UDEM
UNIVERSIDAD DE MONTERREY

RIDP REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO

Año 2,
Volúmen 01,
Número 02,
Enero-Junio 2022

Coordinador del Número:
Dr. Miguel de Jesús Neria Govea
Universidad Autónoma de Baja California

Monográfico: Activismo Judicial

ridp.udem.edu

ISSN: 2954-3924

Foto: www.scjn.gob.mx

RIDP

Revista Internacional de Derecho Público

RIDP Revista Internacional de Derecho Público, Año 2022, Vol. 1, No. 2, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral, editada por la Universidad de Monterrey, a través del Departamento de Derecho. Av. Ignacio Morones Prieto 4500 Pte. 66238, Col. Jesús M. Garza, San Pedro Garza García, Nuevo León, México. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo número 04-2022-012811102300-102, ISSN 2954-3924, aquella otorgada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Alonso Cavazos Guajardo Solís. Coordinador del Número: Dr. Miguel de Jesús Neria Govea, Universidad Autónoma de Baja California. Fecha de última modificación: enero de 2022. Diseño y maquetación: Fidel Antonio Romero Alvarez, fidelromeromx@gmail.com - Movedesign.com. Foto portada: Ekaterina Bolovtsova, www.pexels.com.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan necesariamente la postura de la UDEM.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la UDEM.

UDEM

UNIVERSIDAD DE MONTERREY

EQUIPO EDITORIAL

Directores

- Dr. Alonso Cavazos Guajardo Solís / Universidad de Monterrey
- Dr. Michael G. Núñez Torres / Universidad Autónoma de Nuevo León

Comité Científico Internacional

- Dr. Allan R. Brewer-Carías, Venezolana, Columbia Law School
- Dra. Ángela Figueruelo Burrieza, Española, Universidad de Salamanca
- Dr. Christian Donayre Montesinos, Peruana, Universidad San Ignacio de Loyola
- Dr. Diego Moreno Rodríguez-Alcalá, Paraguaya, Universidad Católica de Asunción
- Dr. Eduardo Gaona Domínguez, Mexicana, Universidad de Monterrey
- Dr. Gilles Guglielmi, Francesa, París II
- Dra. Giorgia Pavani, Italiana, Universidad de Bologna
- Dr. Giuseppe Piperata, Italiana, Universidad de Venecia
- Dr. Guillaume Tusseau, Francesa , SciencesPo
- Dra. Ivette Cardona Amaya, Salvadoreña, Universidad Centroamericana "José Simeón Cañas"
- Dr. Jean Claude Martínez, Francesa, Universidad París II
- Dr. Jorge L. Rosell Senhenn, Venezolana, Instituto de Estudios Jurídicos Ricardo Hernández Álvarez
- Dra. Katerine Hernández Tirado, Colombiana, Universidad Pontificia Bolivariana
- Dr. Lucio Pegoraro, Italiana, Universidad de Bologna
- Dr. Luis-Miguel, Gutiérrez Ramírez, Colombiana, París II
- Dr. Manuel Alcántara Sáez, Española, Universidad de Salamanca
- Dra. María Solagne Maqueo, Mexicana, Centro de Investigación y Docencia
- Dra. María Carlota Ucín, Argentina, UNLP y Universidad de Palermo
- Dra. María Mercedes Iglesias Bárez, Española, Universidad de Salamanca
- Dr. Mario Alberto Garza Castillo, Mexicana, Universidad Autónoma de Nuevo León
- Dr. Michelle Carducci, Italiana, Universidad de Salento
- Dr. Miguel Ángel Torrealba Sánchez, Venezolana, Universidad Monteávila y Universidad Central de Venezuela
- Dr. Miguel Ángel Eraña Sánchez, Mexicana, Universidad Iberoamericana
- Dr. Miguel de Jesús Neria Govea, Mexicana, Universidad Autónoma de Baja California
- Dra. Pamela Julianna Aguirre Castro, Ecuatoriana, Universidad Andina Simón Bolívar y Universidad de Especialidades Espíritu Santo
- Dr. Pedro Rubén Torres Estrada, Mexicana, ITESM
- Dr. Rafael Estrada Michel, Mexicana, Facultad Libre de Derecho
- Dra. Rosely Aparecida Stefanes Pacheco, Brasileña,
- Dra. Silvia Bagni Italiana, Universidad de Bologna
- Dr. Víctor Rafael Hernández Mendible, Venezolana, Universidad del Rosario
- Dra. Pamela Alejandra Cacciavillani, Argentina, Universidad de Monterrey
- Dra. Carolina González Pineda, El Salvador, Universidad de Monterrey
- Dra. María Magdalena Bas Vilizzio, Uruguay, UDEM- UDELAR

SUMARIO

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP
Revista Internacional de Derecho Público

Sección I. Teoría del derecho público mexicano

Artículos que aborden tópicos relevantes del Derecho público en general o del Derecho público mexicano

Pág.

9 **Hacia una teoría intrasistémica del activismo judicial**
/ Sebastián REYES MOLINA

21 **El activismo judicial en las sentencias para legalizar la marihuana en México**
/ Sergio Gilberto CAPITO MATA y Luz Anaí MEJÍA HERNÁNDEZ

51 **La judicialización de los procesos electorales en México**
/ Eduardo GAONA-DOMÍNGUEZ y María José GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ

71 **Tutela efectiva de la garantía al debido proceso en el estado constitucional mexicano de 1917**
/ José Luis LEAL ESPINOZA

85 **¿Es constitucional el bloqueo de cuentas de la UIF?, interpretación jurisdiccional**
/ Arturo CENTENO VALENCIA

Sección II. Derecho público comparado y/o extranjero

Artículos cuya metodología principal sea la comparación, así como aquellos que analicen aspectos específicos del Derecho público de un país ajeno a los Estados Unidos Mexicanos

115 **La revocatoria del nombramiento de los empleados públicos en Colombia: una crítica a la jurisprudencia vigente del consejo de estado**
/ Víctor Julián MORENO MOSQUERA, Lady Juliana GUEVARA FLÓREZ y María Alejandra RESTREPO ESCOBAR

141 **Responsabilidad del estado y conflicto armado interno: un análisis a partir de la corte constitucional de Colombia**
/ Andrés Felipe RONCANCIO, Henry RONCANCIO G y Mariana RESTREPO

161 **La judicialización de la política en el sistema democrático colombiano, frente a la pasividad del legislativo**
/ Indy Paola NAZIR LLENERIS

181 **Los sujetos de especial protección constitucional: entre titularidad de derechos fundamentales y garantias**
/ Hernel Jhuleicer PEREA BONILLA y Juan David ESCOBAR CUELLAR

Sección III. Investigación Udem

Artículos, tesis o productos de evaluación final (íntegros o extractos) desarrollados por el alumnado de la Universidad de Monterrey, especialmente del posgrado, a condición de que se relacionen con el Derecho público

209 **La ampliación de la procedencia del recurso de reconsideración electoral sustentada en jurisprudencia como consolidación del activismo judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación**
/ Juan Antonio PALOMARES LEAL

TEORÍA DEL DERECHO PÚBLICO MEXICANO

HACIA UNA TEORÍA INTRASISTÉMICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

TOWARDS AN INTRA-SYSTEM THEORY OF JUDICIAL ACTIVISM

Fecha de recepción: 15 de febrero de 2020 | Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

Sebastián REYES MOLINA*

Resumen
En este artículo presento las bases para una teoría intrasistémica del activismo judicial. El postulado central de esta teoría sostiene que el activismo judicial puede ser explicado por la combinación de elementos estructurales de los sistemas jurídicos tales como sus propiedades formales o lógicas y los códigos interpretativos que contienen más de una directiva interpretativa. Bajo esta tesis, el juez activista pueda revestir su decisión con una cuota de legalidad en el sentido de que, a pesar de que la decisión es un reflejo de sus preferencias, se encuentra fundamentada en disposiciones normativas.

Palabras clave: activismo judicial – indeterminación jurídica – adjudicación – discrecionalidad judicial – interpretación del derecho – códigos interpretativos

Abstract
In this paper, I advance the basis for an intrasystemic thesis of judicial activism. This thesis claims that judicial activism can be explained by resorting to a combination of structural elements of legal systems such as their formal properties and the interpretative codes contained in them. Under this approach, the activist judge can base her decision on legal grounds albeit it is the result of the exercise of her axiological preferences.

Keywords: judicial activism – legal indeterminacy – adjudication – judicial discretion – legal interpretation – interpretative codes

* Profesor del Departamento de Filosofía de Uppsala Universitet. sebastian.reyes@filosofi.uu.se

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

RIDP

SUMARIO: *I. Introducción. II. Tesis extrasistémica del activismo judicial. III. Códigos interpretativos. IV. Cláusula de no-redundancia y ausencia de meta-disposiciones sintácticas. V. Tesis intrasistémica del activismo judicial. VI. Conclusión. VII. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los teóricos del derecho generalmente explican el activismo judicial desde un punto de vista *extrasistémico*. Llamo *tesis extrasistémica del activismo judicial* a aquélla que sostiene que el activismo judicial puede ser explicado como una decisión judicial no limitada por las disposiciones contenidas en un sistema jurídico. Ya sea porque los jueces basan sus decisiones en sus preferencias axiológicas - factores morales, políticos, económicos - o porque la indeterminación de los lenguajes naturales permite espacios para el ejercicio de discreción, las decisiones producto del activismo judicial suponen un escape a la aplicación de las disposiciones contenidas en el sistema jurídico para la resolución del litigio.[1]

En este artículo quiero explorar la posibilidad de explicar el activismo judicial desde una perspectiva *intrasistémica.* Llamo *tesis intrasistémica del activismo judicial* a aquélla que sostiene que el activismo judicial puede ser explicado por la combinación de dos factores estructurales de los sistemas jurídicos, 1) la cláusula de no-redundancia y 2) los códigos interpretativos que contienen más de una directiva interpretativa. Esta combinación se expresa de la siguiente manera: en la medida en que la cláusula de no-redundancia no permite la existencia tanto de disposiciones ni normas redundantes, esto es, disposiciones o normas que ofrezcan la misma solución interpretativa a un caso, cada disposición o norma *necesariamente* ofrece una solución interpretativa distinta.[2] Si esto se aplica a los códigos interpretativos, para el caso de que éstos tengan más de una directriz interpretativa, cada directriz interpretativa *necesariamente* ofrecerá una solución interpretativa distinta a otra directriz. A *contrario sensu,* si dos o más directivas interpretativas ofrecen el mismo resultado, éstas serían redundantes y todas menos una deben ser eliminadas.[3]

1 Ver, Richard A. Posner, *The Meaning of Judicial Self-Restraint*, 1 Indiana Law Journal, 1-24 (1983) HTTPS://WWW.REPOSITORY.LAW.INDIANA.EDU/ILJ/VOL59/ISS1/1; Alí Lozada, *Activismo judicial y derechos sociales: Un enfoque postpositivista*, 41 DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 212-214 (2018). https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11; Jesús Vega López, *Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial*, 41 DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 125 (2018). HTTPS://DOI.ORG/10.14198/DOXA2018.41.07; entre otros.

2 Sebastián Reyes Molina, *Judicial Discretion as the Result of Systemic Indeterminacy*, 2 Canadian Journal of Law and Jurisprudence, (2020) https://doi.org/10.1017/cjlj.2020.7.

3 Sebastián Reyes Molina, *On Legal Interpretation & Second-Order Proof Rules*, 1 Analisi e diritto,

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

En este punto es útil introducir la distinción disposición/norma. Un documento normativo[4] es un conjunto de enunciados del discurso prescriptivo.[5] El discurso prescriptivo contenido en un documento normativo es lo que se conoce como disposición normativa. Por otro lado, la norma es el significado atribuido por el intérprete a una disposición, o a un fragmento de una disposición, o una combinación de disposiciones o una combinación de fragmentos de disposiciones, la cual es aplicada en el caso concreto con el fin de provocar determinadas consecuencias jurídicas.[6] Si bien la disposición normativa y la norma están unidas por la actividad del intérprete,[7] la tarea interpretativa presupone, de forma general, un reconocimiento previo de todos o al menos la mayoría de los significados posibles que pueden ser adscritos a una disposición normativa.[8] En este sentido, entiendo por interpretación jurídica la adscripción de significado -norma- a una disposición basado en el uso de directrices interpretativa contenidas en el código interpretativo.[9] La distinción disposición/norma es útil para clarificar que las normas adscritas a las disposiciones, debido a la interdicción de redundancia normativa, han de ser necesariamente distintas unas de otras.

Frente a una pluralidad de soluciones interpretativas, la intérprete debe escoger la alternativa interpretativa que más se acomode a sus criterios. Ahora bien, en la medida en que las directrices interpretativas no están reguladas por meta-directrices interpretativas que establezcan jerarquías entre ellas, la elección de una directriz por sobre otra es discrecional. En este sentido, el postulado central de la tesis intrasistémica sostiene que el activismo judicial puede ser entendido como el uso de meta-reglas de origen no-jurídico en la elección de la directriz interpretativa que va a servir como base para la interpretación de la formulación normativa aplicable al caso.

Estas meta-reglas reflejan las preferencias axiológicas de los jueces que servirán para basar la interpretación de las disposiciones pertinentes para la resolución de la controversia. Interpretación que, si bien es el resultado de

165-184 (2017).

4 Aquél enunciado de las fuentes formales del derecho con pretensión de obligatoriedad y validez democrática.

5 El discurso prescriptivo es aquel utilizado con la finalidad (o pretensión de) modificar los comportamientos de las personas.

6 Riccardo Guastini, *Introducción* a Disposición vs. Norma,136 (Rafael Escudero y Susanna Pozzolo, eds., Palestra Editores, 2011).

7 Con la voz intérprete me refiero a todos aquéllos a quienes se encuentran facultados para realizar, en términos de Kelsen, la "interpretación auténtica": la que puede provocar efectos jurídicos (la generalidad de los sistemas conceden estas facultades a los tribunales de justicia). Sobre la teoría de la interpretación de Kelsen ver: Álvaro Núñez, *Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho*, 2 Ius et Praxis, 415-442 (2014). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200012.

8 En este sentido una disposición normativa tiene, por regla general, más de un significado posible. No existe una correspondencia biunívoca entre disposición y norma. A una disposición pueden adscribírseles varios significados (*i.e.*, normas). Ver: Riccardo Guastini, *op. cit.*, nota 6, 14

9 Sebastián Reyes Molina, Interpretación jurídica y Legal Craft, en, vol. 2 L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini, 270 (Pierluigi Chiassoni *et al*. eds., Marcial Pons, 2019).

preferencias axiológicas, es apoyada por razones de origen legal, i.e., directrices interpretativas.

En este artículo solamente me limito a presentar los lineamientos generales de las tesis extra e intrasistémicas, sin pronunciarme sobre las posibles relaciones que puedan existir entre éstas.

Este artículo se estructura de la siguiente manera: en §2 presento la tesis extrasistémica, concentrándome en el aspecto discrecional adscrito a las decisiones resultantes del activismo; en §3 me refiero a los códigos interpretativos; en §4 desarrollo la relación entre los sistemas jurídicos y la cláusula de no redundancia; en §5 desarrollo la tesis intrasistémica del activismo judicial; en §6 presento las conclusiones de este trabajo.

II. TESIS EXTRASISTÉMICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En esta sección presentaré los lineamientos generales de la tesis extrasistémica del activismo judicial. Por 'extrasistémico' me refiero a que las razones que apoyan las decisiones judiciales son de origen no legal. A estas consideraciones de origen no legal les llamo 'preferencias axiológicas' y engloban razones morales, políticas, religiosas, económicas, entre otras. Como el lector notará, no es mi intención definir 'activismo judicial' ni favorecer una u otra definición de este fenómeno.[10] Tampoco es mi intención pronunciarme sobre el estatus normativo del activismo judicial o su justificación (o falta de).[11] Por último, no avanzo metodologías para identificar qué decisiones pueden ser calificadas como activistas.[12]

El punto de esta sección es simplemente identificar ciertos elementos comunes detrás de una tesis general que sostiene que *existe* un tipo de actividad judicial denominada 'activismo judicial'. Estos puntos comunes, como se verá, pueden ser resumidos en el postulado que las decisiones tildadas de activistas van, de alguna u otra forma, en contra o sin respaldo de las formulaciones normativas contenidas en un sistema jurídico. Es decir, estas tesis asumen una concepción del activismo judicial como una actividad extrasistémica. Con eso no quiero decir de que *de hecho* exista una escuela de pensamiento denominada 'extrasistémica' o sostenga explícitamente que actuar fuera del margen del derecho es una condición necesaria o necesaria y suficiente del concepto de activismo judicial. Lo que busco poner en atención es que la asunción base de trabajos sobre activismo judicial asumen de una u otra forma que el activismo judicial se desarrollado en un marco extra-jurídico.

10 Ver por ejemplo Aharon Barak, The Judge in a Democracy, 261 (Princeton University Press, 2006).
11 Por ejemplo, Diego Javier Duquelsky Gómez, *La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial*, 41 DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 193-209 (2018). https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10.
12 Ver en este sentido Alí Lozada, *op. cit.*, nota 1, 211-226.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

En resumen la tesis extrasistémica del activismo judicial postula:

a. El activismo judicial puede ser explicado por preferencias axiológicas o extrasistémicas de los jueces como base para la decisión judicial.
b. El activismo judicial se enfoca en la decisión final del caso.
c. El activismo judicial se ejerce dentro de un contexto de discrecionalidad.

Por ejemplo, Posner identifica al activismo judicial como lo opuesto a la categoría de *judicial self-restraint*.[13] Esta categoría pone énfasis en los límites autoimpuestos por los jueces al poder de las cortes para los casos en que el ejercicio de dicho poder intervenga con la función de otros poderes del estado u otras instituciones gubernamentales.[14] *A contrario sensu,* el activismo judicial sería el ejercicio del poder de las cortes de forma tal que afecte o reemplace las funciones de los otros poderes del estado u otras instituciones gubernamentales.[15] En este contexto se configuraría el activismo judicial en los casos en que los jueces, por medio de las decisiones judiciales, impongan políticas públicas. Dado que típicamente las cortes no tienen competencia para crear políticas públicas, las decisiones judiciales que suponen la creación de dichas políticas son decisiones tomadas al margen de las normas que regulan su competencia. Es decir, son extrasistémicas.

Barak entiende el activismo judicial como el ejercicio del poder de las cortes en la forma de creación de nuevas leyes o modificación de leyes existentes con el fin de obtener un equilibrio entre los diversos valores sociales.[16] Esta postura supone que tanto la creación o modificación de las leyes existentes necesariamente supone dejar sin efecto el ejercicio de las funciones de otro poder del estado. La nueva ley creada por los jueces puede abolir leyes promulgadas por el parlamento o dejar sin efecto políticas públicas creadas por el ejecutivo. En este sentido, el activismo judicial busca llenar un vacío en la regulación deficiente en la protección o equilibrio de los valores sociales. Este vacío, presupone a su vez, que el activismo judicial se basa en consideraciones extrasistémicas.

Lozada, adoptandouna definición estipulativa de activismo judicial, sostiene que el activismo judicial es

> una forma de comportamiento jurisdiccional y arbitrario que consiste en tomar decisiones caracterizadas por dos rasgos: i) son idóneas para *realizar* valores constitucionales *sustantivos* (paradigmáticamente, los derechos fundamentales), a costa de ii) *interferir injustificadamente*

13 Richard A. Posner, How Judges Think, 286 (Harvard University Press, 2008).
14 Richard A. Posner, *op. cit.*, nota 1, 10-12.
15 Richard A. Posner, *op. cit.,* nota 13, 287.
16 Aharon Barak, *op. cit.,* nota 10, 271.

> en una línea de actuación, actual o potencial, reservada de *manera definitiva* – es decir, no meramente *prima facie* - a la legislación o a la administración en virtud de valores constitucionales *formales* (como la seguridad jurídica, el principio democrático o la división de poderes).[17]

No entraré a discutir el fondo de esta definición ni el problemático uso de la fórmula 'arbitrariedad' presentado por Lozada en el párrafo citado. Lo que quiero remarcar con esta cita es que los elementos centrales de la noción de activismo judicial suponen una actividad extrasistémica. Vale decir, las cortes interfieren en un ámbito que le corresponde a otro órgano gubernamental basado en preferencias axiológicas, que en el caso de la definición otorgada por Lozada, se pueden entender como aquéllas relacionadas a la realización normativamente deseable de los valores constitucionales sustantivos y sin el respaldo de un marco normativo de origen legal – he ahí el uso de fórmulas tales como 'arbitraria' e 'injustificada' por parte de Lozada. Vale decir, la realización de valores constitucionales acorde a las preferencias axiológicas del juez de turno.[18]

La fuerza de la tesis extrasistémica se encuentra en el poder explicativo de decisiones judiciales cuyo impacto trasciende la discusión jurídica-académica y repercute en el desarrollo de la vida social de una comunidad. En este sentido, las tesis extrasistémicas sobre el activismo no sé interesan en los análisis técnico-jurídicos sobre los métodos interpretativos y argumentativos adoptados por las cortes. Tampoco como dichas decisiones afectan directa o indirectamente precedentes sobre las materias objeto de decisión. Los trabajos sobre activismo se enfocan en el impacto de las *decisiones judiciales finales* vis-à-vis decisiones procedimentales. Es decir, la decisión de un caso que se utiliza como motor de un cambio social por diseño. Con la expresión 'por diseño' me refiero a que el cambio social no es un producto colateral de la resolución del caso concreto sino que es el resultado de una estrategia que busca plasmar un resultado de corte ideológico del intérprete. En este sentido las decisiones finales tildadas como activistas reflejan o pueden ser reconstruidas en términos de preferencias axiológicas o extrasistémicas del intérprete.

Por último, el activismo judicial se enmarca dentro de un contexto de discreción judicial. Barack sostiene que sólo tiene sentido hablar de activismo o auto-limitación de los jueces si la discrecionalidad judicial existe.[19] Esto debido a que la discrecionalidad judicial permite a los jueces el ejercicio de sus preferencias axiológicas al decidir el caso concreto. Este espacio de arbitrariedad se relaciona con la ausencia de formulaciones normativas o razones de origen jurídico que

17 Alí Lozada, *op. cit.*, nota 1, 212.
18 Ver, Ricardo Guastini, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, 64 (Trotta, 2008).
19 Aharon Barak, *op. cit.*, nota 10, 264.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

limiten al juez en la decisión final. Como se ha visto, el activismo judicial no es simplemente el ejercicio de poder arbitrario sino que tiene un *telos* que de una u otra forma es visto como legítimo por el decisor.[20] Por ejemplo, la promoción de (o equilibro entre) ciertos valores sociales, políticos, constitucionales, religiosos, etc. En este sentido, espacios de discrecionalidad son esenciales para poder desarrollar dichos valores por medio de decisiones judiciales *so pena* de quebrantar formulaciones normativas expresas que pueden limitar o derechamente ir en contra de la promoción de dichos valores. En otras palabras, los teóricos del derecho han conectado la discrecionalidad judicial con el activismo judicial. La manera más directa de conectar ambas facetas es la siguiente: toda decisión producto del activismo judicial es discrecional.

Como veremos más adelante espacios discrecionales en el proceso adjudicativo es el punto en común que las tesis extrasistémica e intrasistémicas tienen en común.

III. CÓDIGOS INTERPRETATIVOS

Antes de desarrollar la tesis intrasistémica quiero dedicar unas palabras a los códigos interpretativos y su relación con la cláusula de no-redundancia de los sistemas jurídicos. Este último punto será desarrollado en §4.

El código interpretativo de un sistema jurídico es el conjunto de directivas interpretativas, técnicas de argumentación, métodos de razonamiento y – a pesar de que no resuelven controversias interpretativas – meta-reglas que dirimen conflictos entre disposiciones.[21] Las directivas interpretativas son disposiciones de segundo orden que dirigen y constriñen la interpretación de las disposiciones de primer orden.[22] En líneas generales, y sin perjuicio de otros factores que puedan operar en este ámbito,[23] ejemplos de directrices interpretativas aceptadas generalmente por una comunidad determinada son: el uso común de la palabra, significado literal, voluntad del legislador, historia de la ley, entre otros.

Los códigos interpretativos se alinean con los valores de las culturas jurídicas occidentales tales como el principio de legalidad y el principio de justificación de poder estatal. Estos dos principios apuntan a contralar el ejercicio del poder estatal. Este objetivo se busca cumplir de distintas formas. Una de éstas

20 Íbidem, 272.

21 Torban Spaak, Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning, 43 (Iustus Förlag, 2007); Pierluigi Chiassoni, *Legal Interpretation Without Truth*, 29 REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 99-113 (2016). https://doi.org/10.4000/revus.3615.

22 Para una discusión sobre disposiciones de segundo orden ver Sebastián Reyes Molina, *op. cit.*, nota 3, 165-184.

23 Sólo a modo de ejemplo y de forma general: la propia moralidad de los intérpretes, el trabajo de los estudiosos del derecho, condiciones sociales, políticas, etc.

formas es proveer razones de origen jurídico en las que los jueces puedan basar la interpretación de las disposiciones normativas. Los códigos interpretativos ofrecen un acervo de bases legales, i.e., directrices interpretativas, en los cuales la interpretación de los jueces se debe apoyar.[24] *A contrario sensu*, si los jueces interpretan las disposiciones normativas basándose en razones otras que las otorgadas por los códigos interpretativos entonces dicha interpretación carece de sustento jurídico. Ahora bien, los jueces no necesitan utilizar todas las directrices interpretativas que un código interpretativo ofrece, basta que se implemente una sola para otorgar base jurídica a la norma ascrita a la disposición. Un sistema jurídico que carece de códigos interpretativos se verá afectado por un déficit de razones jurídicas para apoyar las normas adscritas a las disposiciones normativas. Esto no significa que no existan razones que apoyen la norma adscrita sino que simplemente estas razones no serían de origen legal.

Los códigos interpretativos proveen razones para eliminar la arbitrariedad en la interpretación del derecho por medio de las directivas interpretativas. En este sentido proveen un conjunto de razones cuyo número es finito y vinculante para con el interprete con el fin de reducir la ambigüedad y vaguedad de los lenguajes naturales. Dado que el número de directivas intepretativas es limitado, el código interpretativo proveera un conjunto limitado y restringido de razones que eliminan la arbitrariedad del proceso interpretativo. De esta forma un sistema jurídico sin códigos interpretativos se vería enfrentados *ad minimum* a discrecionalidad interpretativa y *ad maximum* a arbitrariedad en la decisión judicial.

IV. CLÁUSULA DE NO-REDUNDANCIA Y AUSENCIA DE META-DISPOSICIONES SINTÁCTICAS

Los teóricos del derecho han avanzado la tesis de que los sistemas jurídicos poseen ciertas propiedades denominadas *formales* o *racionales*. Estas propiedades serían, a modo de ejemplo, la prohibición de antinomias, el dogma de completitud y clausura del sistema, la interdicción de antinomias, entre otras.[25] Para algunos, estas son propiedades conceptuales de los sistemas jurídicos. Para otros éstas son directrices interpretativas que los jueces han de tener en cuenta cuando interpreten las disposiciones. En otras palabras, las propiedades formales son premisas de una tesis interpretativa de los sistemas jurídicos.

Llamo cláusula de no-redundancia a aquella propiedad formal que establece que los sistemas jurídicos no pueden tener disposiciones ni normas redundantes. Dos o más disposiciones/normas son redundantes cuando producen el mismo

24 Torban Spaak, *op. cit*., nota 21, 44.
25 Ver, Alf Ross, On Law and Justice, 131 (The Lawbook Exchange, 1959); Carlos Eduardo Alchourrón y Eugenio Bulygin, Normative Systems, 60 (Springer-Verlag, 1971); Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho, 272-292 (Ariel Derecho, 2da. Ed., 2013).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

resultado para el caso concreto.[26] La cláusula de no-redundancia apunta a la facilitación de la resolución de controversias al evitar la multiplicación de disposiciones que regulan un mismo comportamiento de igual manera.

Ahora bien, si un sistema jurídico *racional* contiene un código interpretativo con más de una directiva interpretativa necesariamente provee una pluralidad de normas que *ex ante* pueden ser adscritas a la disposición que se aplicará al caso concreto. *A contrario sensu*, las normas adscritas a las disposiciones necesariamente proveen diferentes soluciones *so pena* de ser redundantes y todas menos una han de ser eliminadas. En otras palabras, la pluralidad de directivas interpretativas significa pluralidad de normas que *ex ante* pueden ser adscritas a las disposiciones normativas. En este sentido, habrán tantas normas como directrices interpretativas tenga el código interpretativo contenido en el sistema jurídico.

Ahora bien, los códigos interpretativos pueden ser de dos tipos: 1) regulados y 2) no-regulados. Los códigos regulados son aquellos códigos interpretativos que cuentan con meta-disposiciones de origen legal que establecen jerarquías entre las distintas directrices interpretativas. A estas meta-disposiciones les llamo *meta-disposiciones sintácticas*. Los códigos no-regulados son aquéllos que carecen de meta-disposiciones sintácticas. Vale decir, no existen relaciones de jerarquía entre directrices interpretativas. Los códigos no-regulados son los que típicamente se encontrarán en los sistemas jurídicos occidentales contemporáneos. En lo que sigue me enfocaré en los códigos interpretativos no-regulados.[27]

La ausencia de meta-disposiciones sintácticas supone que todas las directivas interpretativas tienen el mismo valor frente al interprete. Vale decir, no existen razones jurídicas para escoger una por sobre otra. Esto significa que cuando los jueces usan una directriz interpretativa para fundamentar la norma que adscriben a la disposición están participando en una elección *ergo* están decidiendo discrecionalmente. En otras palabras, la norma resultante de la aplicación de la directriz interpretativa presupone el ejercicio de discrecionalidad en la elección de dicha directriz. Esto no puede ser de otra manera ya que no hay razones jurídicas que obliguen al juez a escoger una directriz por sobre otra. En este sentido, los jueces necesariamente ejercen discreción al interpretar el derecho.

V. TESIS INTRASISTÉMICA DEL ACTIVISMO JUDICIAL

En esta sección estableceré las bases para una teoría intrasistémica del activismo judicial. Por 'intrasistémica' me refiero a que decisiones calificadas de

26 Alf Ross, *op. cit*., nota 25, 132.
27 Para ver un tratamiento de los códigos regulados y no-regulados ver Sebastián Reyes Molina, *op. cit*. nota 2.

activistas pueden estar basadas en razones jurídicas que enmascaran o permiten 'ocultar' el ejercicio de preferencias axiológicas. O lo que es lo mismo, la decisión 'activista' es apoyada por reglas del mismo sistema jurídico.

En este sentido los postulados de la teoría intrasistémica del activismo judicial son los siguientes:

a. El activismo judicial puede ser explicado recurriendo a razones jurídicas, específicamente a las directrices interpretativas.
b. El activismo judicial se enfoca en la decisión interpretativa, vale decir en la elección de la directriz interpretativa que va a fundamentar la norma que decidirá el caso concreto.
c. El activismo judicial se ejerce dentro de un contexto de discrecionalidad.

