir a la convencionalidad es un aspecto de la mayor importancia. También lo es el uso cada vez más amplio de la prisión preventiva como medida cautelar; esto tiene un impacto en el sistema penitenciario mexicano (el cual se acerca a la sobrepoblación) y además viola el principio de presunción de inocencia, pues se establecieron en la constitución y la legislación adjetiva penal por catálogo una serie de delitos que, por el sólo hecho de aparecer en ella, hace constitucional la concepción de la medida cautelar. Sin embargo, ¿la aplicación de la prisión preventiva oficiosa es convencional? Como lo habremos de abordar más adelante, dicha medida cautelar puede constituir una pena anticipada pues contraviene el elemental derecho a ser oídos y vencidos en juicio (el coloquial “usted perdone, era inocente, pero mientras tanto era necesario restringirle su libertad”). Las afectaciones e inconvenientes que viven las personas sujetas a prisión preventiva oficiosa se vuelven irreparables, es por ello que dicha medida cautelar debería de ser sólo aplicable en casos que verdaderamente la justifiquen y no de manera generalizada.

II. Algunos números que invitan a la reflexión

Los censos penitenciarios realizados y presentados por el Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática (INEGI, 2022) nos proporcionan una serie de datos sumamente importantes, los cuales nos invitan a la reflexión sobre el uso de la prisión preventiva. En los siguientes párrafos citaremos los más importantes.

En el 2021 la infraestructura penitenciaria nacional se integraba de 319 centros: 15 centros penitenciarios federales, 251 centros penitenciarios estatales y 53 centros especializados de tratamiento o internamiento para adolescentes (no se hace mención de los penales militares). El total de los centros contaba con una capacidad de 220 831 espacios para la población privada de la libertad, de los

cuales 29 280 corresponden a los centros penitenciarios federales, 184 865 a los centros penitenciarios estatales y 6 686 a centros especializados de tratamiento o internamiento para adolescentes. La tasa de ocupación de los centros penitenciarios fue del 99.8 %. Comparado con 2020, la población de los centros penitenciarios federales disminuyó 0.9 %, mientras que para los centros penitenciarios estatales aumentó en 5.2 %. Este último dato no debe pasar desapercibido, pues de continuar la tendencia muy pronto habrá una sobrepoblación penitenciaria (no obstante, ya existen centros penitenciarios con este problema). El número de personas privadas de la libertad internadas en los centros penitenciarios federales y estatales equivale a 170.9 por cada 100 000 habitantes.

De acuerdo con su situación jurídica, de las personas privadas de la libertad internadas en los centros penitenciarios, 92 856 se encontraban sujetas a medida cautelar de prisión preventiva (número relevante para el tema que aquí nos ocupa), 25 737 con sentencia no definitiva y 101 138 con sentencia definitiva. De estos datos podemos observar que más de la mitad de la población penitenciaria en nuestro país no cuenta con sentencia definitiva (dato relevante a la luz del principio de presunción de inocencia); comparado con 2020, la población privada de libertad sin sentencia aumentó 7.6 %. Si consideramos los datos por sexo, 12.6 % de los varones privados de la libertad internados sin sentencia ha esperado 24 meses o más por su sentencia; mientras que, en el caso de las mujeres, este porcentaje fue de 14.2 %.

El mundo recientemente ha experimentado los estragos de la pandemia. Los informes del INEGI señalan que durante el 2021, 51 personas fallecieron por COVID-19. Aquí valdría la pena preguntarse: ¿cuántas de estas personas estaban sujetas a medida cautelar de prisión preventiva? Es complejo definir un parámetro objetivo para determinar que si no hubiesen estado internadas, posiblemente no se hubieran contagiado; o que si se observaban las medidas preventivas, posiblemente no hubiesen muerto de haber llevado su proceso en libertad.

A manera de síntesis, del universo de personas internas en los centros penitenciarios un poco más del 42 % se encontraban sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva (porcentaje que se sería más reducido si dicha medida cautelar no fuera oficiosa como lo ha contemplado el texto constitucional, pues permitiría un menor número de internos en los centros penitenciarios).

La Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) ha señalado constantemente en sus informes los grandes problemas que se viven en los centros penitenciarios del país. Citamos como ejemplo lo plasmado en su Informe Especial sobre el estado de las medidas adoptadas en centros penitenciarios para la atención de la emergencia sanitaria generada por el COVID-19. Este informe hace referencia a otro de 2016 (la Encuesta Nacional de Población Privada de la Libertad) y señala que “se identificaron riesgos importantes relacionados con las condiciones en las que se encontraban las personas privadas de la libertad, tales como el hacinamiento y sobrepoblación en las cárceles y falta de acceso de insumos necesarios y servicios médicos para garantizar condiciones de higiene, aseo personal y de salud” (CNDH, 2021). –Estas condiciones son las que lamentablemente padecen las personas sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva, condiciones que atentan contra la dignidad humana.

Vale la pena citar lo que la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece e en relación a las obligaciones internacionales asumidas por los Estados: “éstos se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción” (CADH, 1981, artículo 1.1). La privación de la libertad no puede restringir más derechos como —por ejemplo— el acceso a la salud, la seguridad, etc. La CNDH, en su Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria (DNSP) 2021 señaló —en referencia al sistema de justicia penal— que:

sigue arrastrando una visión punitivista y un exceso de la prisión preventiva oficiosa, pese a que ha quedado demostrado que esto, lejos de lograr una disminución en los altos índices de violencia y comisión de los delitos; solo genera la sobrepoblación de las cárceles, condición importante que evita

brindar una atención integral por persona, no haciendo factibles los fines de alcanzar una efectiva reinserción social” (CNDH DNSP, 2021, p.12).

III. La Prisión Preventiva Oficiosa en México.

La reforma constitucional de 2008 —y su entrada en vigor en todo el país en 2016— originalmente preveía un catálogo menor de delitos para los cuales se debía considerar la prisión preventiva oficiosa. En la Tabla 1 podemos observar una comparación del texto de la reforma de 2008 con el texto actual y vigente del artículo 19 constitucional:

TEXTO DE LA REFORMA DE 2008 Y SU ENTRADA EN VÍGOR EN 2016	TEXTO VIGENTE DEL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL
<p>“El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud” (Gobierno Federal, 2008, p.17).</p>	<p>El juez ordenará la prisión preventiva oficiosamente, en los casos de abuso o violencia sexual contra menores, delincuencia organizada, homicidio doloso, feminicidio, violación, secuestro, trata de personas, robo de casa habitación, uso de programas sociales con fines electorales, corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones, robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades, delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos, delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, así como los delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad, y de la salud. (Cámara de Diputados, 2022).</p>

Tabla 1. Título. Comparativo del texto constitucional de la reforma de 2008 y texto vigente (Gobierno Federal, 2008 y Cámara de Diputados, 2022).

Después del 2008, el artículo 19 tuvo dos reformas; la primera es del 14 de julio de 2011, donde se incluyó el delito de trata de personas; y la segunda, del 12 de abril de 2019, que contiene el texto vigente, la cual sumó los siguientes delitos:

1. Abuso o violencia sexual contra menores.
2. Femicidio.
3. Robo de casa habitación.
4. Uso de programas sociales con fines electorales.
5. Corrupción tratándose de los delitos de enriquecimiento ilícito y ejercicio abusivo de funciones.
6. Robo al transporte de carga en cualquiera de sus modalidades.
7. Delitos en materia de hidrocarburos, petrolíferos o petroquímicos.
8. Delitos en materia de desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares.
9. Delitos en materia de armas de fuego y explosivos de uso exclusivo del Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

Como puede observarse, la tendencia ha sido incrementar el catálogo de delitos por los que el juez de control —a solicitud del fiscal— puede ordenar la prisión preventiva. Esto ha incrementado la población penitenciaria. Sobre éste rubro, el DNSP 2021 reportó sobrepoblación en 17 centros penitenciarios; el caso más alarmante fue el del Estado de México, el cual contaba con 14 327 espacios y tenía 33918 internos; también destacaron Puebla (con una capacidad de 6 367 y con un población de 8 753) y Sonora (con capacidad de 7 988 espacios y una población de 9 924 internos).

Si retomamos la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917, Artículo 19, párrafo segundo) el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para:

1. Garantizar la comparecencia del imputado en el juicio.
2. El desarrollo de la investigación.
3. La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.
4. Cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso

Hasta esta parte del texto constitucional asumimos estar de acuerdo con la forma que permite la ponderación de su aplicación. Es oportuno precisar que nuestra posición no es contra la aplicación de la prisión preventiva (la cual como medida cautelar ha sido utilizada en todos los estados democráticos), es contra la forma que en México se ha considerado, pues se le define sin entrar a la revisión de cada caso en particular y sin valorar las circunstancias que la justifiquen a partir de:

1. Valorar el riesgo de fuga.
2. Considerar que el imputado sea un obstáculo en la investigación.
3. Considerar que el imputado sea un riesgo para las víctimas e intervinientes en el proceso.

Los aspectos antes citados ubicarían a la prisión preventiva como una medida de excepción y no como regla general. Una medida que se aplicaría de manera racional y proporcional, que permitiría a quién no se encuentre en estos supuestos llevar su proceso en libertad (en respeto a su derecho a la presunción de inocencia) y comparecer ante la autoridad cuando se le requiera (se garantizaría su presencia por otras medidas cautelares que ya se encuentran previstas en nuestra legislación procesal penal). La aplicación de la prisión preventiva será oportuna sólo en los casos que se justifique a la luz de los preceptos antes citados.

Sotomayor (2015, p.82) hace referencia a la concepción de la medida cautelar en el siguiente sentido:

Las medidas cautelares vienen a representar actos preventivos para lograr un objetivo o para evitar un riesgo o peligro, tratándose de las que se decretan en un proceso penal, son exclusivamente las que restringen

provisionalmente el ejercicio de algún derecho consagrado en la constitución, impuesta a un procesado [...] garantiza la presencia del imputado a juicio.

Para que la medida cautelar sea aplicada se debe obedecer a ciertos principios mínimos rectores. Su aplicación en sentido distinto a los rubros que hemos mencionado constituye una pena anticipada, la cual trasgrede un principio de mayor trascendencia dentro de la concepción del Nuevo Sistema Penal Acusatorio: la presunción de inocencia. Si no se ha determinado la responsabilidad penal del imputado, con la prisión preventiva ya recibe una sanción que afecta uno de los bienes más preciados del individuo: la libertad. Los estados democráticos deben de evitar la aplicación de la ley penal de forma mecánica, considerar que se juzga a seres humanos cuya dignidad no debe verse afectada y, sólo en los casos de excepción, restringir derechos cuando se obedezca a una verdadera justificación y necesidad de salvaguarda social, a la luz del respeto y armonía a los derechos humanos.

A la par del artículo 19 constitucional, el Código Nacional de Procedimientos Penales también se aboca a la definición y aplicación de la prisión preventiva. A nuestra posición (ya formulada) de esta medida cautelar, habría que sumar que apreciamos que el papel del juzgador es fundamental. Es este operador quien debería de resolver la procedencia de la prisión preventiva en cada caso ponderando la necesidad de la cautela, esto con previo estudio de los elementos objetivos que le presente la parte acusadora y que acrediten:

1. Un real riesgo de fuga.
2. Ser el imputado un obstáculo en la investigación.
3. Que realmente constituya un riesgo para los intervinientes.

Por esta razón coincidimos en la concepción del artículo 166 del Código Nacional de Procedimientos Penales, donde señala que cuando el imputado sea una persona mayor de setenta años de edad o afectada por una enfermedad grave o terminal, el órgano jurisdiccional podrá ordenar que la prisión preventiva se ejecute en el domicilio de la persona imputada o, de ser el caso, en un centro médico o geriátrico

(bajo las medidas cautelares que procedan). Lo mismo procederá cuando se trate de mujeres embarazadas o de madres durante la lactancia. A estas excepciones, se agregan los numerales que no gozarán de la prerrogativa prevista en los dos párrafos anteriores, aquellos a quienes a criterio del juez de control:

1. Puedan sustraerse de la acción de la justicia.
2. Manifiesten una conducta que haga presumible su riesgo social.

Mencionamos nuestra inconformidad a la aplicación mecánica de la ley penal. Al tratarse de los derechos humanos, el operador (el juzgador) debe hacer una ponderación y análisis de los preceptos como lo ha plasmado A.J. Martínez (2020, p.503):

para justificar la aplicación o desaplicación de las normas jurídicas es fundamental pasar por la aduana judicial, no basta con que el legislador las cree, en el momento de interpretarlas y confrontarlas con las condiciones fácticas y los derechos humanos, el operador jurídico debe decir si es factible utilizarlas o no.

El artículo revisado permite una ponderación por parte del juzgador, quien en ejercicio de sus facultades, a partir de lo que la parte acusadora plantee y tras escuchar a la defensa resolvería lo conducente.

Por otra parte, si seguimos la revisión de la legislación adjetiva penal, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales dispone que el Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez de control la prisión preventiva o el resguardo domiciliario cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar:

1. La comparecencia del imputado en el juicio.
2. El desarrollo de la investigación.
3. La protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad.

Hasta esta parte del texto apreciamos que el numeral estaría en concordancia con nuestro posicionamiento.

De igual forma, el artículo 167 del Código Nacional de Procedimientos Penales considera la prisión preventiva cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso (siempre y cuando la causa diversa no sea acumulable o conexas en los términos del presente Código). Además, en la misma condición que el artículo 19 constitucional retoma a la prisión preventiva oficiosa que dictará el juez de control para los delitos que ya hemos referido en el numeral constitucional citado en este párrafo. Agrega que las siguientes leyes establecerán los supuestos que ameriten prisión preventiva oficiosa:

1. Las leyes generales de salud, secuestro, trata de personas, delitos electorales y desaparición forzada de personas y desaparición cometida por particulares.
2. Las leyes federales para prevenir y sancionar los delitos cometidos en materia de hidrocarburos.
3. Leyes de armas de fuego y explosivos.
4. Leyes contra la delincuencia organizada.

Asimismo, se establecerá un listado detallado de delitos que merecerán prisión preventiva oficiosa en referencia al Código Penal Federal y algunos tipos penales del Código Fiscal de la Federación. Todo esto lo estimamos un exceso por parte del legislador (y que merecería el análisis de un trabajo de investigación por separado), sobretodo en atención al pronunciamiento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en noviembre de 2022. Este pronunciamiento es derivado de la Acción de Inconstitucionalidad 130/2019 y su acumulada 136/2019, las cuales fueron promovidas por la CNDH y diversos integrantes de la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión. La SCJN invalidó lo dispuesto por el artículo 167, párrafo séptimo del Código Nacional de Procedimientos Penales, así como el artículo 5, fracción XIII de la Ley de Seguridad Nacional, mediante los cuales se calificaba como “amenazas a la Seguridad Nacional” y, por tanto, que ameritan prisión preventiva oficiosa los delitos de “contrabando”, “defraudación fiscal”, sus equiparables, así como los “delitos relacionados con comprobantes fiscales”. Esta

información se dio cuenta mediante el comunicado de prensa 431/2022, fechado el 24 de noviembre de 2022.

Coincidimos con J. Martínez (2013, p.1010) quien señala que:

Cuando la privación de la libertad sea la regla y por tanto se situé el siempre difuso interés general en la seguridad por encima de los valores individuales, estaremos en presencia de un estado autoritario. Cuando suceda lo contrario serán los valores democráticos los que imperarán.

IV. La convencionalidad

Partamos de la base del artículo 133 de nuestra constitución, la cual señala que la Constitución, las leyes que de ella emanan y los tratados internacionales celebrados por el ejecutivo y ratificados por el senado son ley suprema de la unión. Además, en atención de lo dispuesto por el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales de 1969 (el cual fue ratificado y publicado en nuestro país por el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1988), en armonía con los principios jurídicos internacionales de *Pacta sunt servanda* y lo acordado en un tratado o convención internacional, se obliga a la totalidad del país y no sólo a los órganos de poder participantes en la celebración y ratificación de estos (salvo las reservas realizadas). Esto da vida a la convencionalidad y su consecuente obligatoriedad.