Prima facie el punto c) es el único elemento en común entre las tesis extrasistémica e intrasistémica. Sin embargo, la diferencia es el alcance de la discreción. En la tesis extrasistémica, la discrecionalidad es más amplia puesto que engloba tanto a la decisión final del caso como todas aquellas otras decisiones previas que se han de adoptar en orden de implementar las preferencias axiológicas del juez. En la tesis intrasistémica, por otra parte, la discreción es limitada puesto que su alcance solo cubre la decisión sobre la directriz interpretativa que se escogerá. El resultado de las preferencias axiológicas del interprete es la decisión sobre qué directriz interpretativa se aplicará a la disposición de primer orden. Ahora bien, dado que cada directriz interpretativa necesariamente provee *ex ante* una norma distinta, la decisión sobre cuál directriz interpretativa se utilice afectará la decisión final del caso.

Frente a una pluralidad de normas y a falta de reglas jurídicas que guíen la actividad interpretativa, la jueza debe escoger la directriz interpretativa que más se acomode a *sus* criterios. Ahora bien, en la medida en que las directrices interpretativas no están reguladas por meta-disposiciones sintácticas la elección de una directriz por sobre otra es discrecional.

En este sentido, el postulado central de la tesis intrasistémica sostiene que el activismo judicial puede ser entendido como el uso de meta-reglas de origen no-jurídico en la elección de la directriz interpretativa que va a servir como base para la interpretación de disposición normativa aplicable al caso.

Estas meta-reglas reflejan las preferencias axiológicas de los jueces que servirán para basar la interpretación de las disposiciones pertinentes para la resolución de la controversia. Interpretación que, si bien es el resultado de preferencias axiológicas, es apoyada por razones de origen legal, i.e., directrices interpretativas. Así las cosas, la decisión final del caso será armónica con las preferencias axiológicas del juez pero se encontrará fundamentada no directamente en estas sino que en reglas jurídicas, i.e., directrices interpretativas.

VI. CONCLUSIÓN

En este artículo me he propuesto presentar una explicación del activismo judicial como un fenómeno *interno* al derecho. Vale decir, dar cuenta de elementos estructurales de los sistemas jurídicos que permiten la adopción de decisiones que pueden ser clasificadas como activistas.

El elemento central es la posibilidad de ejercer discreción al momento de interpretar el derecho. Este ejercicio de discrecionalidad se traduce en la elección de una directriz interpretativa que acomode las preferencias axiológicas de los decisores. Ahora bien, esto permite que el juez activista pueda revestir su decisión con una cuota de legalidad en el sentido de que, a pesar de que la decisión es un reflejo de sus preferencias, se encuentra fundamentada en disposiciones normativas. En este sentido, la tesis intrasitémica se encuentra libre de la crítica central que afecta a las teorías extrasistémicas, i.e., el déficit de legitimidad del ejercicio del poder judicial en favor de preferencias axiológicas de los jueces.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Aharon Barak, The Judge in a Democracy, (Princeton University Press, 2006).

Alf Ross, On Law and Justice, (The Lawbook Exchange, 1959).

Alí Lozada, *Activismo judicial y derechos sociales: Un enfoque postpositivista*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 221-226 (2018). https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.11

Álvaro Núñez, *Kelsen en la encrucijada: Ciencia jurídica e interpretación del derecho*, 2 *Ius et Praxis*, 415-442 (2014). http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122014000200012.

Carlos Eduardo Alchourrón y Eugenio Bulygin, Normative Systems, (Springer-Verlag, 1971).

Carlos Santiago Nino, Introducción al análisis del derecho, (Ariel Derecho, 2da. Ed., 2013).

Diego Javier Duquelsky Gómez, *La falsa dicotomía entre garantismo y activismo judicial*, 41 *DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 193-209 (2018). https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.10

Jesús Vega López, *Límites de la jurisdicción, concepciones del derecho y activismo judicial*, 41 DOXA: Cuadernos de Filosofía del Derecho, 123-150 (2018). https://doi.org/10.14198/DOXA2018.41.07.

Pierluigi Chiassoni, *Legal Interpretation Without Truth*, 29 REVUS: Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law, 93-118 (2016). https://doi.org/10.4000/revus.3615

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Riccardo Guastini, *Introducción* a Disposición vs. Norma,133-156 (Rafael Escudero y Susanna Pozzolo, eds., Palestra Editores, 2011).

___, Teoría e ideología de la interpretación constitucional, (Trotta, 2008).

Richard A. Posner, How Judges Think, (Harvard University Press, 2008).

___, *The Meaning of Judicial Self-Restraint*, 1 Indiana Law Journal, 1-24 (1983). https://www.repository.law.indiana.edu/ilj/vol59/iss1/1

Sebastián Reyes Molina, *Judicial Discretion as the Result of Systemic Indeterminacy*, 2 Canadian Journal of Law and Jurisprudence, (2020). https://doi.org/10.1017/cjlj.2020.7

___, *Interpretación jurídica y Legal Craft*, *en*, vol. 2 L'arte della distinzione: Scritti per Riccardo Guastini, 269-285 (Pierluigi Chiassoni *et al.* eds., Marcial Pons, 2019).

___, *On Legal Interpretation & Second-Order Proof Rules*, 1 Analisi e diritto, 165-184 (2017).

Torban Spaak, Guidance and Constraint: The Action-Guiding Capacity of Theories of Legal Reasoning, (Iustus Förlag, 2007).

EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LAS SENTENCIAS PARA LEGALIZAR LA MARIHUANA EN MÉXICO

JUDICIAL ACTIVISM IN SENTENCES TO LEGALIZE MARIJUANA IN MEXICO

Fecha de recepción: 11 de febrero de 2020 | Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

Sergio Gilberto CAPITO MATA* **y Luz Anaí MEJÍA HERNÁNDEZ****

Resumen

La legalización de la droga conocida como "marihuana" en México, es un tema que se puede apreciar desde distintos ámbitos como lo son el social, político, económico, de salud, de seguridad nacional, entre otros. Sin embargo, al entrar a la esfera del derecho, este problema se debe resolver desde la interpretación jurídica en sí misma y no obstante a ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (S.C.J.N.) se ha pronunciado desde una postura más política y en consecuencia las sentencias se vician de un activismo judicial. Por lo anterior, el objetivo de esta investigación es analizar este fenómeno activista en lo que respecta a las sentencias de la S.C.J.N., donde sus razonamientos se realizan con el objetivo de satisfacer más el interés público y económico, sin existir realmente una certeza de ley. Por consiguiente, la metodología utilizada para la presente investigación se constituye del análisis teórico y documental del activismo judicial en las sentencias de la S.C.J.N. relativas a la legalización de la marihuana, asimismo, se revisa el problema desde una perspectiva jurídica, con apego a los métodos cualitativo y cuantitativo. De esta manera, el trabajo inicia con la introducción y seguidamente se sistematiza en tres ejes temáticos; en un primer apartado se expone la parte teórica y

Abstract

The legalization of the drug known as "marijuana" in Mexico, is an issue that can be appreciated from different areas such as social, political, economic, health, national security, among others. However, upon entering the field of law, this issue needs to be resolved from the legal interpretation in itself, yet it, the Supreme Court of Justice of the Nation (S.C.J.N.) has been delivered from a more political stance and consequently the sentences of a vitiate judicial activism. Therefore, the objective of this research is to analyze this phenomenon activist in regard to the judgments of the S.C.J.N., where their reasoning is made with the objective of satisfying more public interest and economic development, without really exist a certainty of law. Therefore, the methodology used for this research constitutes the theoretical analysis and documentary of judicial activism in the rulings of the S.C.J.N. relating to the legalization of marijuana, also, is reviewed the problem from a legal perspective, in accordance with the qualitative and quantitative methods. In this way, the work begins with the introduction and then systematizes in three thematic areas; in the first paragraph sets out the theoretical and conceptual part of judicial activism, where different positions are reviewed. In

conceptual del activismo judicial, donde se revisan diferentes posturas. En un segundo apartado, se describe el problema de las drogas en México en relación a la legalización de la marihuana, a la vez que se examina su trascendencia e importancia. En un tercer y último apartado, se analiza el activismo judicial en las sentencias para legalizar la marihuana en México, revisando para esto, distintos pronunciamientos de la S.C.J.N. y finalmente, se presentan conclusiones, relativas a los hallazgos obtenidos en la investigación.

Palabras clave: Activismo judicial, sentencias, legalización marihuana

a second section, describes the problem of drugs in Mexico in relation to the legalization of marijuana, while at the same time examines their significance and importance. In a third and last paragraph, he examines the judicial activism in the judgments to legalize marijuana in Mexico, reviewing for this, various pronouncements of the S.C.J.N. and finally, presents conclusions relating to the findings obtained in the investigation.

Keywords: Judicial activism, sentencing, legalizing marijuana.

*Profesor Investigador de la Universidad Autónoma de Baja California, Facultad de Derecho Mexicali; Doctor en Derecho Penal, Coordinador del Doctorado en Ciencias Jurídicas, miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I, scapito@uabc.edu.mx
*Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, Estudiante de la Especialidad en Derecho, luz.mejia@uabc.edu.mx

SUMARIO: *I. Introducción. II. Activismo. III. La Legalización de marihuana en México. IV. El activismo judicial en las sentencias para legalizar la marihuana en México. V. Conclusiones. VI. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En México actividades como el narcomenudeo, consumo de drogas y otras de naturaleza similar, a través de los años han ocasionado altos índices de violencia en el país. Por lo anterior, el Estado ha decidido tomar medidas al respecto, como lo son el realizar iniciativas de ley con el objeto de legalizar las drogas, en específico el psicotrópico THC y el cannabis, ambos conocidos como "marihuana".

De este modo, el tema de la legalización de la marihuana ha sido objeto de debate desde el ámbito político, social y económico, sin embargo, en un régimen de separación de poderes, el órgano judicial, como impartidor del derecho, debe actuar de manera diferente ante este problema, es con apego a la ley.

Como es de suponerse, la S.C.J.N. como máximo Tribunal Constitucional mexicano, se encuentra a la cabeza del Poder Judicial y como tal, tiene a su cargo la tarea de proteger lo que se consagra en la Ley Fundamental mexicana, aunado a ello, tiene la facultad de resolver y dirimir asuntos jurisdiccionales de suma relevancia social. Por ello, la S.C.J.N. tiene la obligación de pronunciarse de manera paralela a toda clase de postura política y por el contrario, debe de fundar sus pronunciamientos en principios acorde al derecho, sin embargo, las sentencias dictadas en 2018 sobre la legalización de la marihuana fueron positivas, al fundarlas en lo que se presuponen consideraciones de carácter político y no meramente jurídico.

A través de sus sentencias, la S.C.J.N. autoriza tanto el consumo, como la siembra de marihuana, de tal manera, que "con esta decisión todo aquel ciudadano que esté interesado en cultivarla y/o consumirla con fines recreativos podrá solicitar un permiso a la comisión federal para la protección contra riesgos sanitarios (COFEPRIS), y si la dependencia lo niega podrán recurrir a un amparo y cualquier juez debería pronunciarse a su favor."[1]

Ahora bien, con independencia del fallo emitido, resalta el hecho de que las consideraciones realizadas para sus sentencias fueron con apego al interés público, constituyendo así, un activismo judicial en sus sentencias, es decir, se puede afirmar que existe esta actividad cuando el alcance de las determinaciones

1 Animal político, *SCJN emite jurisprudencia para que se permita el cultivo y consumo de la mariguana con fines recreativos*, ANIMAL POLÍTICO, (oct. 31, 2018). https://www.animalpolitico.com/2018/10/scjn-jurisprudencia-cultivo-y-consumo-mariguana-fines-recreativos/

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

de la S.C.J.N. van más lejos que una interpretación de derecho, en lugar de un seguimiento al examen procesal legal y en su lugar se orientan a satisfacer la opinión pública, social, política y económica, en efecto:

> "....el nuevo activismo constitucional surge cuando los tribunales constitucionales van más allá del examen de un proceso jurídico y empiezan a construir razonamientos e interpretaciones que los llevan a emitir fallos en los que el elemento preponderante de su reflexión no es la certeza jurídica per se, sino la protección de los intereses amplios de los ciudadanos, el fomento del desarrollo económico, el bienestar general, entre otros factores más propios de la ciencia y la teoría política y económica... En los fallos de este nuevo activismo constitucional, las preguntas giran menos en torno al proceso jurídico o la aplicación de los principios legales, y más en torno a qué es lo correcto o conveniente para la sociedad...."[2]

De tal manera, que al hacer una prioridad lo que conviene más socialmente, en otras palabras hacer lo que desea el interés público, se deja de lado completamente la función esencial de la S.C.J.N., esto es proteger la constitucionalidad de las leyes, como se afirma; "Los jueces, al empezar en sus razonamientos a preguntarse no por lo que es legal, sino por lo que es correcto, han abandonado la esfera de la constitucionalidad de las leyes y empiezan a bordar en la esfera de la filosofía y la teoría política."[3]

Por otra parte, se puede considerar que uno de los motivos por los que se genera el activismo judicial, no implica necesariamente la postura de quienes integran la Corte, si no que radica en "la incapacidad de los actores políticos para construir mayorías que permitan definir y legislar en áreas centrales de la política pública"[4].

De tal apreciación, se ha considerado que en relación a la formación de políticas públicas, la actuación de la S.C.J.N. como máximo tribunal constitucional, ha tenido influencia a través de los diferentes medios de control constitucional, específicamente el amparo, en efecto "...A través del amparo la Corte interviene en la modulación de los actos de aplicación concreta de normas y en el análisis y determinación de su constitucionalidad, así como también en el control abstracto -en acciones y controversias constitucionales-, expulsando normas del orden jurídico."[5]

---

2 Ana Luz Brun Iñárritu, *El nuevo activismo constitucional del Poder Judicial en México y la idea de justicia. La Suprema Corte y la resolución sobre las tarifas de interconexión telefónica*, 11 Revista In Jure Anáhuac Mayab, 18 (2017).
3 *Ídem.*
4 *Ibídem,* p. 16.
5 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Por tanto, es de observarse, que en el caso de la legalización de la marihuana, se debe examinar que más allá del problema que en sí mismo representa este tema, la S.C.J.N. por medio de sus sentencias viciadas de un activismo judicial, ha concebido un rol más complejo, que el simplemente ser limitado a crear ley a través de sus determinaciones, si no que a su vez, fuera de su propia naturaleza, actúa como defensor de políticas públicas, anteponiendo el interés público y económico a los ideales de derecho, afectando así, la esfera política nacional.

II. ACTIVISMO

En un panorama general, el activismo siempre se integrará por una dimensión política dentro de la esfera judicial, es decir, la interpretación del derecho, propia de la función judicial se compondrá de la influencia del ámbito político-público. De tal manera, se puede considerar que en esta institución el activismo es una forma en que los integrantes del órgano judicial, superan los límites de sus interpretaciones al no supeditar su fallo a cuestiones meramente jurídicas, pronunciándose más lejos, esto es alcanzando razonamientos propios de ideologías políticas.

Dado la anterior, el activismo en sí mismo es un tema que ha sido objeto de debates, a su vez, este se ha tratado de definir y desarrollar por distintos autores, por lo que, es importante señalar que "la definición de activismo judicial dependerá del concepto que se tenga de democracia, del rol de los jueces dentro del sistema político, y de teorías jurídicas acerca de la interpretación normativa y la función jurisdiccional."[6]

Ahora bien, para el diccionario de la lengua española perteneciente a la Real Academia Española (R.A.E.) el activismo supone tres significados:

> "1. m. Tendencia a comportarse de un modo extremadamente dinámico.
> 2. m. Ejercicio del proselitismo y acción social de carácter público.
> 3. m. Fil. Doctrina según la cual todos los valores están subordinados a las exigencias de la acción y de su eficacia"[7].

De manera similar, el diccionario del español jurídico, también de la RAE, define al activismo judicial como la:

6 José F. García y Sergio Verdugo, *Activismo Judicial un marco para la discusión,* Revista Jurídica del Perú, 64 (2013).
7 Real Academia Española, Activismo, diccionario de la lengua española (2019), https://dle.rae.es/activismo

> "Posición fuertemente creativa de los jueces y tribunales, llevado a cabo mediante interpretaciones de la legalidad existente o a través de la cobertura de sus lagunas.
> Activismo solo puede haber cuando los jueces eligen entre varias soluciones posibles; pero cuando se elige entre una solución correcta y otra que no lo es no estamos ante un fenómeno de activismo, sino de incompetencia."[8]

Por otra parte, dentro de los antecedentes del activismo judicial, se debe considerar que "el término en estudio responde a un fenómeno de carácter histórico. La historia nos cuenta que el primero que utilizó el término activismo judicial fue el Juez federal estadounidense Wayne"[9], al respecto, se ha afirmado que el Juez Wayne, ha pretendido describir dos eventos por medio del activismo judicial; "En primer lugar, la protección que hacen las cortes de grupos históricamente vulnerables... Además, cuando al decidir sobre algunas cuestiones sometidas al conocimiento de los jueces se traspasan, con el remedio judicial adoptado, las competencias de los otros poderes del Estado."[10]

De otro modo, el activismo puede ser conceptualizado como una tendencia que pretende equilibrar un conflicto en la sociedad, como expresa Aharon Barak, en su obra titulada The judge in a democracy citada por el Dr. Feoli Villalobos, el activismo judicial es "la tendencia judicial de lograr el equilibrio de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juez de la constitución o de la ley."[11]

Al respecto, el Dr. Feoli Villalobos describe la definición de Riccardo Guastini por cuanto hace al activismo, quien lo expone como una manera de ver la interpretación del Juez y que a su vez, puede tener dos vertientes ideológicas opuestas:

> "Guastini escribe que el activismo judicial representa una de las formas de entender la interpretación jurídica. En realidad, abunda, la oposición entre judicial activism y judicial restraint, planteada originalmente en el derecho anglosajón, refleja una discusión más antigua, entre una ideología

8 Real Academia Española, *Activismo judicial*, diccionario del español jurídico (2019), https://dej.rae.es/lema/activismo

9 Luis A. Ramírez Roa, *El activismo judicial y/o constitucional una nueva forma de hacer justicia*, Revista primera instancia (2014). https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/el-activismo-judicial-yo-constitucional-una-nueva-forma-de-hacer-justicia/

10 Marco Feoli Villalobos, *El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial,* Revista de derecho (2015). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200006#n48

11 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

> dinámica y una ideología estática de la interpretación. La primera se inspira en el valor de la adaptación continua del derecho a la vida social y recomienda una interpretación que atienda a nuevas circunstancias sociales, culturales y políticas. Sugiere cambiar el significado de un texto normativo a la luz de los valores de la sociedad de un momento determinado. La ideología estática se funda en los valores de la estabilidad de la disciplina jurídica y de la certeza del derecho. Por eso aconseja al juez una interpretación estable, fija y constante diacrónicamente, sin grandes modificaciones... el activismo judicial es una clase de interpretación tendencialmente libre de todo vínculo textual que favorece la creación del derecho por parte de los jueces con el propósito de adaptar los contenidos constitucionales a las necesidades de la vida real. Estas necesidades se reconocerán mediante los sentimientos de justicia de los jueces."[12]

Como se observa, se encuentran bastas definiciones del activismo judicial, en esencia coinciden con la interpretación que hace el juzgador apegada a intereses sociales, propios de la teoría política. Por lo que, resulta evidente que el activismo judicial implica una intervención del órgano judicial, a través de la función que hace de interpretar la ley, en la creación de políticas públicas.

Al respecto, conviene resaltar cuales son los elementos para determinar que se está en presencia de un fallo judicial de carácter activista, para este efecto se considerará lo enunciado por el Dr. Feoli Villalobos, tomando como referencia los modelos de los doctores Courtis y Cannon, donde se exponen cinco indicadores:

> "En definitiva, los indicadores que se proponen para categorizar a una sentencia activista son los siguientes: 1. Contestación de los actos de los otros poderes. 2. Reconocimiento o expansión de derechos no contenidos expresamente en las normas jurídicas interpretadas. 3. Utilización de sentencias interpretativas. 4. Definición o redefinición de una política pública. 5. Decisión ultra petita."[13]

El primer indicador, como lo señala el doctor, se refiere únicamente a aquello que revierte el órgano judicial, estos deben ser más allá del mero razonamiento jurídico y de la actuación de los otros órganos de gobierno, que se traduce en el prevalecimiento de la voluntad judicial. Por su parte, el segundo elemento hace alusión al alcance de la ley, es decir, la posibilidad de reconocer o expandir derechos no encontrados en su literalidad dentro de una norma.

En relación al tercer señalamiento, este hace alusión a las sentencias

12 *Ídem.*
13 *Ídem.*

interpretativas, como aquellas en las que el órgano judicial ejerce un control de constitucionalidad y como resultado "modula los efectos de una disposición normativa examinada"[14]. Se busca constatar que al ejercer el referido control, se declare la validez de la interpretación de manera definitiva.

Seguidamente, el cuarto indicador se refiere a que el órgano judicial por medio de su pronunciamiento defina políticas públicas, entendiendo estas como el "... conjunto de acciones o programas que el Estado procura ejecutar para lograr ciertos objetivos y cubrir ciertas necesidades en distintos ámbitos como salud, educación, cultura, seguridad, relaciones internacionales, etc..." [15] por lo que, se considerará que existe realmente una definición de políticas "...cuando en sentencia se ordene a los otros poderes desarrollar acciones o programas, fijados por los jueces, tendientes a cubrir algunas de las necesidades de los ámbitos citados."[16]

Finalmente, el quinto indicador se refiere al fallo que hace el órgano jurisdiccional cuando va más allá de lo que se solicitó, es decir, no se limita solo a lo peticionado por las partes, como se afirma "Al juez no solo le importa aplicar la ley, sino, además, hacer justicia. Para eso debe interesarse en asuntos que sobrepasan los términos que le han sido sometidos a su conocimiento."[17]

De tal manera, por cuanto hace al problema que nos ocupa, el análisis de los documentos judiciales puede ser apreciado utilizando los indicadores sugeridos, para contrastar los resultados de la investigación, y determinar el ejercicio del activismo judicial en la legalización de la marihuana.

III. LA LEGALIZACIÓN DE MARIHUANA EN MÉXICO

En México, la situación de las drogas se encuentra estrechamente vinculada a "las condiciones económicas, culturales, sociales e históricas que han prevalecido en el país en las últimas décadas"[18]. En efecto, "desde los años 70, el fenómeno de las drogas, particularmente lo relacionado con la producción, transportación y comercio, comenzó a ocupar mayores espacios en el desarrollo de políticas y recursos legales..."[19]

Por tanto, el estado mexicano ha tenido la necesidad de diseñar y desarrollar una diferente serie de políticas públicas, con el objetivo de controlar la situación

14 *Ídem.*
15 *Ídem.*
16 *Ídem.*
17 *Ídem.*
18 Gobierno de México, *Informe sobre la situación del consumo de drogas en México y su atención integral 2019*, Secretaría de Salud, Comisión Nacional contra las adicciones (2019). https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/477564/Informe_sobre_la_situacio_n_de_las_drogas_en_Me_xico_.pdf
19 *Ídem.*

de las drogas en el país, más allá de la llamada guerra frontal al narco tráfico declarada en otras administraciones. De tal manera, que esta nueva serie de políticas se basan en otros principios y ejes de actuación;

> "La política de drogas en México está basada en tres principios: 1) enfoque de salud pública; 2) prevención y reducción del daño social asociado al fenómeno de las drogas; y, 3) contención y disuasión de la producción, tránsito y distribución de drogas. A su vez, se enmarca en los siguientes ejes de actuación: a) reducción de la demanda; b) control y reducción de la oferta; c) prevención de la violencia y delincuencia; d) procuración y administración de justicia; e) investigación, evaluación y capacitación; y, f) cooperación internacional. Lo anterior bajo coordinación de los tres órdenes de gobierno."[20]

Por otra parte, en relación a las estadísticas de consumo de la marihuana en México, la Encuesta Nacional de Adicciones 2002, 2008, 2011, así como la Encuesta Nacional del Consumo de Drogas, Alcohol y Tabaco 2016 - 2017 reportan que

> "...las personas de 12 a 65 años que consumieron mariguana alguna vez en la vida pasó de 3.5% en el año 2002 (2 millones 430 mil 285) a 4.2% en 2008 (3 millones 146 mil 796), a 6.0% en 2011, y a 8.6% en 2016 (7 millones 374 mil 195)"[21], asimismo, sostiene que "...aunque el consumo experimental en hombres es mayor que en mujeres, en ambos casos éste ha incrementado desde 2002."[22]

Se puede observar en las encuestas, que el consumo de marihuana en los adolescentes ha aumentado, a su vez, señalan que la diferencia de consumo entre mujeres y hombres jóvenes es cada vez menor, lo que evidencia la gravedad del problema y la necesidad de aplicar nuevas políticas públicas y que se refleja también, al tema del activismo judicial en la legalización de la marihuana;

> "En el caso de los adolescentes de 12 a 17 años, la tendencia de consumo alguna vez también ha aumentado desde 2002...Es importante señalar que, al igual que en la población total, el consumo es mayor en hombres que en mujeres, sin embargo, la diferencia entre la prevalencia de consumo entre hombres y mujeres es cada vez menor en la población joven."[23]

20 *Ídem.*
21 Gobierno de México, *op. cit.,* nota 18, p. 25
22 *Ídem.*
23 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Consecuentemente, las estadísticas que presenta el estado mexicano, respecto a la prevalencia del consumo de drogas en general, si bien, al compararlas con otros países estas resultan bajas, es importante precisar que presentan un aumento considerable a través del tiempo, lo que se atribuye en gran parte al consumo de marihuana, en efecto:

> "El consumo de drogas en México presenta bajas prevalencias en comparación con otros países, sin embargo, los datos aquí presentados muestran un importante aumento en el uso de drogas ilegales, el cual se explica por el crecimiento continuo en el consumo de mariguana, tanto en hombres como en mujeres. La mariguana es la droga ilegal más consumida a nivel mundial y México no es la excepción; el aumento en su consumo se debe a distintos factores sociales e individuales, entre los que destacan: el aumento en su disponibilidad, las actitudes tolerantes hacia su consumo (normalización), y la desinformación sobre sus efectos nocivos, entre otros."[24]

Si bien, lo anterior es un tema meramente propio de la política pública, lo cierto es, que también tiene relación con el órgano judicial, es decir, la S.C.J.N. máximo representante del mismo, quien ha intervenido a través de la legalización de la marihuana en México, el cual no es un tema reciente, ya que desde noviembre del 2015 la S.C.J.N. se pronunció de manera positiva respecto a la siembra, consumo y uso con fines recreativos de la marihuana y solamente en circunstancias determinadas.

Al respecto, fue en ese mismo año, que la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, intentó crear un precedente judicial por medio de la interposición de un amparo, como resultado de la negativa a su petición realizada a la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (C.O.F.E.P.R.I.S) para el consumo y producción personal de marihuana, como se afirma "...al ser negada su petición, interpusieron una demanda de amparo, por considerar que se violaban sus derechos al libre desarrollo de la personalidad y a la disposición de la propia salud."[25]

Como resultado de lo anterior, la S.C.J.N. declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, 237, 245, 247 y 248 de la Ley General de Salud, lo que obligo a que la Secretaría de Salud emita autorizaciones "para la realización de los actos relacionados con el consumo personal con fines recreativos (sembrar, cultivar,

24 Gobierno de México, *op. cit.,* nota 18, p.33.

25 La redacción, *El camino hacia la legalización de la marihuana en México*, Letras Libres, (noviembre 7, 2018), https://www.letraslibres.com/mexico/politica/el-camino-hacia-la-legalizacion-la-marihuana-en-mexico

cosechar, preparar, poseer, transportar), en relación únicamente y exclusivamente con el estupefaciente cannabis y el psicotrópico THC en conjunto (marihuana)".[26]

Posteriormente, en octubre del 2018 la S.C.J.N. creó jurisprudencia respecto a la legalización de la marihuana, al emitir por quinta vez sentencia en la que declaraba inconstitucional la prohibición absoluta del consumo personal de marihuana. De esta manera, esto se convirtió en un cambio significativo, ya que, "se trata de una decisión histórica que obliga a todos los jueces del país a otorgar un amparo a cualquier mexicano que por la vía judicial solicite a la Comisión Federal para la Protección Contra Riesgos Sanitarios (COFEPRIS) un permiso para consumir marihuana de manera recreativa y personal"[27].

No obstante lo anterior, el pronunciamiento de la S.C.J.N. no significa necesariamente que toda persona que acuda a C.O.F.E.P.R.I.S. cuente con la autorización inmediata para consumir marihuana, sino que, da la posibilidad de que en caso de negativa a la petición, la persona pueda acudir al órgano jurisdiccional por la vía del amparo y que este sea concedido a su favor.

Ahora bien, si en un principio se recurrió a la legalización de marihuana como una manera de crear política pública y controlar el conflicto de las drogas en el país, lo cierto es, que este tema sobre el consumo y producción recreativos de marihuana ha ocasionado polémica. De este modo, aunque el tema se puede analizar desde diferentes perspectivas, es de considerarse el problema relativo a la despenalización de la marihuana, si bien, la S.C.J.N. no abordó este tema en su pronunciamiento, ya que solo se limitó a autorizar su uso con fines recreativos, en razón del derecho al libre desarrollo de la personalidad, se puede afirmar que:

> "En este contexto, la relevancia de la sentencia de Suprema Corte de Justicia de la Nación estriba en que motiva su resolución en el derecho de las personas a decidir libremente sobre su proyecto de vida, que conlleva a la protección de la autonomía personal. En México, existen normas de diversa índole (penal, administrativas) que prohíben en sus respectivos ámbitos el consumo, producción y comercialización de la marihuana. Sin embargo, la prohibición de carácter penal es la más severa y de ella se derivan, encascada, un conjunto de disposiciones que la complementan y la expanden."[28]

26 Amparo en Revisión 237/2014 citado en Alicia Azzolini Bincaz, *La regulación del consumo, producción y comercialización de la marihuana en México*, 3 Alegatos Coyuntural, 6 (2016).

27 La redacción, *El camino hacia la legalización de la marihuana en México*, Letras Libres, (nov. 7, 2018). https://www.letraslibres.com/mexico/politica/el-camino-hacia-la-legalizacion-la-marihuana-en-mexico

28 Alicia Azzolini Bincaz, *op. cit.*, nota 26, p. 8

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

En efecto, la prohibición penal de la marihuana en relación a su legalización ha causado debate y controversia, sin embargo, "la discusión de fondo ha de centrarse en las razones que justifican o no dicha penalización"[29]. Por ello, abundando en la esfera del derecho y dejando de lado la política, dicha prohibición debe "...cuestionarse, como lo hizo la Corte, desde la perspectiva de los derechos, propia de la ciencia jurídica comprometida con los derechos fundamentales y la democracia."[30], es aquí donde tiene su influencia el llamado activismo judicial y que se ve reflejado en los pronunciamientos al respecto.