Una vez ubicados en contexto, procederemos a referir una serie de instrumentos internacionales que resultan obligatorios y aplicables al caso que nos ocupa. En primer lugar está la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas (DUDH, 1948, Artículos 10 y 11) la cual estableció:

Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio

público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

Aquí destacamos los aspectos que llevan al debido proceso y la presunción de inocencia, rubros ya abordados en este trabajo y que se vuelven torales e indispensables para los procesos penales democráticos en el mundo, así como el principio de legalidad y la garantía de la defensa.

Trascendente —y de la mayor importancia para nuestro continente— resultó la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, realizada en San José de Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969. Ahí se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, documento rector que va a dar vida al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, al cual México pertenece desde el año de 1981. Por otro lado, desde el 16 de diciembre de 1998 México reconoce la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Es oportuno recordar que la Jurisprudencia de la Corte IDH se vuelve obligatoria y vinculante para el Estado mexicano. Al respecto, Del Rosario (2015, p.53) ha señalado que:

la Corte Interamericana [...] al momento de haber sido ratificada por los Estados partes, y no haberse establecido reserva alguna, la jurisdicción de ésta impera y rige en todos los sistemas jurídicos de la región; por ende, sus resoluciones [...] no podrán eludirse, ni dejarse sin efecto, ya que poseen la fuerza normativa suficiente para hacerse valer.

Por su parte, la SCJN determinó —derivado del primer caso en que el Estado mexicano fuera condenado por la Corte IDH, a consecuencia de las violaciones a derechos humanos en contra del C. Rosendo Radillas, mediante la consulta expediente varios 912/2010, puesta a consideración ante el Pleno por el entonces presidente, Ministro Guillermo Ortiz Mayagoitia— que los alcances de la sentencia emitida por la Corte IDH eran vinculantes, aspecto que se complementó con la resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011, emitida por el Pleno de la SCJN,

en la cual se advirtió que toda la jurisprudencia interamericana es obligatoria, siempre y cuando su aplicación favorezca a la persona.

En tal virtud, toda la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, en cuanto beneficie a la persona (aun cuando el Estado mexicano no haya sido parte en el caso particular) y a partir de las premisas de la analogía, compatibilidad de derechos, entre otros rubros, es vinculante para México; esto en atención de los criterios que nuestro máximo tribunal ha pronunciado.

La Corte IDH ha definido a la prisión preventiva como la medida más severa que se le puede aplicar al imputado de un delito, motivo por el cual su aplicación debe tener un carácter excepcional (Tibi vs Ecuador, 2004, párrafo 106) pues se encuentra limitada por los principios de:

1. Legalidad.
2. Presunción de inocencia.
3. Necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática.

Desde ahora podemos anticipar que, si bien podemos asumir que la prisión preventiva oficiosa en México es —a partir de los posicionamientos expuestos a lo largo de este trabajo— legal y constitucional, su análisis podría tomar otra dimensión a partir del pronunciamiento que sobre ella tome la Corte IDH, pues al revisarla a la luz de la convencionalidad, un pronunciamiento de la Corte en tal sentido sería vinculante para México, como ya aconteció ya con el caso “Radillas”.

¿Qué dispone la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación a la Prisión Preventiva? En su artículo 7, en lo relativo a la libertad personal, expresa en el punto número 5 los siguientes aspectos:

1. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales.
2. Tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso.
3. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

Es evidente que el precepto establece el derecho de los imputados a obtener la libertad, situación que va en armonía con el derecho de presunción de inocencia, pues nadie puede ser considerado culpable hasta en tanto sea oído y vencido en un juicio donde se siga el debido proceso. La condición en la que solamente podría ser restringida la libertad del imputado sería la no posibilidad de su comparecencia al juicio y el peligro de fuga. La prisión preventiva oficiosa es una sanción anticipada cuando se aplica de manera automática y se torna desproporcionada como hemos señalado.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en su Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas de 2013 expresó que la norma contenida en el artículo 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos prevé, en el punto 144, que los únicos fundamentos legítimos de la prisión preventiva deben ser:

1. El riesgo de que el imputado intente eludir el accionar de la justicia.
2. Que el imputado intente obstaculizar la investigación judicial.

De esta manera, la aplicación de esta medida cautelar busca la efectiva realización del juicio a través de la neutralización de los riesgos procesales que atentan contra ese fin. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH, 2013) señala:

Por lo tanto, es contrario a esta norma y al derecho a la presunción de inocencia, e incongruente con el principio de interpretación pro homine, el que se justifique la detención previa al juicio en fines preventivos como la peligrosidad del imputado, la posibilidad de que cometa delitos en el futuro o la repercusión social del hecho.

El informe de referencia es un documento sumamente valioso que destaca los vicios e inconvenientes del uso desmedido que se ha dado a la prisión preventiva en América. Haremos brevemente referencia de algunos aspectos abordados en este documento, esto en complemento a lo antes señalado:

Punto 145. Los fiscales y no el imputado deben de justificar la necesidad de la cautela, y la prisión preventiva debe ser considerada y ejecutada conforme criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad.

Punto 146. Las causales de procedencia de la prisión preventiva derivan de su compatibilidad con la Convención Americana y no del mero hecho de que estén contenidas en la ley. La Corte Interamericana ha establecido que la legislación que establece las causales de restricción de la libertad personal debe ser dictada de conformidad con los principios que rigen la Convención, así se pronunció en el Caso Servellón García y otros Vs. Honduras, en su sentencia del 21 de septiembre de 2006.

Por otra parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ((1981, punto 9) señala (en referencia al tema que nos ocupa) que:

Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta.

La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

Nuevamente aparecen los aspectos multicitados sobre la medida cautelar de prisión, la cual sólo procederá como caso de excepción. El imputado puede estar en libertad y si no se logra por otro medio la comparecencia a juicio, existe el riesgo de fuga y peligra la ejecución de la sentencia, se podrá restringir la libertad a si hubiese cometido un hecho delictivo.

Es de observarse como de manera particular la convencionalidad se decanta en estimar la medida cautelar de prisión preventiva como justificable sólo bajo los rubros de cumplimiento de los fines del proceso penal: para lograr la comparecencia del inculpado y la eventual ejecución de la sentencia.

Por otra parte, no omitimos la Cumbre de las Américas de Miami (1994), la cual dentro de las acciones a las que se comprometían a impulsar los gobiernos, se encontraba la de adoptar medidas necesarias para remediar las condiciones inhumanas en las cárceles y reducir al mínimo el número de detenidos en espera de juicio. Este aspecto debía traducirse, necesariamente, en analizar los aspectos normativos en relación a la prisión preventiva en un sentido amplio. 62hr supuesto, es de mencionarse que México tenía otro sistema penal en ese entonces, el cual contenía grandes vicios y que el actual sistema acusatorio ha tratado de contrarrestar.

Salcedo (2019, p.240) señaló que:

[...] la prisión preventiva oficiosa es una flagrante violación de los derechos humanos, en virtud de que niega a toda persona señalada de haber participado en la comisión de un delito enlistado como grave, el acceso a la justicia y al debido proceso judicial, además de que atenta en contra de la autonomía, la independencia y la imparcialidad de los jueces.

Importante es el referente de la opinión (no vinculatoria, pero si relevante por su contexto) del Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en el siguiente sentido:

El Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas (ONU), el día 12 de julio de 2018, en su Opinión núm. 1/2018,¹⁷ notó que el artículo 19 de la Constitución mexicana requiere que los jueces impongan prisión preventiva automática en los casos de delitos graves que determine la ley, en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud; consideró que tal requerimiento es demasiado amplio y contrario al artículo 9, párrafo 3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, señalando que los factores relevantes para determinar si es razonable y necesaria una prisión preventiva no deben incluir expresiones vagas ni estándares indeterminados como la “seguridad pública”. Ese Grupo de Trabajo puso énfasis en que la prisión preventiva automática priva a la autoridad judicial de una de sus funciones secuenciales como tribunal

independiente, que es la de realizar un análisis individualizado sobre la necesidad y proporcionalidad de la detención para cada caso; función judicial esencial, precisaron, que la prisión preventiva oficiosa despoja de su independencia, razón por la cual el Grupo decidió, además, remitir el caso al Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados de la ONU. El Grupo de Trabajo recordó al gobierno mexicano que, en determinadas circunstancias, el encarcelamiento generalizado o sistemático puede constituir crímenes de lesa humanidad. Por todo lo anterior, el Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria decidió pedir y pidió a México que derogue el artículo 19 de su Constitución y de la legislación que ordena la prisión preventiva automática, o al menos los modifique en conformidad con la Opinión en comentario y con los compromisos contraídos por nuestro país en virtud del derecho internacional de los derechos humanos; reiterándole que la decisión de imponer prisión preventiva debe ser discrecional del juez, basándose en una decisión individualizada para cada caso. Salcedo (2019, p.250)

V. Conclusiones

La prisión preventiva puede ser utilizada como medida cautelar en los procesos penales, pero como excepción y no de manera general. Su aplicación en términos de la convencionalidad puede justificarse para garantizar la presencia del imputado al proceso ante el riesgo, debidamente justificado, de sustracción de la justicia y para garantizar el cumplimiento de la sanción. Es así como lo ha definido la convencionalidad. La posibilidad real de obstaculizar la investigación y el riesgo efectivo para los intervinientes, son aspectos que apreciamos podrían justificar la prisión preventiva con el previo análisis del juzgador.

La prisión preventiva debe obedecer a los principios de necesidad, proporcionalidad y racionalidad, para lo cual la parte acusadora debe justificar ante el juzgador la conveniencia de cautela, quién deberá en cada caso ponderar su aplicación.

La manera en que la prisión preventiva oficiosa en México ha operado es inconveniente, pues contraviene la Convención Americana de Derechos Humanos.

La ampliación del catálogo de delitos por los cuales en nuestro país se debe aplicar prisión preventiva oficiosa no tiene un efecto en la disminución del delito, genera sobrepoblación penitenciaria y violenta el derecho humano de presunción de inocencia.

La prisión preventiva oficiosa es una sanción y se convierte en una pena anticipada cuando se aplica de manera automática y se torna desproporcional.

VII. Referencias

Cámara de Diputados, 2022. <https://www.diputados.gob.mx>

[Comisión Nacional de Derechos Humanos \[CNDH\], Diagnóstico Nacional de Supervisión Penitenciaria 2021, 12. \[https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/DNSP_2021.pdf\]\(https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/DNSP_2021.pdf\)](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2022-04/DNSP_2021.pdf)

[Comisión Nacional de Derechos Humanos \[CNDH\], Informe especial sobre el estado que guardan las medidas adoptadas en centros penitenciarios para la atención de la emergencia sanitaria generada ante el Virus SARS-CoVid2 \(COVID 19\) agosto de 2021. \[https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-07/IE_COVID19_Penitenciarios.pdf\]\(https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-07/IE_COVID19_Penitenciarios.pdf\)](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2020-07/IE_COVID19_Penitenciarios.pdf)

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [const]. Art. 19, párrafo segundo, 5 de febrero de 1917 (México). <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>

Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], Artículo 1.1, 7 de mayo de 1981. <https://www.cndh.org.mx>

Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, 30 de diciembre de 2013. <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/informe-pp-2013-es.pdf>

Cumbre de las Américas de Miami 1994.

https://www.iri.edu.ar/publicaciones_iri/anuario/A95/A2ANDOC.html

Declaración Universal de los Derechos Humanos [DUDH], Arts. 10 – 11, 10 de diciembre de 1948. <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

Del Rosario Rodríguez, F. (junio – agosto 2015), El mínimo de efectividad y la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Quid Iuris*, año 9, 29, 53.

Gobierno Federal, Reforma Constitucional de Seguridad y Justicia, Guía de consulta ¿En qué consiste la reforma? Texto constitucional comparado, antes y después de la reforma, julio 2008, 17. [65chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/hcd/lx/refcons_segjus_gc.pdf](http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/hcd/lx/refcons_segjus_gc.pdf)

Instituto Nacional de Estadística, Geografía e Informática [INEGI], Censo Nacional de Sistemas Penitenciarios Estatales, noviembre de 2022. https://www.inegi.org.mx/contenidos/programas/cnspef/2022/doc/cnsipef_2022_resultados.pdf

Lozano Guerrero F. (2015), *El Proceso Penal Oral Mexicano*, Porrúa.

Martínez Garnelo, J. (2013) *Derecho Procesal Penal Acusatorio y su Fase Procedimental Oral Mitos, Falacias y Realidades*, Porrúa.

Martínez Lozano, A.J. (2020), Prisión Preventiva Oficiosa en México, Violatoria de los Derechos Humanos, *Revista Jurídica Cesumar-Mestrado*, 20 (3), 503.

[Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos \[PIDCP\]](#), (publicado en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981, punto 9. https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=4649138&fecha=20/05/1981#gsc.tab=0

Salcedo Flores, A (mayo – diciembre 2019), La prisión preventiva oficiosa es un crimen de lesa humanidad, *Alegatos*, (102-103), 240 y 250.

Sotomayor Garza, J.G. (2015), *Introducción al Estudio del Juicio Oral Penal*, Porrúa.

Tibi vs Ecuador, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, párrafo 106. https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

EL PODER JUDICIAL LOCAL EN LA REFORMA DEL ESTADO. SU ESTRUCTURA EN EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE QUERÉTARO¹

Luis Eusebio Alberto Avendaño González²
Gerardo Alan Díaz Nieto³

I. Resumen

Las reformas constitucionales realizadas recientemente en diversas materias — penal, derechos humanos, transparencia y laboral— han generado una transición total en el andamiaje jurídico mexicano. Esto ha significado que el poder judicial organizado desde lo local resienta una modificación no sólo sustantiva en cuanto a la aplicación del derecho, sino también administrativa y organizacional. Por lo anterior, el propósito del presente estudio es establecer los alcances de las reformas constitucionales dentro del Poder Judicial del Estado de Querétaro a partir dos consideraciones: la primera, en la distinción de funciones entre el Poder Judicial organizado y el Poder Judicial Administrativo; la segunda, la eficiencia cualitativa y cuantitativa, a partir de los resultados del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021.

Palabras clave

Poder judicial local organizado, reformas constitucionales, nuevo federalismo legal y consejos de la judicatura.

II. Introducción

El estudio reciente del derecho mexicano busca imponer a la Constitución como un orden jurídico total, entendido como un límite para el poder político y alejado de las manos que busquen en ella un cómodo instrumento para abusar del poder⁵. Bajo este modelo, una Constitución debe separar las funciones para ejercer el poder, reconocer y garantizar los derechos fundamentales⁶, encauzar las negociaciones propias del juego político, sumar e incluir las fuerzas reales de la sociedad participativa y estructurar el principio de jerarquía normativa de la

¹ El presente ensayo guarda relación con las LGAC del CAC Constitucionalismo y Poder Público en México de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro-México.

² Doctor en derecho. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I de CONACyT. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4479-3837>. Correo electrónico: luis.avendano@hotmail.com

³ Doctor en derecho. Profesor de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I de CONACyT.

⁵ Francisco, Tomás y Valiente, “La resistencia constitucional y los valores”, *Isonomía*, Alicante, núm. 15-16, 1994, p. 636.

⁶ Michelangelo Bovero, “Tutela supranacional de los derechos fundamentales”, *El lenguaje de los derechos*, Turín, núm. 18, 2001, p. 12.

Constitución como norma de normas. En síntesis, debe dar apertura en abstracto a una multiplicidad de expectativas como punto de equilibrio⁷ dentro de un estado constitucional democrático.

El poder judicial se encuentra regulado en la Constitución Política del estado Libre y Soberano de Querétaro en el TÍTULO SEGUNDO, CAPÍTULO CUARTO, SECCIÓN CUARTA y lo regulan los artículos del 25 al 30. En ambos casos —para efectos de organización administrativa y jurisdiccional— cuentan con sus leyes orgánicas respectivas.

El poder judicial tiene un papel fundamental en la consolidación de la democracia constitucional de cualquier país, pues ejerce sus funciones para la aplicación del derecho que confiere equilibrio a los poderes del estado. Sin embargo, cuando nos referimos al poder judicial no sólo nos referimos al andamiaje federal, sino a los poderes judiciales locales, los cuales son los verdaderos agentes de contención social y en cuyas funciones descansa la justicia ordinaria, esto a partir de ejercer la potestad de cuidar y cumplir la Constitución y aplicar la ley a través de la solución de controversias ordinarias.