Finalmente, es de considerarse que, al valorar el ámbito de los derechos, el conflicto se genera principalmente por la contraposición de dos temas trascendentales para la sociedad, por una parte, se encuentra la salud pública y por la otra, se tiene el derecho al libre desarrollo de la personalidad, en consecuencia, es necesario analizar la proporcionalidad entre ambos, como se sostiene:

> "En este campo, en el de los derechos, la contradicción se entabla entre el derecho de toda persona a diseñar su proyecto de vida y la obligación del Estado de proteger bienes jurídicos de primordial relevancia para la sociedad como es la salud pública. Para valorar esta relación de proporcionalidad deben atenderse las siguientes consideraciones:
>
> 1. Un primer punto de análisis refiere necesariamente al modelo penal diseñado a partir de los principios reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos...
> 2. Con independencia del modelo penal adoptado, el derecho de cada persona a la salud es considerado un derecho fundamental y nada justifica que se penalice a una persona por utilizar medicamentos que contengan marihuana, ni que se impida su adquisición...
> 3. La otra variable de la relación de proporcionalidad, la salud pública, también ha de ser considerada...
> 4. El reconocimiento del derecho al consumo obliga al Estado a no prohibirlo y, derivado de aquél, el derecho de la persona a producir (cultivar) el estupefaciente que va a consumir, en este caso la marihuana...
> 5. El reconocimiento del derecho a la salud obliga al Estado a permitir el empleo de medicamentos que contengan marihuana y a permitir su elaboración y adquisición..."[31]

29 *Ídem.*
30 Luigi Ferrajoli citado en Alicia Azzolini Bincaz, *op. cit.*, nota 26, p. 9.
31 Alicia Azzolini Bincaz, *op. cit.*, nota 26, pp. 9-16.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

IV. EL ACTIVISMO JUDICIAL EN LAS SENTENCIAS PARA LEGALIZAR LA MARIHUANA EN MÉXICO

En apartados anteriores, se realizó una revisión del activismo judicial, así como la situación respecto a la legalización de la marihuana en México, en consecuencia, se sabe que existe activismo judicial cuando el órgano judicial realiza fallos políticos a través de sus sentencias y por otra parte, se tiene que la S.C.J.N. en varias ocasiones se ha pronunciado a favor de la legalización de la marihuana bajo determinadas condiciones.

Al respecto, se debe considerar, que las sentencias emitidas por la S.C.J.N. a favor del uso recreativo de la marihuana, se sustentan en conceptos propios de la política pública, más que en la ciencia del derecho, por lo que, son de analizarse los razonamientos emitidos en sus fallos para determinar que efectivamente constituyen activismo judicial.

Si bien, fue a través de cinco precedentes en los que la S.C:J.N. declaró la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del uso de marihuana para fines lúdicos, por lo que respecta a este trabajo solo se hará alusión a cuatro de ellos, mismos que se expondrán desde un panorama general, a desarrollar a continuación.

1. Amparo en revisión 237/2014 y derecho al libre desarrollo de personalidad

Se tiene como antecedente el amparo en revisión 237/2014 resuelto por la S.C.J.N. y promovido por los quejosos Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo y la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, como resultado de la negativa del Juzgado de Distrito, respecto a declarar la inconstitucionalidad de diferentes artículos de la Ley General de Salud por establecer una política prohibicionista del consumo personal de marihuana para fines lúdicos, atentando contra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, como se desprende de la síntesis del amparo en cuestión:

> I. Tema:
> Constitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en relación con la producción, uso y autoconsumo del estupefaciente “cannabis” y el psicotrópico “THC”, en conjunto conocidos como “marihuana”.
> II. Propuesta del proyecto:
> Como se expuso en los antecedentes de la presente resolución, esta Primera Sala advierte que los ahora recurrentes plantearon originalmente

> en su demanda de amparo la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley General de Salud, al considerar que los mismos establecen una "política prohibicionista" respecto del consumo individual de marihuana, misma que limita indebidamente, entre otros, los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad y autodeterminación, todos en relación con el principio de dignidad humana.
>
> De acuerdo con los recurrentes, la prohibición del consumo de marihuana implica la supresión de conductas que confieren al individuo una diferencia específica de acuerdo a su singularidad, restricción que no se encuentra justificada ya que la imposición de un estándar único de vida saludable no es admisible en un Estado liberal que basa su existencia en el reconocimiento de la singularidad e independencia humana. Así, en síntesis sostuvieron que la prohibición para consumir marihuana se basa en un prejuicio sustentado en valoraciones morales y no en estudios científicos, revelando que el Estado no ha actuado con neutralidad ética.
>
> En la sentencia de amparo, el Juez de Distrito calificó como infundados los argumentos de los quejosos, señalando entre otras cosas que los artículos impugnados no limitan el derecho de los quejosos a elegir la apariencia, actividad o manera en que desean proyectar y vivir su vida, ni tienen como finalidad imponer modelos y estándares de vida que sean ajenos a los quejosos, sino que los mismos se encuentran dirigidos a tutelar y hacer eficaz el derecho a la salud de la población en general....[32]

Si bien, a través del amparo los quejosos pretendían obtener una autorización para el consumo personal de la marihuana con fines lúdicos, también solicitaron el reconocimiento de otros derechos ligados al autoconsumo de marihuana, como lo son "la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, trasporte en cualquier forma, empleo, uso consumo y, en general, todo acto relacionado con el consumo lúdico y personal de la marihuana"[33], a su vez, excluyendo los actos relativos al comercio.

Asimismo, un aspecto importante respecto a la argumentación de los quejosos, es el señalamiento que realizaron de la vulneración a los derechos de identidad personal, propia imagen, entre otros relacionados con la dignidad humana, toda vez que la Primera Sala de la S.C.J.N. consideró que estos se encuentran incluidos en el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De este modo, la S.C.J.N. ha definido el derecho al libre desarrollo de la

32 Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, noviembre de 2015 (Méx.).
33 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

personalidad como "...un derecho fundamental que deriva del derecho a la dignidad, que a su vez está previsto en el artículo 1° constitucional y se encuentra implícito en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país."[34]

Igualmente, de acuerdo a la S.C.J.N. este derecho supone la libertad de toda persona a "...elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida"[35], así como "...el reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de toda persona a ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera."[36]

Consecuentemente, la S.C.J.N. realiza alusión a la doctrina y explica que el desarrollo libre de la personalidad tiene dos dimensiones; una externa y una interna. La primera consiste en la libertad de acción, la que permite a su vez, que la persona pueda realizar "...cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad"[37]. Por otra parte, la dimensión interna consiste en la protección del derecho a la privacidad de la persona, siempre "...en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal..."[38]

Regresando a lo argumentado por los recurrentes, estos manifestaron que el consumo personal de marihuana con fines lúdicos, así como todas las acciones vinculadas a esta, integran una decisión que cabe dentro de lo que es el derecho al libre desarrollo de la personalidad. De esta manera, sostuvieron que "...la normativa impugnada impone modelos y estándares de vida ajenos a los particulares, pues sólo se respeta la identidad de cada sujeto si se le permite actuar en consecuencia a sus propios rasgos, cosmovisiones, concepciones de la vida buena y elementos que a su juicio lo definen y singularizan..."[39]

En consecuencia, la Primera Sala de la S.C.J.N. declaró su anuencia respecto al autoconsumo de marihuana como parte del derecho de todo individuo al libre desarrollo de la personalidad y que por tanto, debe ser protegido por la Ley Fundamental:

> ....Al respecto, esta Primera Sala entiende que efectivamente el derecho fundamental en cuestión permite prima facie que las personas mayores de

34 *Ídem.*
35 Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende, Pleno de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, Tesis LXVI/2009, Página 7 (Méx.).
36 Ídem.
37 Amparo en Revisión 237/2014, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, noviembre de 2015 (Méx.).
38 *Ídem.*
39 *Ídem.*

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

> edad decidan sin interferencia alguna qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, al tiempo que también permite llevar a cabo todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección.
>
> De esta manera, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido "afecten" los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen "el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales". Así, al tratarse de "experiencias mentales", éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de "afectar" su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada prima facie por el derecho al libre desarrollo de ésta.
>
> Ahora bien, una vez que se ha expuesto en el marco regulatorio para el control de estupefacientes y substancias psicotrópicas en la Ley General de Salud, así como el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad, esta Primera Sala está en posición de concluir que los artículos de dicho ordenamiento identificados por el Juez de Distrito como actos reclamados efectivamente inciden en el contenido prima facie del derecho fundamental, toda vez que constituyen un obstáculo jurídico que impide a los quejosos ejercer el derecho a decidir qué tipo actividades recreativas o lúdicas desean realizar, al tiempo que también impide llevar a cabo lícitamente todas las acciones o actividades necesarias para poder materializar esa elección a través del autoconsumo de la marihuana....[40]

No obstante lo anterior, la S.C.J.N. siguió su pronunciamiento con una limitante, en razón de que declaró que "...el libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, de tal manera que puede ser limitado con la finalidad de perseguir algún objetivo constitucionalmente válido...", asimismo, este derecho encontrará sus límites tanto en el orden público, como donde empieza la esfera del derecho de otra persona. Por ejemplo, el usarla en lugares públicos o donde haya menores de edad.

Después de sus razonamientos, la S.C.J.N. declaró la inconstitucionalidad de los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248

40 *Ídem.*

de la Ley General de Salud y por tanto, autorizó el uso de marihuana para fines recreativos, sin que esto implique el realizar actos de comercio con la misma;

f) ...esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que son inconstitucionales los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos —sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar— del estupefaciente "cannabis" (sativa, índica y americana o mariguana, su resina, preparados y semillas) y del psicotrópico "THC" (tetrahidrocannabinol, los siguientes isómeros: Δ6a (10a), Δ6a (7), Δ7, Δ8, Δ9, Δ10, Δ9 (11) y sus variantes estereoquímicas), en conjunto conocido como marihuana, declaratoria de inconstitucionalidad que no supone en ningún caso autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación y/o distribución de las substancias antes aludidas, en el entendido de que el ejercicio del derecho no debe perjudicar a terceros.[41]

2. Amparo en revisión 623/2017

En este mismo sentido, otra resolución para analizar lo representa el amparo 623/2017, que si bien es cierto, al igual que en caso anterior, se argumentaba la inconstitucionalidad de distintos artículos de la Ley General de Salud, en razón de que vulneraban el derecho al desarrollo de la libre personalidad, existía diferencia tanto en la petición del recurrente, consistente en la autorización para adquirir la semilla de marihuana, como en los preceptos impugnados, los cuales no fueron objeto de litigio en el amparo 237/2014, por lo que, se realizó de nueva cuenta un estudio constitucional:

"En sesión de cuatro de noviembre de dos mil quince, esta Primera Sala resolvió el amparo en revisión 237/2014 que guarda una similitud sustancial con el presente caso. En ese sentido, se retomarán las consideraciones de dicho amparo en revisión para resolver el asunto en lo concerniente a los artículos 235, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud. Ahora bien, un breve apartado de consideraciones diferenciadas tendrá por objeto analizar la constitucionalidad de los artículos 234, 368 y 479 del mismo ordenamiento, cuya constitucionalidad no fue objeto de litis en el amparo en revisión 237/2014."[42]

41 *Ídem.*

42 Amparo en Revisión 623/2017, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.]

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

Si bien, estos preceptos no fueron objeto del litigo en el amparo en revisión 237/2014, en razón de que, en su momento, no se impugnaron en el amparo respectivo, cabe precisar que la Primera Sala los trató brevemente en el mismo, al afirmar que:

> ...esta Primera Sala advierte que en su séptimo agravio, relacionado con el sexto concepto de violación planteado en la demanda de amparo, los quejosos sostuvieron que el Juez de Distrito atendió indebidamente su argumento respecto a que los artículos 234, 235, 237, 245, 247, 248, 368 y 479 de la Ley General de Salud, resultan inconstitucionales al transgredir el artículo 73, fracciones XVI y XXI, de la Constitución, referido a la facultad de legislar en materia de salubridad general y establecer los delitos y faltas contra la Federación, pues dicha facultad "encuentra un límite implícito en las relaciones individuales que no interfieren en la órbita de acción de otra u otras personas".

En este sentido, a pesar de que se observa que el Juez de Distrito calificó como infundado e inoperante el referido concepto de violación, esta Primera Sala considera que el agravio deviene inoperante, en tanto que como se expuso en apartados anteriores, los artículos señalados por los quejosos como actos reclamados no se refieren a tipos penales en materia de delitos contra la salud, sino a regulaciones de carácter meramente administrativo relativas a la autorización para la realización de actos relacionados con estupefacientes y psicotrópicos.

Así, resulta evidente que esta Primera Sala se encuentra imposibilitada para pronunciarse respecto a la constitucionalidad de la criminalización del consumo de marihuana, como pretenden los recurrentes, pues los artículos que contienen los tipos penales en cuestión no fueron impugnados en la demanda de amparo ni aplicados en la resolución administrativa reclamada.

De este modo, aunque la S.C.J.N. no trato directamente el debate sobre la constitucionalidad de los artículos en cuestión, lo cierto es que con anterioridad al amparo en revisión 623/2017 ya había declarado la inconstitucionalidad de los mismos.

En este mismo sentido, en relación al amparo 623/2017, pese a que se analizaron y valoraron diferentes aspectos relativos a las afectaciones a la salud, el desarrollo de dependencia, la inducción a la comisión de otros delitos y la propensión a utilizar drogas más duras, entre otros, todos llegaron a una valoración positiva, asimismo, respecto al derecho al libre desarrollo de la personalidad, se pronunciaron a favor de que los artículos aludidos lo vulneraban y por tanto, la decisión de usar la marihuana es una forma en que las personas ejercen el referido derecho:

[Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, junio de 2018 (Méx.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

> 168. Es infundado el agravio segundo adhesivo en la parte que refiere que las normas impugnadas no limitan en forma alguna la libertad del quejoso de proyectarse, vivir su vida y escoger su apariencia personal, en suma, que no inciden en su libre desarrollo de la personalidad. Lo anterior pues, como se expuso anteriormente, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de autonomía personal que debe estar protegida por la Constitución. Esa elección puede incluir, como ocurre en el presente caso, la ingesta o el consumo de sustancias que produzcan experiencias que en algún sentido "afecten" los pensamientos, las emociones y/o las sensaciones de la persona. En esta línea, se ha señalado que la decisión de fumar marihuana puede tener distintas finalidades, entre las que se incluyen "el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias personales y espirituales". Así, al tratarse de "experiencias mentales", éstas se encuentran entre las más personales e íntimas que alguien pueda experimentar, de tal manera que la decisión de un individuo mayor de edad de "afectar" su personalidad de esta manera con fines recreativos o lúdicos se encuentra tutelada prima facie por el derecho al libre desarrollo de ésta. Por tanto, contrario a lo argumentado por el recurrente adhesivo, las normas impugnadas sí inciden en el libre desarrollo de la personalidad al limitar la forma que tiene el quejoso recurrente de vivir su vida decidiendo si "afecta" o no su personalidad con fines recreativos o lúdicos.[43]

Concluyendo, luego de un largo análisis valorativo, la S.C.J.N. con un razonamiento similar al realizado en el caso anterior, resolvió conceder el amparo, pero únicamente respecto a la adquisición de semillas y no a la importación:

> 173. Por lo tanto, este Alto Tribunal procede a revocar la sentencia recurrida y conceder el amparo para el efecto de que el Director Ejecutivo de Regulación de Estupefacientes, Psicotrópicos y Sustancias Químicas de la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios, autoridad señalada como responsable en el juicio de amparo, otorgue al quejoso la autorización sanitaria respecto de las substancias y para los efectos a los que se ha hecho referencia en el párrafo anterior, en el entendido de que corresponderá a la Comisión Federal para la Protección de Riesgos Sanitarios determinar en dicha autorización la modalidad y cantidad máxima de adquisición de semillas de la planta referida, por

43 *Ídem.*

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

> ejemplo a través del otorgamiento de permisos especiales y/o tenedores legales con los controles administrativos conducentes.
> 174. Sobre la solicitud de importación de la semilla, esta Primera Sala advierte que el artículo 290 de la Ley General de Salud establece un catálogo taxativo de sujetos que pueden recibir autorización especial para importar sustancias psicotrópicas, productos o preparados de las mismas entre los que no se encuentran las personas físicas, a saber, 1) droguerías y 2) establecimientos destinados a producción de medicamentos autorizados por la propia Secretaría. Este artículo no fue impugnado en el juicio de amparo y, por tanto, su constitucionalidad no forma parte de la litis. Siendo así, resulta notorio que el quejoso no ha impugnado la totalidad de artículos que potencialmente le permitirían la importación de las semillas en los términos solicitados, por lo que no resulta conducente concederle la protección constitucional para tal efecto[44].

3. Amparos en revisión 547/2018 y 248/2018

Después de fallar en favor del uso y consumo de marihuana en los amparos anteriores, la S.C.J.N. nuevamente reiteró su postura a través de los amparos en revisión 547/2018 y 248/2018.

Con respecto al amparo 547/2018, al igual que en los anteriores amparos, se promovió con la finalidad de hacer valer el derecho al libre derecho de la personalidad de los quejosos con respecto al uso de la marihuana, pero en este caso, solicitan la autorización para la adquisición e importación de marihuana.

No obstante, se declaró el sobreseimiento del mismo toda vez que se actualizaba la causal de improcedencia por cosa juzgada, sin embargo, esto solo alcanzaba a los quejosos Zara Ashley Snapp Hartman, María Teresa Cecilia Autrique Escobar, Fernando Ramos Casas, María Josefina Santacruz González y Francisco Javier Mancera Arrigunaga, quienes con anterioridad habían promovido un amparo de la misma naturaleza, por lo que, el juicio continúo con el quejoso Aram Saúl Tlacaelel Ramírez, de la siguiente manera:

> 48. En virtud de que el Tribunal Colegiado levantó el sobreseimiento del juicio y de que no se ha sobreseído por los actos reclamados por el quejoso **********, esta Primera Sala debe ocuparse del análisis de los conceptos de violación expresados en la demanda de amparo, que en esencia, consisten en lo siguiente: el sistema de prohibiciones administrativas previsto en las normas reclamadas, o "política prohibicionista", viola los derechos humanos a la dignidad, identidad personal, pluralismo, derechos de

44 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

la personalidad, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación individual, libertad personal y corporal, así como la salud propia, porque el autoconsumo privado de marihuana no daña a terceros, por lo que el Estado carece de legitimidad para prohibir una conducta de esa naturaleza, pero además, esa medida no persigue una finalidad legítima, porque pretende proteger la salud en contra de la voluntad de sus titulares, ni es idónea, ni necesaria ni proporcional, pues hay evidencia de que la medida no logra evitar el consumo ni la adicción, hay medidas menos restrictivas como las regulaciones del tabaco o el alcohol, y afecta desproporcionadamente esos derechos.

49. Esta Primera Sala, el cuatro de noviembre de dos mil quince, resolvió el amparo en revisión **********,(9) asunto que guarda una similitud sustancial con éste, por lo que se retomarán las consideraciones de dicho amparo en revisión para resolver el asunto en lo concerniente a los artículos 235, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud.

50. Asimismo, en sesión de trece de junio de dos mil dieciocho esta Primera Sala resolvió el amparo en revisión **********, que guarda una semejanza sustancial con el presente caso(10) en lo tocante a la constitucionalidad de los artículos 234, 368 y 479 del mismo ordenamiento (cuya constitucionalidad no fue objeto de litis en el amparo en revisión **********),(11) así como en el hecho de que en este caso se deberá determinar, también, si debe autorizarse la importación y adquisición de la semilla de marihuana.(12)

51. En efecto, en su solicitud de autorización frente a la Cofepris, el quejoso, hoy recurrente, incluyó todos los actos correlativos al autoconsumo de marihuana, mencionando expresamente la importación y adquisición de la semilla, excluyendo expresamente los actos de comercio, tales como la distribución, enajenación y transferencia de la misma.(13) Ante la respuesta recaída al trámite de su solicitud, el quejoso la impugnó respecto de todos y cada uno de esos actos mediante el juicio de amparo en los términos indicados, así como los artículos relativos de la Ley General de Salud que podrían erigirse como un obstáculo para la obtención de dicha autorización.

52. En esa lógica, el quejoso reclamó los diversos artículos de la Ley General de Salud que consideraron aplicados en los oficios reclamados en los términos planteados en su solicitud, y que constituirían legalmente un impedimento para que pudiera realizar todos los actos correlativos al autoconsumo de marihuana.

53. Lo anterior muestra que, desde su solicitud y a lo largo de todo el procedimiento, el quejoso pretendió que se autorizara toda la cadena

de autoconsumo, es decir, que se autorizara la realización de todos los actos que estimaron son condición necesaria para lograr su objetivo –el consumo personal con fines lúdicos y recreativos de marihuana– dentro de los cuales consideraron que se encuentra tanto la importación como la adquisición de la semilla.

54. No pasa inadvertido para esta Primera Sala que el quejoso únicamente solicitó la importación y la adquisición de la semilla, no así la obtención de la planta ni sus productos. Ello indica que pretende realizar por sí mismo toda la cadena de actos necesarios para lograr el autoconsumo de marihuana –la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento y consumo final– limitando el papel de terceros, ya sea una autoridad o un tenedor legal, a la entrega de la semilla de cannabis.

55. En vista de lo anterior, esta Primera Sala considera que, a diferencia del amparo en revisión **********, en este asunto debe estudiarse si debe o no concederse el amparo para que se autorice la importación y la adquisición de la semilla de cannabis, en el entendido de que la autorización de ambos actos fue solicitada expresamente ante la autoridad administrativa y su negativa fue impugnada en el juicio de amparo, al pretenderse explícitamente la realización de todos los actos de la cadena de autoconsumo con fines lúdicos y recreativos de marihuana sin la intervención de terceros –salvo la entrega de la semilla– excluyendo expresamente los actos de comercio, tales como distribución, enajenación y transferencia de la misma.[45]

Como se desprende de lo anterior, el quejoso por medio de argumentos de violación en esencia similares a los de amparos anteriores, solicitó la autorización de todos los actos que implican el autoconsumo de marihuana, los cuales, integran tanto la importación como la adquisición de la semilla, a diferencia de los otros casos en los que se limitaban al consumo personal y los actos relacionados a este, claro está, todo con fines lúdicos.

Igualmente, en este caso la S.C.J.N. decidió considerar fundados los argumentos del quejoso y otorgar la protección constitucional, pero solo "...en lo concerniente a los artículos 235, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo y 248 de la Ley General de Salud, al entender que tales artículos impugnados limitan de forma injustificada el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad."[46] Asimismo, se tiene que en relación a los artículos 234, 236, 368 y 479, fue negado el amparo,

45 Amparo en Revisión 547/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2019 (Méx.).
46 *Ídem.*

toda vez que estos no causaban un perjuicio directo a la autorización sanitaria solicitada por el quejoso;

> 208. Como puede apreciarse, el artículo 234 considera a la cannabis sativa como un estupefaciente para los efectos de la propia ley. El 236 establece que la secretaría establecerá los requisitos y expedirá los permisos para la adquisición y el traspaso, necesarios para el comercio o tráfico de estupefacientes. El artículo 368 establece la naturaleza de acto administrativo de las autorizaciones sanitarias, sus requisitos y modalidades. Finalmente, el artículo 479 establece la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato....
> 213. Artículo 479 de la Ley General de Salud. Finalmente, por lo que respecta al artículo 479, siguiendo el precedente del amparo en revisión **********, es importante señalar que si bien el artículo 478 de la Ley General de Salud,(174) en relación con el artículo 479, señala que el Ministerio Público no ejercerá acción penal en contra de quien posea hasta cinco gramos de marihuana, esta Suprema Corte ha interpretado que dicha disposición contiene una excluyente de responsabilidad,(175) lo que significa únicamente que en esos casos no debe aplicarse la pena a quien haya cometido el delito en cuestión, pero no consagra de ninguna manera una autorización o un derecho al consumo personal en los términos en los que lo solicita el quejoso. En este sentido, debe destacarse que el artículo 479 de la Ley General de Salud no forma parte del "sistema de prohibiciones administrativas", sino del "sistema punitivo" previsto en la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal, en relación con el control de estupefacientes y psicotrópicos. Sobre dicho artículo, debe enfatizarse que el quejoso no ha esgrimido razones específicas para su inconstitucionalidad, sino que lo ha combatido de forma genérica en el encuadre de lo que llaman "política prohibicionista".
> 214. Esta Primera Sala considera sus alegatos inoperantes. Resulta notorio que, en el marco de la autorización sanitaria peticionada por el quejoso, dicho artículo no le genera perjuicio, pues no prohíbe la emisión de autorización sanitaria alguna respecto a las conductas pretendidas por él. Es decir, si, como se precisará a continuación, uno de los efectos de la concesión del presente amparo consiste en la obligación de la Secretaría de Salud de expedir la autorización a la que hace referencia el artículo 235, es evidente que el quejoso no podrá cometer los delitos en cuestión que, a su vez, remiten la tabla de orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato prevista en el artículo 479.
> 215. En ese sentido, ante la falta de perjuicio directo al quejoso, en tanto el artículo impugnado no obstaculiza la autorización pretendida que será

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

> objeto de este amparo, debe considerarse que dicho planteamiento de inconstitucionalidad resulta inoperante....[47]

De este modo, la S.C.J.N. resolvió conceder el amparo en las "porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo con fines lúdicos o recreativos..."[48] asimismo, agregó al igual que en los casos anteriores, que la declaración de inconstitucionalidad "...no supone en ningún caso autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refieran a la enajenación y/o distribución de las sustancias antes aludidas, en el entendido de que el ejercicio del derecho no debe perjudicar a terceros."[49]

Finalmente, en relación al Amparo en revisión 548/2018, tomando la misma metodología, los quejosos solicitaron a la C.O.F.E.P.R.I.S. autorización para el consumo personal de la marihuana con fines lúdicos o recreativos, incluyendo a su vez, "...todos los actos relativos al autoconsumo de marihuana, consistentes en la siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión y transporte; así como la importación y adquisición de la semilla; con exclusión de cualquier acto de comercio, como la distribución, enajenación, transferencia, etcétera."[50]

Al respecto, la C.O.F.E.P.R.I.S en respuesta a la solicitud, realizó una prevención para que los solicitantes acreditarán su interés jurídico, a lo que estos decidieron promover un amparo en contra de la misma. De este modo, fue hasta que el Tribunal Colegiado decidió revocar la sentencia recurrida y levantar el sobreseimiento, que el asunto se remitió a la S.C.J.N. a efecto de que se pronunciará sobre el problema de constitucionalidad planteado.

Como resultado, la S.C.J.N. declaró la inconstitucionalidad de los preceptos impugnados, integrando a su vez, las porciones normativas que prohíben a la Secretaría de Salud emitir autorización para la adquisición de la semilla de marihuana. También, se especificó que el derecho al autoconsumo de marihuana no podrá ser ejecutado en lugares públicos, ni en presencia de menores, asimismo, se declaró la exclusión de responsabilidad penal a favor de los quejosos, como se afirma:

> En conclusión, y a diferencia de lo resuelto en el amparo en revisión 237/2014, en la presente ejecutoria se declara la inconstitucionalidad de

47 *Ídem.*
48 *Ídem.*
49 *Ídem.*
50 Amparo en Revisión 548/2018, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, febrero de 2019 (Méx.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, incluyendo las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para adquirir la semilla de cannabis en los términos señalados, por ser una medida desproporcionada y constituir el presupuesto necesario para que la cadena de autoconsumo de marihuana con fines lúdicos y recreativos amparada por el libre desarrollo de la personalidad de los quejosos pueda completarse.

La declaratoria de inconstitucionalidad anterior no supone en ningún caso autorización para realizar actos de comercio, suministro o cualquier otro que se refiera a la enajenación y/o distribución de las substancias antes aludidas, en el entendido de que respecto de estos actos no existió solicitud y el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad no debe perjudicar a terceros. En ese sentido, este derecho no podrá ser ejercido frente a menores de edad, ni en lugares públicos donde se encuentren terceros que no hayan brindado su autorización.

Una vez precisado lo anterior, se estima necesario destacar que si bien, como se ha venido reiterando, en la presente resolución no se realiza pronunciamiento alguno respecto de la constitucionalidad de los tipos penales que criminalizan el consumo y otros actos relacionados con la marihuana, lo cierto es que al declararse por parte de este Alto Tribunal la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley General de Salud antes señaladas y, en consecuencia, permitírsele a los recurrentes el recibir una autorización por parte de la Secretaría de Salud para realizar todas las actividades necesarias para el uso lúdico de la marihuana, al efectuar estas actividades los recurrentes no incurrirán en los delitos contra la salud previstos tanto por la propia Ley General de Salud como por el Código Penal Federal.51

4. Activismo judicial en los pronunciamientos de la S.C.J.N.

Si bien es cierto, la S.C.J.N. creó jurisprudencia al declarar por quinta vez la inconstitucionalidad de la prohibición absoluta del autoconsumo de marihuana para fines lúdicos, cabe precisar que no fue así en el caso de la adquisición de semilla de marihuana, en la que existe solo la aprobación por medio de dos amparos, en los que se estableció también, que esta prohibición vulnera el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

En relación al consumo personal de marihuana, por conformar ahora jurisprudencia, resulta evidente que los tribunales del país estarán obligados a

51 *Ibídem*, pp. 88-89.

observar el criterio de la S.C.J.N. y conceder el amparo a todo aquel que le sea prohibido el autoconsumo de marihuana con fines lúdicos.

Al respecto, se ha afirmado que se crea una pauta para que en pleno de la S.C.J.N. sea analizada la declaratoria general de inconstitucional respectiva, y por tanto, sea posible declarar los efectos generales de la misma, como afirmó el Ministro Arturo Zaldívar "...se abre una puerta muy clara para que pueda analizarse en el pleno la declaratoria general de inconstitucionalidad, a partir de la cual, si se consiguen ocho votos, se declararía con efectos generales esta inconstitucionalidad y desde ahí ya no sería necesario que las personas acudieran al juicio de amparo."[52]

En contraste con el tema que actualmente nos ocupa y que se refiere al activismo judicial, se ha afirmado que el razonamiento de la S.C.J.N. tiene dos causas; "...una de ellas el acoplamiento estructural del sistema —económico-consumista— al político, y este último al jurídico, y otra causa más: la visión errada y absolutista de los derechos humanos."[53]

Si bien, la S.C.J.N. desarrolló sus pronunciamientos a través de los siguientes ejes de análisis:

> "(i) explicar el marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud; (ii) establecer la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido prima facie del derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad; y (iii) determinar si la medida impugnada supera las cuatro gradas del test de proporcionalidad: (a) constitucionalidad de los fines perseguidos con la medida; (b) idoneidad; (c) necesidad; y (d) proporcionalidad en sentido estricto. Finalmente, (iv) exponer las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos...de la Ley General de Salud, (v) analizar la constitucionalidad de los artículos... de la Ley General de Salud y (vi) estudiar los agravios del recurso adhesivo."

Además de analizar circunstancias como la salud pública, la incidencia en otros delitos, la dependencia a la marihuana, entre otros, lo cierto es que sus razonamientos no se sustentaron meramente en el análisis jurídico, si no que fueron más orientados a justificar un sistema social y consumista. Si bien, la S.C.J.N. ha sido muy específica con respecto a la negativa del comercio de marihuana y toda actividad similar a esta, se ha afirmado que la autorización del consumo

52 Mariguana el dilema verde, *Avalan mariguana para uso recreativo; Suprema Corte emite jurisprudencia*, EXCELSIOR, (nov. 1, 2018). https://www.excelsior.com.mx/nacional/avalan-mariguana-para-uso-recreativo-suprema-corte-emite-jurisprudencia/1275504

53 Brando A. Lemus Ramos, *Derecho a la autodestrucción: amparo histórico sobre el uso de cocaína para fines recreativos*, Hechos y Derechos, (septiembre-octubre 2019). https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13987/15236

lúdico de marihuana integra parte del sistema económico, como se afirma:

> "La economía como sistema... ha comenzado una comunicación de integración de las drogas al mercado, un proceso que bien puede rastrearse desde la década de los ochenta, en términos sociológicos se está presentando un acoplamiento estructural donde el sistema económico manda una nueva señal de gasto —en mercancías de droga—, el sistema político da apertura o clausura dicha comunicación, esto se observa en el debate social y las posturas del poder, si decide apertura a la comunicación —como es el caso— acepta la nueva orden del sistema económico, esto anterior nos queda muy claro por los negocios dentro del narcoestado en México; por último, al sistema jurídico sólo le queda legitimar dicha decisión para terminar por acoplar el sistema social, dicha legitimación se nos está representando con las señales comunicativas, como lo es la ley, en este caso una ley o norma individualizada..."[54]

Resulta importante señalar, que con independencia de las posturas a favor o en contra del pronunciamiento de la S.C.J.N., su fallo integró una definición propia de la teoría política, toda vez que, al sostener que se vulnera el libre desarrollo de la personalidad, en razón de que la elección de actividades lúdicas, como lo es el autoconsumo de marihuana, es una decisión que forma parte de la autonomía personal de las personas y que por tanto, debe ser protegida por la Ley Fundamental, se fomenta el consumo, el cual, en sí mismo representa una idea política y social, en efecto:

> "El consumo es la reproducción de una serie de cánones comunicativos que determinan una idea social o política, nunca se hablará de una necesidad fisiológica al consumir; de hecho, el consumo es el derroche y el exceso, no la ingesta de necesidades fisiológicas. Cabe mencionar que el mercado neoliberal tiene un pilar ideológico-económico en el consumo exacerbado, es decir, el consumo."[55]

Más que realizar un razonamiento donde se analicen conceptos como el derecho colectivo a la salud pública, en contraposición con el derecho individual al libre desarrollo de la personalidad, la S.C.J.N. se inclinó a puntos subjetivos donde se daba un valor mayor a este último derecho, el cual, implica en sí mismo el consumismo como parte del sistema económico y político, a la vez, que utiliza a la reducción de la inseguridad en el país como pretexto.

54 *Ídem.*
55 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

Finalmente, como se mencionó en apartado anterior, una política pública consiste en aquellas acciones que realiza el estado con el objetivo de cubrir necesidades públicas y atender el interés social, por tanto, existe definición de políticas públicas por parte de la S.C.J.N. cuando la sentencia emitida por este, ordene a los otros órganos realizar actividades orientadas a satisfacer las referidas necesidades.

Por lo anterior, se puede afirmar que el razonamiento de la S.C.J.N. vino a implementar una política pública al resolver lo que el legislativo no logró hacer y por el contrario, da una oportunidad para que los otros poderes actúen con el fin de regular el uso y consumo personal y lúdico de marihuana, es decir, creo la pauta para que los otros órganos puedan integrar la marihuana de manera legal, al sistema económico y social.

V. CONCLUSIONES

Para finalizar, se concluye que la S.C.J.N. a través de sus sentencias activistas, independientemente de ser o no correctas, emprende una nueva posición en la que opera como un creador de políticas públicas, las cuales deben ser acatadas por los otros órganos de gobierno, y como resultado adquiere otro tipo de intervención, yendo más allá de las funciones que tiene por su propia naturaleza.

Por otra parte, esta intervención activista de la Corte, puede resultar algo favorable para el sector público, toda vez que representa la posibilidad de que toda persona, ante la falta de políticas públicas, acuda a la S.C.J.N. como formulador de las mismas, para obtener el amparo, establecimiento o en su caso reformulación de estas, para su posterior inclusión en la agenda pública mexicana.

Igualmente, se puede concluir que el activismo judicial se ve reflejado en la acción jurisdiccional, así como en marchas, manifestaciones, declaraciones gubernamentales, de opinión periodística que tuvieron eco, pero también es cierto que esto apenas comienza, quedando pendiente lo relativo a la importación y al comercio del psicotrópico.

También, se debe considerar la influencia de nuestro vecino país del norte, donde en varios de sus estados fronterizos es legal la comercialización de la marihuana, lo que implica la necesidad de aplicar nuevas políticas públicas en nuestro país, que representan la necesidad de reformar y adicionar nuestro marco jurídico.

Aunque no se revisó en el presente estudio, es de considerarse que pese a que la S.C.J.N. se pronunció en favor de la legalización de la marihuana, sus argumentos, propios de una postura activista, carecen del análisis de la inconstitucionalidad de los instrumentos internacionales en materia de drogas, toda vez que existen distintos tratados de los que México es parte, en los que se prohíbe expresamente conceder el uso de marihuana para fines lúdicos.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Queda abierta la influencia mediática sobre el uso medicinal de la marihuana, que también ha influido en las decisiones de la S.C.J.N., que resulta solo con efectos en las resoluciones presentados en los casos concretos, pero sin pronunciarse abiertamente sobre los derechos que le asisten a los quejosos, y dejando en los pendientes las consecuencias legales que implican para modificar la legislación complementaria que criminaliza el consumo, la enajenación, importación y exportación de la mariguana, y que no contempla otras drogas con efectos y resultados similares.

Si bien el pronunciamiento también se da sobre el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ¿qué va a pasar con el uso lúdico de otras drogas duras? ¿Acaso la persona no tiene derecho a decidir sobre otras substancias que ejercen en mayor o menor medida el mismo fin sobre la relajación, concentración y estabilidad mental de la marihuana?

VI. BIBLIOGRAFÍA

Alicia Azzolini Bincaz, *La regulación del consumo, producción y comercialización de la marihuana en México*, 3 Alegatos Coyuntural. 6, 18 (2016). https://app.vlex.com/#WW/vid/650062509

Ana Luz Brun Iñárritu, *El nuevo activismo constitucional del Poder Judicial en México y la idea de justicia. La Suprema Corte y la resolución sobre las tarifas de interconexión telefónica*, 11 Revista In Jure Anáhuac Mayab, 15, 32 (2017).

Animal político, *SCJN emite jurisprudencia para que se permita el cultivo y consumo de la mariguana con fines recreativos*, ANIMAL POLÍTICO, (oct. 31, 2018). https://www.animalpolitico.com/2018/10/scjn-jurisprudencia-cultivo-y-consumo-mariguana-fines-recreativos/

Brando A. Lemus Ramos, *Derecho a la autodestrucción: amparo histórico sobre el uso de cocaína para fines recreativos*, Hechos y Derechos, (septiembre-octubre 2019). https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13987/15236

Derecho al libre desarrollo de la personalidad. Aspectos que comprende, Pleno de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, tomo XXX, diciembre de 2009, Tesis LXVI/2009, Página 7 (Méx.).

José F. García y Sergio Verdugo, *Activismo Judicial un marco para la discusión*, Revista Jurídica del Perú, 63-82. (2013).

La redacción, *El camino hacia la legalización de la marihuana en México*, LETRAS LIBRES, (Nov. 7, 2018). https://www.letraslibres.com/mexico/politica/el-camino-hacia-la-legalizacion-la-marihuana-en-mexico

Luis A. Ramírez Roa, *El activismo judicial y/o constitucional una nueva forma de*

hacer justicia, Revista primera instancia (2014). https://www.primerainstancia.com.mx/articulos/el-activismo-judicial-yo-constitucional-una-nueva-forma-de-hacer-justicia/

Marco Feoli Villalobos, *El nuevo protagonismo de los jueces: una propuesta para el análisis del activismo judicial*, Revista de derecho (2015). https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532015000200006#n48

Mariguana el dilema verde, *Avalan mariguana para uso recreativo; Suprema Corte emite jurisprudencia,* EXCELSIOR, (nov. 1, 2018), https://www.excelsior.com.mx/nacional/avalan-mariguana-para-uso-recreativo-suprema-corte-emite-jurisprudencia/1275504

Real Academia Española, *Activismo judicial*, diccionario del español jurídico (2019). https://dej.rae.es/lema/activismo

Real Academia Española, *Activismo*, diccionario de la lengua española (2019). https://dle.rae.es/activismo

LA JUDICIALIZACIÓN DE LOS PROCESOS ELECTORALES EN MÉXICO

The judicialization of electoral processes in Mexico

Fecha de recepción: 05 de septiembre de 2021 | Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022

Eduardo GAONA-DOMÍNGUEZ* **y María José GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ****

Resumen

La recompensa para las organizaciones que se legitiman es el aumento en sus recursos, lo cual, a su vez, garantiza su supervivencia. El propósito de este trabajo es explicar que los partidos políticos intentan legitimarse ante sus simpatizantes y ante la ciudadanía, al judicializar los procesos electorales, con el fin de poder acceder a un mayor monto de financiamiento público y, por lo tanto, aumentar sus probabilidades de permanecer en el tiempo. Se argumenta que desde los conceptos, ideas y supuestos de la teoría Neo-institucional se pueden explicar las causas de este fenómeno. Se expone un caso de interés para este trabajo, referente a las elecciones extraordinarias del Municipio de Monterrey, Nuevo León, en el año 2018. Dentro de los resultados se señalan las consecuencias de esta judicialización para la confianza ciudadana y para la asignación del presupuesto público destinado a desahogar un número cada vez mayor de impugnaciones. Así mismo, se identificó una paradoja: en su afán por judicializar los procesos electorales, los partidos políticos provocan un detrimento en la confianza que tiene la ciudadanía en las autoridades e instituciones electorales, pero al mismo tiempo, esa desconfianza desemboca en un aumento de la legitimidad de esos mismos partidos promotores de lo contencioso, lo que

Abstract

Organizations increase their resources as a reward for gaining legitimacy, which in turn guarantees their survival. The purpose of this paper is to explain that one way in which political parties try to legitimize themselves in the eyes of their supporters and the public, is to prosecute electoral processes in order to gain access to a greater amount of public funding. It is argued that the concepts, ideas, and assumptions of neo-institutional theory can explain the causes of this phenomenon. A case study of interest for this paper is presented, regarding the extraordinary elections of the Municipality of Monterrey, Nuevo Leon, in 2018. Among the findings of this paper, the consequences of judicialization for citizen confidence and for the allocation of the public budget to address an increasing number of challenges are highlighted. Likewise, a paradox was identified: in their eagerness to judicialize electoral processes, political parties provoke a decrease in the trust that citizens have in authorities and electoral institutions; however, at the same time, this distrust leads to an increase in the legitimacy of these same parties that promote litigation, which in the end results in more votes and greater probabilities of survival. In this regard, the conclusions of this paper imply that when

al final les reditúa en más votos y en mayores probabilidades de sobrevivir. Las implicaciones de este estudio se relacionan con entender que al judicializarse los procesos electorales, como medio de legitimación, ganan pocos y pierde la democracia en general.

Palabras clave: Judicialización de procesos electorales, Legitimación, Neo-institucionalismo, Isomorfismo, Partidos políticos

electoral processes are judicialized, as a means of gaining legitimacy, only a few win and democracy, as a whole, loses.

Keywords: Judicialization of electoral processes, legitimacy, neo-institutional, isomorphism, political parties

*Doctor en Ciencias Administrativas y Maestro en Derecho, ambos con mención honorífica por el ITESM, campus Monterrey, México. Profesor del departamento de la Universidad de Monterrey.
**Licenciada en Derecho por la Universidad de Monterrey, cum laude. Actualmente es investigadora en el CEEAD.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

SUMARIO: *I. Introducción. II. Marco teórico y revisión de literatura. III. Datos descriptivos. IV. El caso de las elecciones extraordinarias en Monterrey. V. Análisis. VI. Conclusiones. VII. Referencias.*

I. INTRODUCCIÓN

Fue en 1946 cuando nace el federalismo electoral y, con él, la forma de organizar elecciones mediante dos vías: en el poder central, a través de la comisión de vigilancia, y en las entidades federativas, a través de comisiones estatales electorales. A partir de esa época, el derecho electoral en nuestro país no ha dejado de reformarse. No hay presidente de la República que no haya enviado iniciativas al Congreso de la Unión, para que en términos del artículo 135 constitucional, se adicionara o reformara la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), en materia político-electoral.[1]

Esta transformación del campo electoral permitió que se hayan creado nuevos partidos políticos, que se haya reconocido la figura de candidaturas independientes, y que se cuente con un órgano jurisdiccional especializado en materia electoral. También evolucionó la figura de árbitro electoral, hasta que, en 2014, se creó el Instituto Nacional Electoral (INE). Además, en un lapso de veinte años, el Poder Ejecutivo Federal ha sido presidido por actores emanados de tres institutos políticos distintos. Todas esas circunstancias han impactado en el panorama electoral, en el desempeño de las instituciones y, por supuesto, en nuestra democracia.

Particularmente en el ámbito jurisdiccional, en el cual existen 32 tribunales electorales locales, 5 salas regionales, 1 sala especializada, y 1 sala superior, los contendientes de una elección en México parecen tener incrustada la idea de que todas estas instancias deben ser agotadas, siempre, en las diversas etapas del proceso electoral, no importando si se tiene o no la razón jurídica.

No obstante, los datos oficiales muestran que un número importante de las apelaciones que se hacen a la justicia resultan en denuncias frívolas.[2] Esta práctica rampante provoca que los partidos políticos hayan *institucionalizado* la práctica de judicializar los procesos electorales, inclusive cuando los actos

1 Emilio Rabasa, *Las reformas constitucionales en materia político-electoral*, 2 Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, 147 (2012), DOI: http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487910e.2012.2.10002.
2 Las leyes locales incluyen este supuesto, por ejemplo, el artículo 363 de la Ley Electoral de Nuevo León.

jurídicos que se combaten ni siquiera les son adversos.[3] Por esto, se intuye que los institutos políticos buscan obtener legitimidad por la vía contenciosa, con el fin de garantizar su propia supervivencia, como lo establecen Kostova y Zaheer.[4] Estas autoras han observado que la recompensa de las organizaciones que se legitiman se relaciona con el aumento de sus recursos. Para el caso concreto, los partidos políticos buscan legitimarse ante sus simpatizantes y la ciudadanía, judicializando los procesos electorales y esperando obtener un mayor monto de financiamiento, lo cual, naturalmente, aumentará sus probabilidades de sobrevivir.

Al respecto, la información pública indica que la utilización de los medios de impugnación en materia electoral ha aumentado significativamente en las últimas décadas. Por ejemplo, en el periodo comprendido entre 1999 a 2008, es decir, durante 9 años, se interpusieron 20,335 medios de impugnación, correspondientes a: recursos de apelación, juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, juicios de revisión constitucional electoral, juicos de inconformidad y recursos de reconsideración. Mientras que, para el siguiente periodo, de 2009 a 2018, esta cifra se incrementó significativamente, al presentarse 128,688 medios de impugnación.[5]

Evidentemente, muchas solicitudes de justicia son genuinas y hasta loables; sin embargo, el juego de "impugnar por impugnar", tendría consecuencias para la democracia mexicana, particularmente en la confianza de la ciudadanía en los resultados electorales, pero también en el presupuesto público que se destina a movilizar la maquinaria jurisdiccional para desahogar los asuntos. Así, mientras los partidos políticos y sus candidatos presentan denuncias frívolas, es la ciudadanía quien asume la falta de certeza jurídica y el costo pecuniario de lo que está *subjúdice*.

Por un lado, esta falta de certeza jurídica conlleva a la desconfianza ciudadana del sistema político del país, como lo han señalado Monteryo, Zmerli, Newton, y Norris.[6] En México, estos datos son preocupantes: menos de la mitad de la ciudadanía confía en las instituciones electorales (33%), en los jueces y magistrados (32%), y en los partidos políticos (18%).[7] Por otro lado, la consecuencia

3 Por ejemplo, cuando se acuerda la creación de un nuevo instituto político.

4 Tatiana Kostova y Srilata Zaheer, *Organizational legitimacy under conditions of complexity: The multinational enterprise*, 1 Academy of Management Review, 64-81 (1999). https://doi.org/10.2307/259037.

5 Unidad de estadística e información jurisdiccional, Asuntos recibidos por el Tribunal Electoral por tipo de medio y año. https://www.te.gob.mx/estadisticas/EstadisticaBOE/Estadistica/E2-Portal%20SGA.pdf (última consulta diciembre 22, 2021).

6 Montero, Zmerli, Newton, y Norris, cit. por Sebastián Rivera, *Confianza y participación política en América Latina*, 235 Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, 556 (2018). http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2019.235.

7 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental [ENCIG] 2019, (2019). https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/ (última consulta diciembre 22, 2021).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

del creciente volumen de impugnaciones impacta en el Presupuesto de Egresos de la Federación, porque cada vez se destinan montos mayores al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) y a los tribunales locales, para impartir justicia.[8]

Por lo tanto, judicializar los procesos electorales supone la acción de impugnar, de manera recurrente, las decisiones que emanan de la autoridad electoral, con el fin de intentar revertir los resultados que los contendientes estiman desfavorables, no obstante que, aún de forma *a priori*, los actores conozcan que el derecho no les asiste.

Los conceptos, ideas y supuestos de la teoría *Neo-institucional* pueden explicar las causas de este fenómeno, pues advierten que las impugnaciones no racionales encuentran su principal incentivo en la búsqueda de legitimación por parte de los partidos políticos frente a sus simpatizantes, militantes y ciudadanía.

El propósito de este trabajo es explicar porqué los partidos políticos, cada vez con mayor frecuencia, buscan judicializar los resultados de los procesos electorales, inclusive cuando sus pretensiones carecen de fondo y materia. Se señalan también las consecuencias de esta judicialización para la confianza ciudadana y para la asignación del presupuesto público. Se estudian los elementos de la teoría Neo-institucional, mismos que ayudan a explicar el comportamiento no racional de los partidos políticos en este tema.[9] Además, se expone un caso de estudio de interés para este trabajo, correspondiente a las elecciones extraordinarias del municipio en Monterrey, Nuevo León, en el año 2018.

El presente trabajo está organizado de la siguiente manera: primero se presenta el marco teórico del neo-institucionalismo y se revisa la literatura relativa a las variables aquí utilizadas. En la siguiente sección, se utilizan datos descriptivos para exponer información relevante de las variables de confianza ciudadana y del gasto público que se destina a la impartición de justicia. Luego, como caso de estudio de la judicialización de los procesos electorales, se analiza la elección extraordinaria del municipio de Monterrey, realizada en el año 2018. Después, dentro de la sección del análisis y la discusión de los datos, se propone un modelo con el fin de explicar el fenómeno de la judicialización de los procesos electorales en México. Por último, se realizan las conclusiones pertinentes.

8 De conformidad al Presupuesto de Egresos de la Federación y Ley de Egresos del Estado de Nuevo León, de 2011 a 2020.

9 DiMaggio y Powell (1983) brindan un marco de trabajo para dar cuenta de los procesos que hacen que las organizaciones sean más similares, sin que necesariamente sean más eficientes; Paul J. DiMaggio y Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 2 American Sociological Review, 147-160 (1983). https://doi.org/10.2307/2095101.

II. MARCO TEÓRICO Y REVISIÓN DE LITERATURA

A partir de las ideas de teóricos como Weber[10] y Meyer[11], se ha sugerido que el orden social es un producto de normas sociales y reglas que se constituyen por tipos particulares de actores y comportamientos específicos de los mismos. Estos comportamientos, más que inducidos, se han construido socialmente. Bajo este pensamiento, las organizaciones se categorizaron como sistemas racionalizados, es decir, como un conjunto de funciones y actividades asociadas para reflejar las relaciones entre medios y fines, orientados a la consecución de objetivos específicos. En ese sentido, las normas de racionalidad juegan un rol causal en la creación de organizaciones formales.[12]

Posteriormente, el Neo-institucionalismo se desarrolla con los trabajos de Lawrence y Lorsch,[13] quienes proponen una manera de estudiar a las organizaciones fuera de los modelos económicos y jurídicos tradicionales. Dichos autores explican porqué tantas organizaciones acaban con la misma estructura organizacional, a pesar de haberse desarrollado de manera diferente, y cómo las instituciones modelan el comportamiento de otras. A este fenómeno se le llamó *isomorfismo*.

El concepto de *campo organizacional* es fundamental por la presión que ejerce en las organizaciones para adoptar ciertos estándares con la finalidad de ganar legitimación y recursos.[14] De manera que, la noción de campo denota la existencia de una comunidad de organizaciones cuyos participantes interactúan frecuente e intensamente entre ellos.[15] Esto se refiere a un conjunto distintivo de organizaciones que comparten un conjunto de instituciones.[16]

Otro concepto clave del neo-institucionalismo es la *legitimación*.[17] La búsqueda por legitimación puede ser interna o externa;[18] desde la perspectiva interna, la legitimación se valora por los miembros de la organización e incluso frente a grupos profundamente relacionados con la organización, mientras que desde la perspectiva externa, la organización valora la legitimación de la sociedad,

10 Max Weber, Economy and Society: An Interpretive Sociology, (Bedminster Press Incorporated, 1924).
11 John W. Meyer y Brian Rowan, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 2 The American Journal of Sociology, 340-363 (1977).
12 *Ídem*.
13 Christine Quinn Trank y Sara L. Rynes, *Behavioral science in the business school curriculum: Teaching a changing institutional environment*, 4 Academy of Management Review, 808-824 (1999). https://doi.org/10.5465/amr.1999.2553255.
14 *Ídem*.
15 Richard W. Scott, Institutions and Organizations (SAGE, 1995).
16 Paul J. DiMaggio y Walter W. Powell, *op. cit*., nota 9.
17 John W. Meyer y Brian Rowan, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 2, The American Journal of Sociology, 340-363 (1977). https://www.jstor.org/stable/2778293.
18 Eleanor Westney, *Institutionalization theory and Multinational Corporation*, en Organization Theory and the Multinational Corporation 53-76 (Sumantra Ghoshal y Eleanor Westney, 1993).

fuerzas de su medio ambiente o instituciones externas. Para los miembros de la organización, hay legitimación cuando se encuentra un significado que puedan aceptar y compartir en relación con las estructuras, procedimientos y cambios.[19] Bajo esta perspectiva, un postulado fundamental es que la recompensa de la legitimación es el aumento de recursos para la supervivencia de la organización.

Por su parte, DiMaggio y Powell, brindan un marco de trabajo para dar cuenta de los procesos que hacen que las organizaciones sean más similares, sin que necesariamente sean más eficientes.[20] Los autores destacaron los procesos de reproducción (isomorfismo) coercitivos, normativos y miméticos. Estos procesos surgen cuando una organización que adopta una nueva forma y logra mantenerse competitiva en el mercado, produce presiones en otras organizaciones para que tomen la misma forma.[21] De manera que, las organizaciones se monitorean entre sí y las prácticas que son percibidas como exitosas se imitan e institucionalizan.

Este proceso de isomorfismo atiende a la necesidad de la aceptación social y prestigio de las organizaciones, necesidades que se traducen en la búsqueda de legitimación a través de sus acciones.[22] Dicho de otra forma, la búsqueda por la legitimación puede hacer a las organizaciones adoptar comportamientos similares, creando un isomorfismo en los campos organizacionales.

La explicación y pronóstico que hace el neo-institucionalismo respecto al comportamiento de las organizaciones, específicamente en cuanto al isomorfismo, pueden ser aplicadas a este estudio, en cuanto al comportamiento de los partidos políticos. En efecto, los institutos políticos se someten a procesos isomórficos, a fin de sobrevivir en su campo organizacional. Con esto, esta teoría proporciona elementos para explicar por qué los partidos políticos, cada vez con mayor frecuencia, buscan judicializar los resultados de los procesos electorales, sin que estas prácticas abonen a estrategias eficientes.

En definitiva, los partidos políticos, como organizaciones, buscan legitimarse frente a la ciudadanía, con la finalidad de sobrevivir en su medio institucional. Para lograrlo, han adoptado diferentes prácticas institucionales que se han percibido como exitosas en su campo organizacional correspondiente, a pesar de que estas prácticas no siempre son racionales, esto es, “impugnar por impugnar”.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP
Revista Internacional de Derecho Público

19 Tatiana Kostova y Srilata Zaheer, *op. cit.,* nota 4.
20 Paul J. DiMaggio y Walter W. Powell, *op. cit.* nota 9.
21 Royston Greenwood y C. R. Hinnings, *Understanding Radical Organizational Change: Bringing together the Old and New Institutionalism,* 4 Academy of Management Review, 1022-1054 (1996). https://doi.org/10.2307/259163.
22 Mark C. Suchman, *Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches,* 3 The Academy of Management Review, 571-610 (1995). https://doi.org/10.2307/258788.

III. DATOS DESCRIPTIVOS

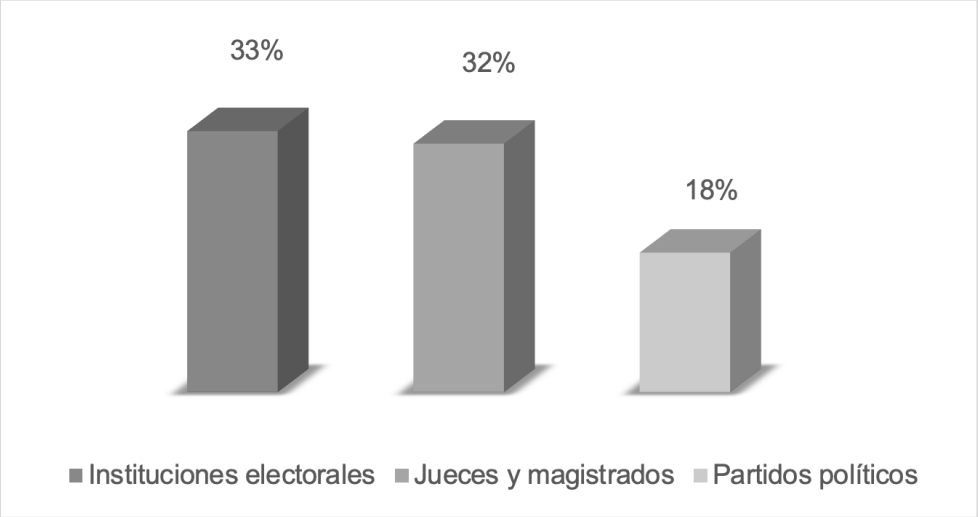
Los medios de impugnación, en materia electoral, tienen como finalidad hacer que se respete la democracia, los derechos político-electorales y que todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales se sujeten a los principios de constitucionalidad y de legalidad. Sin embargo, la judicialización de los procesos electorales, en los términos que aquí se vienen criticando, podrían, en cambio, afectar la certeza jurídica e incrementar el número de impugnaciones y, por lo tanto, el presupuesto público destinado al despacho jurisdiccional.

En este apartado se presentan y analizan estos datos.

1. Confianza ciudadana

La confianza ciudadana es considerada como una variable que se relaciona con la conformidad que tiene la ciudadanía con un sistema político determinado.[23] Como se muestra en la Figura 1, en el caso mexicano, menos de la mitad de la ciudadanía confía en instituciones públicas. Esto es, tan sólo el 33% de la ciudadanía piensa que las instituciones electorales inspiran mucha o algo de confianza; en lo que respecta a la confianza hacia jueces y magistrados, la cifra se reduce a 32%; mientras que, al tratarse de partidos políticos, solamente el 18% de la ciudadanía considera que son entidades confiables.[24]

Figura 1: Confianza ciudadana en instituciones político-electorales



Fuente: Elaboración propia con datos del INCIG, 2019

23 Monteryo, Zmerli, Newton, y Norris, cit. por Sebastián Rivera, *op. cit.* nota 6.
24 Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *op. cit.* nota 7.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

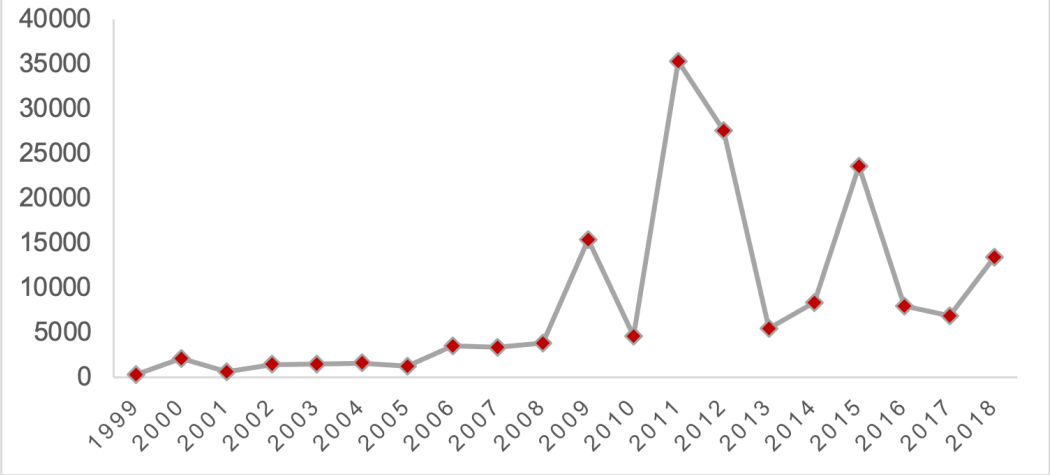
RIDP

Los datos muestran que las diferentes etapas de los procesos electorales se desarrollan en un ambiente de desconfianza generalizada entre la ciudadanía. La judicialización de los procesos electorales cobra especial importancia aquí, pues lejos de contribuir a aumentar esta confianza, la disminuye.

2. Impugnaciones

La información oficial indica que el uso de los medios de impugnación, en materia electoral, ha aumentado significativamente. Esto se puede observar en la Figura 2, donde en un periodo de 9 años, de 1999 a 2008, se interpusieron, en conjunto, 20,335 impugnaciones, a través de recursos de apelación, juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, juicios de revisión constitucional electoral, juicios de inconformidad y recursos de reconsideración. Mientras que, en el siguiente periodo, de 2009 a 2018, se interpusieron 128,688 medios de impugnación, en los mismos rubros, lo que equivale a un aumento del 633%, en tan solo 10 años.

Figura 2: Incremento en el número de impugnaciones (periodo 1999-2018)



Fuente: Elaboración propia con información estadística del TEPJF.