Por ello, el presente ensayo tiene por objeto describir las funciones que ejerce el poder judicial local organizado en la reforma del estado, esto a partir de su estructura en el diseño institucional en Querétaro y la eficiencia cualitativa y cuantitativa, para esto se tomó como referencia los resultados del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021.

III. Consideraciones relativas al Constitucionalismo local

El sistema federal tiene por características fundamentales el reparto o división de competencias entre la federación y las entidades, la nulidad de las leyes que estén en contra del texto constitucional y, como piedra angular del federalismo, la competencia de los tribunales judiciales para declarar la nulidad de los actos contrarios al reparto constitucional de competencias⁸. De esta manera, la Constitución Federal divide el ejercicio de la soberanía nacional entre la federación y los estados de la república.

Tal circunstancia deposita en el Poder Judicial de la Federación la defensa de todo el sistema jurídico mexicano (tanto federal como local), y desconoce —al menos por vía de acción— la participación de los tribunales locales en la defensa de la pureza constitucional.

Por esta razón, históricamente “el denominado Constitucionalismo Local se ha basado fundamentalmente en contener reglas de organización estatal, que en gran parte sólo son una reglamentación cuyas directrices son trazadas por la Constitución General y cuyas instituciones obedecen, en la gran mayoría de las

⁷ Josep Aguiló, “Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional”, *Isonomía*, Alicante, núm. 26, 2003, p. 289.

⁸ Hamilton, Madison y Jay. “*El Federalista*”, FCE, México, 1987, p. 92, define: los principales propósitos a que debe responder la Unión son éstos: la defensa común de sus miembros; la conservación de la plaza pública, lo mismo contra las convulsiones internas, contra los ataques externos; la reglamentación del comercio con otras naciones y entre los Estados; la dirección de nuestras relaciones políticas y comerciales con las naciones extranjeras.

ocasiones, a las características que las mismas tienen en el orden federal⁹. Las constituciones estatales pocas veces han incluido disposiciones de fondo que estén encaminadas a establecer medios de control de la regularidad constitucional de los actos emitidos por las autoridades estatales y conforme a las normas estatales.

Para los efectos anteriores, resulta oportuno describir los distintos órdenes jurídicos que contempla el derecho en México.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver la controversia constitucional número 14/2001, consideró que en México existen cinco órdenes jurídicos: el constitucional, el federal, el estatal o local, el del Distrito Federal y el municipal¹⁰. El criterio relativo quedó plasmado en la tesis de jurisprudencia número P./J.136/2005, cuyo rubro y texto son los siguientes:

ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN.—De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal (actualmente CDMX) y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla¹¹.

De la ejecutoria relativa se advierte que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación se refirió al ámbito constitucional sólo en relación con el sistema normativo de la propia Constitución Federal, pues al respecto expresó que en el estado mexicano existe “un orden constitucional y otros órdenes parciales”, lo cual hace alusión a los órdenes federal, local, del Distrito Federal y municipal, en donde estos últimos deben ajustarse al primero de los mencionados. Sin embargo, es

⁹ La posibilidad de que los estados puedan remediar las faltas que se cometen contra las disposiciones de sus propias constituciones (sin acudir, al menos en primera instancia, a la potestad federal), fortalecería el régimen estatal e incrementaría la fuerza y vigencia de la Constitución estatal como norma jurídica y del aparato de justicia que se encarga de velar por ello. En Enrique Rabell García. *Constitucionalismo Local*, H. Legislatura del Estado de Querétaro, México 2000, p. 35.

¹⁰ Tal vez hay otro orden más que, aunque no existe en forma independiente en el estado mexicano, sí tiene un ámbito de aplicación. Me refiero al orden internacional, ya que los tratados internacionales pueden ser invocados tanto en juicios constitucionales, federales, locales y también ante tribunales internacionales. En Alejandro Quijano Álvarez, Las sentencias de los tribunales constitucionales locales en México dictadas en los juicios de protección de derechos humanos: su impugnabilidad o no mediante el juicio de amparo, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, núm. 10, julio-diciembre 2008, pp. 287-304.

¹¹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XXII, octubre 2005, p. 2062.

pertinente destacar que en el orden jurídico estatal se ha desarrollado un fenómeno singular: las constituciones de algunas entidades federativas han creado diversos instrumentos jurídicos de protección constitucional local (cuyo conocimiento compete al poder judicial de dichas entidades) a través de sus propios tribunales constitucionales. A este fenómeno jurídico se le conoce teóricamente como constitucionalismo local¹².

Ferrer MacGregor refiere —al citar al profesor Elisur Arteaga— que bajo esta óptica, el tema de control de la constitucionalidad se explica en función de que, en el nivel local, existe un orden normativo al que se le denomina Constitución, el cual es de naturaleza suprema; esto implica, por una parte, que hay un complejo normativo, integrado por leyes, decretos, bandos y acuerdos generales que es de índole secundaria y derivada; y por otra, implica que existen poderes y autoridades locales que son —por partida doble— constituidos, cuya existencia y actuación está prevista y regulada por ese orden normativo y particular, del cual están sujetos a lo que él disponga¹³.

IV. El Poder Judicial local. Su estructura y diseño institucional en Querétaro

Los conceptos tradicionales de justicia o jurisdicción constitucional —divulgados por Kelsen desde 1928— se han venido sustituyendo por la nueva connotación de derecho procesal constitucional, sobre todo en las últimas décadas¹⁴. Así, el debate entre el poder y el derecho¹⁵ (debate que busca definir la naturaleza jurídica del órgano en cuya competencia debe recaer la defensa de la Constitución y del derecho en general) se traslada a nuestro tiempo y, por lo cual, la organización de los poderes públicos en nuestro estado define tanto la jurisdicción como a su depositario, no sólo como una función pública, sino como un derecho humano.

Esta facultad está reconocida constitucionalmente a nivel local a diversos órganos, por lo cual es posible distinguir entre el Poder Judicial Administrativo y el Poder Judicial organizado y dotado de autonomía, así como al Tribunal Electoral del Estado. Por esta razón, a continuación se reproduce el fundamento constitucional local relativo a cada una de estas figuras.

¹² El tema de la justicia constitucional local no forma parte del presente estudio aunque es una facultad del Pleno del Tribunal Superior de Justicia.

¹³ Arteaga Nava, Elisur, “La Constitución local y su defensa. Elementos para una teoría del control de la constitucionalidad” en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega, Rodolfo (coords.), Justicia constitucional local, México, Fundap, 2003.

¹⁴ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/18.pdf>

¹⁵ Ver Lorenzo Córdoba Vianello, Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente, FCE, 2009.

a) El Tribunal Electoral del Estado de Querétaro

Aunque por disposición constitucional se encuentra ubicado en el Capítulo Quinto de los Organismos Autónomos, dicho órgano jurisdiccional forma parte de la radiografía constitucional en materia judicial en el Estado.

ARTÍCULO 32. ...

El Tribunal Electoral del Estado de Querétaro es la autoridad jurisdiccional local especializada en materia electoral del Estado. Dicho órgano gozará de autonomía técnica y de gestión en su funcionamiento e independencia en sus decisiones. El Pleno del Tribunal se conformará por tres magistrados. (Ref. P. O. No. 64, 23-VIII-19)

...

b) Poder Judicial Administrativo.

El Capítulo Sexto. De los Tribunales Administrativos describe a los órganos jurisdiccionales que forman parte de la radiografía constitucional en materia judicial administrativa en el Estado.

ARTICULO 34. El funcionamiento del Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Querétaro y del Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado de Querétaro, se sujetará a lo siguiente: (Ref. P. O. No. 71, 21-XII-16)

Apartado A

El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Querétaro estará dotado de plena autonomía, será independiente de cualquier autoridad administrativa y tendrá su residencia en la ciudad de Santiago de Querétaro, Qro. La Ley establecerá su organización, funcionamiento, procedimientos y, en su caso, los recursos contra sus resoluciones. (Ref. P. O. No. 71, 21-XII-16)

Asimismo, tendrá a su cargo dirimir las controversias de carácter administrativo y fiscal que se susciten entre la administración pública estatal y municipal con los particulares y será el órgano competente para imponer, en los términos que disponga la Ley, las sanciones a los servidores públicos estatales y municipales por responsabilidad administrativa grave y a los particulares que incurran en actos vinculados con faltas administrativas graves; así como para fincar a los responsables el pago de las indemnizaciones y sanciones pecuniarias que deriven de los daños y perjuicios que afecten a la Hacienda Pública Estatal o Municipal o al patrimonio de los entes públicos estatales o municipales. (Ref. P. O. No. 71, 21-XII-16)

El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Querétaro, se compondrá de tres Magistrados propietarios, los cuales serán propuestos por el Titular del Ejecutivo del Estado y electos por

cuando menos las dos terceras partes de los miembros presentes de la Legislatura del Estado. (Adición P. O. No. 71, 21-XII-16)

Para ser Magistrado se deberá contar con experiencia en materia de derecho administrativo de al menos cinco años previos a la designación, satisfacer los requisitos que se señalan en el artículo 28 de la presente Constitución y su designación será para un periodo de doce años. No se podrá ocupar el cargo como propietario en forma consecutiva, ni discontinua, por más de dicho periodo; a su vencimiento, o antes si el Magistrado llega a la edad de setenta años, cesará en sus funciones, tendrá derecho a un haber por retiro y podrá ser considerado Magistrado supernumerario o para otros cargos. (Adición P. O. No. 71, 21-XII-16)

Los Magistrados sólo podrán ser removidos de sus cargos por las causas graves que establezca la Ley y con la misma votación requerida para su designación. (Adición P. O. No. 71, 21-XII-16)

Apartado B

El Tribunal de Conciliación y Arbitraje del Estado, es un órgano autónomo que tiene a su cargo conocer y resolver los conflictos que se susciten entre las entidades públicas del Estado y de los Municipios con sus trabajadores y sobre los conflictos de los Sindicatos de los Trabajadores al Servicio del Estado y al Servicio de los Municipios. Residirá en la ciudad de Santiago de Querétaro y tendrá la estructura, la organización, la competencia y la jurisdicción que determine la ley.

c) Poder judicial organizado.

Sección Cuarta Poder Judicial

ARTÍCULO 25. Se deposita el ejercicio de la función judicial en el Poder Judicial integrado por un Tribunal Superior de Justicia y los juzgados, quienes se auxiliarán de los órganos que establezca su ley orgánica¹⁶.

¹⁶ Artículo 3. El Poder Judicial en el Estado se integra por:

- I. El Tribunal Superior de Justicia;
- II. El Consejo de la Judicatura;
- III. Los juzgados de primera instancia;
- IV. Los juzgados menores; (Ref. P.O. No. 27, 02-IV-21)
- V. Los tribunales laborales; y (Adición P.O. No. 27,02-IV-21)
- VI. Los servidores públicos de la administración e impartición de justicia, en los términos que establece esta Ley y demás disposiciones legales.

El Tribunal Superior de Justicia comprende el Pleno y la segunda instancia.

La administración de justicia en el Estado será expedita, aplicando los principios y normas conducentes en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa, imparcial y gratuita. Deberá garantizarse la absoluta independencia de los órganos encargados de la función jurisdiccional para la conducción de los procesos a su cargo, así como para el dictado de las resoluciones respectivas y la plena ejecución de sus resoluciones¹⁷.

El Estado instituirá un sistema integral de justicia aplicable a quienes, teniendo entre doce años cumplidos y menos de dieciocho años de edad, se les atribuya la realización de una conducta tipificada como delito por las leyes penales. Los menores de doce años de edad, sólo serán sujetos a rehabilitación y asistencia social.

ARTÍCULO 26. Compete al Poder Judicial la facultad de resolver controversias puestas a su consideración, conforme a las leyes y procedimientos judiciales vigentes en el Estado, en asuntos del fuero común, en materia civil, familiar, penal, laboral, justicia de menores y materias federales cuando así lo faculten las leyes. (Ref. P. O. No. 30, 13-IV-21)¹⁸

Sus sentencias y resoluciones deberán observar los principios de legalidad, imparcialidad, transparencia, autonomía e independencia. (Ref. P. O. No. 30, 13-IV-21)

La resolución de las controversias o de los conflictos entre trabajadores y patronos estará a cargo del Poder Judicial, cuyos integrantes deberán contar con capacidad y experiencia en materia laboral, siendo designados aquellos que cumplan los requisitos previstos por las leyes. (Ref. P. O. No. 30, 13-IV-21)¹⁹

El Consejo de la Judicatura ejerce la administración, vigilancia y disciplina de las áreas jurisdiccionales, administrativas de apoyo a la función jurisdiccional y administrativas.

¹⁷ Artículo 17. El Tribunal Superior de Justicia residirá en el Municipio de Querétaro.

Artículo 18. El Tribunal Superior de Justicia se compondrá de trece magistrados propietarios, de entre los cuales se elegirá al Presidente y ocho supernumerarios, con carácter honorífico.

Artículo 19. El Tribunal Superior de Justicia funcionará en Pleno y en salas colegiadas o unitarias.

Artículo 20. El Tribunal Superior de Justicia contará con los secretarios de acuerdos, auxiliares, secretarios proyectistas y actuarios, así como con el personal de apoyo de la Presidencia y del Pleno, que requiera para el mejor ejercicio de sus funciones.

¹⁸ Artículo 58. El Estado se divide en seis distritos judiciales, que comprenden los siguientes municipios, siendo el primero de los mencionados su cabecera:

- I. El de Querétaro: los municipios de Querétaro, El Marqués y Corregidora;
- II. El de San Juan del Río: los municipios de San Juan del Río, Tequisquiapan y Pedro Escobedo;
- III. El de Cadereyta de Montes: los municipios de Cadereyta de Montes, Ezequiel Montes y San Joaquín;
- IV. El de Tolimán: los municipios de Tolimán, Colón y Peñamiller;
- V. El de Jalpan de Serra: los municipios de Jalpan de Serra, Pinal de Amoles, Landa de Matamoros y Arroyo Seco; y
- VI. VI. El de Amealco de Bonfil: Los municipios de Amealco de Bonfil y Huimilpan.

¹⁹ Artículo 59. Serán juzgados de primera instancia:

ARTÍCULO 27. El Tribunal Superior de Justicia se compondrá de trece Magistrados propietarios y ocho supernumerarios, electos para un periodo de doce años. No se podrá ocupar el cargo como propietario en forma consecutiva, ni discontinua, por más de doce años. En ningún caso se podrá ocupar el cargo de Magistrado Propietario después de los setenta años de edad. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)

Al concluir el período de doce años a que se refiere el párrafo anterior o antes si el Magistrado llega a la edad de setenta años, cesará en sus funciones. Si el propietario hubiere cumplido con los doce años de servicio, gozará de un haber mensual por retiro, equivalente al máximo que por concepto de jubilación se fije por Ley como derecho para los trabajadores del Estado de Querétaro, sin que pueda otorgarse cuando la separación obedezca a la remoción del cargo como medida de carácter disciplinario o cualquier otra causa de responsabilidad. (Adición P. O. No. 27, 13-V-16)

El Tribunal Superior de Justicia tendrá un Presidente, que será el representante legal del Poder Judicial. (Adición P. O. No. 27, 13-V-16)

ARTÍCULO 28. Para ser Magistrado del Tribunal Superior de Justicia y permanecer en el cargo, se requiere:

- I. Cumplir con los requisitos fijados en las fracciones I a IV del artículo 95 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- II. Haber residido en el Estado los tres años anteriores inmediatos al día de su designación;
- III. Durante el año previo a su nombramiento, no haber ocupado cargo de elección popular, ni haber sido Secretario del Poder Ejecutivo o su equivalente, ni Fiscal General del Estado; y (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)
- IV. No ser mayor de setenta años de edad. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)

-
- I. Los juzgados civiles;
 - II. Los especializados en oralidad mercantil;
 - III. Los juzgados penales;
 - IV. Los juzgados familiares;
 - V. Se deroga. (P. O. No. 23, 18-IV-17)
 - VI. Los juzgados de ejecución de sanciones penales; (Ref. P.O. No. 27, 02-IV-21)
 - VII. Los juzgados mixtos; y (Ref. P.O. No. 27, 02-IV-21)
 - VIII. Los juzgados laborales (Adición P.O. No. 27, 02-IV-21) La jurisdicción de primera instancia en el Sistema Penal Acusatorio y Oral, está a cargo de los jueces de control y de juicio, incluidos los especializados en justicia penal para adolescentes, así como por los jueces de ejecución, en términos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Código Nacional de Procedimientos Penales, la general en materia de adolescentes, de ejecuciones penales, de esta Ley y demás disposiciones aplicables. (Ref. P. O. No. 23, 18-IV-17)

El retiro de los Magistrados se producirá, por sobrevenir incapacidad física o mental declarada por autoridad competente, que imposibilite el adecuado desempeño del cargo, o al cumplir la edad que se señala en el primer párrafo de esta fracción. (Adición P. O. No. 27, 13-V-16)

ARTÍCULO 29. Es competencia del Pleno del Tribunal Superior de Justicia y de las Salas, en los términos que señale la Ley:

- I. Conocer los asuntos en revisión de las resoluciones emitidas por los jueces o respecto a los cuales acuerde su atracción y emitir las correspondientes sentencias;
- II. Resolver sobre la constitucionalidad de las leyes en el Estado;
- III. Garantizar la supremacía y control de esta Constitución, mediante la interpretación de la misma, formando y sistematizando precedentes en materia de control de esta Constitución;
- IV. Declarar sobre los casos de omisión en la expedición de leyes, cuando la misma afecte el funcionamiento o aplicación de la presente Constitución;
- V. Ejercer la administración, vigilancia y disciplina, exclusivamente con respecto al Pleno y Secretaría General de Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia, garantizando la transparencia de su gestión en los términos que determinen las leyes; (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)
- VI. Procesar y sentenciar los litigios que no sean competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o del Senado de la República y, que surjan entre: Poder Ejecutivo, Legislatura del Estado, Organismos constitucionales autónomos o los Municipios del Estado;
- VII. Presentar, en el mes de septiembre de cada año, a la Legislatura, un informe por escrito sobre el estado que guarde la impartición de justicia en la Entidad, en los términos que establezca la Ley; (Ref. P. O. No. 70, 15-VIII-18)
- VIII. Elegir a su Presidente;
- IX. Revisar y, en su caso, revocar los acuerdos que emita el Consejo de la Judicatura, en los casos, términos y procedimiento que establezca la Ley Orgánica del Poder Judicial; y
- X. Las demás que establezca esta Constitución y las demás leyes.