Como se puede observar, en los años en los que se contiende a cargos federales (2012, 2015 y 2018), se presentan incrementos en la incidencia de impugnaciones. Esta información pone en evidencia que la impugnación de los resultados electorales se ha convertido en una práctica común, dando lugar en muchos casos a denuncias frívolas.

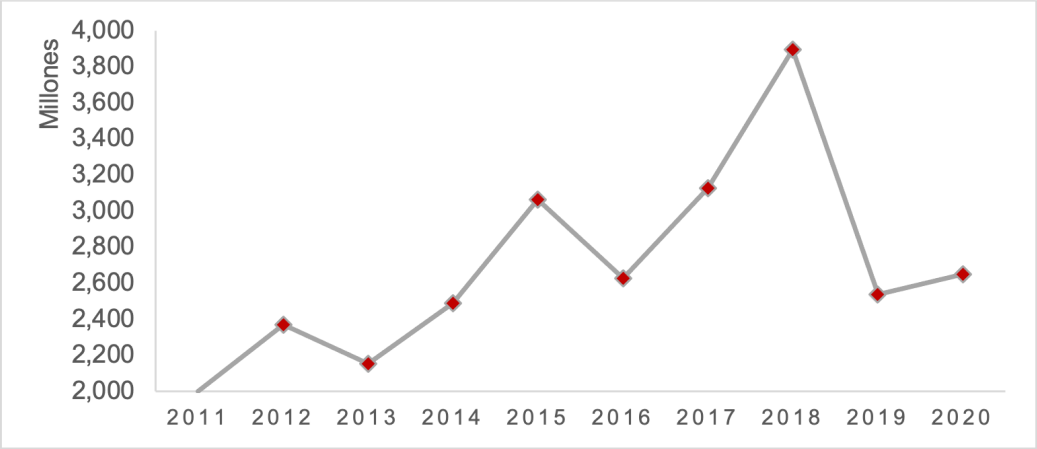
Es importante mencionar que el número de medios de impugnación presentados, no tiene relación proporcional y directa con el número de cargos

en contienda. Por lo que, se infiere que la incidencia de su presentación atiende a otros fines relacionados con la búsqueda de legitimación por parte de los partidos políticos.

3. Gasto público en razón de la judicialización

Para despachar más asuntos es necesario mayor presupuesto público. En la Figura 3, se observa que el gasto destinado a la impartición de justicia electoral ha ido en aumento, especialmente en los años en que se celebran elecciones federales.

Figura 3: Presupuesto público utilizado para impartir justicia (periodo 2012-2020)



Fuente: Elaboración propia con datos del Presupuesto de Egresos de la Federación.

Una consecuencia lógica del aumento en el número de impugnaciones, es que el Estado mexicano destine mayor gasto con el fin de poder garantizar la impartición de justicia. Este gasto fundamentalmente se destina a ampliar la infraestructura necesaria en las instituciones y para la contratación y sueldo del recurso humano indispensable.

IV. EL CASO DE LAS ELECCIONES EXTRAORDINARIAS EN MONTERREY

Con el propósito de fortalecer los argumentos que se han planteando en este trabajo, a continuación se analiza el caso de la elección en el Ayuntamiento de Monterrey, de 2018.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

El 1 de julio de 2018, tuvo lugar una de las elecciones más grandes de México. Se votó para elegir la Presidencia de la República, la integración del Congreso de la Unión, la integración de congresos locales, diversas gubernaturas y también ayuntamientos.

En el caso particular de Nuevo León, los magistrados de la sala superior del TEPJF, llevaron al límite el tiempo para resolver quiénes serían los ganadores en los municipios de Monterrey, Guadalupe, Zuazua, Santiago y Ciénega de Flores. La población se encontraba en incertidumbre debido a los cambios de criterios emitidos por las diferentes instancias, pero, sobre todo, por ser demasiado el tiempo trascurrido entre el 01 de julio —día de la elección-— y el 30 de octubre, fecha en que esta sala superior resolvió definitivamente.

El caso particular de Monterrey, el 9 de julio de 2018, el panista Felipe de Jesús Cantú, recibió su constancia de mayoría como ganador de la elección. Sin embargo, el 17 de agosto, luego de promoverse un juicio de inconformidad, el tribunal local de Nuevo León, dio la victoria al priista, Adrián de la Garza. Posteriormente, la impugnación contra esta resolución local provocó que el 18 de octubre, la sala regional del TEPJF, determinara regresarle el triunfo a De Jesús Cantú, pues estimó que el Partido Revolucionario Institucional (PRI) no pudo comprobar sus acusaciones. Finalmente, el 30 de octubre, la sala superior —la última instancia— resolvió declarar la nulidad de los comicios y ordenó se convocara a una elección extraordinaria.

1. Proceso ordinario en la elección de Monterrey

Para contender por el Ayuntamiento de Monterrey, se registraron 7 partidos políticos,[25] una coalición[26] y dos candidaturas independientes.[27] El 01 de julio de 2018, se presentaron 524,377 ciudadanos para ejercer su voto, lo que significó un 57% de participación ciudadana.[28]

El 08 de julio, la Comisión Municipal Electoral (CME), declaró electa a la planilla postulada por el Partido Acción Nacional (PAN) y determinó las Regidurías de Participación Proporcional. En contra de la determinación de la CME, se promovieron 10 juicios de inconformidad, por ciudadanos pertenecientes a los partidos políticos que participaron en la contienda y un candidato independiente.[29]

25 PAN, PRI, PRD, PV, MC, PNA, RED.
26 Juntos Haremos Historia, integrada por PT, MORENA y PES.
27 Aldo Fasci Zuazua y Pedro Alejo Rodríguez Martínez.
28 Comisión Estatal Electoral, Memorias y Estadísticas, informe del proceso electoral y consulta popular Nuevo León 2017-2018, (2019). https://www.ceenl.mx/memorias/2018/MEMORIAS%20Y%20ESTAD%C3%8DSTICAS%20Informe%20del%20Proceso%20Electoral%20y%20Consulta%20Popular%20Nuevo%20Le%C3%B3n%202017-2018.pdf. (última consulta diciembre 22, 2021).
29 También se promovieron dos juicios ciudadanos, pero fueron sobreseídos en la sentencia definitiva.

Con estos resultados, de los 10 contendientes, siete de ellos impugnaron el resultado de las elecciones en primera instancia.[30] Los expedientes fueron acumulados y se resolvieron el 17 de agosto de ese mismo año. El Tribunal Electoral de Nuevo León (TEENL), resolvió nulificar la votación de diversas casillas y modificó el número de regidurías por el principio de representación proporcional. En cumplimiento de la sentencia del TEENL, la CME entregó la constancia de mayoría a la planilla propuesta por el PRI.

En contra de la resolución del TEENL, se promovieron diversos juicios para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, ante la sala regional Monterrey del TEPJF. De nuevo, los expedientes se acumularon y la sala resolvió modificar los resultados del cómputo municipal y ordenar, esta vez a la propia Comisión Estatal Electoral (CEE), entregar la constancia de mayoría a la planilla postulada por el PAN y, consecuentemente, reasignar las regidurías de representación proporcional.

En contra de la sentencia de la sala regional, se presentaron diversos recursos de reconsideración ante la sala superior del mismo TEPJF. El 30 de octubre de 2018, este máximo tribunal resolvió anular las elecciones y ordenar la celebración de elecciones extraordinarias. La sala superior consideró que debido a las inconsistencias e irregularidades que presentaron 186 casillas, se configuró una vulneración al principio constitucional de certeza y autenticidad de las elecciones.[31]

Tras esta ruta jurisdiccional, no fue posible tener un ayuntamiento electo para el 01 de diciembre de 2018, fecha en que debía iniciar la nueva administración electa. Para resolverlo, el Congreso del estado designó a algunos ciudadanos para la integración de un Concejo Municipal de Monterrey, autoridad que estuvo a cargo hasta la toma de protesta del Presidente Municipal Electo.[32]

2. Proceso extraordinario de la elección de Monterrey

La jornada electoral extraordinaria tuvo lugar el 23 de diciembre de 2018. Esta vez acudieron a votar 308,720 ciudadanos, quienes solo representaron el 33% de la lista nominal.[33] Finalmente, la planilla postulada por el PRI resultó ganadora.[34]

Una vez que terminó la jornada electoral extraordinaria, y aún sin haber obtenido los resultados oficiales, los candidatos por el PAN y el PRI comunicaron,

30 PV, PRI, Coalición Juntos Haremos Historia, PRD, PAN, PT, candidato independiente.
31 Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial, [SSTEPJ], Expediente SUP-REC-1638/2018 y acumulados, (Mex.).
32 Congreso del Estado de Nuevo León, Designan concejo municipal de Monterrey, (2018). http://www.hcnl.gob.mx/sala_de_prensa/2018/11/designan_concejo_municipal_de_monterrey.php. (última consulta diciembre 22, 2021).
33 Comisión Estatal Electoral, *op. cit.* nota 28.
34 El 41.19% de los votos fueron para el PRI, quedando el PAN en segundo lugar con el 39.36% de los votos.

respectivamente, su victoria. Es decir, tras haberse celebrado las elecciones extraordinarias, la ciudadanía, una vez más, se encontró con falta de certeza respecto al ganador de la contienda.

En esta elección extraordinaria, el PRI recibió el 41% de los votos, y el PAN el 39%.[35] En lo que respecta a los partidos más pequeños, sus porcentajes de votación se redujeron considerablemente.

3. Análisis del caso

Las constantes impugnaciones, el cambio de criterios de los órganos jurisdiccionales, y el tiempo de incertidumbre al que se sometió a la ciudadanía, tan solo pudieron agravar la desconfianza de la ciudadanía hacia las autoridades e instituciones electorales y, por supuesto, contribuir al incremento de la utilización de recursos públicos.

Como se ha descrito, el proceso judicial para la integración del Ayuntamiento de Monterrey, tuvo como consecuencia final la anulación de las elecciones. Sin embargo, antes de que la sala superior del TEPJF resolviera de manera firme, se sostuvieron criterios contradictorios, no sólo entre autoridades electorales locales, sino también entre los propios órganos jurisdiccionales federales. Incluso, algunos de los Magistrados de la Sala Superior construyeron argumentos en contra de la anulación de la elección. Por supuesto, la existencia de criterios diferenciados entre las autoridades locales y federales es natural y deseable, no obstante, en el caso particular, dichos criterios se enmarcaron por argumentos totalmente extremos.

Además de esta diferencia de criterios, se ha planteado que la impugnación de los procesos electorales es un comportamiento de los partidos políticos que se hace con el fin de buscar legitimidad frente a la ciudadanía. Por lo tanto, resulta interesante estudiar las diferencias que existen entre la elección primigenia y la extraordinaria, respecto a dos puntos en particular: la participación ciudadana y el porcentaje de votos correspondientes al PAN y PRI, quienes fueron los competidores más fuertes en la contienda.

En relación con la participación ciudadana, la baja histórica podría ser precisamente un reflejo de la falta de confianza en los procesos electorales. Aun así, no debe pasar desapercibido que la jornada electoral se llevó a cabo en una fecha donde tradicionalmente las personas pasan más tiempo con su familia, el 23 de diciembre.

Respecto a los votos otorgados al PAN y al PRI, en la jornada electoral ordinaria, se obtuvieron el 29% y 28% de los votos, respectivamente.[36] Después, vino un

35 Comisión Estatal Electoral, *op. cit.* nota 28.
36 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

procedimiento judicial particularmente extenso, acompañado, como ya se señaló, de cambios de criterios muy marcados. En la elección extraordinaria, el PRI recibió el 41% de los votos, y el PAN el 39%.[37]

En suma, el porcentaje de participación ciudadana el día de las elecciones extraordinarias fue significativamente menor al porcentaje de ciudadanos que compareció para participar en las elecciones ordinarias del 01 de julio. Este porcentaje no solamente es menor respecto a las elecciones anuladas, sino que es un porcentaje históricamente bajo, al compararlas contra las últimas 5 elecciones, en las que se reportó un porcentaje de participación ciudadana, en promedio, por arriba del 50%.[38]

Ahora, si bien los partidos políticos intentan mantener su legitimación frente a sus militantes y ante la ciudadanía, con el objetivo de sobrevivir, al obtener mayor monto de financiamiento público, lo cierto es que esta práctica implica un costo en tiempo y dinero para el sistema electoral en su conjunto. En lo que respecta al tiempo, la ciudadanía neoleonesa se vio sujeta a un periodo extraordinariamente largo (7 meses), tiempo en el cual no se tuvo certeza sobre quién era la persona electa. Y, en cuanto al uso de recursos públicos, el gasto destinado a la impartición de justicia electoral "extraordinaria" aumentó considerablemnete de conformidad con la tendencia a la impugnación.

V. ANÁLISIS Y DISCUSIÓN

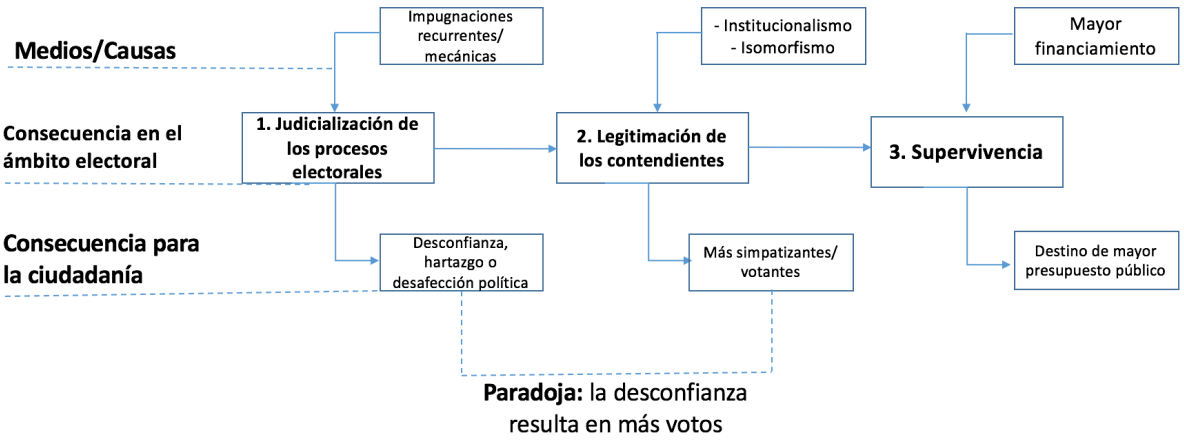
A lo largo de este trabajo se ha planteado que los postulados y conceptos de la teoría neo-institucional pueden servir para describir y explicar el comportamiento generalizado de los partidos políticos, en cuanto al acto de "impugnar por impugnar" y, por lo tanto, la cada vez más notable judicialización de los procesos electorales, lo que, en términos de la teoría neo-institucional, podría explicarse desde el isomorfismo.

Para los partidos políticos en México, el conceder la victoria a su contrario, en cada una de las etapas del proceso electoral, sin buscar oponerse en los tribunales, podría significar un verdadero costo reputacional. Es por esto que, a pesar de que se conozca con antelación que algunos medios de impugnación son improcedentes, el incentivo para los partidos políticos está en mostrar a sus simpatizantes que se luchará por la victoria en cada una de las instancias legales, y con esto abonar a su propia legitimación. Entonces, aunque se haya perdido la elección, el objetivo de la impugnación del resultado no es sólo obtener el cargo público, sino fortalecer la base electoral que ya se tenía. Este último punto asegura la supervivencia del partido dentro del medio organizacional.

37 *Ídem.*
38 *Ídem.*

A continuación, en la Figura 4, se presenta un modelo con el que se busca explicar los elementos que convergen para configurar este fenómeno.

Figura 4: Elementos que convergen al judicializar procesos electorales



Fuente: Elaboración propia

Como puede observarse, la práctica constante e irracional de impugnar los actos jurídicos en las diferentes etapas de los procesos electorales, permite que se cree una atmósfera cuya expectativa sea la de revertir los resultados a través de ulteriores resoluciones jurisdiccionales. El medio que incide en la judicialización de las elecciones es un comportamiento recurrente y generalizado por parte de los diferentes contendientes en la arena electoral. Así, por ejemplo, cuando se gana en la mesa lo que no se logró en la urna provoca que se genere, en primer lugar, un sentimiento de desconfianza por parte de la ciudadanía en torno a las actuaciones de las autoridades y de los propios institutos políticos.

Así, esta práctica de judicializar los procesos electorales, inclusive, puede llegar a institucionalizarse en la vida de los institutos políticos, esto es, los partidos exigirán a sus representantes legales se impugne de manera recurrente los actos jurídicos emitidos por autoridades electorales administrativas o jurisdiccionales. Esta institucionalización provoca que otros partidos, por su parte, imiten esas prácticas, al contratar a profesionistas del derecho para lograr ese fin y que se destinen recursos e infraestructura para esos fines contenciosos.

Con las prácticas recurrentes y generalizadas de impugnar en el campo electoral, surge el isomorfismo, es decir la mimetización de la conducta tendiente a la impugnación por parte de la generalidad de los partidos políticos. Al respecto, es importante analizar si este isomorfismo tiene relación con la legitimación que procuran los partidos políticos frente a sus simpatizantes y frente a la

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

ciudadanía. Sobre esto, Lindberg, ha señalado que la derrota política puede ser objeto de controversia, y los contendientes considerarán los posibles efectos que esto pueda tener, más allá del proceso electoral inmediato.[39] Por su parte, Hernández considera que, si bien en otros sistemas el impugnar implica un costo reputacional para los partidos, en países como México en los que la contienda electoral es una práctica más común, la normalización de la práctica contrarresta el costo reputacional.[40] Entonces, esta práctica institucionalizada de impugnar, por parte de los contendientes, se traduce en una mayor legitimación, inclusive de los perdedores. Esa legitimación, a su vez, se materializa en un incremento en el número de simpatizantes, quienes en su momento se convertirán en votantes.

Es en este punto donde se identifica una paradoja en el comportamiento del electorado: si bien, como ya se estableció, las prácticas recurrentes de judicializar los procesos electorales traen como consecuencia una mayor desconfianza ciudadana, se observa que estas prácticas isomorfas e institucionalizadas también vuelven legítimo el actuar de los partidos políticos.

Respecto a esta paradoja, el caso Monterrey nos ayuda a ilustrar que si bien en números absolutos, menos ciudadanos acudieron a las urnas a votar en las elecciones extraordinarias -lo que indicaría que efectivamente se presentó la desconfianza ciudadana-, también es cierto que los competidores más fuertes no sólo se permanecieron en las preferencias, sino que, al impugnar los actos jurídicos en sus diferentes etapas, también aumentaron la proporción de sus votos.

Finalmente, una vez que los partidos políticos y sus actores incrementan su legitimidad frente a la ciudadanía, esto se traduce en un mejor prestigio de los institutos políticos y, por consecuencia, en un incremento en el número de votos que reciben a favor. El obtener más votos representa obtener mayor financiamiento público, pues en nuestro país el financiamiento que se destina a los partidos políticos se calcula de la siguiente manera: se multiplica el número total de ciudadanos inscritos en el padrón electoral, con un corte de fecha al 31 de julio de cada año, por el 65% del valor diario de una Unidad de Medida y Actualización (UMA). El 30% de este monto se distribuye de forma igualitaria entre los partidos políticos existentes; el 70% del presupuesto restante, se distribuye proporcionalmente, de acuerdo con el porcentaje de votos que el partido político hubiese obtenido en la última elección de diputados inmediata anterior. Entonces, se vuelve claro que los partidos con mayor legitimidad serán los que obtengan más votos, lo que a su vez se traduce en la obtención de mayor presupuesto y en un aumento de probabilidades para que un instituto político pueda sobrevivir.

39 Staffan Lindberg, Democracy and Elections in Africa. (Johns Hopkins University Press, 2006).
40 Victor A. Hernández Huerta, *Disputed Elections in Presidential Democracies: Challenging Electoral Outcomes as a Negotiation Strategy,* Working Paper Series 2015-4 (2015).

VI. CONCLUSIONES

En las últimas dos décadas, en el derecho electoral y en los sistemas que lo conforman, se han generado una serie de incentivos que, por un lado, han propiciado el incremento en el número de denuncias frívolas en las diferentes etapas de los procesos electorales y, por otro lado, han incidido de manera importante en el hecho de que se destine mayor cantidad de presupuesto público con el objetivo de dirimir las controversias jurisdiccionales correspondientes.

La paradoja de que *"en su afán por judicializar los procesos electorales, los partidos políticos provocan un detrimento en la confianza que tiene la ciudadanía en las autoridades e instituciones electorales, pero al mismo tiempo, esa desconfianza desemboca en un aumento de la legitimidad de esos mismos partidos promotores de lo contencioso, lo que al final les reditúa en más votos y en mayores probabilidades de sobrevivir*", debe ser resuelta. Se deben dejar de considerar inocuas las denuncias frívolas. Como se ha argumentado en este trabajo, mientras los partidos políticos y sus candidatos "impugnan por impugnar", es la ciudadanía quien asume la falta de certeza jurídica y el costo pecuniario de lo que está *subjúdice*. Pero hay algo aún más grave: al ser permisivos con estas prácticas, en lo particular los institutos políticos ganan legitimidad frente a sus simpatizantes, militantes y ciudadanía; mientras que el sistema electoral y sus instituciones se ven perjudicados, en cuanto a la confianza que generan en la ciudadanía. Al judicializarse los procesos electorales, como medio de legitimación, ganan pocos y pierde la democracia en general.

Como se ha establecido, los conceptos, ideas y supuestos de la teoría Neo-institucional, nos ofrecen una alternativa para explicar por qué los institutos políticos buscan obtener legitimidad por la vía contenciosa con el fin de garantizar su propia supervivencia. Al conocer esto, se debe propiciar una transformación del campo electoral, no solamente de su marco normativo, con el fin de desincentivar las prácticas rampantes de judicializar los procesos electorales, sino también en un nivel más amplio: en el de las políticas públicas, a través de las cuales se haga posible el involucramiento de la población en las decisiones que se van tomando en procesos electorales. Esto es, que la participación ciudadana activa también esté presente en la vigilancia y monitoreo de las actuaciones de las autoridades electorales, de los partidos políticos y de sus candidatos.

Los tribunales federales en materia electoral fueron creados en el año de 1996, con el fin de estabilizar la crisis de credibilidad electoral que entonces se vivía en México. Actualmente, es cierto, muchas de las solicitudes que se hacen invocando justicia son genuinas y hasta loables, sin embargo, también debe reconocerse que muchas de ellas se interponen carentes de fondo y de materia. Esto último viene provocando una nueva crisis: tanto para la desconfianza ciudadana en la

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

democracia y sus instituciones, y también para el incremento del presupuesto público que cada vez es mayor. Debemos evitar que aquella solución del 1996, cuyo protagonista fue el entonces naciente Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, ahora se transforme en un nuevo problema que se genera por judicializar los procesos electorales.

VII. REFERENCIAS

Comisión Estatal Electoral, Memorias y Estadísticas, informe del proceso electoral y consulta popular Nuevo León 2017-2018, (2019). https://www.ceenl.mx/memorias/2018/MEMORIAS%20Y%20ESTAD%C3%8DSTICAS%20Informe%20del%20Proceso%20Electoral%20y%20Consulta%20Popular%20Nuevo%20Le%C3%B3n%202017-2018.pdf. (última consulta diciembre 22, 2021).

Congreso del Estado de Nuevo León, Designan concejo municipal de Monterrey, (2018). http://www.hcnl.gob.mx/sala_de_prensa/2018/11/designan_concejo_municipal_de_monterrey.php. (última consulta diciembre 22, 2021).

Christine Quinn Trank y Sara L. Rynes, *Behavioral science in the business school curriculum: Teaching a changing institutional environment*, 4 Academy of Management Review, 808-824 (1999). https://doi.org/10.5465/amr.1999.2553255

DiMaggio y Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields,* 2 American Sociological Association, (1983). https://doi.org/10.2307/2095101

Eleanor Westney, *Institutionalization theory and Multinational Corporation,* en Organization Theory and the Multinational Corporation 53-76 (Sumantra Ghoshal y Eleanor Westney, 1993).

Emilio Rabasa, *Las reformas constitucionales en materia político-electoral*, 2 Instituto de investigaciones jurídicas de la UNAM, (2012). http://dx.doi.org/10.22201/iij.24487910e.2012.2.10002.

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, Encuesta Nacional de Calidad e Impacto Gubernamental [ENCIG] 2019, (2019), https://www.inegi.org.mx/programas/encig/2017/ (última consulta diciembre 22, 2021).

John W. Meyer y Brian Rowan, *Institutionalized Organizations: Formal Structure as Myth and Ceremony*, 2 The American Journal of Sociology, (1977). https://www.jstor.org/stable/2778293

Mark C. Suchman, *Managing Legitimacy: Strategic and Institutional Approaches,* 3 The Academy of Management Review, 571-610 (1995). https://doi.org/10.2307/258788

Max Weber, Economy and Society: An Interpretive Sociology, (Bedminster Press Incorporated, 1924).

Montero, Zmerli, Newton, y Norris, cit. por Sebastián Rivera*, Confianza y participación política en América Latina*, 235 Revista Mexicana de

Ciencias Políticas y Sociales, 556 (2018). http://dx.doi.org/10.22201/fcpys.2448492xe.2019.235

Nelson Phillips, Thomas B. Lawrence y Cynthia Hardy, *Discourse and Institutions*, 4 The Academy of Management Review, 635-652 (2004). https://doi.org/10.2307/20159075

Paul J. DiMaggio y Walter W. Powell, *The Iron Cage Revisited: Institutional Isomorphism and Collective Rationality in Organizational Fields*, 2 American Sociological Review, 147-160 (1983). https://doi.org/10.2307/2095101

Paul R. Lawrence and Jay W. Lorsh, cit. por Richard W. Scott, Institutional Theory: Contributing to a Theorical Research Program (Oxford University Press, 2004).

Richard W. Scott, Institutions and Organizations (SAGE, 1995).

Royston Greenwood y C. R. Hinnings, *Understanding Radical Organizational Change: Bringing together the Old and New Institutionalism,* 4 Academy of Management Review, 1022-1054 (1996). https://doi.org/10.2307/259163

Staffan Lindberg, Democracy and Elections in Africa. (Johns Hopkins University Press, 2006).

Tatiana Kostova y Srilata Zaheer, *Organizational legitimacy under conditions of complexity: The multinational enterprise*, 1 Academy of Management Review, 64-81 (1999). https://doi.org/10.2307/259037

Unidad de estadística e información jurisdiccional, Asuntos recibidos por el Tribunal Electoral por tipo de medio y año. https://www.te.gob.mx/estadisticas/EstadisticaBOE/Estadistica/E2-Portal%20SGA.pdf (última consulta diciembre 22, 2021).

Victor A. Hernández Huerta, *Disputed Elections in Presidential Democracies: Challenging Electoral Outcomes as a Negotiation Strategy,* Working Paper Series 2015-4 (2015).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

TUTELA EFECTIVA DE LA GARANTÍA AL DEBIDO PROCESO EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL MEXICANO DE 1917

EFFECTIVE PROTECTION OF THE DUE PROCESS GUARANTEE IN THE MEXICAN CONSTITUTIONAL STATE OF 1917

Fecha de recepción: 20 de enero de 2022 | Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022

José Luis LEAL ESPINOZA*

Resumen

El presente estudio, intenta establecer una línea discursiva entre los sistemas de justicia federal como pilares del la Justiciabilidad del estado constitucional mexicano a la luz del método histórico-descriptivo vertido desde la ley de amparo de 1919-1920 con un enfoque metodológico eminentemente cualitativo. Los actos procesales tendentes a la protección de derechos fundamentales pueden ser sometidos al escrutinio del juicio de amparo desde entonces y hasta nuestros días, a través de los procedimientos propios del también llamado juicio de garantías, designación que, dicho sea de paso, no es adecuada, pues esta última designación confunde el fin con los medios. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en la actualidad, designa al juicio de amparo, y ello significa, por una parte, que se trata de un juicio en su acepción de procedimiento, esto es, un procedimiento particular contemplado en la referida ley suprema, y desarrollado en la respectiva ley de la materia o ley de amparo; pero por otra parte, significa que se trata de un juicio en tanto pronunciamiento o resolución relativa al proceso de escrutinio, sobre la procedencia o no del amparo como protección constitucional.

Palabras clave: Tutela Judicial Efectiva; interés superior del menor; jurisdicción familiar.

Abstract

The present study tries to establish a discursive line between the federal justice systems as pillars of the Justiciability of the Mexican constitutional state in light of the historical-descriptive method poured from the 1919-1920 protection law with an eminently qualitative methodological approach. The procedural acts tending to the protection of fundamental rights can be subjected to the scrutiny of the amparo trial since then and until today, through the procedures of the so-called guarantee trial, a designation that, by the way, is not adequate, since this last designation confuses the end with the means. The Political Constitution of the United Mexican States currently designates the amparo trial, and this means, on the one hand, that it is a trial in its procedural sense, that is, a particular procedure contemplated in the aforementioned supreme law. , and developed in the respective law of the matter or law of amparo; but on the other hand, it means that it is a judgment as a pronouncement or resolution related to the scrutiny process, on the origin or not of the amparo as constitutional protection.

Keywords: judicial activism, Mexican Constitution, due process

*Doctor en Derecho Constitucional y Derechos Fundamentales en Europa por la Universidad de Alicante, España. Profesor Investigador a tiempo completo de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Autónoma de Coahuila. Coordinador del Doctorado en Derecho de la UAdeC en colaboración con la Universidad de Alicante. Miembro de número del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales (IBEC) España.

SUMARIO: *I. Introducción. II. Antecedentes históricos de los principios constitucionales de la Ley de Amparo de 1919. III. Análisis comparado de la Ley de Amparo de 1919 y su vigencia en la actualidad a raíz de los debates y diálogos entre poderes legislativo y judicial de la época. IV. Contenido procesalista del juicio de amparo como juicio de garantías. V. Crítica al juicio de amparo y defensa del tribunal de casación de Emilio Rabasa. VI. La concepción metaconstitucional del juicio de amparo en la actualidad a través de la hermenéutica y ponderación judicial. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La vigencia del juicio de amparo en las distintas épocas constitucionales e incluso su invocación, interpretación y discusión por parte de órganos y poderes del Estado mexicano a través de la historia, permite establecer un estudio axiológico de la citada institución, no sin decir con toda claridad que aunque la visión del juicio de amparo a través de los años ha sido un catálogo de protecciones dogmáticas, en su desarrollo procesal observamos cómo ha sufrido modificaciones sustanciales que parten no solo de las categorías procesales que diversos autores y legisladores han defendido hasta nuestros días, sino que esas categorías procesales han sido expuestas, sostenidas y criticadas con base en la protección y defensa de la constitución a través de principios constitucionales; todo un reto para la época naciente de la actual constitución.

Sin apenas darse cuenta los padres fundadores del texto constitucional actual, los principales actores de esta "catarsis" principialista, radica en que accidental o deliberadamente, constituyeron en el Estado mexicano un tribunal constitucional no del todo definido y autónomo del poder judicial federal, con lo cual, al contar con un tribunal "bicéfalo", que, lo mismo ejerce de tribunal supremo, que de tribunal de garantías, permite hasta nuestro días estudiar los efectos de los pronunciamientos vertidos en la jurisprudencia contemporánea mexicana.