Se exceptúan de la competencia del Pleno y de las Salas previstas en las fracciones II, III y IV del presente artículo, las leyes en materia hacendaria, fiscal, presupuestal y electoral. (Modificación según oficio DALJ/2589/15/LVII publicado en el P. O. No. 17, 10-IV-15)

ARTÍCULO 30. La carrera judicial, administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial, con excepción de lo que corresponde al Pleno del Tribunal Superior de Justicia, están a cargo de un Consejo de la Judicatura, dotado de independencia técnica y de gestión para emitir sus resoluciones, formado por cinco miembros e integrado por quien resulte electo para presidir el Tribunal Superior de Justicia, dos Consejeros designados por el Pleno del mismo; un Consejero designado por la Legislatura, que no será legislador; y otro que será nombrado por el Poder Ejecutivo, garantizando la transparencia en la gestión en los términos que determinen las leyes. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)²⁰

Los Consejeros designados por el Pleno serán electos con el voto de ocho de sus integrantes, quienes serán representantes de Magistrados y Jueces; deberán contar con una antigüedad mínima de 10 años en la impartición de justicia y además reunir los requisitos señalados en el artículo 28 de esta Constitución. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)

Los Consejeros designados por el legislativo y ejecutivo, también deberán reunir los requisitos señalados en el artículo 28 de esta Constitución y ser personas que se hayan distinguido por su capacidad profesional en el ámbito jurídico, honestidad y honorabilidad en el ejercicio de sus actividades. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)

Los miembros del Consejo durarán en su encargo cuatro años, con excepción de su Presidente, quien ejercerá esa función mientras ostente también la Presidencia del Tribunal; y ninguno podrá ser ratificado para el mismo cargo de manera consecutiva. Durante su pertenencia al Consejo, los Consejeros designados por el Pleno no ejercerán funciones jurisdiccionales, ni formarán parte del Pleno. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)

Los Jueces del Poder Judicial serán designados, ratificados y removidos por el Consejo de la Judicatura, debiendo mantener un equilibrio entre mujeres y hombres en dichos cargos; durarán en su encargo seis años, pudiendo ser ratificados en los plazos y condiciones que establezca la Ley. Deberán ser ciudadanos mexicanos en pleno ejercicio de sus derechos políticos y civiles, contar con los requisitos que establezca la Ley y protestar el cargo ante el Pleno del Tribunal Superior de Justicia y del Consejo de la

²⁰ Artículo 109. El Consejo de la Judicatura es un órgano del Poder Judicial con independencia técnica, de gestión y para emitir sus resoluciones, encargado de la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial, con excepción de Magistrados y el personal de segunda instancia que conforman el Tribunal Superior de Justicia. Se integra por:

- I. Un Presidente, que será el Presidente del Tribunal Superior de Justicia;
- II. Dos consejeros designados por el Pleno del Tribunal Superior de Justicia, uno como representante del Pleno y otro de los jueces;
- III. Un consejero designado por la Legislatura del Estado; y

Judicatura. En ningún caso se podrá ocupar el cargo de Juez cumplidos los setenta años de edad. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)
 El Pleno del Tribunal Superior de Justicia podrá solicitar al Consejo de la Judicatura que investigue la conducta de algún Juez. (Ref. P. O. No. 27, 13-V-16)

d) **Asuntos ingresados y concluidos en todas las materias, el Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021, publicado por el Instituto Nacional de Estadística Geografía e Informática.**²¹

Durante 2020, a nivel nacional se reportaron 1 577 327 asuntos ingresados y 871 054 concluidos por los órganos jurisdiccionales de los poderes judiciales estatales en todas las materias. En comparación con 2019, se observa una disminución de 30.8 % en la cantidad total de asuntos ingresados* y una disminución de 34.6 % en los asuntos concluidos.

Del total de asuntos ingresados, 38.7 % correspondió a la materia familiar, seguida de la materia civil con 25.3 % y la mercantil con 22.2 %, mientras que 10.9 % (172 066) correspondió a causas penales (materia penal y justicia para adolescentes). Para los asuntos concluidos, la mayoría de los expedientes se registraron en materia familiar con 34.3 %, seguida de la materia civil con 23.2 %. Del total de asuntos ingresados en los órganos jurisdiccionales, 72.3 % se registró en el Sistema Tradicional y 27.7 % en el Sistema Oral.

Por entidad federativa, los poderes judiciales de la Ciudad de México y el estado de México concentraron 21.8 % de los asuntos ingresados y 18.0 % de los asuntos concluidos en todas las materias.

Entidad federativa	Ingresados	Concluidos	Entidad federativa	Ingresados	Concluidos
CDMX	185 580	58 462	SIN	34 642	26 108
MÉXICO	159 020	98 484	DGO	29 209	14 263
GTO	139 494	105 129	TAB	27 147	5 495
NL	137 279	116 573	CHIS	24 730	7 818
JAL	99 629	41 452	SLP	24 332	9 649
COAH	61 039	31 221	NAY	18 810	4 800
QRO	59 263	28 860	MOR	18 264	8 475
BC	58 314	24 889	GRO	18 260	6 246
CHIH	57 877	46 494	ZAC	18 090	11 703
VER	53 691	34 928	QROO	17 661	6 591
PUE	46 114	15 712	YUC	17 615	12 177
SON	44 265	23 391	COL	16 263	5 933

²¹[file:///C:/Users/Luis/Desktop/2.%20Capitulo%20de%20libro.%20Congreso%20CAC/cnije_2021_re_sultados%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Luis/Desktop/2.%20Capitulo%20de%20libro.%20Congreso%20CAC/cnije_2021_re_sultados%20(1).pdf)

TAMS	42 956	28 973	OAX	14 743	2 235
HGO	40 205	23 859	BCS	13 841	3 649
AGS	38 740	25 428	CAMP	13 473	11 615
MICH	35 350	24 107	TLAX	11 431	6 335

La tabla no es propia, es tomada del Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal 2021. Presentación de resultados.

V. Conclusiones

El Poder Judicial local organizado y dotado de autonomía constituye el agente de contención social más importante de la estructura del poder público en el estado de Querétaro. El número de asuntos que conoce al año, confrontado a su presupuesto y personal, lo convierten en un referente nacional de eficiencia y eficacia en la impartición de justicia. Lo anterior, ratifica el sentido del diseño institucional del Poder Judicial local como parte de la reforma del estado, la cual debe ser vertical pero en sentido ascendente, es decir, de lo local a lo federal. En donde las realidades y circunstancias locales diseñen el espectro de justicia nacional.

VI. Referencias

- Aguilló, Josep (2003). "Sobre el constitucionalismo y la resistencia constitucional", Alicante: Isonomía.
- Arteaga Nava, Elisur (2003). "La Constitución local y su defensa. Elementos para una teoría del control de la constitucionalidad" en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Vega, Rodolfo (coords.), Justicia constitucional local, México: Fundap.
- Bovero Michelangelo (2001). "Tutela supranacional de los derechos fundamentales", *El lenguaje de los derechos*, Turín, núm. 18, 2001.
- Censo Nacional de Impartición de Justicia Estatal. Presentación de resultados generales (2021). INEGI ubicado en [cnije_2021_resultados\(1\).pdf](#)
- Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Querétaro (CPEQ) 2008, publicada en el P.O.E La Sombra de Arteaga ubicado en https://site.legislaturaqueretaro.gob.mx/CloudPLQ/InvEst/Leyes/001_60.pdf
- Córdoba Vianello, Lorenzo (2009). Derecho y Poder. Kelsen y Schmitt frente a frente, México: FCE.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (2004). Derecho procesal constitucional local (La experiencia en cinco estados 2000-2003), México: UNAM ubicado en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1510/18.pdf>
- Hamilton, Madison y Jay (1987). *El Federalista*, México: FCE.
- Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Querétaro (LOPJEQ) 2022, publicada en el P.O.E La Sombra de Arteaga ubicado en

[https://site.legislaturaqueretaro.gob.mx/CloudPLQ/InvEst/Ley-
Org/008_60.pdf](https://site.legislaturaqueretaro.gob.mx/CloudPLQ/InvEst/Ley-
Org/008_60.pdf)

Quijano Álvarez Alejandro (2008). Las sentencias de los tribunales constitucionales locales en México dictadas en los juicios de protección de derechos humanos: su impugnabilidad o no mediante el juicio de amparo, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*.

Rabell García Enrique (2000). *Constitucionalismo Local*, H. Legislatura del Estado de Querétaro-México.

Tomás y Valiente Francisco (1994), “La resistencia constitucional y los valores”, Alicante: Isonomía.

Semanario Judicial de la Federación (SJF) 2023 ubicado en <https://sjfsemanal.scjn.gob.mx/busqueda-principal-tesis>

CONTROL CONSTITUCIONAL PREVIO DE LA PROPAGANDA GUBERNAMENTAL EN PERIODO DE CAMPAÑAS

Luis Octavio Vado Grajales¹

Enrique Rabell García²

Gabriela Nieto Castillo³

I. Resumen

El modelo de comunicación política en México tiene ciertas particularidades, entre las que se encuentran la regulación de la propaganda gubernamental, concretamente durante el periodo de campañas electorales. En este caso, existe una institución denominada consulta, merced a la cual las autoridades que desean ejecutar campañas de comunicación social en el periodo de campañas electorales pueden obtener una autorización previa a su difusión, por parte del Instituto Nacional Electoral. Este artículo analiza tal figura, al considerarla parte del derecho procesal constitucional, a la vez que ilustra algunos criterios relevantes en la materia, la intervención del Tribunal Electoral y una propuesta de interpretación de las facultades de la referida autoridad administrativa comicial.

Palabras clave: propaganda gubernamental, derecho procesal constitucional, comunicación social Derecho procesal constitucional, comunicación social, propaganda gubernamental

II. Introducción

El objetivo de este artículo es demostrar la existencia en México de un control previo de la constitucionalidad, en materia de propaganda gubernamental, que realiza en

¹ Profesor-investigador de la Escuela Judicial Electoral.

² Profesor-investigador Universidad Autónoma de Querétaro.

³ Magistrada del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Querétaro

primera instancia el Instituto Nacional Electoral, INE y la Sala Superior, SS, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, TEPJF, en segunda. Para demostrar lo anterior, en primer lugar, se abordan las características del control previo de constitucionalidad, mediante el establecimiento de su concepto y función, para ilustrar su existencia en el caso mexicano con la intervención de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, SCJN, en las consultas populares, como un procedimiento que ilustre la existencia de este tipo de control en México. En la segunda parte, se aborda el modelo mexicano de propaganda gubernamental en periodo de campañas, mismo que tiene una serie de peculiaridades que exigen su estudio con cierto detenimiento. Es, a partir del mismo, que existe un mecanismo de control previo de constitucionalidad, realizado por autoridades electorales. En la tercera parte, describiré el modo en que dicho control está regulado y se ejecuta, con una apreciación crítica acerca de la interpretación del INE sobre su propia competencia.

La utilidad de este trabajo se encuentra en dos aspectos. En primer lugar, en relación con la justicia constitucional, al mostrar la existencia de un medio de control poco observado y menos estudiado desde la academia, el cual, sin embargo, tiene una aplicación constante. En segundo lugar, respecto de quienes trabajan la materia electoral, en cuanto a la posibilidad de afinar tanto la regulación del medio de control como la operación del mismo, pues contribuye a la vez a una discusión sobre su alcance.

III. Control previo de constitucionalidad

Si atendemos al momento de la revisión de la regularidad constitucional, los procedimientos de control pueden ser preventivos, reparadores o mixtos (Sagüés 2004, 474), clasificación que resulta relevante para nuestro estudio. Como definición descriptiva del control previo tenemos la siguiente:

Es un medio indispensable en la conservación del orden constitucional, ya que analiza la constitucionalidad de aquellas disposiciones jurídicas que, antes de su promulgación y entrada en vigor, posean una presunción de

inconstitucionalidad. Su naturaleza es contener aquel acto, para que no produzca efectos negativos en el sistema jurídico por su mera aplicación. (Báez et. al. 2019, 179-180)

Para analizar el concepto anterior, en el apartado respectivo al caso de la autorización de propaganda gubernamental, me serviré de los conceptos de órgano de control, objeto de control, criterio de control, procedimiento de control y resultado de control (Kelsen, 2001), los cuales pueden permitir un mejor entendimiento.

El órgano de control se refiere a la instancia encargada de ejecutar el procedimiento; objeto de control alude a lo que puede ser susceptible de verificación en el medio respectivo; el criterio indica el parámetro usado, que si bien en un primer momento es la propia Constitución, también puede serlo el bloque o parámetro de constitucionalidad en toda su extensión, incluyendo desde luego los tratados internacionales; el procedimiento de control hace referencia a los pasos que deben realizarse y a su naturaleza de proceso o procedimiento; finalmente, el resultado del control, el cual apunta a los efectos del procedimiento.

Todo lo anterior se relaciona con la idea de la regularidad jurídica; esto es, la adecuada relación que debe existir entre una disposición superior y una inferior, donde la primera tiene una mayor jerarquía porque regula el contenido y procedimiento de creación de la otra. De esta manera, la segunda norma o decisión de autoridad es un acto de aplicación de la primera (Kelsen, 2001, 10-20)

Este modelo de análisis tiene como virtud el permitir una exposición clara y sistemática de nuestro objeto de estudio. De hecho, como explicaré más adelante, el acuerdo del Consejo General, CG, del INE, en virtud del cual se permite o se niega la autorización para la difusión de propaganda gubernamental, es un acto de aplicación tanto de las disposiciones constitucionales como de las legales. Lo que hace la SS, al revisar dichos acuerdos, es verificar la relación de regularidad jurídica entre el acto de aplicación y las normas que lo regulan.

Debo indicar que el control previo tiene un efecto preventivo, ya que la verificación de la regularidad del acto se realiza de manera anterior a su ejecución

o al momento que adquiriera definitividad. Por regla general, el control previo es de naturaleza abstracta y si se ejerce sobre un acto general, esto no impide la revisión posterior de su ejecución.

En México, un ejemplo de control previo lo tenemos en las consultas populares, en donde la SCJN debe analizar la constitucionalidad del tema, así como revisar la pregunta; son acciones que se realizan antes de recabar la voluntad de la ciudadanía, como se prevé en el artículo 35, numeral 3 de la Constitución mexicana, así como en los numerales 26, 27 y 28 de la Ley Federal de Consulta Popular⁴.

Respecto a los caos de la judicatura local, se encuentran varias entidades que contemplan la cuestión de constitucionalidad o la duda constitucional, como mecanismo previo a la aplicación de una ley, si bien dentro de un proceso judicial propiamente dicho (Báez et. al. 2019, loc. cit.)

IV. Reglas sobre la propaganda gubernamental en periodo de campañas

En México, a partir de 2007, hemos desarrollado un modelo de comunicación política⁵ que ha sido producto de las características propias de nuestro sistema político, más que de las reflexiones doctrinarias. Un elemento fundamental de este modelo es la regulación de la propaganda gubernamental⁶, un tema que cae tanto en las cuestiones propiamente electorales como en el campo de la comunicación política.

Desde la perspectiva electoral, la regulación y las sentencias en materia de propaganda gubernamental deben atender a la equidad, la imparcialidad y el voto libre. A la equidad, en cuanto se debe garantizar un piso mínimo para todas las

⁴ Para conocer las generalidades de los mecanismos de democracia participativa en México, vid. DE LA MATA Pizaña, Felipe, y COELLO Garcés, Clicerio, 2018, *Tratado de Derecho Electoral*, México, Tirant lo Blanch, 535-574.

⁵ Su estudio sistemático puede realizarse a partir de De la Mata, ob. cit., capítulos 7 a 10, también DE LA MATA Pizaña, Felipe, y COELLO Garcés, Clicerio, 2020, *Perspectivas del Derecho Electoral*, México, UBIJUS, 171-220

⁶ Por tal se entiende “la difusión de mensajes para crear una imagen positiva de instituciones gubernamentales e influir en las percepciones y en el comportamiento de un público (...) En México, el TEPJF la ha definido como la información que cualquier entidad de gobierno expresa por alguno de los medios de comunicación social existentes para hacer del conocimiento de la sociedad los avances o desarrollos que ha realizado (SUP-RAP-66/2014).” CABALLERO Álvarez, Rafael (Coordinador) 2018, *El lenguaje de la democracia. Breviario de comunicación política*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación 2018, 112.

partes contendientes en los comicios, esto sin que el gobierno *incline el campo de juego* a favor de algún participante. La imparcialidad, porque los recursos públicos deben ejercerse de manera que no influyan en los comicios y de una forma que atiendan a las necesidades sociales, así como a los objetivos legamente buscados. Finalmente, el voto libre, ya que la ciudadanía debe decidir su voto con conciencia y sin presiones, mucho menos cuando éstas puedan provenir del aparato público.

El artículo 41 constitucional establece la siguiente regla: “Durante las campañas electorales y hasta la conclusión de la jornada electoral, debe suspenderse la difusión en medios de comunicación, de toda propaganda gubernamental, sin que importe de qué ámbito de gobierno proviene”.

Y fija como excepciones las siguientes campañas:

- a) De información de las autoridades electorales;
- b) Relativas a servicios educativos;
- c) Relativas a los servicios de salud, y
- d) Propias de la protección civil en caso de emergencia.

Así, la regla *prohibición de difundir propaganda gubernamental* está sujeta a la condición temporal de *periodo de campaña* y cuenta con *cuatro excepciones*.

Los casos de aplicación de la norma plantean distintas preguntas que han sido resueltas por las autoridades judiciales y administrativas en la materia. Por ejemplo, en los casos de excepción, ¿es válido cualquier contenido en la propaganda? Imaginemos un promocional televisivo que haga referencia a una nueva universidad pública, y se afirme que su apertura fue producto del impulso de la bancada de un partido político determinado, ¿sería jurídicamente válido?

Sobre este asunto, la Jurisprudencia 18/2011 de la SS establece:

PROPAGANDA GUBERNAMENTAL. LOS SUPUESTOS DE EXCEPCIÓN A QUE SE REFIERE EL ARTÍCULO 41, BASE III, APARTADO C, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, DEBEN CUMPLIR CON LOS PRINCIPIOS DE EQUIDAD E IMPARCIALIDAD.- De la

interpretación de los artículos 41, base III, apartado C, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y 2, párrafo 2, del Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales, se colige que la restricción a la difusión en medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental durante las campañas electorales tiene como fin evitar que los entes públicos puedan influir en las preferencias electorales de los ciudadanos, ya sea en pro o en contra de determinado partido político o candidato, atento a los principios de equidad e imparcialidad que rigen en la contienda electoral. En consecuencia, los supuestos de excepción relativos a las campañas de información, servicios educativos, de salud y las de protección civil en caso de emergencia, a que se refieren ambos preceptos jurídicos, deberán colmar los mencionados principios, dado que de ninguna manera pueden considerarse como exentos de cumplir con la normativa constitucional y legal en la materia.

La propaganda gubernamental, permitida por las excepciones del artículo 41, debe abstenerse de influir en las preferencias de la ciudadanía, a favor o en contra de un partido político o candidatura, ya que tiene que cumplir con los principios de equidad e imparcialidad.

Otra pregunta posible: ¿puede un municipio, en época de campañas, invitar a la realización de una celebración social? Aquí resulta aplicable la Tesis LXII/2016:

PROPAGANDA GUBERNAMENTAL. LA INVITACIÓN A UNA CELEBRACIÓN DE CARÁCTER CULTURAL Y SOCIAL, NO VIOLA LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DE DIFUNDIRLA EN EL PROCESO ELECTORAL. De la interpretación sistemática, teleológica y funcional del artículo 41, párrafo segundo, Base III, Apartado C, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que versa sobre el principios de la equidad en la contienda, el acceso a los medios de comunicación social, que rigen en los procesos comiciales, en la que se establece la prohibición de abstenerse de expresiones que calumnien a las personas,

así como la suspensión de la difusión en los medios de comunicación social de toda propaganda gubernamental. En ese sentido, la colocación de lonas, pendones o gallardetes, u otro tipo de propaganda, en época electoral, con motivo de la invitación a festejar un día social y culturalmente importante para la sociedad mexicana, no infringe la prohibición de difundir propaganda gubernamental, durante una campaña electoral, aun cuando no esté en los supuestos de excepción expresamente señalados por el referido precepto constitucional, siempre que no difunda programas, acciones, obras o logros de gobierno, que tengan como finalidad apoyar o atacar algún candidato o partido político específico o que se promocióne a un servidor público, ni contenga expresiones, logotipos, emblemas, lemas que promociónen a algún partido político, coalición o candidato, porque no se trata de propaganda que contenga expresiones de naturaleza político-electoral ni gubernamental, sino de una invitación para la celebración de un acto de carácter cultural y social.

Del anterior criterio se desprende que la celebración cultural debe ser real, propia de la comunidad de que se trate, y que las autoridades deben abstenerse de difundir programas, acciones o logros, así como de pretender influenciar el sentido del voto.

Una duda que suele presentarse es si pueden mantenerse los portales en internet de las instituciones públicas, o si estos deben bajarse durante las campañas. Al efecto, dentro de la Tesis XIII/2017, el TEPJF ha establecido que la información pública es aquella que se relaciona con los servicios que presta el gobierno, así como con temas de interés general, y que proporciona a la ciudadanía los datos necesarios para conocer trámites y sus requisitos, incluso para realizar algunos por medio de dichos portales; por todo lo anterior, desde luego se deben mantener. Lo que debe evitarse es que en los portales de internet se presente publicidad o propaganda gubernamental, aparezcan referencias a alguna candidatura o partido político, logro de gobierno, promoción de funcionariado público o expresiones de naturaleza electoral.

De los casos expuestos, puede afirmarse que ha sido un criterio sostenido del TEPJF que la propaganda electoral mantenida en periodo de campañas no debe afectar la equidad en la contienda, ni pretenda afectar de cualquier forma el voto de la ciudadanía.

V. Control previo de constitucionalidad sobre la propaganda gubernamental en periodo de campañas

De lo anterior, podemos resumir lo siguiente:

1. En México tenemos un modelo de comunicación política que contiene diversos límites a la misma.
2. Entre los límites se encuentra el relativo a la prohibición de la propaganda gubernamental en periodo de campañas electorales.
3. La prohibición anterior no es absoluta, dado que es posible que se continúen con los mensajes relativos a educación, salud, protección civil en caso de desastres naturales, así como las campañas informativas de las autoridades electorales. Además, se ha construido una sólida línea jurisprudencial en el sentido de que no se debe afectar la equidad en la contienda ni el voto libre.

Por tanto, la existencia de prohibición con excepciones nos obliga a pensar en la existencia de una decisión autoritativa acerca de la constitucionalidad de una campaña de comunicación o propaganda gubernamental. Esta decisión no podría ser de las autoridades interesadas, si se atiende al principio de que no se puede ser juez y parte. Además, esa decisión autoritativa es necesaria porque, en principio, la propaganda gubernamental en periodo de campañas se considera prohibida, por lo que sobre la misma hay una sospecha de inconstitucionalidad.

El artículo 21 de la Ley General de Comunicación Social establece:

Durante el tiempo que comprendan las campañas electorales federales y locales, y hasta la conclusión de la respectiva jornada comicial, deberá suspenderse la difusión de toda Campaña de Comunicación Social en los Medios de Comunicación. Para los efectos del párrafo anterior, en el caso de los procesos electorales locales, deberá suspenderse la difusión

de Campañas de Comunicación Social en los Medios de Comunicación con Cobertura Geográfica y ubicación exclusivamente en la Entidad Federativa de que se trate.

Se exceptúan de lo anterior:

(...)

IV. Cualquier otra que autorice el Consejo General del Instituto Nacional Electoral, de manera específica durante los procesos electorales, sin que ello implique que sólo las campañas aprobadas por la referida autoridad administrativa son las que podrían difundirse.

Más allá de la repetición del texto constitucional, lo cual se realiza en las fracciones I a III, lo relevante de esta disposición es que establece un mecanismo de control de constitucionalidad previo a la difusión de mensajes de propaganda gubernamental en etapa de campañas. Como puede desprenderse de la lectura de los acuerdos del CG (que citaré más adelante), en la práctica esta consulta, auténtico medio de control previo de constitucionalidad, ha sido realizada en cientos de ocasiones por autoridades de los tres ámbitos de gobierno. Este procedimiento cuenta con diversas características:

- 1) Es competencia en primera instancia del CG del INE: como se desprende de una interpretación literal, la autoridad a quien se le otorga la competencia es el máximo órgano de dirección del INE. No se contempla que los institutos o comisiones electorales estatales puedan realizar esa facultad.

Frente a esto, cabe preguntarse si existe alguna disposición que permitiera sostener la competencia de dichos órganos para los casos de procesos electorales locales no concurrentes. Considero que no es posible dar una respuesta positiva a esa pregunta, pues por un lado no hay una disposición que faculte a los llamados Organismos Públicos Locales , OPL, para desahogar consultas. Esto se robustece con el hecho de que el propio artículo en estudio habla de procesos comiciales locales, así como de los federales. De esta manera, si aplicamos el principio del legislador racional,

debe concluirse que la decisión fue dejar en manos del INE el desahogo de estas consultas, ya sea para procesos federales, locales o concurrentes.

Cabe preguntarnos sobre el alcance de esta competencia. Si nos atenemos a los acuerdos dictados por el INE, como demostraré a continuación, lo que tenemos es que la autoridad administrativa electoral estima que se circunscribe a la propaganda que se presentará a través de radio y televisión, no a la que se presentará por medio de pintas en bardas, redes sociales, etc. Esta lectura se basa en la competencia que el propio INE tiene respecto de la administración del tiempo estatal en radio y televisión. Como ejemplo, se transcribe el considerando segundo del acuerdo INE/CG334/2021, mediante el cual se ejerció esta facultad de control respecto de las solicitudes de propaganda gubernamental para los procesos electorales locales y federal 2020-2021:

El INE es la autoridad única para la administración del tiempo que corresponda al Estado en radio y televisión, destinado a sus propios fines y a los de otras autoridades electorales, así como al ejercicio de los derechos y las prerrogativas de los partidos políticos y candidatos independientes; es independiente en sus decisiones y funcionamiento, de conformidad con los artículos 41, Base III, apartados A y B, así como Base V de la CPEUM; 30 numeral 1, inciso h); 160, numeral 1 de la LGIPE y 7, numeral 3 del Reglamento de Radio y Televisión en Materia Electoral (en adelante RRTME).⁷

7

Consultable

en

<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/118878/CGex202104-03-ap-1.pdf>, última consulta el 3 de abril de 2021, a las 19:28 hrs. Por CPEUM se entiende Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; en el caso de LGIPE, se trata de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Tomo este acuerdo como base para la discusión, dado que es el emitido respecto del proceso electoral más reciente.

Vale la pena señalar que el párrafo transcrito es, salvo una coma y un cambio de género, idéntico al considerando 2 del acuerdo INE/CG235/2020⁸, el cual se refirió a los procesos electorales del año 2020. Además, es concorde con el considerando 2 del diverso acuerdo INE/CG03/2017⁹, ya antes citado, en el cual se establece el plazo y el procedimiento a seguir para la autorización de la propaganda gubernamental en periodo de campañas. De hecho, este considerando 2 es casi igual al mismo considerando del acuerdo CG601/2009¹⁰, al que podemos considerar como el originario de esta serie de decisiones, pues fue en el cual se fijaron por parte del INE las reglas sobre la propaganda político-gubernamental.

Así, puedo afirmar que el INE entiende que su competencia para autorizar campañas de publicidad gubernamental se encuentra vinculada a sus atribuciones en materia de radio y televisión, lo cual ha mantenido a lo largo de varios años. Esta interpretación le ha permitido a la autoridad electoral considerar improcedentes algunas solicitudes, esto dado que su difusión no se realizaría mediante radio y televisión, como puede leerse en el acuerdo INE/CG334/2021 por referencia a peticiones como las del ayuntamiento de Ajalpan, Puebla¹¹, de la Junta Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Mazatlán, Sinaloa¹², de la Alcaldía Álvaro Obregón, Ciudad de México¹³, entre otras. Estas consideraciones tuvieron que ver, por ejemplo, en el último caso, con que se trataba de difusión en redes sociales, lo que sucedía también en otras consultas atendidas en el acuerdo en cita.

8

Visible

en

<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/114453/CGex202008-26-ap-15.pdf>, última visita el 3 de abril de 2021, a las 19:37 hrs.

⁹ Consultable en https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2017/01_Enero/CGex201701-13/CGex201701-13-ap-3.pdf, visitado por última vez el 3 de abril de 2021, a las 19:40 hrs.

10

Visible

en

<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/86975/CGe161209ap3.pdf?sequence=1&isAllowed=y>, última consulta el 4 de abril de 2021, a las 14:59 hrs.

¹¹ Vid. la página 81 del acuerdo en cita.

¹² P. 95 del acuerdo en estudio.

¹³ P. 105 del mismo documento.

Esta limitación que estima el INE me parece, puede ser cuestionada a partir de las siguientes estimaciones: El criterio expresado en el acuerdo de 2017, el cual reguló el procedimiento de las consultas, es anterior a la expedición de la actual Ley General de Comunicación Social, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 2018 y que, dada su naturaleza de Ley General que distribuye competencias, debe considerarse que otorga una nueva facultad al INE. Al respecto, me parece aplicable la Tesis P./J. 5/2010, de rubro y texto siguientes:

LEYES LOCALES EN MATERIAS CONCURRENTES. EN ELLAS SE PUEDEN AUMENTAR LAS PROHIBICIONES O LOS DEBERES IMPUESTOS POR LAS LEYES GENERALES. Las leyes generales son normas expedidas por el Congreso de la Unión que distribuyen competencias entre los distintos niveles de gobierno en las materias concurrentes y sientan las bases para su regulación, de ahí que no pretenden agotar la regulación de la materia respectiva, sino que buscan ser la plataforma mínima desde la que las entidades puedan darse sus propias normas tomando en cuenta su realidad social. Por tanto, cumpliendo el mínimo normativo que marca la ley general, las leyes locales pueden tener su propio ámbito de regulación, poniendo mayor énfasis en determinados aspectos que sean preocupantes en una región específica. Si no fuera así, las leyes locales en las materias concurrentes no tendrían razón de ser, pues se limitarían a repetir lo establecido por el legislador federal, lo que resulta carente de sentido, pues se vaciaría el concepto mismo de concurrencia. En este sentido, las entidades federativas pueden aumentar las obligaciones o las prohibiciones que contiene una ley general, pero no reducirlas, pues ello haría nugatoria a ésta.