Citando al maestro Dworkin, en su célebre figura del "juez Hércules", nuestra carta fundamental prevé un juicio de garantías para la protección y defensa de los valores constitucionales a través de los principios, sin embargo, el auténtico ejercicio, protección y defensa de ésta se ha dado gracias a la sistematización de interpretaciones que el poder judicial federal, a través de todos y cada uno de los jueces constitucionales con los que cuenta ha establecido como base de sus resoluciones la hermenéutica y la argumentación jurídica.[1]

Este aspecto es determinante para entender que aunque los diálogos jurisprudenciales siempre han existido en la doctrina constitucional internacional,

1 Ronald Dworking, Los derechos en serio, 188-192 (Marta Guastavino trad., Ariel, 2da., 1989).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

en México se gestaron gracias a los debates que se suscitaron entre los órganos legislativo y judicial, según los cuales, la construcción de un auténtico sistema de garantías, vio la luz en el momento en que el poder judicial, concretamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[2] generó, a golpe de jurisprudencia, una igualdad real con el poder legislativo; ya que como "legislador negativo" catapultó los principios constitucionales, dotándolos de materia en la medida en que la interpretación de la "ratios legis" fue adecuándose al estudio del caso a través de sistematizar sus axiomas con el procedimiento, situación más que destacada, tomando en consideración el aspecto formalista y positivista de la época, que expusiera magistralmente Emilio Rabasa.[3]

Finalmente, el trabajo refleja un comparativo entre el juicio de amparo con el juicio particular de la defensa de la constitución, como lo es la controversia constitucional dentro del marco del bloque de constitucionalidad y del control de la convencionalidad. Dicho estudio refleja la situación particular vertida en el estado de Coahuila entre poderes –legislativo y ejecutivo-en conflicto.[4]

II. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DE LA LEY DE AMPARO DE 1919

Venustiano Carranza, sometió a la consideración del Congreso la incitativa para para una nueva Ley de Amparo el 1 de septiembre de 1918. La Cámara de Senadores lo aprobó y después conoció de ella la Cámara de Diputados, en donde hubo acalorados debates en junio y julio de 1919.

Un tema a discusión fue el artículo 6 de la iniciativa de la ley, que daba legitimación para pedir el amparo a las "personas morales oficiales". Varios diputados estimaron que estas personas pertenecían al Estado y que éste no podía pedir amparo contra sí mismo. Las comisiones de Justicia y Puntos Constitucionales defendieron la iniciativa porque las personas morales, tales como las instituciones de beneficencia, los colegios, las universidades, que eran oficialesen su mayoría, debían tener derecho a interponer un amparo. El diputado Manuel Ignacio Fierro, expresó que las actividades de los órganos del Estado podían actuar en dos formas: como autoridades políticas y como individuos contratantes. En sesión de 13 de junio de 1919 fue debatido este asunto y predominó el punto de la iniciativa.[5]

El tema más discutido en la citada iniciativa fue el artículo 30 que a la letra decía:

2 Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] (Mex.).
3 Emilio Rabasa, Apéndice Documental. Primer Congreso Jurídico Nacional celebrado en la ciudad de México el 12 de octubre de 1921, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1995).
4 Cámara de Diputados del H. Congreso del Estado de Coahuila de Zaragoza [CDHCECZ] (Mex.).
5 Lucio Cabrera Acevedo, La Suprema Corte de Justicia de la Nación durante los años constitucionalistas 1917-1920, 51 (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1995).

> "Artículo 30. Es competente para conocer en única instancia de los juicios de amparo que se promuevan contra sentencias definitivas dictadas en juicios civiles o penales, la Suprema Corte de Justicia".
>
> Para los efectos del amparo se entiende por sentencia definitiva, la que decide el litigio en lo principal, resolviendo sobre las acciones y excepciones controvertidas, y respecto de la cual no concede la ley ningún recurso que pueda tener por resultado su revocación".[6]

El 20 de junio de 1919, la Comisión retiró el artículo 30 de la iniciativa, para aclarar que el amparo ante la Corte no procedía si la sentencia definitiva tenía recurso un ordinario.

El problema de la casación y el amparo persistió hasta que finalmente el citado artículo 30 quedo redactado de la siguiente manera:

> Art. 30. "La Suprema Corte de Justicia de La Nación es competente para conocer en única instancia de los juicios de amparo que se promuevan contra sentencia definitiva...Para los efectos de este artículo, se entiende por sentencia definitiva la que decide el juicio en lo principal y respecto de la cual las leyes comunes no concedan ya más recurso que el de casación u otro similar".

Por tanto, predominó la tesis de que la casación era un recurso inútil en México y que el amparo debía proceder aun estando al alcance del quejoso este recurso. Con esto se puso fin a varios años de incertidumbre. Pero esta problemática retoma fuerza en el Primer Congreso Jurídico Nacional con una ponencia de Don Emilio Rabasa.[7]

En el capítulo VIII de la iniciativa de la ley de amparo fue muy brevemente discutido y aprobado. Este contenía lo relativo al amparo ante los jueces de distrito. El artículo 76 del citado proyecto no fue debatido. Estipulaba que la audiencia constitucional ante un juez de distrito debía ser pública y comenzaría con la lectura del escrito de demanda y el informe justificado de la autoridad responsable, se recibirían las pruebas y después se oirían los alegatos. La sentencia debía ser dictada como "*acto continuo*".[8]

Dicho punto, que prácticamente paso inadvertido por la Cámara y no entróal debate profundo, es de suma importancia. Consistía en que toda resolución de un juicio de amparo debería ser efectuado en audiencia pública. Las audiencias de

6 Diario de Debates de la XVIII Legislatura. Discusión de la Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal (Cámara de Diputados, 1919).
7 Lucio Cabrera Acevedo, *op. cit*., nota 5, p.53
8 *Íbidem*, p. 54

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

la Suprema Corte de Justicia de la Nación eran públicas y también las debían ser las de los jueces de distrito, puesto que aquí se deriva la importancia y naturaleza del juicio de amparo conforme al texto y espíritu del Constituyente de 1917.[9]

La emisión de tal pronunciamiento o resolución es una consecuencia inexorable del objeto que tiene el juicio de amparo; objeto que fue establecido de manera específica en el artículo 1° de la otra Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, contenida en el decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos treinta y seis,[10] en los siguientes términos:

> ARTÍCULO 1°.- El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite por:
>
> I.- Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
>
> II.- Por leyes o actos de la autoridad que vulneren o restrinjan la soberanía de losEstados;
>
> III.- Por leyes o actos de estos que invadan la esfera de la autoridad federal.

La transcripción es literal, del texto del referido artículo 1° de la entonces llamada Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, en donde quedó establecido el objeto del juicio de amparo.[11]

Como podemos apreciar, garantías individuales de las personas, soberanía de los Estados y esfera de la autoridad federal siempre han sido los ámbitos de protección a través del juicio de amparo, aunque a lo largo del camino jurídico que ha seguido el objeto de dicho juicio, éste siempre ha evolucionado para incluir nuevos aspectos no solamente jurídicos, sino sociales de la realidad del momento.

Un ejemplo de ello es el ámbito de los derechos humanos, cuya positivización como tales se estableció, de manera formal, en el artículo 1° de la actual Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 Y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, contenida en el Decreto del Congreso de la Unión publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, para quedar de la siguiente manera:

---

9 *Ídem.*

10 Decreto: El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta, Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial [D.O.] 10-01-1936 (Méx.).

11 Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [LOACPEUM], Diario Oficial [D.O.], 10-01-1936 (Méx.).

> Artículo 1o. El juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscite:
>
> I. Por normas generales, actos u omisiones de autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;
>
> II. Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los Estados o la esfera de competencias del Distrito Federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y
>
> III. Por normas generales, actos u omisiones de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal, que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal, siempre y cuando se violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
>
> El amparo protege a las personas frente a normas generales, actos u omisiones por parte de los poderes públicos o de particulares en los casos señalados en la presente Ley.[12]

Como se puede apreciar, los ámbitos de protección iniciales a través del juicio de amparo eran las garantías individuales de las personas, la soberanía de los Estados y la esfera competencias de la autoridad federal. Pero a partir de la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once, a las personas se les protege ya no contra la violación de garantías individuales, sino contra la violación de derechos humanos en que suelen incurrir las autoridades, no solamente a través de actos y normas generales, sino también a través de omisiones en la realización de sus atribuciones y obligaciones.[13]

12 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [LARACPEUM], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.], 02-04-2013, última reforma DOF 07-06-2021 (Mex.).

13 Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 10-06-2011 (Mex.), véase también, Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 06-06-2011 (Mex.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

III. ANÁLISIS COMPARADO DE LA LEY DE AMPARO DE 1919 Y SU VIGENCIA EN LA ACTUALIDAD A RAÍZ DE LOS DEBATES Y DIÁLOGOS ENTRE PODERES LEGISLATIVO Y JUDICIAL DE LA ÉPOCA

Haciendo un ejercicio comparado respecto de la Ley de Amparo reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal de 18 de octubre de 1919, en el titulo primero referente a la citada ley y en alusión al capítulo primero relativo de las disposiciones generales, se desprende en su numeral primero:

> "Artículo 1. El Juicio de amparo tiene por objeto resolver toda controversia que se suscita:
>
> I. Por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales;
>
> II. Por leyes o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan lasoberanía de los Estados;
>
> III. Por leyes o actos de las autoridades de éstos que invadan la esfera de la autoridad federal.
>
> Artículo 2. El juicio de amparo se substanciará observando las formas y procedimientos que determina esta ley, y la sentencia que en él se pronuncie sólo se ocupará de individuos particulares, limitándose a ampararlos y protegerlos en el caso especial sobre que verse la queja, sin hacer ninguna declaración general al respecto de la ley o acto que lo motivare".[14]

Es importante referir lo anterior, ya que en la actualidad se confiere gran relieve al aspecto del procedimiento, lo que muchas veces suele conducir a los tribunales de la Federación a postergar la solución de la cuestión de fondo que conforma la controversia, y en su lugar, se privilegian soluciones que tienen por efecto reponer procedimientos para subsanar aspectos formales, que muchas veces no trascienden al fondo de la resolución, lo que en términos de interacción de sistemas, da lugar a que ésta ocurra casi siempre a nivel del procedimiento, no de esencia de los sistemas.

14 Ley de Amparo Reglamentaria de los Artículos 103 y 104 de la Constitución Federal [LARACF], Diario Oficial [D.O.] 18-10-1919.

IV. CONTENIDO PROCESALISTA DEL JUICIO DE AMPARO COMO JUICIO DE GARANTÍAS

Al entrar en vigor el 1°. de mayo de 1917 la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de 5 de febrero del mismo año,[15] el juicio de amparo sufrió una profunda reforma tanto en los casos de procedencia como en los casos de substanciación del mismo; en esta virtud, era de ingente necesidad la expedición de una "Ley orgánica del propio juicio de amparo", que viniese a precisar el verdadero sentido de los nuevos preceptos constitucionales sobre la materia, concretando los casos de procedencia del recurso y precisando las reglas del procedimiento que cupiesen dentro de la letra y el espíritu de los mismos preceptos.

> "A partir de la fecha en que entro en vigor la nueva Constitución Federal, los jueces de distrito y la Suprema Corte, siguieron sus procedimientos en los juicios de garantías, sujetándose al Código Federal de Procedimientos Civiles de 26 de diciembre de 1908, en todo aquello que no estuviese en pugna con la nueva Constitución, mientras se expedía la expresada Ley orgánica o reglamentaria del mismo juicio de garantías".[16]

Transcurrieron así más de dos años, hasta que fue expedida la "Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 104 de la Constitución Federal, del 20 de octubre del año próximo pasado, promulgada en los números 44, 45, 46 y 47 del Diario Oficial de la Federación, correspondientes a los días 22, 23 24 y 25 del mismo mes y año, entrando en vigor en ésta última fecha, de acuerdo con el artículo 1° transitorio de la propia ley.[17]

V. CRÍTICA AL JUICIO DE AMPARO Y DEFENSA DEL TRIBUNAL DE CASACIÓN D E EMILIO RABASA

Tal como señala el Maestro Emilio Rabasa en el marco del Primer Congreso Jurídico Nacional celebrado en la ciudad de México el 12 de octubre de 1921, en el cual cita una serie de tópicos dogmáticos, los cuales, establecen un profundo estudio de derecho comparado y que a la postre, en la actualidad, generan las primeras luces en cuanto a diálogos jurisprudenciales se generan entre el derecho internacional, el movimiento constitucional y la justicia constitucional en sinergia con el garantismo mexicano; concretamente en el juicio de amparo, por ende, el citado maestro, señala que:

15 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CP, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-02-1917.
16 Lucio Cabrera Acevedo, *op. cit.,* nota 5, p. 133.
17 Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 1919 (Mex.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

> "Cuando en Francia se echó abajo la confusa y desigual legislación derivada del feudalismo, en las demoliciones revolucionarias, para conservar la unidad de la jurisprudencia, se creó la Alta Corte de Casación y he aquí como se organizó el tribunal y como hasta ahora perdura para llenar ese objeto.
> Sus cuarenta y nueve miembros no se dividen más que en tres salas; una conoce de la procedencia del recurso, otra sólo de la materia civil, la tercera exclusivamente en materia penal. No hay pues, más que un tribunal para cada materia jurídica, ningún conflicto es posible, toda invasión está prevenida y el criterio libre (condición de dignidad), de cada magistrado, se informa en los precedentes, pero no se somete a ellos por obediencia servil impuesta por la ley, ni calcula por aritmética la respetabilidad de las ejecutorias.
> Por tanto, podemos comprender que los padres constituyentes de 1824 y 1857, pudiesen rebajar la plenipotencia del sistema federal, el cual consistía en consentir en que la justicia tuviese su última palabra en un tribunal central, cuyo objetivo es regresar a la figura del juicio de amparo regresándole su dominiopropio y vigorosa acción, y a la Corte su autoridad única y su dignidad de poder soberano."[18]

La Asamblea Legislativa creó en Francia en 1789 la Corte de Casación dentro del sistema centralista de gobierno, no solo para conservar la unidad de la jurisprudencia, sino, en primer lugar, para cuidar la exacta aplicación de las leyes, es decir; precisamente para hacer el papel que la práctica llegó a asignar en México a la Corte Suprema de la Nación. Así lo establecen los tratadistas franceses, como lo estableciera uno de los máximos exponentes, el cual señalaba que

> "La Asamblea Constituyente juzgó tan útil abrir a las partes un último recurso contra la violación o la falsa aplicación de las leyes, y asegurar por este medio la unidad y fijeza de la jurisprudencia, como se empeñó en impedir al tribunal investido de esta alta misión toda invasión en el dominio de los poderes legislativo y ejecutivo e impedir que degenerase en un tercer grado de jurisdicción."[19]

La Corte de casación se rige por el principio esencial de que nunca puede entrar al fondo de la cuestión resuelta por el fallo recurrido; y hablando de ese principio dice el autor citado: "La Corte examina solamente si se ha hecho

18 Emilio Rabasa, *op. cit.,* nota 3, 19-65.
19 Eugene Garsonet, Traité theorique et practique de procedure, Vol. I., 85-89 (Larose et Forcel, 1925).

una exacta aplicación de la ley, precepto fundamental que tiene el valor de un principio constitucional y del que la Corte no podría desviarse sin cometer un exceso de poder".[20]

VI. LA CONCEPCIÓN METACONSTITUCIONAL DEL JUICIO DE AMPARO EN LA ACTUALIDAD A TRAVÉS DE LA HERMENÉUTICA Y PONDERACIÓN JUDICIAL

El actual juicio de amparo es un juicio en todos los sentidos, porque en nuestra tradición y cultura jurídica, juicio y procedimiento pueden ser usados indistintamente, sin que por ello cambie la naturaleza procedimental que tienen; después de todo, para poder emitir un juicio sobre la procedencia o no del amparo, no un juicio en cuanto procedimiento, sino un juicio como producto intelectual, se requiere del primero, del procedimiento metodológico, del método contemplado en la ley, como camino insalvable de actos sin los cuales el producto no es considerado auténtico, por no reunir las especificaciones de validez que se requieren.

Si de lo que se trata en el juicio de amparo es de emitir un juicio de valor o pronunciamiento en cuanto a la procedencia o no del amparo, entendido este como protección a la persona que instó el accionar de los órganos jurisdiccionales de amparo, entonces, la designación correcta no es otra que la de juicio de amparo.

No lo es la de juicio de garantías, porque aunque para llegar a la emisión del juicio de valor sobre el amparo se pasa por el análisis relativo a si existió o no violación a las garantías constitucionales, por parte de las autoridades emisoras de los actos objeto del juicio de amparo, tal análisis sobre la violación es también uno de los elementos del juicio de valor, es decir, uno de los elementos que servirán para sustentar la emisión propia del juicio que se haga sobre otorgar o no el amparo.

Lo anterior refuerza la idea de que el nombre correcto del juicio es de amparo, no de garantías, pues la conclusión a la que se llegue sobre si se violarono no las garantías constitucionales entre ellas la de debido proceso, defensa adecuada, y seguridad jurídica, no es en sí la finalidad del juicio que discutimos, pues llegar a la conclusión sobre si hubo o no tal violación de garantías es sólo unmedio para sustentar el juicio final, relativo a conceder o no el amparo.

Tampoco es correcta la designación de juicio constitucional, pues ese nombre solamente indica que el juicio de amparo es relativo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, que se sustancia en apego a los principios y valores constitucionales, lo cual no le reserva ninguna exclusividad en cuanto a al uso de esa designación, pues son igualmente constitucionales, por estar basados en los mismos valores y principios de dicha ley suprema, los juicios de

20 *Ídem.*

responsabilidad, y los procedimientos de desafuero, y sin embargo no se irrogan la referencia de ser juicios de garantías.

En conclusión, el juicio que nos ocupa debe ser referido como juicio de amparo, que es como lo concibe el artículo 1° de la ley de la materia,[21] y que ya se le designaba así desde la entonces llamada Ley Orgánica de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Federal, contenida en el decreto del Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de enero de mil novecientos treinta y seis.[22]

Sin embargo, haciendo un comparativo dogmático, la interacción entre el proceso penal acusatorio y oral actual y el juicio de amparo actual, también se da en un segundo plano; en el plano de la esencia de ambos juicios. Tal consideración nos obliga a plantearnos lo relativo a la esencia, es decir, al objeto de ambos juicios, si bien al del juicio de amparo ya hicimos referencia.

En todo caso, hablar de objeto de un juicio obliga a remitirnos a la ley que lo instituye. Así, respecto al proceso penal, por disposición de la ley de la materia, éste deberá ser acusatorio y oral, aunque ello sólo alude a una manera de ser del juicio, una forma de llevarse a cabo, sujeto a la *acusatoriedad*, en contraposición a *inquisitoriedad*, lo que significa que la acusación a una persona sobre la realización de ciertos hechos considerados delictivos y la sustentación de dicha acusación a través de pruebas obtenidas en una investigación formal, son realizadas por un órgano distinto del órgano resolutor que emitirá la determinación sobre la existencia del delito y la participación del inculpado en su comisión; opuesto a lo inquisitorio, caracterizado porque dichas funciones de acusación, de sustentación de la misma y de resolución, suelen fundirse en un solo organismo.[23] Evidentemente, la forma en que sea concedido el amparo determinará lamanera en la que será excitado el sistema de protección constitucional.[24]

Se puede hablar de dos formas de concesión: para efectos, y liso y llano; en el primero, generalmente se suele determinar que el órgano jurisdiccional que emitió el acto reclamado en amparo debe dejar insubsistente éste, y en su lugar emitir otro, que tome en cuenta las consideraciones que el órgano de amparo plasmó en la sentencia, con la finalidad de subsanar determinadas transgresiones de tipo procesal o formal, incluyéndose en estas últimas la ilegal apreciación y valoración de pruebas, así como la fundamentacióny motivación no apegada a las exigencias que impone el artículo 16 constitucional.[25]

21 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [LARACPEUM], *op. cit.,* nota 12.
22 Decreto: El Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, decreta, Ley Orgánica de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.,* nota 10.
23 Ernesto Galindo Sifuentes, La valoración de la prueba en los juicios orales, 85 (Flores Editor, 2010).
24 José Asensi Sabater, La Época Constitucional, 74 (Tirant le Blanch, 2001).
25 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CP, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-02-1917, última reforma DOF 28-05-21.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

En cambio, en el amparo liso y llano, el efecto es la insubsistencia total del acto reclamado, lo que se traduce en que éste deja de tener efectos en la esfera jurídica del quejoso, como si nunca hubiera sido dictado, con lo cual su situación jurídica es restablecida al estado en el que se encontraba antes de que dicho acto fuera pronunciado. Pero también puede suceder que la resolución sea negar el amparo, o bien que sea el sobreseimiento del juicio, esto es, la conclusión del mismo ante la actualización de una causal de improcedencia o de sobreseimiento, contempladas en la Ley de Amparo, sin necesidad de resolver el fondo de la controversia.

VII. CONCLUSIONES

Después de hacer un sucinto recorrido histórico por la institución de la ley del juicio de amparo de 1919-1920, haciendo un estudio comparado entre las competencias, diálogos y debates entre poderes del estado constitucional mexicano y su aplicación meta constitucional con el objeto de hacer justiciables los principios y axiomas de la carta fundamental a través de la hermenéutica y argumentación jurídica; podemos determinar que las obligaciones de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos se logra a través de diversas acciones: la promoción, protección y garantía de tales derechos exigen un papel activo por parte de las autoridades, a través de políticas públicas y del desempeño de las atribuciones, encaminadas al fortalecimiento de tales derechos; en tanto que la función de respeto, impone un deber de no transgredirlos, o sea, exige la abstención por parte del Estado, de transgredirlos; todo ello, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

La concepción iusnaturalista, que postula que los hombres tienen tales derechos por razón natural, por la sola condición humana; la socialista, conforme a la cual es inútil hablar de derechos humanos sin referencia a la vida en sociedad, ya que, en forma aislada, el hombre no tiene prácticamente ningún derecho, pues todo derecho implica una relación entre su titular y el obligado a respetarlo; y la legalista, que sostiene que los derechos definidos en la ley son los únicos que ameritan protección. El sistema constitucional actual se ciñe a la tercera teoría, pues el artículo primero constitucional dispone que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.[26]

Es oportuno referir que la expresión juicio de amparo tiene una carga simbólica notoria, que evoca la idea de que una vez que el juez conoce los hechos y las pruebas, está en condiciones de emitir un juicio de valor sobre la procedencia o no de amparar, esto es, de proteger a quien interpone el amparo, contra el

26 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

acto de autoridad que impugna; tal juicio, generalmente, es construido a partir de tales hechos y pruebas, pero dentro del contexto constitucional que representan los artículos de la norma suprema que contienen las principales garantías constitucionales, relativas al derecho a que todas las autoridades velen por los derechos humanos, a través de respetarlos, protegerlos, promoverlos y garantizarlos, al derecho a la presunción de inocencia, al derecho de petición, a la defensa adecuada, a la igualdad procesal, al debido proceso, al derecho a un tribunal competente, imparcial y objetivo, al derecho a un recurso sencillo, efectivo y rápido, y al derecho a la impartición de justicia pronta y expedita. Garantías contempladas en los artículos 1°, 8°, 14, 16, 17 y 21 constitucionales,[27] por lo que estos se convierten en el referente superior en el análisis del acto reclamado, y así, la respectiva sentencia debe contener un pronunciamiento acerca de cuáles son los preceptos constitucionales y las garantías de los derechos humanos transgredidos.

En razón de lo anterior, actualmente, ya se está viviendo una forma de hacer justicia y de garantizarla, que rompe los esquemas anteriores a los contemplados en el actual Código Nacional de Procedimientos Penales[28] y en la Ley de Amparo vigente,[29] contenidas en los decretos publicados, respectivamente, en los Diarios Oficiales de la Federación de dieciocho de junio de dos mil ocho y seis de junio de dos mil once. Ello, en el contexto de otro sistema, el de derechos humanos, que fue formalmente instituido por la reforma constitucional contenida en el decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once. Con las anteriores leyes se pretende hacer más dinámica y versátil la forma en la que los integrantes de la sociedad resuelvan los conflictos sociales.

En el fondo de tal resolución dinámica y versátil, se da la interacción de los sistemas que representan el proceso penal acusatorio y oral, el juicio de amparo, y los derechos humanos y tal interacción busca, ante todo, garantizar la solución del conflicto y la estabilidad sociales, a través de una dialéctica que produce resultados o efectos recíprocos en los sistemas, tanto a nivel de procedimiento como de esencia de los mismos, que se busca explicar aquí a la luz de los postulados de la teoría de los sistemas sociales autopoiéticos de Niklas Luhmann.[30]

El juicio de amparo no se concibe fuera del ámbito de los derechos humanos, desde que estos sentaron sus reales de manera formal en nuestro ordenamiento jurídico, a raíz de la reforma constitucional de diez de junio de dos mil once; si bien

27 *Ídem.*
28 Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-03-2014, última reforma DOF 19-02-2021 (Méx.).
29 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos [LARACPEUM], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.], *op. cit.,* nota 12.
30 Niklas Luhmann, Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo, 105 (Antrhopos-Universidad Iberoamericana, 2005).

se puede argumentar, válidamente, que desde mucho antes de esa formalización, las otrora garantías individuales o derechos constitucionales también eran objeto de protección a través del juicio de amparo, la diferencia radica en que, mientras en pasado tal protección era más una formalidad que una realidad, en la actualidad la protección no solamente es formal, sino material, y a ello ha contribuido significativamente la vinculación del Estado mexicano al derecho internacional de los derechos humanos,[31] con sentido de compromiso real en aras de armonizar la anhelada justiciabilidad de los derechos como mecanismos de protección constitucionalidad y, con ello, desarrollar y consolidar el discurso de la justicia constitucional.

VIII. BIIBLIOGRAFÍA

Eugene Garsonet, Traité theorique et practique de procedure, Vol. I., (Larose et Forcel, 1925).

Ernesto Galindo Sifuentes, La valoración de la prueba en los juicios orales, 85 (Flores Editor, 2010).

Emilio Rabasa, Apéndice Documental. Primer Congreso Jurídico Nacional celebrado en la ciudad de México el 12 de octubre de 1921, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1995).

José Asensi Sabater, La Época Constitucional, (Tirant le Blanch, 2001).

Lucio Cabrera Acevedo, La Suprema Corte de Justicia de la Nación durante los años constitucionalistas 1917-1920, (Suprema Corte de Justicia de la Nación, 1995).

Niklas Luhmann, Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo, (Antrhopos-Universidad Iberoamericana, 2005).

Ronald Dworking, Los derechos en serio, (Marta Guastavino trad., Ariel, 2da ed., 1989).

31 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, [CIDH], 1959; Corte Interamericana de Derechos Humanos [CIDH], 22-05-1979; Declaración Americana de Derechos Humanos, [DADH], 02-05-1948.

¿ES CONSTITUCIONAL EL BLOQUEO DE CUENTAS DE LA UIF?, INTERPRETACIÓN JURISDICCIONAL

IS THE BLOCKING OF FIU ACCOUNTS CONSTITUTIONAL?, JURISDICTIONAL INTERPRETATION

Fecha de recepción: 11 de diciembre de 2020 | Fecha de aceptación: 23 de junio de 2021

Arturo CENTENO VALENCIA*

Resumen

El objetivo es analizar la regularidad constitucional del bloqueo de personas en el sistema financiero, por parte de la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, por medio de las sentencias. Abordando el reparto de competencias inter e intra-gubernamentales y el respeto a la Dignidad Humana. Como veremos, esta competencia es inconstitucional, por lo cual, propondremos las reformas necesarias, para que el Estado Mexicano cuente con una herramienta para combatir la inseguridad y respetando la Dignidad Humana.

Palabras clave: Dignidad Humana, Federalismo, separación de poderes, Estado de Derecho, Estado Constitucional y bloqueo de personas en el sistema financiero.

Abstract

The objective is to analyze the constitutional regularity of freezing assets, by the Financial Intelligence Unit of the Ministry of Finance and Public Credit, through sentences. Addressing the distribution of inter and intra-governmental competences and respect for Human Dignity. As we will see, this competence is unconstitutional, therefore, we propose the necessary reforms, so that the Mexican State has a tool to combat insecurity and respecting Human Dignity.

Keywords: Human Dignity, Federalism, separation of powers, Rule of Law, Constitutional State, freezing assets.

* Doctor Internacional por la Universidad de Salamanca, España (Estado de Derecho y Gobernanza Global), Maestro en Derecho por la Escuela de Gobierno y Transformación Pública del Tec de Monterrey y profesor en la misma Escuela; Licenciado en Derecho por el Tecnológico de Monterrey; correo electrónico: arturo.centeno@gmail.com.

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

RIDP

Sumario: *I. Introducción, II. ¿Se respeta la distribución de competencias inter e intragubernamental?, III. ¿Es necesaria la Lista en sociedad democráticas?, IV. Conclusiones, V. Bibliografía*

I. INTRODUCCIÓN

México enfrenta un riesgo significativo de lavado de activos, principalmente por la delincuencia organizada, la corrupción y la evasión fiscal, limitando la eficacia del Estado para descapitalizar a los grupos delincuenciales, de acuerdo al último informe del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) y del Grupo de Acción Financiera Latinoamérica (GAFILAT),[1] ¿pero esta consecuencia de hecho, permite al Estado atentar contra la Dignidad Humana o la separación de poderes? y ¿cómo se pudiera prevenir y perseguir de forma constitucional?

En ese contexto, se creó la Lista de Personas Bloqueadas del Sistema Financiero (la Lista), que implica que las personas físicas o morales que sean incluidas por la Unidad de Inteligencia Financiera, de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, no podrán hacer operaciones financieras, es decir se les inmovilizan o congelan sus cuentas. Este trabajo, tiene como objeto de estudio esta medida restrictiva a los derechos humanos.

Por lo cual, la primera pregunta nos guiará en el desarrollo del objetivo 1 de este análisis, que será abordado usando tres juicios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: (1) la distribución de competencias intergubernamentales (Federación – estados), (2) la comprobación de la separación de poderes federales (entre el Congreso de la Unión y el Ejecutivo Federal) y (3) el juicio de ponderación. En el primero aplicaremos el principio de división funcional de competencia,[2] para lo cual, encuadraremos específicamente la metería y sus sub-materias,[3] para después determinar el titular de la competencia para establecer los supuestos para entrar a la Lista, y así poder determinar la regularidad de la competencia ejercida por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al expedir las Directrices Generales que norman la Lista.

El segundo juicio buscará determinar el respeto de la Secretaría de Hacienda

1 FATF y GAFILAT, *Medidas anti lavado y contra la financiación del terrorismo. México*, Informe de Evaluación Mutua, FATF, Paris, 3 (2018).

2 Principio de división funcional de competencias. Procedimiento para determinar su transgresión, 172432, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, t. P./J. 23/2007, p. 1648, (Méx.).