Las leyes generales, creadas a partir del artículo 73 de la Constitución nacional, implican que la distribución de competencias es afinada por el legislador ordinario y pueden precisar las actividades que le corresponden a cada órgano de gobierno (Barceló, 2020, 43). Podemos considerarlas como *normas interpuestas* entre la Constitución y las leyes federales o locales, en cuanto que desarrollan los mandatos constitucionales en los asuntos que, por decisión constituyente, quedaron abiertos (Díez-Picazo, 1988, 56) para un sector de la doctrina. Esto puede considerarse como una manifestación de las leyes orgánicas constitucionales¹⁴; podría decirse que son similares a las leyes españolas que establecen competencias a favor de las comunidades (de Otto, 2001, 270).

Así, este texto normativo nacido en 2018 carece del carácter de norma federal, pues no regula competencias de dicho ámbito normativo, sino que es auténticamente una ley general, obligatoria en sus términos para autoridades de distintos órdenes.

En los acuerdos del INE a los cuales he hecho referencia, no se cita la Ley General de Comunicación Social y, en consecuencia, no se estudia su carácter de norma general que, conforme a la jurisprudencia transcrita, tiene como efecto distribuir competencias. Este estudio debe realizarse como parte de la motivación de los acuerdos, así como para definir la competencia del órgano que los dicta, porque la norma en cita otorga una atribución al INE, concretamente, a su CG, respecto de procesos electorales federales, locales o concurrentes, esto en cuanto a la autorización de campañas de comunicación social.

Ahora bien, podría estimarse que este análisis resultaría innecesario, dado que el INE solo tiene competencias en materia de radio y televisión; así, la conclusión sería la misma en tanto que sólo podría conceder o negar

¹⁴ Este tipo de leyes, así como una propuesta para el caso mexicano se encuentra en SEPÚLVEDA, Ricardo, 2006. *Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México*. México, Porrúa.

autorizaciones en materia de difusión en radio y televisión, tal como se desprende de los considerandos citados. No comparto tal argumento, pues se tratan de cuestiones distintas. En el caso de la administración de radio y televisión, se trata de una actividad distinta del control previo sobre la constitucionalidad; esto es, si en un principio la autorización que otorgaba o negaba el INE (antes de 2018) sólo podía anclarse legalmente de las facultades en materia de radio y televisión, posteriormente, se amplió a cualquier campaña de comunicación social, en virtud de la nueva ley.

Para sostener lo anterior, debe considerarse que el artículo 4 de la ley en análisis define como campañas de comunicación social a aquellas que difunden el quehacer gubernamental, acciones o logros de los gobiernos, o que tienen por objetivo estimular acciones de la ciudadanía para acceder a algún beneficio o servicio público.

Por su parte, la propaganda gubernamental, la cual ya he definido en el apartado inmediato anterior, busca crear una imagen positiva de los gobiernos a través de la difusión de mensajes que influyan en la percepción y comportamiento públicos. De esta forma, las campañas de comunicación social pueden considerarse como la instrumentación de la propaganda gubernamental; son la expresión definida en mensajes concretos, programados y con canales de difusión definidos que tienen entre sus objetivos presentar una visión favorable del actuar de un órgano de gobierno; una vertiente que, como ya se ha dicho, no se permite en la etapa de campañas.

Si el CG del INE consideró que podía intervenir en la regulación y autorización de propaganda gubernamental desde 2009 (con base en sus facultades de administración de los tiempos de radio y televisión), también debió considerar que, a partir de 2018, esa intervención tenía una nueva fuente, la cual se había extendido a cualquier campaña de comunicación social que pretendiera ejecutar un órgano de gobierno en periodo de campañas (ya fueran elecciones locales, federales o concurrentes) sin que

obste que sea municipal, local o federal, de cualquiera de los tres poderes o un órgano constitucional autónomo.

Trataré de abordar otra objeción, la cual podríamos llamar *federalista*. Ésta consiste en afirmar que el INE no puede ir más allá de la autorización o negativa en los casos de radio y televisión, pues para otras formas de difundir campañas de comunicación social como las elecciones locales, los competentes serían los OPL. Esta postura presenta como punto débil la propia naturaleza de una ley general, la cual adquiere tal adjetivo debido a que distribuye competencias, como ya se expuso.

- 2) El control previo de constitucionalidad sobre la propaganda gubernamental se realiza a instancia de parte. Está vedado su ejercicio de oficio por parte del INE, lo cual se sostiene de dos razones: primera, porque el INE no puede conocer todas las acciones de comunicación social que las autoridades tengan interés de sostener en época de campañas; segundo, porque dicha autoridad no tiene funciones censoras de los mensajes de particulares o autoridades (debemos recordar que estamos analizando un mecanismo de control previo).

El acuerdo INE/CG03/2017, como ya se mencionó, regula el procedimiento a seguir para desahogar las consultas. En todo momento habla de “solicitudes” y establece una serie de requisitos y formatos que debe presentar la autoridad. Como en principio la propaganda gubernamental que analizamos está prohibida durante período de campañas electorales, quien debe demostrar que se encuentra entre los casos de excepción es la autoridad solicitante, esto para demostrar que no se trata de una campaña de comunicación inconstitucional.

Vinculado con este requisito de instancia de parte, la propia SS del TEPJF ha sostenido, en la sentencia del expediente SUP-RAP-49/2020¹⁵,

¹⁵ Consultable en: https://www.te.gob.mx/EE/SUP/2020/RAP/49/SUP_2020_RAP_49-922180.pdf; última visita el 5 de abril de 2021, a las 13:48 hrs.

que cuando resuelve una consulta sobre estos temas, el CG del INE debe atender a los principios de congruencia y de seguridad jurídica; lo primero, para actuar dentro del marco de sus facultades; lo segundo, para limitarse al conocimiento de lo planteado por los interesados, sin excederse a otros temas no planteados y, de esta manera, solo se ocupe de las solicitudes de autorización presentadas por las partes y no oficiosamente de otras. Esto se desprende de la siguiente porción de la sentencia en cita:

79 Es así debido a que, a pesar de que fue la propia autoridad electoral la que instrumentó un mecanismo en el que, a través de la presentación de solicitudes, el Consejo General pudiera calificar, ex ante, la excepcionalidad de determinados programas de gobierno, y su posible difusión durante la etapa prohibida por el texto constitucional; fue a través de una de estas determinaciones de desahogo de consultas, como impuso una restricción a la difusión de un acto de gobierno, que no fue sometido a su consideración.

80 Es decir, no existió solicitud alguna que permitiera a la autoridad electoral el concluir, al desahogar las consultas que le fueron formuladas respecto de otros programas gubernamentales del ámbito federal, estatal y municipal; que los concesionarios debían abstenerse de transmitir de manera íntegra las conferencias matutinas del Presidente de la República.

81 De lo anterior, se concluye que el Consejo General inobservó el principio de congruencia externa y excedió la materia de consulta, porque los pronunciamientos sobre las conferencias matutinas del Titular del Ejecutivo Federal no encuentran soporte en las solicitudes formuladas por las dependencias gubernamentales.

82 Conviene precisar que, lo hasta aquí concluido, se constriñe a un análisis relativo a la falta de congruencia entre la naturaleza formal de la determinación dictada por la autoridad electoral nacional, y lo concluido por cuanto a la orden de abstención de las conferencias matutinas del Presidente de la República; análisis que en modo alguno califica la validez constitucional de ese, o algún otro acto de gobierno.

De lo transcrito resalta la afirmación de que este procedimiento de consulta es de naturaleza previa al acto solicitado, que es la difusión de la propaganda gubernamental.

- 3) El carácter del procedimiento es optativo, dado que permite la difusión de campañas de comunicación social cuyo contenido no se haya sometido a aprobación. Aunque, desde luego la actitud más recomendable para cualquier autoridad sea la de desahogar la consulta y así garantizar su apego a los principios y excepciones constitucionales.

Un ejemplo de lo anterior es cuando la solicitud se presenta de forma extemporánea. En el acuerdo INE/CG310/2020¹⁶, se ocupó el CG del INE de la consulta realizada por la Coordinación de Comunicación Social del Senado de la República. En este asunto, al presentarse de forma extemporánea, la autoridad omitió autorizar o negar la autorización de la propaganda solicitada. Esta decisión no es una negativa ni una autorización y, por tanto, la solicitante podía ejecutar la campaña de comunicación si consideraba que se encuadraba en las excepciones constitucionales.

- 4) Hay una ausencia de litigio en este procedimiento, por lo cual el CG no realiza una función materialmente jurisdiccional. Un litigio es un conflicto en el que hay una pretensión y una resistencia, tiene relevancia jurídica y la solución se da por medio de la aplicación del derecho (Alcalá 1991, 12). Para el caso

¹⁶

Consultable

en:

<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/114675/CGor202009-30-ap-32.pdf>, última visita el 4 de abril de 2021, a las 15:55 hrs.

que analizamos, existe una pretensión de una instancia de gobierno, materializada en la solicitud, para que se le autorice la difusión de una campaña de comunicación social; sin embargo, falta la resistencia, dado que no hay una parte legitimada para oponerse a la solicitud. Dado que la jurisdicción es una función estatal para decidir un litigio (Alcalá 1992, 57-58), la consulta que estudiamos no es ejercicio de dicha facultad. En resumen: no hay litigio, no hay acción y tampoco hay jurisdicción.

Ahora, para facilitar el posterior estudio de esta figura, desde una perspectiva propia del procesalismo constitucional, presentaré un esquema a partir de los parámetros kelsenianos definidos en un apartado anterior en la Tabla 1:

Órgano de control	Objeto de control	Criterio de control	Procedimiento de control	Resultado de control
CG del INE.	Las solicitudes presentadas por las instancias de gobierno, para continuar con la difusión de propaganda político-gubernamental mediante campañas de comunicación social.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular su artículo 41; considerando la interpretación que realice el TEPJF.	A instancia de parte, mediante solicitud que se presenta ante el INE. No hay litigio.	Autorización o negativa para ejecutar la campaña de comunicación social.

Tabla 1. Título. Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, cualquier decisión que tome el CG del INE puede ser apelada ante la SS, esto en aplicación del artículo 42, párrafo 1 de la Ley General del

Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, quien realiza una revisión de la regularidad jurídica (en su vertiente de constitucionalidad, no de legalidad) de la decisión tomada por la autoridad administrativa.

A diferencia de lo que sucede con la consulta, aquí sí estamos en presencia de un litigio, esto es, de una pretensión y una resistencia, así como de una función materialmente jurisdiccional. Las características expuestas se ilustran con la Tabla 2:

Órgano de control	Objeto de control	Criterio de control	Procedimiento de control	Resultado de control
SS del TEPJF.	El acuerdo dictado por el CG del INE respecto de las consultas realizadas para autorizar propaganda gubernamental.	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en particular su artículo 41; considerando la interpretación que realice el TEPJF.	A instancia de parte, mediante el recurso de apelación.	Confirmación, revocación o modificación del acuerdo impugnado.

Tabla 2. Título. Fuente: elaboración propia.

VI. Conclusiones

Nuestro modelo mexicano de comunicación política, complejo como es, busca mantener la equidad en la contienda electoral y garantizar el voto libre. Para lograrlo, se ha construido un entramado que va desde los principios del voto y las reglas sobre propaganda gubernamental, hasta un procedimiento para conseguir una verificación previa de la constitucionalidad de la misma.

Si asumimos que el derecho procesal constitucional se ocupa de los instrumentos procesales que tienen por efecto proteger los principios y normas fundamentales (Ferrer 2014, 49), el procedimiento de consulta aquí estudiado es, sin duda, parte del mismo. El procedimiento no jurisdiccional de consulta que desahoga el CG del INE en materia de propaganda gubernamental es, auténticamente, un ejemplo de control previo de constitucionalidad, situación que es necesario reconocer para proceder a estudiarlo conforme los cánones de dicha disciplina.

Las reglas en materia de propaganda gubernamental o comunicación social, entonces, son interpretadas en sede administrativa y jurisdiccional, y en este diálogo se va logrando la certeza en cuanto a lo qué no se puede hacer, lo qué se puede hacer y cómo debe realizarse. Así, este mecanismo de control, que en una primera instancia desahoga el INE, es una garantía de los principios y las reglas constitucionales que impiden la actuación gubernamental, en época de campañas a favor o en contra de una propuesta política. Esa es la importancia de la figura en estudio.

Dicho lo anterior, cabe reflexionar sobre la manera en que el CG del INE ha entendido los límites de su competencia, pues como he presentado aquí, es posible considerar que se ha quedado corto al entender que se circunscribe solamente a los casos en que se use radio y televisión. Una comprensión más amplia, con base en los supuestos aquí desarrollados, permitiría extender los efectos positivos del control previo, en beneficio del respeto a los principios y reglas constitucionales.

Como líneas para profundizar en este tema, a futuro es posible realizar un ejercicio de derecho comparado entre esta institución de la consulta y otras existentes en diversos países. También puede realizarse un estudio de los criterios que ha sostenido el INE y la SS en cuanto a la interpretación de las excepciones a la restricción constitucional, entre otras líneas a seguir.

VII. Referencias

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. (1991). Proceso, autocomposición y autodefensa (contribución al estudio de los fines del proceso). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. (1992). Estudios de Teoría General e Historia del proceso. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

Báez, Carlos, González Oropeza, Manuel, y Del Rosario Rodríguez, Marcos, 2019. Medios de control constitucional en las entidades federativas. Clasificación y análisis de su naturaleza y estructura. En Reflexiones sobre la justicia constitucional local. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

Rabell García, Enrique, y Serna de la Garza, José María (Eds.). (2021). En Constitucionalismo y gobierno. Constitucionalismo y gobierno. El federalismo mexicano después de la transición. Tirant lo Blanch.

Caballero Álvarez, Rafael (Coord). (2018). El lenguaje de la democracia. Breviario de comunicación política. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

De la Mata Pizaña, Felipe, y Coello Garcés, Clicerio. (Coords). (2018). Tratado de Derecho Electoral. Tirant lo Blanch.

De la Mata Pizaña, Felipe, y Coello Garcés, Clicerio (Coords). (2020). Perspectivas del Derecho Electoral. UBIJUS.

De Otto, Ignacio. (2001). Derecho Constitucional. Sistema de fuentes. España. Ariel.

Diez-picazo, José María. (1988). "Concepto de ley y tipos de leyes (¿Existe una noción unitaria de ley en la Constitución española?)" En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 8. Número 24. Septiembre-diciembre 1988.

FERRER Mac-Gregor, Eduardo. (2014). Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional. Universidad Nacional Autónoma de México y Marcial Pons.

KELSEN, Hans. (2001). La garantía jurisdiccional de la Constitución (la justicia constitucional). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

SAGÜÉS, Néstor Pedro. (2004). Teoría de la Constitución. Astrea.

SEPÚLVEDA, Ricardo. (2006). Las leyes orgánicas constitucionales. El inicio de una nueva constitucionalidad en México. Porrúa.

Acuerdos del CG del INE.

Instituto Nacional Electoral. (2009). CG601/2009.
<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/handle/123456789/86975>

Instituto Nacional Electoral. (2017). INE/CG03/2017.
https://portalanterior.ine.mx/archivos2/portal/historico/contenido/recursos/IFE-v2/DS/DS-CG/DS-SesionesCG/CG-acuerdos/2017/01_Enero/CGex201701-13/CGex201701-13-ap-3.pdf

Instituto Nacional Electoral. (2020). INE/CG235/2020.
<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/114453/CGex202008-26-ap-15.pdf>

Instituto Nacional Electoral. (2020). INE/CG310/2020.
<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/114675/CGor202009-30-ap-32.pdf>

Instituto Nacional Electoral. (2021). INE/CG334/2021.
<https://repositoriodocumental.ine.mx/xmlui/bitstream/handle/123456789/118878/CGex202104-03-ap-1.pdf>

Jurisprudencias, tesis y sentencias.

Suprema Corte de Justicia de la Nación:

P./J. 51/2010

Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación:

Jurisprudencia 18/2011

Tesis LXII/2016

Tesis XII/2017

Sentencia del expediente SUP-RAP-49/2020.

Textos normativos.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley General de Comunicación Social.

Ley Federal de Consulta Popular.

LA FUNCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA DEMOCRACIA

Javier Rascado Pérez¹
Rodrigo Chávez Fierro²

I. Introducción

El lenguaje, como la realidad misma, es cambiante. La significación de los conceptos, especialmente en las Ciencias Sociales, evoluciona con el paso del tiempo. En este sentido, lo que la humanidad ha venido entendiendo como *democracia*, se ha modificado con el paso de los años y de las circunstancias en las que se desenvuelven las personas en su organización política y territorial.

En la actualidad, prácticamente todos los sectores de la vida social de la humanidad se ven influidos por el fenómeno de la globalización. Por lo anterior, las concepciones teóricas desde el Derecho se encuentran en un momento de cambio de paradigma sobre la construcción de su contenido.

La democracia, como forma de gobierno, a pesar de sus limitaciones y posibles complicaciones, nos ha permitido gozar de cierta libertad en la toma de decisiones colectivas. En este sentido:

“Las mujeres y hombres que poblamos el planeta somos muy conscientes de que nuestra opinión cuenta en muy pocas ocasiones; de ahí que la democracia, sistema garante de este mínimo decisorio que nos hace sentirnos libres, haya de ser firmemente custodiada. Nacemos en el seno de una familia sin previa consulta, en un lugar no elegido, en una época quizás no deseada y en unas condiciones no pactadas. Tampoco sabemos con certeza cuándo nos llegará la muerte. Por lo demás, quitarse la vida es quitarse la libertad (Domingo, 2010).

Dentro de los muchos usos que hemos dado al término *democracia*, se le ha atribuido la cualidad de legitimar cualquier acto o decisión que sean tomados por la mayoría de un conjunto de personas. Sin embargo, atendiendo a su significación

¹ Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Querétaro. Perteneciente al Sistema Nacional de Investigadores (SNI). Presidente de la Defensoría de los Derechos Humanos de Querétaro.

² Coordinador del Centro de Estudios sobre Derechos Humanos de Querétaro. Maestro en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por el Instituto Ortega y Gasset y maestro en Derecho Procesal Constitucional por el Centro de Estudios de Actualización en Derecho (CEAD). chavezfierro@gmail.com

original, la democracia tiene que ver con la forma en que se organiza una comunidad, es decir, cómo será su forma de gobernarse.

II. Concepciones sobre la democracia

Para entender la concepción contemporánea de la democracia, es necesario referirnos, brevemente, a sus fuentes, a saber, las primeras concepciones de democracia, las cuales fueron la experiencia republicana y el liberalismo. La primera concepción de la democracia, como sabemos, se construyó en la antigua Grecia, donde se identificaba a ésta con el gobierno del pueblo, concretamente de los ciudadanos. Éstos, reunidos en el *ágora* o la asamblea, eran los que tomaban directamente las decisiones más importantes que atañían a su sociedad. En esta concepción de la democracia, la idea de la representación estaba excluida. Lo anterior quiere decir que aquellos que tenían la potestad de participar en los asuntos públicos lo hacían directamente (Rascado-Pérez y Chávez-Fierro, 2016).

En Grecia, este régimen administraba, prácticamente sin limitación alguna, los asuntos del gobierno. De ella participaban un reducido número de ciudadanos en comparación con el tamaño de la población. Además, su organización constaba de reuniones periódicas para discutir los asuntos de la *polis*.

Junto a la experiencia griega en la parte práctica, debemos de añadir como parte de estas primeras fuentes de la democracia clásica la teoría de Juan Jacobo Rousseau. El autor ginebrino consagra uno de los principios básicos para entender la democracia actual: la soberanía popular. Rousseau sostiene que es el pueblo, integrado en este cuerpo político, el verdadero soberano. Por lo tanto, no podemos hablar de una distinción plena entre gobernantes y gobernados, como se había hecho en la Europa medieval. Aquí vemos cómo se sigue sosteniendo la concepción de democracia directa, como esta forma de organización política en la que el soberano (el pueblo, como hemos visto) ejerce directamente el gobierno.

La segunda de las fuentes de la democracia contemporánea tenemos en el discurso republicano; dentro de sus características, encontraremos la incorporación del sistema representativo. Aquí tendremos que detenernos un instante a analizar los sucesos históricos que configuraron esta idea. Así como la democracia nace en Grecia, la *república* lo hace en Roma. Aunque actualmente podemos equiparar una con la otra, por muchos siglos fueron entendidas como formas de gobierno contrarias. La alianza que sostuvo el Senado en Roma, conformado por la aristocracia de la época, con el pueblo, se tradujo en la derrota de la monarquía que vino a dar nacimiento a la República (Rascado-Pérez y Chávez-Fierro, 2016).

Durante la República en Roma, se observa una forma de gobierno mixta, donde se combinan distintos grupos sociales representados en figuras como los cónsules, el propio Senado y los tribunos. Aunque de poca duración, comparativamente, la República vino a cimentar el camino de la conformación de una concepción de la democracia con pretensiones igualitarias.

Otro momento histórico que viene a configurar la idea republicana es el surgimiento de las ciudades-estado italianas en el siglo XIII. Esta forma de organización política surge por el desafío hacia el poder del Papa y del emperador y constituyó uno de los primeros intentos en contra del absolutismo. Así, se comenzaron a instrumentalizar los cargos públicos electos y la conformación de cámaras para la representación de sus posturas.

La consagración del ideal republicano se plasma en la independencia de los Estados Unidos de América. Los llamados Padres Fundadores, al buscar la separación de una monarquía, adoptaron el sistema de pesos y contrapesos (*checks and balances*) para lograr un equilibrio, dividiendo el poder y buscando una sociedad igualitaria. La amplitud del territorio hacía propicia la organización federal de las competencias de gobierno, así como un sistema de representación política.

El último de los momentos históricos para configurar la idea del republicanismo como fuente de la democracia moderna lo encontramos en los movimientos sufragistas de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, que buscaban la conformación de una democracia más incluyente. Esta lucha por el derecho al voto tuvo varios capítulos. En un inicio se luchó por suprimir los requisitos de propiedad. Más adelante, se eliminó la necesidad de contar con cierto grado de educación. Por último, esta lucha se dio respecto a la adquisición de los derechos políticos de las mujeres y las minorías raciales (Rascado-Pérez y Chávez-Fierro, 2016).

Hoy en día, uno de los retos de la democracia es ampliar la participación política, es decir, reconocer la ciudadanía a una gran cantidad de migrantes que han decidido probar suerte en un Estado distinto al que nacieron. En muchas ocasiones, estas personas ven negado este derecho dada las complejidades de las diversas leyes de nacionalidad de los países.

La tercera fuente de la democracia contemporánea tiene que ver con la tradición liberal, a raíz de las revoluciones inglesa y francesa y las teorías de John Locke y Montesquieu. El modelo liberal busca crear un modelo político donde la seguridad, la libertad y el bienestar de todos los ciudadanos se encuentren garantizados. Esto quiere decir que el liberalismo busca proteger a cada miembro de la comunidad de los otros miembros y a todos respecto de la acción del Estado.

La democracia y el liberalismo buscan impedir la aparición de poderes que sean capaces de anular las libertades de los individuos y garantizar el mayor espacio posible de derechos. En este sentido, puede decirse que la consolidación del concepto de democracia —como el sistema político que permite la participación en la toma de decisiones colectivas a la gran mayoría de pobladores de un país, unido a un respeto de los derechos fundamentales de dichos pobladores—, es un hecho reciente.

Hoy en día, podemos ver en los Estados con un mayor desarrollo democrático, un respeto irrestricto a los derechos fundamentales de las personas que limita el actuar

de la autoridad junto a sistemas de participación colectiva que en algunos casos incluso llegan a retornar al concepto de democracia directa helénica.

El simple proceso electoral para la elección de gobernantes no basta para ser considerado un régimen democrático, ya que el mismo puede estar cargado de irregularidades como financiamientos ilegales, fraudes, manipulaciones y un sinnúmero de artimañas para asegurar la victoria de tal o cual candidato.

Entre varias definiciones que se han dado, la de Norberto Bobbio (1996) es de las que más frecuentemente se citan. Para Bobbio (1996, p. 25), la democracia se caracteriza por un conjunto de reglas (primarias fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos.

Siguiendo a Juan J. Linz (1998), podemos definir la democracia como:

un sistema político para gobernar basado en la libertad legal para formular y proclamar alternativas políticas en una sociedad con las libertades de asociación, de expresión y otras básicas de la persona que hagan posible una competencia libre y no violenta entre líderes, con una revalidación periódica del derecho para gobernar, con la inclusión de todos los cargos políticos efectivos en el proceso democrático y que permita la participación de todos los miembros de la comunidad política, cualquiera que fuesen sus preferencias políticas, siempre que se expresen pacíficamente (p. 226).

También se ha señalado que:

el principio básico del modelo liberal protector de democracias consiste en definir a ésta como un régimen político que permite la protección de cada ciudadano respecto de la acción de otros individuos y de todos ellos respecto a la acción del Estado, con lo que se conseguiría el máximo de libertad para cada uno (Águila, 2009, p. 142).

Habitualmente, cuando hablamos sobre democracia nos centramos más en el proceso electoral para la elección de gobernantes, sin tomar en cuenta la necesidad de un respeto irrestricto de los derechos humanos de los gobernados. No obstante, como menciona Linz (1998):

[N]o hay que olvidar que una de las características fundamentales para que podamos llamar a un sistema político “democrático” es la garantía de las libertades políticas de los ciudadanos, de las libertades básicas de la persona, porque sin ellas no se dan las condiciones para una competencia libre por el poder (p. 228).

Como hemos referido anteriormente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se ha pronunciado en diversas opiniones consultivas sobre la importancia del respeto de los derechos humanos dentro de la concepción de

democracia. En la Opinión Consultiva OC-8/87 destacó que: “la Corte debe subrayar que, dentro de los principios que informan el sistema interamericano, la suspensión de garantías no puede desvincularse del ‘ejercicio efectivo de la democracia representativa’ a que alude el artículo 3 de la Carta de la OEA. Esta observación es especialmente válida en el contexto de la Convención, cuyo Preámbulo reafirma el propósito de ‘consolidar en este Continente, dentro del cuadro de las instituciones democráticas, un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en el respeto de los derechos esenciales del hombre’.” (1987, p. 7).

La misma Corte IDH, a fin de reiterar que el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el Estado de Derecho son inseparables, indicó que en cualquier sociedad democrática los derechos y libertades de las personas, así como sus garantías y el propio Estado de Derecho, se definen y adquieren sentido en función de los otros (Opinión Consultiva OC-9/87, p. 10).

III. La naturaleza de los derechos humanos

Los derechos humanos los podemos pensar como derechos naturales, morales o positivos (Serrano y Vázquez, 2011, p. 15). Los derechos humanos, como derechos naturales, tienen su origen en el liberalismo y su forma de pensar la libertad como la propiedad de uno mismo. Esta concepción se opone a los postulados del absolutismo que consideraban como propiedad del Rey todo lo que estuviera dentro de su territorio, incluidas las cosas y las personas. Sin embargo, este aproximamiento a la naturaleza de los derechos humanos carece de una protección efectiva que le brindaría su positivización en el marco jurídico de un Estado. En ese sentido, podrían existir derechos naturales que no estuvieran reconocidos por el ordenamiento legal. Aunado a lo anterior, dicha concepción presenta la dificultad de la definición del concepto de *naturaleza humana* y el correspondiente listado de derechos que la integran.

La segunda postura entiende a los derechos humanos como derechos morales. Busca ofrecer una concepción que no se sustente en elementos imanes de la persona, sino en la construcción de diálogos razonables y acuerdos reflexivos sobre la naturaleza de los derechos humanos. Éstos se basan en principios y valores compartidos y no en el individuo como un ente aislado. No obstante, nuevamente nos encontramos con la problemática de la carencia de institucionalidad. Por más que existan acuerdos por parte de una sociedad en considerar un valor como derecho humano, sin un correspondiente reconocimiento, no podrá ser exigible a la autoridad para su cumplimiento.

Por ello, es que la solución parece entender a los derechos humanos como derechos positivos, es decir, como aquellas exigencias y valores que ingresan al sistema jurídico positivo y quedarán fuertemente fundamentados. De ese modo, se centra la cuestión en cómo se garantizan efectivamente. La problemática con esta cuestión es la facilidad con la que pueden ser cambiadas las normas en las que se

reconocen dichos derechos, ya sea por modificación constitucional, denuncia de un tratado o cambio en la conformación de los órganos judiciales.

En este sentido cabe hacer mención a las reflexiones de Eugenio Bulygin (1987) cuando indica que:

los derechos humanos no son algo dado, sino una exigencia o pretensión. Recién con su «positivización» por la legislación o la constitución, los derechos humanos se convierten en algo tangible, en una especie de realidad, aun cuando esa «realidad» sea jurídica (p. 83).

Bulygin (1987) reconoce, al igual que Serrano y Vázquez (2011), que se podría reprochar a esta concepción de los derechos humanos que los priva de cimientos sólidos y los deja al capricho del legislador positivo; a lo cual contesta el propio Bulygin (1987) que: “si se quiere que los derechos humanos tengan vigencia efectiva hay que lograr que el legislador positivo los asegure a través de las disposiciones constitucionales correspondientes y que los hombres respeten efectivamente la constitución” (p. 84).

Así, Bulygin (1987) concluye que:

[L]a fundamentación de los derechos humanos en el derecho natural o en una moral absoluta no sólo es teóricamente poco convincente, sino políticamente sospechosa, pues una fundamentación de este tipo tiende a crear una falsa sensación de seguridad: si los derechos humanos tienen una base tan firme, no hace falta preocuparse mayormente por su suerte, ya que ellos no pueden ser aniquilados por el hombre. Para la concepción positivista, en cambio, los derechos humanos son una muy frágil, pero no por ello menos valiosa conquista del hombre, a la que hay que cuidar con especial esmero, si no se quiere que esa conquista se pierda, como tantas otras (p. 84).

IV. El caso Gelman como eje de la discusión

La democracia, como muchos términos en el léxico jurídico y político, es un vocablo equívoco; es decir, admite diversos significados. Podemos identificar en la discusión sobre la *sentencia en comento* cuando menos dos formas de entender la democracia: la *democracia sustantiva* y la *democracia deliberativa*.

Como partidarios de la democracia sustantiva destacan Ferrajoli, para quien los derechos humanos entran en la esfera de lo no decidible (2013, p. 775); Ernesto Garzón Valdés, quien entiende a los derechos humanos como un coto vedado a las mayorías (1990; 2009), o Norberto Bobbio, quien los entiende como parte del territorio inviolable (2003, pp. 478 y 479). Por otro lado, destaca Roberto Gargarella como un exponente de la democracia deliberativa (2021, p. 321), para quien los derechos humanos no pueden estar ajenos al debate público y son, por el contrario, el objeto de la discusión.

El debate sobre el papel que deben jugar los derechos humanos en los regímenes democráticos tuvo un episodio destacado a raíz de la sentencia del caso Gelman vs. Uruguay de la Corte IDH (2011). El caso tiene que ver con la desaparición forzada de María Claudia García de Gelman, quien fue detenida en Buenos Aires en 1976 en el contexto de la Operación Cóndor, mientras se encontraba en avanzado estado de embarazo y, posteriormente, trasladada a Uruguay donde dio a luz a una hija que fue entregada a una familia uruguaya.

En Uruguay se instauró una dictadura militar entre 1973 y 1985 donde se implementaron formas cotidianas de vigilancia y control de la sociedad en represión de organizaciones políticas de izquierda. En diciembre de 1986, reinstaurada la democracia en Uruguay, se aprobó la Ley de Caducidad que, con el objeto de concluir la transición hacia la plena vigencia del orden constitucional, caducaba el ejercicio de la pretensión punitiva del Estado respecto de los delitos cometidos hasta el 1 de marzo de 1985 por funcionarios militares y policiales en Uruguay.