3 *Cfr*. Arturo Centeno Valencia, El federalismo como control del poder, 18-26 (Porrúa, 2015).

y Crédito Público en el ejercicio de su facultad reglamentaría,[4] considerando los principios de reserva de ley (no se puede reglamentar materias reservadas al Poder Legislativo, como establecer restricciones a los derechos) y la subordinación jerárquica (solo puede desarrollar una ley, no ir más allá, extender los supuestos y menos contradecirla).

Por último, pero el más relevante y complejo, es estudiar el bloqueo de cuentas, como una restricción de los Derechos Humanos, para lo cual, nos basaremos en el juicio de ponderación[5] usado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para determinar si es una restricción necesaria en sociedades democráticas o no.[6]

Estudiaremos las resoluciones del Poder Judicial de la Federación de diversos amparos promovidos en contra de la inclusión a la Lista, en la contradicción de tesis resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la Nación,[7] y de las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, respecto a las listas de personas bloqueadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, con especial referencia al caso Kadi Vs. el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea,[8] como margen de referencia para el estudio de necesidad de la restricción en México.

Con esta metodología, revisaremos integralmente la regularidad del fundamento de la competencia de la Unidad de Inteligencia Financiera para crear la Lista. Para posteriormente, como segundo objetivo de este artículo, y dar respuesta ¿cómo es posible aplicarla de forma constitucional?, se analizarán las modificaciones o derogaciones necesarias para dotar al Estado Mexicano de una herramienta de prevención y persecución de la delincuencia organizada, la corrupción y la evasión fiscal, que respete el orden jurídico constitucional.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

4 Facultad reglamentaria. Sus límites, 172521, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXV, mayo de 2007, t. P./J. 30/2007, p. 1515, (Méx.).

5 *Cfr.* Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 107-109 (Ernesto Garzón Valdés trad., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002)- Pedro R. Torres Estrada, Los razonamientos jurídicos de la política pública, 49-74 (Tirant lo Blanch, 2019).

6 Proporcionalidad en la ponderación. Principios del método relativo que deben atenderse para evaluar la legitimidad de las medidas adoptadas por el legislador, en el juicio de amparo en que la litis implica la concurrencia y tensión entre los derechos fundamentales de libertad de comercio y los relativos a la protección de la salud, al plantearse la inconstitucionalidad de una norma de observancia general que prohíbe la venta de productos derivados del tabaco. 168069, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIX, tesis: I.4o.A.666 A, p. 2788, (Méx.).

7 Registro 27825, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 21 de febrero de 2018, (Méx.). Registro 28815, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 22 de mayo de 2019, (Méx.). Registro 28617, Pleno de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 16 de abril de 2018, (Méx.).

8 P - Kadi y Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), Sentencia C-402/05, de 3 de septiembre de 2008.

II. ¿SE RESPETA LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS INTER E INTRAGUBERNAMENTAL?

1. Distribución de competencia entre la Federación y estados

En este trabajo, analizaremos el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, por ser el motivo de las sentencias que estudiamos, partiendo del entendido que los artículos de las demás leyes de las instituciones financieras son exactamente iguales, solo cambian al sujeto obligado de suspender las operaciones.

En ese sentido, la materia de instituciones financiera fue cedida expresa y exclusivamente a la Federación,[9] es decir que las funciones legislativa, ejecutiva y judicial son de ella,[10] por lo cual, concluimos que se respetó la distribución de competencias intergubernamentales.

Por otro lado, la Lista es parte de la materia de seguridad pública, ya que busca prevenir los delitos de terrorismo, terrorismo internacional y operaciones con recursos de procedencia ilícita,[11] al ser una medida cautelar que establece el deber de las instituciones financieras[12] de "suspender de forma inmediata la realización de actos, operaciones o servicios con los clientes o usuarios que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público les informe mediante una lista de personas bloqueadas."[13]

Así respecto a la legislación de los delitos que busca prevenir, encontramos que el terrorismo tutela la Seguridad Nacional y la autonomía de las autoridades federales, el terrorismo internacional la integridad de las autoridades de un Estado extranjero u organizaciones internacionales, siendo la primera una materia exclusiva de la Federación y la segunda una implícita, al tener cedida las relaciones

9 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, CP, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-02-1917, última reforma DOF 28-05-21. , articulo 73, F. X.

10 Arturo Centeno Valencia, op. cit., nota 3, pp. 29 – 33.

11 Código Penal Federal [CPF], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.], 14-08-1931, última reforma DOF 12-11-2021 (Méx.). artículos 139, 148 Bis y 400 Bis respectivamente.

12 Bancos, organizaciones auxiliares de crédito, casas de cambio, sociedades financieras de objeto múltiple no reguladas, sociedades financieras populares, sociedades operadoras de fondos de inversión y distribuidoras de acciones, instituciones de crédito, casas de bolsa, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, instituciones de tecnología financiera y uniones de crédito.

13 Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, Diario Oficial de la Federación [DOF], 14-01-1985, última reforma [DOF] 09-03-2018 (Méx.), artículos 95 y 95 Bis. Ley de Ahorro y Crédito Popular, Diario Oficial de la Federación [DOF] 04-06-2001, última reforma [DOF] 20-05-2021 (Méx.), artículo 124. Ley de Fondos de Inversión, Diario Oficial de la Federación [DOF] 04-06-2021, última reforma [DOF] 20-05-2021 (Méx.), artículo 91. Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación [DOF] 18-07-1990, última reforma [DOF] 11-03-2022 (Méx.), artículo 115. Ley del Mercado de Valores, Diario Oficial de la Federación [DOF] 30-12-2005, última reforma [DOF] 09-01-2019 (Méx.), artículo 212. Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, Diario Oficial de la Federación [DOF] 21-08-2009, última reforma [DOF] 20-05-2021(Méx.), artículo 72. Ley para Regular las Instituciones de Tecnología Financiera, Diario Oficial de la Federación [DOF] 09-03-2018, última reforma [DOF] 20-05-2021(Méx.), artículo 58. Ley de Uniones de Crédito, Diario Oficial de la Federación [DOF] 20-08-2008, última reforma [DOF] 10-01-2014 (Méx.), artículo 129.

exteriores.[14] Así como el delito de operaciones de recursos de procedencia ilícita se fundamenta en una competencia implícita, al tutelar la estabilidad económica nacional, la seguridad pública, la Seguridad Nacional y la seguridad del sistema financiero nacional,[15] todas competencias de la Federación.

Es de esta forma, que una vez encuadrada la competencia de crear la Lista como parte de los delitos sobre los que proceden son exclusivos o concurrentes, y la materia de los servicios financieros fue cedida a Federación. Podemos concluir, que esta competencia es legítima y en consecuencia respeta la regularidad constitucional, respecto a la distribución intergubernamental de competencias.

Adicionalmente, encontramos otras fuentes, para incluir personas en la Lista, las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidad,[16] para prevenir el financiamiento de los Talibanes, Al- Qaida, Usama bin Laden y EIIL (Dáesh),[17] y fundamentadas en el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, que otorga al Consejo la competencia de dictar acciones con o sin uso de la fuerza a los Estados miembros para atacar acciones que pongan en peligro la paz (en este caso, la interrupción de total de relaciones económicas con las personas señaladas en su lista negra), como el caso del terrorismo, por lo cual, son vinculantes para el Estado mexicano.[18]

Así como, por medio de la asistencia judicial reciproca, las solicitudes de embargo preventivo con fines de decomiso de un Estado extranjero, que debe demostrar que existe un proceso de decomiso en la jurisdicción del solicitante ante una autoridad competente, y justificar razonablemente la necesidad del embargo preventivo y que la intención del solicitante es el decomiso, así como el solicitante sea parte de la Convención en Contra la Corrupción, la Delincuencia Organizada Transnacional o el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas de las Naciones Unidas o de la Convención en Contra de la Corrupción de la OEA, o se comprometa a la reciprocidad al momento de la solicitud.[19]

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP
Revista Internacional de Derecho Público

14 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., nota 9, artículos 73, F. VI, 76, F.I y 89, F. X.

15 Miguel Ángel Aguilar López, *El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia*, 18 Revista de la Judicatura Federal, 5-35 (2004).

16 Juan Manuel Portilla Gómez, e Imanol de la Flor Patiño, *Las resoluciones del consejo de seguridad de las naciones unidas y su recepción en el sistema jurídico mexicano,* en Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del derecho internacional público, 225 - 263 (Jorge A. Sánchez Cordero, ed., UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017).

17 Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1267/1999, 15-10-1999. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1267/1999, 15-10-1999. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1333/2000, 19-12-2000. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1373/2001, 28-09-2001. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1390/2002, 16-01-2002. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1988/2011, 17-06-2011. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 1989/2011, 17-06-2011. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 2253/2015, 17-12-2015. Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas resolución [CSNU], 2368/2017, 20-07-2017.

18 Carta de las Naciones Unidas [CNU], 26-06-1945, artículos 41 y 42.

19 Convención de las Naciones Unidas Contra la Corrupción [CNUCC], 31-10-2003, artículos 54.2 y 55.

Ante estos dos supuestos, divergimos del criterio de la Segunda Sala, al argumentar que la competencia de la UIF para incluir personas surge del artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito.[20] Ya que consideramos, que dicho artículo no habilita a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para realizarlo en estos supuestos, por lo cual, estos deben ser encuadrados acorde a su fuente jurídica, los tratados internacionales.

En este sentido, las materias de tratados internacionales (incluyendo su celebración y ejecución) y política exterior están cedidas exclusivamente a la Federación. Por lo cual, respeta el sistema de distribución de competencias verticalmente, sin embargo, esto no prejuzga sobre la validez de que la Secretaría de Hacienda por medio de la facultad reglamentaria, se arroga competencias horizontales en cumplimiento de tratados internacionales, lo que analizaremos en el siguiente apartado.

2.Competencias horizontales

Ahora analicemos el respeto de la medida al principio de separación de poderes horizontalmente, es decir, el respeto a la división de funciones entre el legislativo, ejecutivo y judicial. Abordando primeramente el ejercicio de la función legislativa por el Congreso de la Unión sobre los servicios financieros, que sustantivamente están regulados por las siguientes leyes: de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, de Ahorro y Crédito Popular, de Fondos de Inversión, de Instituciones de Crédito, del Mercado de Valores, de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo, Instituciones de Tecnología Financiera y Uniones de Crédito.

Adicionalmente, se debe considerar el Código Penal Federal, que ya abordamos, y la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, que es la norma especializada para la prevención de dichos delitos por medio de las instituciones financieras. Es de resaltar, que la Segunda Sala no estudio esta última, sino que se limitó en estudiar la Ley de Instituciones de Crédito.

En este sentido, el quejoso presentó como agravio que el artículo 115 de la Ley de instituciones de Crédito no establecía los supuestos de procedencia para la inclusión de personas en la Lista, y la Sala consideró que no era necesario que

---

Convención de las Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional [CNUCDOT], 12-12-2000, artículo 13. Convención de las Naciones Unidas Contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas [CNUCTIESS], 19-12-1988, artículo 5. Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo [CIRFT], O9-12-1999, artículo 8. Convención Interamericana Contra la Corrupción [CICC], 29-03-1996, artículo XIV. Código Nacional de Procedimientos Penales [CNPP], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-03-2014, última reforma DOF 19-02-2021 (Méx.), artículo 436.

20 Registro: 27825, *op. cit.*, nota 7, considerando quinto y resolutivo segundo.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

estuvieran en la Ley, ya que existía una derivación de los mismos para que sean establecido por disposiciones de carácter general, emitidas por la Secretaria de Hacienda y Crédito Público, dentro de la competencia reglamentaria del Ejecutivo Federal; con el argumento de que la seguridad jurídica no obliga a detallar el procedimiento a seguir en cada supuesto establecido por ley. Con lo cual, declaró constitucional cuando estos derivan de una resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o para dar cumplimiento a un tratado internacional (la ponderación de estas restricciones las veremos en el siguiente apartado).[21]

Mientras que los supuestos de origen nacional los declaró inconstitucional, bajo el argumento, que toda medida cautelar debe responder a un proceso, y que la Lista no respeta esa jurisprudencia.[22] Criterios con los cuales estamos en contra, porque:

1. El artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito sí establece los supuestos de procedencia de la Lista.
2. Se consideró que la Lista es un mecanismo administrativo y no penal, al ponderar más la naturaleza formal (Ley de Instituciones de Crédito) sobre la material, que expresamente es un mecanismo para la prevención e investigación de los delitos (materia reservada a instituciones de seguridad pública).
3. Se viola el principio de reserva de ley, ya que las Directrices Generales amplían los supuestos de procedencia a los delitos relacionados a los señalados en la Ley, a las personas que tienen un juicio o están sentenciadas por dichos delitos.
4. Se vulnera la subordinación jerárquica, al permitir que la facultad reglamentaria altere las competencias cedidas a otras autoridades en los supuestos de inclusión por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas y las solicitudes de asistencia jurídica internacional.

Observamos que los supuestos, como ya hemos mencionado, para la procedencia de esta medida es la prevención o la posibilidad de detectar hechos que pudieran encuadrarse como terrorismo, terrorismo internacional u operaciones con recursos de procedencia ilícita, sin que establezca como supuesto, la ejecución de un tratado internacional.[23]

Siguiendo con el segundo punto, respecto a las hipótesis de ilícitos meramente nacionales, estamos ante una antinomia jurídica no abordada por la Sala, ya que

21 *Ibidem*, considerando quinto.
22 Medidas cautelares. No constituyen actos privativos, por lo que para su imposición no rige la garantía de previa audiencia, 196727, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. VII, marzo de 1998, t. P./J. 21/98, p. 18. (Méx.).
23 Ley de Instituciones de Crédito, op. cit., nota 13, artículo 115.

consideró que la medida es de naturaleza administrativa y no penal, entre la competencia otorgada a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para incluir personas a la Lista y la tutela del derecho penal a las instituciones de seguridad pública.

Recordemos que constitucionalmente la seguridad pública debe ser ejercida por las instituciones de seguridad pública (policías y procuradurías o fiscales generales) y comprende la prevención, la investigación y la persecución de los delitos.[24] En este sentido, siguiendo el artículo 115, la Lista "tendrá la finalidad de prevenir y detectar actos, omisiones u operaciones" que puedan apoyar la comisión de los delitos anteriores, de las que se derivan dos de las funciones de la seguridad pública, la de prevención y la de investigación, esta última es la de detectar hechos ilícitos que apoyen los supuestos.

Por lo anterior, acorde con el marco constitucional de la materia y la naturaleza jurídica de la Lista, la competencia asignada a la Secretaría de Hacienda es inconstitucional, ya que los dos objetivos de la Lista, el poder revisor de la Constitución lo reservó a las instituciones especializadas en la seguridad pública y que están normadas por el artículo 21 constitucional. Si bien, la Supremacía Constitucional, nos permitiría con este argumento, expulsar la norma del sistema jurídico mexicano, continuaremos con el análisis completo de la norma, para encontrar la forma constitucional de hacer uso de tan eficiente mecanismo para la seguridad pública.

A pesar que la Segunda Sala declaró inconstitucional las fracciones de la III a la VI del artículo 71 de las Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, no se notificó a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público al tener los dos precedentes, ni al establecer la jurisprudencia,[25] y en consecuencia no se inició el plazo de 90 para que la Secretaría adecuará la norma al marco constitucional o en su defecto, el no cumplirlo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación decretará la Declaratoria General de Inconstitucionalidad dejando de aplicarse la Lista.[26] Es ante esta omisión de la Sala que la Unidad de Inteligencia Financiera, a pesar de saber que es inconstitucional, mantiene vigente la Lista e incluso ha incorporado más personas bajo los supuestos no constitucionales.

La consecuencia de declarar constitucional el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, es que el Congreso de la Unión busca superar los vicios de inconstitucionalidad adicionando un capitulo a la ley que reglamenta

24 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, op. cit., nota 9, artículo 21.

25 Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [DOF] 02-04-2013, última reforma [DOF] 07-06-2021 (Méx.), artículos 231-235.

26 *Suprema Corte de Justicia de la Nación, Sistema de seguimiento de declaratorio general de inconstitucionalidad*, SCJN (Oct. 10, 2019, 03:40 PM), http://www2.scjn.gob.mx/denunciasincumplimiento/ConsultaGenerales.aspx.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

la Lista (aprobada por el Senado de la República),[27] como expresamente se señala en la exposición de motivos de la misma, declarándola como una sanción administrativa y garantizando el derecho de audiencia ante la Unidad de Inteligencia Financiera.[28]

Sin embargo, las restricciones a la propiedad como sanción solo pueden ser decretada por autoridad judicial, ya que administrativamente solo se puede sancionar con multa, arresto hasta por treinta y seis horas o trabajo comunitario.[29] Así como el tener derecho de audiencia ante autoridad ejecutiva, restringe el derecho al acceso a la justicia. Por lo cual, esta reforma no es necesaria en sociedad democráticas, como veremos en los siguientes apartados, por existir formas de conseguir el mismo fin, lesionado menos los derechos.

Adicional a la antinomia anterior, resuelta por el principio de Supremacía Constitucional, encontramos otra contradicción jurídica entre las competencias otorgadas a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito y a la Fiscalía General de la República por medio de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita.

Esta ley especial establece el sistema de avisos que las instituciones financieras o demás entidades involucradas (como notarios, vendedores de joyas, entre otros) deben presentar a la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sobre actividades vulnerables a ser usadas para operaciones con recursos de procedencia ilícita (sorteos, apuestas, créditos, cheques de viajero, bienes inmuebles, entre otros),[30] y hace competente a la misma para recibir las alertas, requerir más información a las personas, presentar denuncias de hechos ante el ministerio público, citar a comparecer a los infractores e imponerles sanciones administrativas,[31] como multa, suspensión, revocación de licencias, cancelación de patentes, entre otras, por infracciones a los deberes impuestos por esta ley, de identificación de las personas, dar los avisos y guardar la documentación.[32]

Mientras que, por medio del reglamento de la ley, se hace competente a la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para interpretar administrativamente la ley y el reglamento, requerir más información a los particulares, determinar los formatos a usar, establecer

27 Pleno de la Cámara de Diputados, Minuta con proyecto de decreto, por el que se reforma la denominación del título quinto y se adiciona un capítulo V al título quinto de la Ley de Instituciones de Crédito, Gaceta Parlamentaria [GP], Año XXII, Número 5236-I, 12-03-2019 (Méx.).

28 Iniciativa que adiciona el capítulo IV bis al título quinto de la Ley de Instituciones de Crédito, Gaceta Parlamentaria del Senado [GPS] 14-02-2019 (Méx.).

29 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, op. cit.,* nota 9, artículos 14 y 21.

30 Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Diario Oficial de la Federación [DOF] 17-10-2012, última reforma [DOF] 20-05-2021(Méx.), artículos 15, F. II y 17.

31 *Ibidem*, artículo 6.

32 *Ibidem*, capítulo VII: De las Sanciones Administrativas.

los medios alternativos de cumplimiento y suscribir convenios, sin que en la ley especial se le otorguen competencia para la creación de la Lista.[33]

Por otro lado, a la Fiscalía General de la República se le establece el deber de crear la Unidad Especializada en Análisis Financiero, "como órgano especializado en análisis financiero y contable relacionado con operaciones con recursos de procedencia ilícita",[34] que tendrá como titular a un ministerio público y adscrita directamente a la oficina del Fiscal, y que podrá utilizar las técnicas y medidas de investigación del Código Nacional de Procedimientos Penales y de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Lo anterior, para dar cumplimiento a las siguientes competencias asignadas: conducir la investigación de los hechos, requerir información a la Secretaría de Hacienda sobre las alertas, establecer los criterios de presentación de los reportes que le de la Secretaría, crear mecanismos de consulta de bases de datos entre los tres órdenes de gobierno para el combate de este delito, entre otras.[35] En este sentido, acorde a la legislación procesal penal, encontramos que el ministerio público puede solicitar al juez de control "la inmovilización de cuentas y demás valores que se encuentren dentro del sistema financiero",[36] como una providencia precautoria, incluso antes de la audiencia inicial y sin previa notificación al imputado, o medida cautelar penal o dentro del procedimiento de extinción de dominio, también puede solicitar al juez la medida cautelar de aseguramiento de bienes, antes y durante el juicio.[37]

En conclusión, encontramos la antinomia respecto la competencia de decretar inmovilización de cuentas bancarias, por medio de la inclusión de personas a la Lista con un acto administrativo, sin control judicial, y la otorgada a la Unidad de la Fiscalía General de la República, con control judicial y dentro de las garantías del sistema penal. En este sentido, aplicando los criterios de solución de conflictos normativos, encontramos que acorde al cronológico debería de considerarse vigente la competencia otorgada a la UIF, ya que se adicionó en el 2014, y la Ley de Prevención que faculta a la Unidad de la Fiscalía es expedida en el 2012.[38]

Sin embargo, ante los criterios de *lex specialis derogat legi generali*, en el cual

33 Reglamento de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Diario Oficial de la Federación [DOF] 16-08-2013 (Méx.), artículo 3.
34 Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, op. cit., nota 30, artículo 7.
35 *Ibidem,* artículo 8.
36 Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit*., nota 19, artículo 138, F. II.
37 *Ibidem,* artículos 138, F. II, 155 F. IV; Ley Nacional de Extinción de Dominio, Diario Oficial de la Federación [DOF] 09-08-2019, última reforma [DOF] 22-01-2020 (Méx.), artículos 173 y 175; respectivamente.
38 Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones en materia financiera y se expide la Ley para Regular las Agrupaciones Financieras, Diario Oficial de la Federación [DOF] 10-01-2014 (Méx.). Decreto por el que se expide la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, Diario Oficial de la Federación [DOF] el 17-10-2012 (Méx.).

debe prevalecer la norma especial sobre la general, partiendo que la Lista tiene como objetivo la prevención e investigación de los delitos anteriores, y que para el de operaciones con recursos de procedencia ilícita existe una ley especial para su prevención e investigación, deben prevalecer las normas de la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, las cuales no dotan de competencia a la UIF de bloqueo de cuentas. Ya que si bien, a la Secretaría de Hacienda se le dota de competencias para prevenir este tipo de ilícito,[39] no se le otorga competencia para realizar este acto de molestia, como sí lo hace para la Unidad de la Fiscalía General.

De estar forma, el Estado mexicano estaría alineándose a las recomendaciones del GAFI números 29, 30 y 31,[40] la primera establece que las unidades de inteligencia financiera tendrán competencias de recibir y analizar información financiera, no de investigación de los delitos, mientras que la capacidad de iniciar el embargo o congelamiento de cuentas, las recomendaciones se la otorga a las autoridades de orden público e investigación, que acorde a la Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita es la unidad especializada de la Fiscalía General.

En el mismo sentido, debería declararse inconstitucional el artículo 115 bajo el principio *pro homine*, que analizaremos más a detalle en el siguiente apartado, ya que la competencia otorgada a la Unidad de la Fiscalía es menos restrictiva a la garantía de control jurisdiccional que la de la Secretaría de Hacienda.

En conclusión, la competencia de la Secretaría de Hacienda para incluir personas en la Lista, al ser una medida preventiva y de investigación para los delitos de terrorismo, terrorismo internacional y operaciones con recursos de procedencia ilícita, debió ser declarado inconstitucional, por: (1) el principio de jerarquía, al violar la Supremacía Constitucional, al no respetar el legislador que la seguridad pública está reservada a instituciones de seguridad pública, (2) por el criterio el criterio especial, ya que la ley especial, dota de dicha competencia a la Unidad de la Fiscalía (no a la de la Secretaría de Hacienda) y (3) por el principio *pro homine*, ya que la medida en la Fiscalía es menos restrictiva que la de la Secretaría respecto a la garantía judicial.

Sobre el tercer punto, la norma secundaria es clara al establecer los supuestos de procedencia para la inclusión de una persona a la Lista, que referencia a la fracción I del mismo artículo, que a la letra dice: "prevenir y detectar actos,

39 Ley Federal para la Prevención e Identificación de Operaciones con Recursos de Procedencia Ilícita, *op. cit.*, nota 30, artículo 6, F. III.

40 Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación (Las Recomendaciones del GAFI)*, GAFI, París, (2012), 25-26. Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Metodología para evaluar el cumplimiento técnico con las recomendaciones del GAFI y la efectividad de los sistemas ALA/CFT*, GAFI, París, (2013), 69-72.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

omisiones u operaciones que pudieran favorecer, prestar ayuda, auxilio o cooperación de cualquier especie para la comisión de los delitos previstos en los artículos 139 ó (sic) 148 Bis del Código Penal Federal o que pudieran ubicarse en los supuestos del artículo 400 Bis del mismo Código".[41]

Por lo cual, al ampliar las Directrices Generales, que se expiden con la facultad reglamentaría del ejecutivo y están sometidas a la reserva de ley, los supuestos a los delitos vinculados con los 3 anteriores o a las personas con un proceso penal abierto o sentenciadas debieron ser declaradas inconstitucionales por la violación a la reserva de ley, ya que amplían los supuestos de restricciones a la libertad personal,[42] y no por el hecho de que las fracciones no estaban vinculadas a u un procedimiento, como lo hizo la Sala.[43]

Respecto a la competencia de incluir en la Lista a personas, por compromisos internacionalmente adquiridos, cuarto punto, como ya cometamos, ni siquiera es una de los supuestos incluidos en el artículo 115, por lo cual, de acuerdo al principio de subordinación jerárquica de la facultad reglamentaria a la voluntad de la Ley, no puede otorgarse por medio de reglamento, una competencia que está reservada a otras autoridades.

En este sentido, el Código Nacional de Procedimientos Penales, reconoce la inmovilización de bienes, incluidos los que se encuentren en instituciones financieras, como una de las medidas de asistencia jurídica internacional en materia penal, y establece que deberán ser presentadas ante la Fiscalía General de la República (como autoridad central) o a través de la vía diplomática.[44]

Por último, están las personas incluidas en la Lista, porque el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas las integró a sus "listas negras", que no responden a la naturaleza de la asistencia jurídica, ya que es un mandato del Consejo, con fundamento en el Capítulo VII de la Carta, por lo cual, la aplicación de estas medidas, acorde a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, corresponde a la Secretaría de Relaciones Exteriores, como responsable de conducir la política exterior.[45] Por lo cual, consideramos que estos dos supuesto tuvieron que declararse inconstitucional, por vulnerar la subordinación jerárquica respecto a otras leyes.

Si bien el principio de economía procesal, nos indica que lleguemos hasta este punto sobre el análisis de la constitucionalidad, al tener elementos suficientes para declarar inconstitucional el artículo 115, en lo referente a la creación de la Lista por la Secretaría de Hacienda, y en consecuencia las Directrices Generales

41 Ley de Instituciones de Crédito, *op. cit*., nota 13, artículo 115, F. I.
42 Disposiciones de carácter general a que se refiere el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, Diario Oficial de la Federación [DOF] 20-04-2009 (Méx.), artículo 71, F. III – VI.
43 Registro 27825, *op. cit.,* nota 7, considerando quinto.
44 Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.,* nota 19, artículos 449 y 437.
45 Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, Diario Oficial de la Federación [DOF] 02-02-1977, última reforma [DOF] 20-10-2021(Méx.), artículo 28, F. I.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

que en la materia expidió. Seguiremos con el juicio de ponderación, con la intención de determinar si la medida es necesaria en una sociedad democrática, y solamente tiene problemas con la distribución de competencia o si también vulnera la Dignidad Humana.

III. ¿ES NECESARIA LA LISTA EN SOCIEDAD DEMOCRÁTICAS?

Una vez, concluido que la Federación tiene competencias expresas para la regulación de las instituciones financieras, así como para establecer los 3 tipos de delitos (terrorismo, terrorismo internacional y operación de recursos de procedencia ilícita) que la Lista busca prevenir o investigar. Pero que la Secretaría de Hacienda y de Crédito Público carece de competencias para incluir a personas a la Lista por los supuestos de mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas o por una solicitud de asistencia jurídica internacional, en cuyo caso son competes la Secretaría de Relaciones Exteriores o la Fiscalía General de la República, respectivamente.

La Segunda Sala, consideró constitucional el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito, partiendo que la Lista es de naturaleza administrativa y no penal, argumento del que discordamos, por lo cual, nos basaremos en el juicio de ponderación, para determinar la naturaleza material de la Lista, al analizar el fin constitucionalmente valido que busca la restricción.

Para lo cual, nos ajustaremos al proceso de ponderación establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y estructurado en tres etapas, como veremos en el siguiente gráfico:

Gráfico 1: Juicio de Ponderación acorde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Nota: elaboración propia, con información de la jurisprudencia[46] de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Corte ha establecido los primeros tres pasos como requisitos de admisibilidad para poder iniciar el juicio de ponderación. Para el primero, deberemos determinar si existe colisión de principios, y en su caso, identificarlos específicamente, para posteriormente, ver si la medida que establece restricciones a los Derechos

46 Proporcionalidad en la ponderación, *op. cit.*, nota 6, p. 2788.

Humanos sigue un fin constitucionalmente valido, recordemos que las restricciones deben ser excepciones y fundamentarse en la Seguridad Nacional, el orden público o la protección de derechos y libertades.[47]

Así, al identificar el fin que se persigue, será necesario analizar (idoneidad) si la restricción al actualizarse aporta en la consecución del objetivo para el que se creó. Pero no basta con que aporte, sino que, para reconocerla como legitima no debe existir razonablemente otro medio menos restrictivo a los Derechos Humanos (necesaria). Por último, si es la menos dañina a los derechos, será necesario estudiar si existe una correspondencia entre la importancia del fin y los efectos de la restricción (proporcionalidad).

1. ¿Qué principios colisionan?

Como ya hemos identificado, la Lista es una restricción al derecho de la propiedad, la libertad laboral y el derecho a un mínimo vital.[48] Ya que, por medio del acto administrativo se impide la disposición de los bienes personales depositados en las instituciones financieras.

La segunda es una consecuencia, ya que si bien, la Lista no impide expresamente que la persona ejerza su libertad laboral,[49] si lo hace, acorde a las formas que tiene de cobrar por su trabajo, ya que la persona no podrá tener ingresos legalmente superiores a los $ 2,000, ya que los pagos superiores deben ser realizados por medios de las instituciones financieras, para que sean deducibles.[50] De esta forma, al no poder recibir ingresos legales fuera del sistema bancario, ni disponer de sus bienes ahí depositados, la persona ve restringido su derecho a un mínimo vital, para satisfacer sus necesidades básicas y reconocidas, como el derecho a la vivienda, la alimentación, el acceso agua potable, entre otros; por lo anterior, estamos en contra del argumento del Juez de Distrito que declaró infundado el agravio sobre el mínimo vital.[51]

En otro sentido, se restringe el derecho de presunción de inocencia[52] en su manifestación como "regla de trato procesal" o "regla de tratamiento" que ordena a los "jueces impedir en la mayor medida posible la aplicación de medidas

47 Convención Americana sobre Derechos Humanos [CADH], 18-07-1978, artículos 32.2, 12.3, 13.2, 15, 16.2; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [PIDESC], 03-01-1976, artículos 8; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos [PIDCP], 22-06-1981, artículos 19.3, 21, 22, por ejemplo.