Diversas víctimas plantearon la inconstitucionalidad de la norma, la cual fue declarada válida por la Suprema Corte de Justicia de aquel país. Las víctimas lograron la organización de un referéndum en 1989 en contra de la ley al haber obtenido más del 25 % de los electores. No obstante, en el resultado de la votación solo el 42.4 % de los votantes se pronunció por la inconstitucionalidad de la norma.

En octubre de 2009, nuevamente las víctimas, por medio del mecanismo de la iniciativa popular que requería el apoyo de más de 250,000 firmas, lograron la celebración de un plebiscito para que se introdujera en la Constitución uruguaya una disposición que declarara nula la Ley de Caducidad. Dicha propuesta, sólo alcanzó el 47.7 % de los votos emitidos, por lo que no fue aprobada.

El caso fue llevado por las víctimas a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en su sentencia de fondo del 24 de febrero de 2011 declaró la inconveniencia de la Ley de Caducidad. En sus argumentos, la Corte IDH señaló que el hecho de que la Ley de Caducidad haya sido aprobada en un régimen democrático y aún ratificada o respaldada por la ciudadanía en dos ocasiones, no le concede, automáticamente ni por sí sola, legitimidad ante el Derecho Internacional.

En la sentencia correspondiente al caso Gelman, la Corte IDH (2011) tomó en su argumentación una postura hacia la democracia sustantiva al señalar que:

la protección de los derechos humanos constituye un límite infranqueable a la regla de mayorías, es decir, a la esfera de lo ‘susceptible de ser decidido’ por parte de las mayorías en instancias democráticas, en las cuales también debe primar un ‘control de convencionalidad’, que es función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial (párrafo 239).

Como parte de sus medidas de reparación, el Tribunal Interamericano señaló que la Ley de Caducidad carece de efectos por su incompatibilidad con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), en cuanto puede impedir la investigación y eventual sanción de los responsables de graves violaciones de derechos humanos. En este sentido, el Estado deberá asegurar que aquélla no vuelva a representar un obstáculo para la investigación de los hechos del caso.

La sentencia del caso Gelman ha sido criticada por Roberto Gargarella (2013), quien señala, por un lado, que la Corte IDH tuvo que haber diferenciado entre el proceso de amnistía uruguayo. Éste fue aprobado por un gobierno democrático y respaldado en dos ocasiones por la ciudadanía. No obstante, considera que fue colocado en el mismo cajón que los ejercicios de autoamnistía aprobados por dictadores previo a abandonar el poder, los cuales carecen de cualquier legitimidad democrática.

Gargarella (2013) también critica que la falta de confianza en los procesos democráticos y la aparente necesidad de controles contra-mayoritarios frente al poder democrático. Este tipo de supuestos relacionados con la irracionalidad propia de las mayorías y la necesidad (consiguiente) del control judicial, señala Gargarella (2013), parecen ser los que han hecho posible que ciertos tribunales afirmen que las cuestiones de derechos deben ser de competencia exclusiva del Poder Judicial; o que consideren básicamente irrelevante que una amnistía haya sido “aprobada por un régimen democrático y aún ratificada por la ciudadanía en dos ocasiones” (Gargarella, 2013); o que califiquen a la decisión del Congreso uruguayo primero, al referéndum luego, y al plebiscito más tarde, como expresiones meramente “formales,” completamente carentes de importancia a la hora de evaluar la validez de la ley.

Gargarella (2013) concluye que la Corte IDH perdió una gran oportunidad para contribuir al debate colectivo internacional en torno a temas de primera trascendencia, como los referidos a la democracia y la legitimidad de las decisiones que resultan del debate público. Toda comunidad, indica el profesor argentino, tiene el derecho de autodeterminarse y de definir los principios fundamentales que van a organizar a sus instituciones básicas. Ello, como resultado de asumir que, dentro de esa comunidad, ninguna autoridad resulta superior a la voluntad deliberada de sus propios miembros.

El procedimiento democrático deliberativo es el único que cuenta con los presupuestos epistémicos adecuados para la toma de decisiones colectivas imparciales.

El proceso deliberativo ideal, según Alterio (2021) tiene las siguientes características:

- es una conversación abierta sobre los asuntos públicos fundamentales;
- **incluye la participación de todos los posibles afectados por la decisión;**

- es genuinamente deliberativo, es decir, que los participantes intercambian y discuten sus puntos de vista, son sensibles a las ideas de otros y están motivados a cambiar las opiniones propias siempre que reconozcan un mejor argumento;
- es igualitario, y
- finaliza cuando se llega a un acuerdo unánime entre todos los participantes.

Pero es en este segundo elemento, el relativo a la participación de todos los posibles afectados por la decisión, donde podemos encontrar una crítica a la postura de Gargarella (2013). Determinar qué personas tienen un reclamo legítimo de ser incluidas en el *demos* es uno de los problemas más difíciles que enfrenta la teoría democrática.

Como indica Micaela Alterio (2021), habría que asumir como equivalentes las nociones “todas las personas posiblemente afectadas por la decisión” y “la ciudadanía uruguaya”, cosa que parece injustificada. Tenemos algunos elementos claros para negar tal equiparación. Los hechos comprendidos por la amnistía no tuvieron una ejecución territorialmente circunscrita al Estado uruguayo. Si aceptamos este punto de vista, las decisiones uruguayas de validar la Ley de Caducidad fueron sobre-inclusivas respecto del resto de la sociedad y sub-inclusivas respecto de víctimas y victimarios no nacionales.

El problema con las minorías perjudicadas por las decisiones ya no es sólo que, con un funcionamiento adecuado de los procesos democráticos, éstas no logran hacer valer sus intereses por una cuestión numérica, sino que el *demos* es sobre-inclusivo y, por tanto, da el poder de decisión sobre un tema determinado a personas (la mayoría) que no se verán afectadas (al menos en igual medida) por la misma. Aquí la función de los tribunales es dar voz al grupo especialmente afectado y eliminar como justificación determinante de la decisión el mero peso de los números, con el fin de equilibrar la disputa a favor de una basada en argumentos.

Si se toma como ejemplo este caso, podemos identificar que, según la concepción de la democracia en la cual se adscriba, la función que tienen los derechos humanos en la misma será diferente; o bien, como un coto vedado a las reglas mayoritarias o precisamente como el objeto de la discusión que esas mayorías deben tener.

V. Sobre el control de convencionalidad

El caso Gelman también ha dado lugar para que se realice una reflexión importante respecto a una herramienta jurídica de gran valía como es el control de convencionalidad. Cabe aclarar que dichas deliberaciones fueron realizadas por la Corte IDH (2013) en la primera de las resoluciones sobre supervisión de cumplimiento de la sentencia de fondo del caso.

El tribunal interamericano define al control de convencionalidad como una institución a la que se recurre para la aplicación del derecho internacional, en concreto el de los derechos humanos conformado en parte por la CADH y su jurisprudencia.

Para el tribunal de San José, cuando un Estado ratifica la Convención Americana, todos sus órganos se encuentran sometidos al tratado, lo cual les obliga a velar que las disposiciones contenidas en el mismo y sus efectos no sean vulneradas por la aplicación de normas contrarias con el objeto y fin del tratado. Por lo anterior, las decisiones judiciales o administrativas no deben hacer ilusorio el cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

En palabras de la Corte IDH: “todas las autoridades estatales están en la obligación de ejercer *ex officio* un ‘control de convencionalidad’ entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (supervisión de cumplimiento de sentencia, 2013, párrafo 66). Acto seguido, aclara el tribunal que en esta tarea las autoridades no deben tener únicamente en cuenta el contenido de la CADH, sino también la interpretación que de la misma ha realizado la Corte IDH al ser el intérprete último de la CADH.

En la resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia relativa al Caso Gelman (2013), la Corte IDH identifica dos manifestaciones diferentes de la obligación de los Estados de ejercer el control de convencionalidad. Esto depende de si el Estado fue parte o no en la sentencia respectiva. Lo anterior se deriva al grado de vinculación que la norma internacional interpretada adquiere si el Estado es parte material o no de la controversia internacional.

Al dictarse una sentencia por la Corte IDH y adquirir el carácter de cosa juzgada en relación con un Estado, parte en la controversia sometida a la jurisdicción de la Corte, todas las autoridades, jueces incluidos, se encuentran sometidas al tratado y a la sentencia dictada. Ésta les obliga a velar para que los efectos de las disposiciones del Pacto de San José y las decisiones del tribunal interamericano no se vean afectados por aplicarse normas contrarias con el objeto y fin del tratado o por resoluciones administrativas que pudieran volver ilusorio el cumplimiento de la sentencia.

Por lo que ve al control de convencionalidad respecto de Estados que no han sido parte en la controversia internacional en que se estableció una jurisprudencia determinada, recuerda la Corte IDH que por el sólo hecho de haber ratificado la CADH todas las autoridades públicas están obligadas por el tratado. Motivo por el cual:

deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y

resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana (supervisión de cumplimiento de sentencia, 2013, párrafo 69).

La Corte IDH utilizó esta resolución de supervisión para precisar que el control de convencionalidad tiene relación cercana con el principio de complementariedad, según el cual la responsabilidad internacional por el incumplimiento de la CADH sólo puede ser exigida a nivel internacional cuando el Estado haya tenido la oportunidad de identificar la violación y reparar el daño ocasionado por sus propios mecanismos. El principio de complementariedad, también conocido como de subsidiariedad, forma parte transversal del sistema interamericano de protección de derechos humano y reconoce que el Estado es el principal garante de los derechos humanos de sus gobernados. De ese modo, si ocurre una violación de los mismos, es el propio Estado el que tiene la obligación de resolver el asunto en sede interna y reparar íntegramente la violación. Esto significa que, como consecuencia de la eficacia jurídica de la CADH, se ha generado un control dinámico de las obligaciones internacionales de respetar y garantizar los derechos humanos de forma complementaria entre autoridades nacionales e instancias internacionales, cuestión que origina que los criterios de decisión puedan ser adecuados entre sí. Muestra de lo anterior es que en la jurisprudencia del tribunal interamericano ha sido retomados argumentos elaborados en tribunales nacionales para establecer violaciones a la CADH en casos específicos. De igual forma, esos mismos tribunales nacionales han adoptado medidas para reestablecer la situación que dio origen a los casos, al establecer las violaciones de las obligaciones del Estado y ordenar reparaciones razonables que ejerzan un adecuado control de convencionalidad.

Es por ello que se indica, por la Corte IDH, que el control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad de los Estados que han ratificado la CADH. Los cuales, siempre en el marco de sus respectivas competencias, deberán controlar que los derechos humanos de sus gobernados sean respetados y garantizados. De esta forma:

adquiere sentido el mecanismo convencional, el cual obliga a todos los jueces y órganos judiciales a prevenir potenciales violaciones a derechos humanos, las cuales deben solucionarse a nivel interno teniendo en cuenta las interpretaciones de la Corte Interamericana y, solo en caso contrario, pueden ser considerados por ésta, en cuyo supuesto ejercerá un control complementario de convencionalidad (supervisión de cumplimiento de sentencia, 2013, párrafo 72).

El control de convencionalidad cobra mayor relevancia cuando existe una cosa juzgada internacional, sobre todo cuando en el cumplimiento e implementación de la sentencia de la Corte IDH queda a cargo de los jueces nacionales del Estado condenado. Aquí recuerda el tribunal interamericano que los órganos judiciales

tienen la función de hacer prevalecer la CADH y sus interpretaciones sobre la normatividad nacional que obstruya el cumplimiento de lo establecido en la sentencia. Esto derivado del compromiso que adquirieron los Estados al formar parte de la Convención Americana de cumplir con sus obligaciones internacionales. Así ha sido establecido por los tribunales constitucionales de varios países de la región quienes han reiterado el carácter vinculante de las sentencias de la Corte IDH y han aplicado el control de convencionalidad teniendo en cuenta interpretaciones efectuadas por la misma.

VI. Conclusiones

Es claro poder afirmar que el Derecho es lenguaje y que las normas jurídicas sólo pueden ser expresadas por medio del mismo; es decir, palabras ordenadas según determinadas reglas mediante las que se transmiten contenidos significativos. Sin embargo, el lenguaje sirve para expresar muchas cosas, no solamente normas jurídicas. Lo anterior supone diversos retos para la aplicación del Derecho, donde no solamente existen normas, sino también principios, lo cual origina una diversidad de respuestas ante un mismo caso; además de las complicaciones propias de la anfibología del lenguaje.

Resolver una controversia mediante los principios que pueden ser los ideales democráticos y, sin duda, los derechos humanos, presupone que el juez pueda resolver el caso con la consideración de diversas posibilidades tanto fácticas como jurídicas. Pretender que en el lenguaje jurídico cada palabra tenga un único significado es ingenuo e irreal. No basta acudir a un diccionario para entender el significado de una norma. Por ello, en la argumentación que se realice debe expresarse desde qué óptica se abordará un concepto para sostener la conclusión a la que se pretende llegar. Ahí reside la importancia de establecer las concepciones de los términos democracia o derechos humanos cuando se entrelazan en una sentencia como el caso Gelman.

Además de todas estas complicaciones que podemos advertir en el uso del lenguaje jurídico, no debemos perder de vista que la finalidad de la función judicial es la justicia. Problema que no se aborda, pero que nuevamente debemos reconocer que dependiendo del tipo de justicia desde la que se hable el resultado de la argumentación puede ser muy distinto.

Es cierto que pudo haberse dado una mejor argumentación por parte de la Corte Interamericana en el caso Gelman, lo cual no se discute. La pregunta de si el resultado al que se llegó era el incorrecto parece que seguirá generando debate y polémica en la comunidad jurídica.

VII. Bibliografía

- Alterio, A. M. (mayo-agosto de 2021). La inclusión en la teoría de la democracia de Roberto Gargarella. Preguntas sobre el principio de participación de todas las posibles afectadas en el caso Gelman vs. Uruguay. *Revista Derecho del Estado*, (49), 111-130. <https://doi.org/10.18601/01229893.n49.07>
- Bobbio, N. (1996). *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. Trotta.
- Bulygin, E. (1987). Sobre el status ontológico de los derechos humanos. *Doxa*, (4), 79-84. <https://doi.org/10.14198/DOXA1987.4.05>
- Del Águila, R. (Ed.). (2009). *Manual de Ciencia Política*. Trotta.
- Domingo Oslé, R. (2010, 10 de mayo). El gobierno de la humanidad. *El Mundo*.
- Ferrajoli, L. (2013). *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia. 1. Teoría del derecho*. Trotta.
- Gargarella, R. (2021). *El derecho como una conversación entre iguales*. Siglo XXI.
- Gargarella, R. (2015). Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman. *Sela Papers*, (125), 1-22.
- Garzón Valdés, E. (1990). Consenso, racionalidad y legitimidad. *Isegoría*, (2), 13-28. <https://doi.org/10.3989/isegoria.1990.i2.388>
- Garzón Valdés, E. (2009). Dignidad, derechos humanos y democracia. *Revista de derecho penal: consecuencias jurídicas del delito – I*, (1), 13-33.
- Linz, J. J., Los problemas de las democracias y la diversidad de democracias, en Del Águila, R., Vallespín, F. y otros (1998). *La democracia en sus textos*. Alianza.
- Rascado Pérez, J. y Chávez Fierro, R. (2016). Democracia, globalización y cosmopolitismo. *THEMIS Revista de Derecho*, (70), 263-278.
- Sauca Cano, J. M. (2021). Deliberación, deferencia y Corte Interamericana de Derechos Humanos. El caso Gelman vs Uruguay. *Araucaria. Revista Iberoamericana de Filosofía, Política, Humanidades y Relaciones Internacionales*, 23(46), 529-551. <https://doi.org/10.12795/araucaria.2021.i46.26>
- Serrano, S. y Vázquez, L. D. (2011). *Fundamentos teóricos de los derechos humanos*. Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Jurisprudencia

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987, 30 de enero). Opinión Consultiva OC-8/87.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_08_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (1987, 6 de octubre). Opinión Consultiva OC-9/87.
https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_09_esp.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011, 24 de febrero). Caso Gelman vs. Uruguay. Sentencia de Fondo y Reparaciones.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_221_esp1.pdf
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2013, 20 de marzo). Resolución sobre supervisión de cumplimiento de sentencia relativa al Caso Gelman vs. Uruguay.
https://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/gelman_20_03_13.pdf