48 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit*., nota 9, artículos 14, 5 y 4, respectivamente.

49 Víctor Manuel Garay Garzón, *México: su lucha contra el lavado de activos y su impacto laboral,* 273 Revista de la Facultad de Derecho de México (2019), 107 - 130.

50 Ley del Impuesto Sobre la Renta, Diario Oficial de la Federación [DOF] 11-12-2013, última reforma [DOF] 12-11-2021(Méx.), artículo 27, F. III.

51 Registro 27825, *op. cit*., nota 7, resultando tercero.

52 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit*., nota 9, artículo 20, apartado B. F. I.

que impliquen una equiparación de hecho entre imputado y culpable, es decir, conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena".[53]

Este principio, permitió, por ejemplo, declarar inconstitucional los supuestos de prisión preventiva para los delitos en que no procede la justicia restaurativa ni la sustitución de la penal en el Estado de México, con el argumento que, al no ser sujetos a estos beneficios, se corría el riesgo a la sustracción de la justicia, y contrargumentando la Corte, que esa asunción viola el principio, por considerarla una anticipación de la pena.[54]

De igual forma, la presunción de inocencia aplica para el derecho administrativo sancionador,[55] y fue el argumento, para declarar inconstitucional la retención del salario a los servidores públicos sujetos a un proceso de responsabilidad administrativa, al considerar que dicha privación del fruto del trabajo es una medida anticipada de la pena.[56] Con estos dos antecedentes, argumentamos que la inclusión de una persona a la Lista restringe el derecho a la presunción de inocencia.

Materialmente se ven restringidos los derechos a la vida privada y de protección de datos personales,[57] ya que a pesar que la lista es clasificada como confidencial,[58] la Unidad de Inteligencia Financiera, por medio de comunicados de prensa o entrevistas, ha relevado los nombres de personas sujetas a esta Lista, por ejemplo, los casos de: Emilio Lozoya Austin, Altos Hornos de México, SAB de CV., la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo, diferentes empresas y personas físicas vinculadas con el documental de "Populismo en América", o por medio de entrevista, al exministro Medina Mora.[59]

53 Presunción de inocencia como regla de trato procesal. 2006092, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 5, t. I, abril de 2014, t. 1a./J. 24/2014, p. 497, (Méx.), p. 497.

54 Prisión preventiva justificada. La imposición de esta medida cautelar bajo el argumento de que por la pena de prisión que merece el hecho delictuoso que se imputa al acusado, éste podría sustraerse de la acción de la justicia y no comparecer a juicio, viola el principio de presunción de inocencia, en su vertiente de regla de trato procesal (Legislación del Estado de México), 2011746, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, libro 30, t. IV, mayo de 2016, t. II.1o.33 P, p. 2834, (Méx.), p. 2834.

55 Registro 1012233, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [S.C.J.N.] [Supreme Court], Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, t. XXIV, agosto de 2006, P./J. 99/2006, p. 1565, libro 5, t. I, abril de 2014, p. 497, (Méx.) , p. 497.

56 Registro 24955, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia [S.C.J.N.] [Supreme Court], Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 11 de septiembre de 2013 (Méx.), párrafo 48.

57 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.,* nota 9, artículo 6, apartado A, F. II.

58 Ley de Instituciones de Crédito, *op. cit.,* nota 13, artículo 115.

59 Unidad de Inteligencia Financiera*, Comunicado No. 009-2019: Congela UIF cuentas que presuntamente son derivadas de actos de corrupción*, UIF (May. 27, 2019, 02:13 PM) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/464775/Comunicado_UIF_009.pdf.

Unidad de Inteligencia Financiera, *Comunicado No. 005–2019: la Unidad de Inteligencia Financiera informa sobre la medida de bloqueo de las cuentas bancarias de la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo*, UIF (May. 7, 2019, 03:50 PM), https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/459971/UIF_-_Bloqueo_UAEH.pdf.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Este ataque a la vida privada y exposición pública por parte de la autoridad de dichas personas, violenta adicionalmente la presunción de inocencia y el debido proceso, corriendo el riesgo que futuros procesos penales sobre dichos actos, puedan estar viciados por el efecto corruptor[60] ocasionado por el anuncio público de medidas sancionatorias anticipadas (bloqueo de cuentas), entendiendo por dicho efecto: "las consecuencias de aquella conducta o conjunto de conductas, intencionadas o no intencionadas, por parte de las autoridades, que producen condiciones sugestivas en la evidencia incriminatoria".[61]

Por último, y no menos importante, al ser una autoridad ejecutiva (no judicial) quién crea la Lista, se restringe la garantía que solo la autoridad judicial podrá decretar la privación de la propiedad, de la libertad laboral, de la libre disposición del producto del trabajo y de la imposición de medidas sancionadoras.[62] En conclusión, encontramos que la Lista está en conflicto con los siguientes principios:

Tabla 1: principios en colisión con la Lista

Derecho de la propiedad	Vida privada
La libertad laboral	Protección de datos personales
Derecho a un mínimo vital	Debido proceso
Presunción de inocencia, en su regla de tratamiento	Derecho al acceso a la justicia

Fuente: elaboración propia.

Por lo anterior, al existir colisión entre principios constitucionales y las restricciones que impone la Lista, procederemos a identificar si Lista persigue un fin constitucionalmente valido y cual sería.

Unidad de Inteligencia Financiera, Comunicado No. 003-2019, La UIF informa sobre el caso de una campaña negra en el proceso electoral 2017-2018, UIF (14 de marzo 2019, 02:15 PM) https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/445621/UIF_003_-Campana.pdf.
Redacción, Sí se bloquearon las cuentas de Medina Mora, pero fue después de su renuncia, dice Hacienda, Animal Político, (Oct. 10, 2019, 03:06 PM), https://www.animalpolitico.com/2019/10/bloquearon-cuentas-medina-mora-renuncia-hacienda.

60 Efecto corruptor del proceso penal. Condiciones para su actualización y alcances, 2003563, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, t. I, mayo de 2013, t. 1a. CLXVI/2013, p. 537, (Méx.), p. 537.

61 Amparo Directo en Revisión, 517/2011, Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Décima época, 23 de enero de 2013.

62 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 9, artículos 14 y 5, respectivamente.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

2. ¿Existe un fin constitucional válido?

Como ya se ha comentado, el fin de la Lista, acorde a la Ley de Instituciones de Crédito y no de las Directrices Generales de la Secretaría de Hacienda, está limitado a los delitos de terrorismo, de terrorismo internacional y de operación con recursos de procedencia ilícita, en relación a dos funciones constitucionales: la prevención y la investigación de actos, omisiones u operaciones orientados a comisión de dichos ilícitos.

Por lo cual, podemos concluir que materialmente, las restricciones a los principios descritos anteriormente, está fundamentada en la Seguridad Nacional, en especial sobre los delitos de terrorismo y terrorismo internacional; y por el orden público el de operaciones con recursos ilícitos, ya que respectivamente son los bienes jurídico tutelados por cada tipo penal. Bajo este argumento, no concordamos con la conclusión de la Sala sobre que la finalidad de la medida es a la protección del sistema financiero, al ser la norma muy clara que su objetivo es la prevención e investigación de delitos específicos.

Siguiendo a la Segunda Sala, la Lista no persigue un fin constitucionalmente valido para los supuestos de delitos cometidos en el país, ya que para la "naturaleza de las medidas cautelares, el Tribunal Pleno ha establecido que constituyen resoluciones provisionales que se caracterizan, generalmente, por ser accesorias (en tanto la restricción no constituye un fin en sí misma) y sumarias (su tramitación se realiza en plazos breves), y cuyo objeto es, previendo el peligro en la dilación, suplir interinamente la falta de una resolución asegurando su eficacia".[63] Y ante la falta de un procedimiento al que sirva como medida cautelar, el acto de molestia no tiene un fin valido.

Menos aún, si consideremos que la Lista es de naturaleza penal y no administrativa, y en relación con el derecho de presunción de inocencia, en su regla de tratamiento, el acto de molestia se convierte en una medida sancionatoria anticipada, al no estar sujeta al resultado a un procedimiento principal.

Para la cooperación internacional, vemos que el fin constitucional es el cumplimiento de deberes internacionales de cooperación, sin embargo, ya que para la inclusión en la Lista por una solicitud de asistencia jurídica internacional no está sometida a que el Estado solicitante demuestre que tiene un procedimiento en contra de la persona que justifique la medida cautelar, consideramos, en consecuencia, que tampoco persigue un fin valido. Máxime cuando el deber de México es prestar esta asistencia cuando el solicitante busca decomisar los bienes.

En este sentido, la Segunda Sala no analizó la necesidad del procedimiento, como si para el caso nacional, a pesar que los tratados así lo establecen; por lo cual, llegamos a la conclusión contraria, y consideramos como inconstitucional el

63 Registro: 27825, *op. cit.*, nota 7, considerando quinto.

fin, por falta del requisito de demostrar la intención de decomiso (procedimiento al que serviría la medida cautelar).

La inclusión en la Lista por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas sí tiene un fin constitucional, ya que México se comprometió a acatar sus resoluciones, al firmar la Carta de las Naciones Unidas, sobre todo, cuando se dictan por medio del Capítulo VII, que buscan fomentar o restaurar la paz internacional. Por lo cual, coincidimos con la Segunda Sala.

Siguiendo con el procedimiento de la Corte, la única medida que procede iniciar el juicio de ponderación es la inclusión en la Lista por mandato del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, al tener un fin constitucionalmente valido; sin embargo, al igual, que seguimos el estudio a pesar de que las medidas no respetaron la distribución de competencias horizontales, analizaremos la Lista en su integridad, con la intención de proponer una configuración que respete la regularidad constitucional.

3. ¿Es idóneo?

Respecto a la inclusión de personas a la Lista por hechos ilícitos nacionales y por cooperación internacional, es importante resaltar que esta facultad no puede ser comparada con la Listas Negras del gobierno de los Estados Unidos de América, ya que ésta tiene como como finalidad el bloqueo y control de bienes de personas u organizaciones extranjeras, es decir, no residentes en Estados Unidos, pero que por su impacto ponen en riesgo la Política Exterior, la Seguridad Nacional o la economía del país,[64] previa declaración de emergencia nacional.[65]

Por lo cual, dicha competencia no puede ser usada para congelar cuentas de residentes, como pasa con la Lista. Adicionalmente, que, en México, el Ejecutivo Federal carece de este tipo de competencia, y lo más similar a la declaración de emergencia nacional es la declaración del estado de excepción.[66]

Respecto a la cooperación internacional, la Lista tampoco es idónea por que los tratados internacionales, como ya se comentó, establecen el deber de brindar asistencia jurídica internacional, siempre y cuando se demuestre la intención de decomiso, procedimiento al cual, la Lista debería servir de medida cautelar.

Mientras que, para las listas negras de las Naciones Unidas, sí es idónea la Lista, ya que logra el fin de bloquearlas, cumpliendo con el compromiso internacional de aplicar las resoluciones del Consejo de Seguridad. Sin embargo, recordemos que viola el principio de subordinación jerárquica, ya que la competencia de

64 United States Code. 2006 Edition. Supplement 4. Title 21. Food and Drugs, Chapter 24 International Narcotics Trafficking, 07-01-2011 (U.S.A.), artículo 1701.
65 The National Emergencies Act, Codified as amended at 50 U.S.C. §§ 1601–1651 [50 U.S.C. §§ 1601–1651] 14-09-1976 (U.S.A.). artículos 1601-1651.
66 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.,* nota 9, artículo 29.

relaciones exteriores en la ley es de la Secretaría de Relaciones Exteriores, y la de Hacienda se la arrogó en reglamento.

4. ¿Es necesario?

Durante el análisis sobre la regularidad de la distribución de competencias encontramos los siguientes procedimientos análogos a la Lista sobre los supuestos de ilícitos en México: la inmovilización de cuentas y todo tipo de valores del sistema financiero, como providencias precautorias o medida cautelar dentro de un procedimiento penal o de extinción de dominio.

En los tres supuestos, el ministerio público es quién deberá solicitar la medida ante la autoridad jurisdiccional, juez de control (para proceso penal) o de extinción de dominio (para la extinción). La diferencia entre estas es el fin constitucional para el que se crearon. Las providencias precautorias tienen el objetivo de garantizar la restitución de los derechos de las víctimas u ofendidos, el de las medidas cautelares es "asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento";[67] y en la extinción de domino es evitar los bienes que se buscan decomisar se oculten, alteren, dilapiden, sufran menoscabo o deterioro económico, se mezclen con otros o se traslade el dominio.[68]

Sin embargo, en este sentido vemos que el flujo del proceso de inmovilización no tiene la misma intensidad en la Unidad de Inteligencia Financiera y en la Fiscalía General de la República, ya que la Unidad de Inteligencia ha inmovilizado 2,056 cuentas en instituciones financieras (2014 – 2016),[69] pero solo ha presentado 39 denuncias penales (2014 – 2019) ante la Unidad de Inteligencia Financiera de la Fiscalía que de acuerdo a ley se deben presentar. Mientras que la Fiscalía, solo tiene un expediente en etapa intermedia, y el resto aún en investigación.[70]

Las anteriores medidas no son restrictivas para el acceso a los tribunales, ya que es impuesto por un juez, así como tampoco para la presunción de inocencia, al dejar al juez la posibilidad de valorar la necesidad de la misma. Dentro el proceso penal no puede el ministerio público decretar la inmovilización de cuentas, como medida de protección, sin embargo, durante a la extinción de dominio puede hacerlo, pero deberá someterlo a control judicial lo antes posible.[71]

67 Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit*., nota 19, artículo 153.
68 Ley Nacional de Extinción de Dominio, *op. cit.,* nota 37, artículo 173.
69 FATF y GAFILAT, *Medidas anti lavado y contra la financiación del terrorismo. México, op. cit.,* nota 1, p. 64 – 66.
70 *Director de Acceso a la Información de la Unidad de Transparencia y Apertura Gubernamental número FGR/UTAG/DG/007075/2019, para dar respuesta a la solicitud de transparencia 1700462919.* p. 2.
71 Código Nacional de Procedimientos Penales, *op. cit.,* nota 19, artículo 137; y Ley Nacional de Extin-

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Respecto a la oportunidad para solicitarla, las medidas cautelares solo pueden ser impuestas en audiencia pública después de la imputación, es decir, que no se pueden decretar sin conocimiento del afectado; mientras que las providencias precautorias y las medidas cautelares dentro de la extinción de dominio sí puede aplicarlas el juez sin conocimiento de la persona.[72] De esta forma, estas dos son análogas al acto de incluir a las personas en la Lista antes de ser notificada, y cuando surte efectos la medidas se le debe notificar.

Mientras que el derecho de la propiedad, la libertad laboral y el derecho a un mínimo vital siguen estando restringidos. En este sentido el Derecho Comparado nos permitió encontrar una medida menos restrictiva sobre los tres: las autorizaciones específicas, en la Unión Europea, para que las personas físicas bloqueadas o su familiares puedan disponer de sus bienes financieros para cubrir un mínimo vital (alimentos, medicinas, honorarios y gastos de tratamientos médicos, alquiler o hipotecas de la casa familiar), el pago de impuestos, servicios públicos (agua, luz, gas, entre otros), seguros, cuotas bancarias y cubrir adeudos anteriores a la inmovilización.[73]

En este sentido, si bien las medidas cautelares en la extinción de dominio y las providencias precautorias son necesarias respecto al derecho de acceso a la justicia; no lo son, para los otros derechos. Ya que, existe la posibilidad de autorizar el uso de una cantidad de dinero para los fines del párrafo anterior, con lo cual no se restringiría el mínimo vital. Por lo cual, se considera necesario incluir las autorizaciones específicas, para hacer las medidas menos gravosas para los derechos, adicionando que también puedan ser usadas para ejercer el derecho de defensa.

Mientras que, si el objetivo es bloquear permanente a una persona del sistema financiero, se puede adoptar una medida como la española, que establece que para ser incluido en la Lista la persona tuvo que ser condenada por sentencia firme por el delito de terrorismo, es decir, primero se le declara culpable y posteriormente se le sanciona bloqueándola,[74] la cual, consideramos que en México se debe limitar al tiempo que se dicto la pena privativa de libertad, y no extender la pena de bloqueo.

Que el bloqueo como sanción sea procedente exclusivamente por delitos que tutelan la Seguridad Nacional, no para los de orden público, como son el terrorismo, el terrorismo internacional y la delincuencia organizada. Pero en este último supuesto, solo los que atentan contra la Seguridad Nacional, es decir, cuando se condena por actos que impidan actuar a las autoridades, bloquen y obstaculicen operaciones militares, navales y de inteligencia y contrainteligencia

---

ción de Dominio, op. cit., nota 37, artículo 173.

72 *Ibidem*, artículos 154 y 138; *Ibidem*, artículo 175; respectivamente.

73 Reglamento (CE) No. 2580/2001 del consejo sobre medidas restrictivas específicas dirigidas a determinadas personas y entidades con el fin de luchar contra el terrorismo, 27-12-2001 (EUL), artículo 5.

74 Ley 12/2003 de 21 de mayo. De prevención y bloqueo de la financiación del terrorismo, Boletín Oficial del Estado n.° 122 [BOE] 22-05-2003 (Esp.), artículo 7.1.a.

en contra de la delincuencia organizada.[75]

La inclusión de personas en la Lista por solicitud de asistencia jurídica internacional, ya que la inmovilización debe ser expedida por autoridad judicial competente del Estado solicitante, respetando hasta aquí el acceso a la justicia. Sin embargo, la verificación de requisitos de la solicitud es por una autoridad no judicial (Fiscalía General de la República, como autoridad central), mientras que ante una solicitud de extradición, la Secretaría de Relaciones Exteriores analiza la procedencia en un primer momento, pero será un Juez de Distrito el competente para autorizarla o no.[76]

Por lo anterior, consideramos que para hacer necesaria la medida de inmovilización de cuentas por solicitud internacional se debe reformar para que sea la autoridad judicial la competente para expedir la orden de inmovilización, previó estudio de precedencia de la Fiscalía (garantizando en México el derecho al acceso a la justicia) y estableciendo las autorizaciones especiales, como se comentó para el proceso nacional.

Adicionalmente si bien se puede brindar asistencia jurídica sin tratado bilateral especifico, porque se puede fundamentar la solicitud en los multilaterales anteriormente mencionados o por compromiso de reciprocidad en la solicitud, consideramos prudente firmarlos para dotar de certeza jurídica a las personas y tener procedimientos garantistas; como el Convenio de Estrasburgo relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y que puede ser firmado por países no europeos, con el cual tendríamos un marco especifico compartido con toda la Unión Europea.[77]

Respecto a la necesidad de la incorporación a la Lista por resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es importante recordar que es una restricción impuesta por una autoridad no jurisdiccional y que no tiene un procedimiento secundario, es decir, que es una sanción permanente, hasta que decida el Consejo sacar a la persona. En este sentido, podemos seguir la sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.[78]

75 Ley de Seguridad Nacional, Diario Oficial de la Federación [DOF] 31-01-2005, última reforma [DOF] 20-05-2021 (Méx.), artículo 5, F. III, V, XI.

76 Ley de Extradición Internacional, Diario Oficial de la Federación [DOF] 29-12-1975, última reforma [DOF] 20-05-2021 (Méx.), artículo 21.

77 Convenio relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito [CBSEDPD], 08-11-1990, artículo 36.1.

78 *Cfr.* Eugenia López Jacoiste, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Defensa de los Derechos Fundamentales, algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi*, en, La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?, tomo 1 (Armin Von Bogdandy et al. coord, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002), 793–827. Rosmerlin Estupiña Silva, *Las listas negras del terrorismo y el respeto de los derechos fundamentales: reacciones judiciales europeas y respuesta de Naciones Unidas*, 4 Criterio jurídico garantista (2011), 134–156.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

La cual establece, que, si bien los estados europeos están obligados a seguir las resoluciones del Consejo de Seguridad, ya que éste no respeta el derecho de audiencia de las personas en las listas negras, decidió proteger a los demandantes declarando el bloqueo como infundado, pero dándole tres meses a la Comisión Europea para que adecuara el reglamento para que garantizará el derecho de audiencia.[79]

Derivando en la reforma al reglamento europeo respectivo, para que sea el presidente de la Comisión Europea, quién ostenta la función ejecutiva de la Unión, el que adopte la decisión de incluir a una nueva persona a solicitud del Consejo de Seguridad, basado en el informe de razones que motivaron su determinación. Así como deberá notificarlas en su domicilio, en caso de conocerlo, o mediante anuncios (edictos) para que ejerza su derecho de audiencia, y presentar la solicitud de autorizaciones específicas de uso de recursos para el mínimo vital, garantizado desde el 2003.[80]

Por lo anterior, podemos concluir, que además de no respetar el principio de subordinación jerárquica, la inclusión automática de personas a la Lista no es necesaria, ya que al no garantizar el derecho de audiencia el Consejo de Seguridad, las autoridades mexicanas deben establecer un proceso por medio del cual, se pueda ejercer en sede nacional, con base al principio *pro persona*, el cual, puede ser incluso más progresista que el europeo, dando la competencia al Poder Judicial Federal, en lugar de la Comisión Europea, de: verificar la motivación del Consejo de Seguridad, tomar la decisión de la inclusión, tramitar las objeciones de las personas incluidas y las solicitudes de autorizaciones especiales para garantizar el mínimo vital.

5. ¿Es proporcional?

El juicio de proporcionalidad es improcedente para la Lista, como para las otras medidas analizadas en el juicio de necesidad, ya que se puedo encontrar, por medio del Derecho Comparado, otras opciones menos restrictivas a los Derechos Humanos. Por lo cual, en esta etapa estudiaremos las propuestas desarrolladas en la etapa anterior, con la intención de poder determinar si con esa reglamentación existe una correspondencia entre la importancia del fin y los efectos de la restricción.

79 P - Kadi y Al Barakaat International Foundation v. Consejo y Comisión Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), *op. cit.*, nota 8, párrafos 366 – 376.

80 Reglamento (UE) No. 1286/2009 del Consejo, que modifica el Reglamento (CE) no 881/2002, 22-12-2009, (EUL), artículo 7 Bis. Reglamento (CE) No. 561/2003 del Consejo, que modifica, en lo relativo a las excepciones a la congelación de fondos y otros recursos económicos, del Reglamento (CE) No. 881/2002 por el que se imponen determinadas medidas restrictivas específicas dirigidas contra determinadas personas y entidades asociadas con Usamah bin Ladin, la red Al-Qaida y los talibanes, respectivamente, 27-03-2003 (EUL), respectivamente.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

El derecho de propiedad es el único restringido con las medidas propuestas para cada fin, por lo cual, nos enfocaremos a los efectos sobre éste. La propiedad puede ser restringida constitucionalmente por una orden jurisdiccional, que fue emitida respetando los principios del debido proceso,[81] respetando en este sentido los principios constitucionales. Mientras que los fines que persiguen las medidas restrictivas a la propiedad son:

Tabla 2: fines de las medidas restrictivas

Medida	Fin
Providencias precautorias	Protección de derechos: restitución de los derechos de las víctimas u ofendidos.
Medias cautelares penales	Orden público: asegurar la presencia del imputado en el procedimiento, garantizar la seguridad de la víctima u ofendido o del testigo, o evitar la obstaculización del procedimiento.
Medias cautelares para le extinción de dominio	Orden público: evitar que los bienes a de comisar se oculten, alteren, dilapiden, sufran menoscabo o deterioro económico, se mezclen con otros o se traslade el dominio.
Asistencia jurídica internacional de inmovilización	Orden público: cumplir con deberes internacionales para la aplicación del derecho penal
Sanción de bloqueo a personas sentenciadas	Seguridad Nacional: Prevenir el financiamiento de delincuencia organizada y terrorismo.
Lista negra del Consejo de Seguridad de la ONU	Seguridad Nacional: La paz internacional

Fuente: elaboración propia.

Como podemos ver en la tabla, todas las medidas son proporcionales entre el daño que generan al derecho a la propiedad y al fin que contribuyen. Ya que las primeras tres están sujetas a plazos de vigencia y procesos para solicitar su modificación en caso de cambiar las circunstancias por las que se impusieron.

81 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *op. cit.*, nota 9, artículo 14.

Mientras que el bloqueo como sanción, en las dos últimas, el bien tutelado es la Seguridad Nacional, por lo cual, se considera respetan la correspondencia entre la restricción y el beneficio causado.

Como podemos ver, es constitucionalmente valido contar con herramientas efectivas para la seguridad pública y nacional, sin la necesidad de violar nuestra Carta Magna. Y así, respetando el marco de actuación legitima de las autoridades evitaremos que sentencia como la analizada tenga el efecto de desbloquear 2 mil (40%) de los 5 mil millones de pesos bloqueados en el sistema financiero,[82] de forma inconstitucional, como acabamos de analizar.

La sentencia de la Corte restableció parcialmente el orden constitucional, pero con el ejercicio de una competencia ilegitima se ha puesto en riesgo la prevención del delito y la extinción de dominio de los recursos inmovilizados, ya que los afectados han sido avisados de las intenciones del Estado Mexicano e intentarán evadir las consecuencias cuando se les inicie un proceso legal.

Por lo cual, es apremiante que la Unidad de Inteligencia Financiera de la Secretaría de Hacienda presente las denuncias correspondientes ante la Unidad de la Fiscalía, para que ésta solicite, a la brevedad, el embargo de cuentas tanto en el proceso penal, como en la extinción de dominio, evitando así, el ocultamiento que se puede generar con el otorgamiento de la suspensión provisional[83] a las personas que se les inmovilizaron las cuentas con la Lista.

IV. CONCLUSIONES

1. Una situación de hecho, no justifica el predominio del Estado Utilitario.

Es una realidad que México tiene que hacer frente a un alza en los delitos, especialmente los vinculados a delincuencia organizada, contra la salud, la corrupción y la evasión de impuestos. Sin embargo, esto no es justificación para violar la Supremacía Constitucional y establecer herramientas de combate contrarias a nuestra Carta Magna, como la Lista. Haciendo prevalecer el fin utilitario del Estado sobre la Dignidad Humana.

La Lista formalmente administrativa, materialmente penal

El argumento de la Segunda Sala para no declarar inconstitucional el artículo 115 de la Ley de Instituciones de Crédito fue que la naturaleza jurídica de la Lista es

82 Jannet López Ponce y Said Betanzos, *Medina Mora desbloqueó 2 mil mdp de corruptos y 'narcos': Santiago Nieto, Milenio (Mar. 23, 2022, 04:06 PM)*, https://www.milenio.com/politica/medina-mora-desbloqueo-2-mil-mdp-corruptos-narcos-santiago-nieto.

83 Suspensión provisional. Reglas para su otorgamiento cuando el acto reclamado sea el bloqueo de cuentas bancarias atribuido a la unidad de inteligencia financiera de la secretaría de hacienda y crédito público, 2019978, Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 66, t. II, mayo de 2019, t. 2a./J. 87/2019, p. 1537, (Méx.), p. 1537.

administrativa, ya que su fin es la protección del sistema financiero mexicano. Sin embargo, estamos en desacuerdo, ya que la norma es muy clara al establecer que los fines es la prevención e investigación de los delitos de terrorismo, terrorismo internacional y operaciones con recursos de procedencia ilícita.

Reconociendo su naturaleza de seguridad pública, los párrafos vinculados con la Lista del artículo 115 se debieron de declarar inconstitucional, por no respetar la distribución de la materia, ya que la seguridad pública está reservada a instituciones especializadas (policías, ministerios públicos y peritos) y no a autoridades administrativas, como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

2. La Lista y el principio de reserva de ley

Las restricciones de los Derechos Humanos se deben establecer en el texto constitucional o en una ley secundaria (reserva de ley), pero jamás en un reglamento, ya que la función reglamentaria tiene la finalidad de desarrollar a detalle los procesos, más no agregar supuestos de restricciones.

Sin embargo, vemos que la Secretaria de Hacienda y Crédito Público violó este principio, ya que amplio los supuestos para la restricción de Derechos Humanos en las Directrices Generales, por medio de la Lista: (1) la ampliación de los delitos a los relacionados con los tres previstas en la Ley, (2) y la imposición de la medida como una pena adicional para las personas que se encuentran en proceso o compurgando una sentencia por los delitos anteriores.

3. La Lista y la subordinación jerárquica

Adicionalmente, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público violó la subordinación jerárquica del reglamento a la ley, ya que por medio de las Directrices Generales se arrogó competencias legalmente atribuidas a otra autoridad. Nos estamos refiriendo, al supuesto de la incorporar a la Lista a las personas que están en la Lista Negra del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, que acorde a la ley orgánica, la materia de relaciones exteriores está asignada a la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Así como, las solicitudes de otro Estado u organismo internacional para la inmovilización de cuentas. Ya que está competencia es de la Fiscalía General de la República o del servicio exterior, acorde al Código Nacional de Procedimientos Penales al regular las solicitudes de asistencia jurídica internacional. Por lo cual, consideramos que los dos supuestos validos por la Segunda Sala son inconstitucionales por no respetar la subordinación jerárquica.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

RIDP

4. La Lista no es necesaria ante el Derecho Mexicano

Adicionalmente que la Lista no respeta la distribución de competencia constitucionales, restringe los siguientes derechos humanos: de la propiedad, la libertad laboral, el mínimo vital, la presunción de inocencia, en su regla de tratamiento, al debido proceso y al acceso a la justicia.

Por lo cual, actualmente hay medidas nacionales que son menos invasivas con los derechos, para los supuestos de delitos exclusivamente nacionales encontramos: las medidas cautelares en el proceso penal, las providencias precautorias y las medidas cautelares en el proceso de extinción de dominio. Las cuales, no vulneran la presunción de inocencia, en su regla de tratamiento, al debido proceso y acceso a la justicia. Con lo cual, los derechos restringidos son a la propiedad y al mínimo vital.

En el mismo sentido, está la inmovilización de cuentas por solicitud internacional están solicitudes de asistencia jurídica internacional, que, si bien en México la procedencia la revisa la Fiscalía General de la República y no un juez, la solicitud sí debe ser ordenada por un juez del país solicitante. Mientras que para la incorporación por resolución del Consejo de Seguridad no tenemos vigente en México un mecanismo menos dañino.

La inmovilización de cuentas en México no es necesaria ante el Derecho Comparado

Como ya vimos, en el derecho vigente en México encontramos opciones menos dañinas a los derechos humanos que la Lista. Sin embargo, éstas tampoco deberían de considerarse necesarias, ante la luz del Derecho Comparado.

En este sentido, en el Derecho de la Unión Europea, las personas afectadas tienen el derecho de solicitar autorizaciones especificas para disponer de bienes financieros que les permita cubrir un mínimo vital. Para todos los supuestos de bloqueo, incluso para las listas del Consejo de Seguridad. Con lo cual, el único derecho restringido es el de la propiedad, siendo así menos invasivo, y en consecuencia no necesarias: las medas cautelares penales y de extinción de dominio, y las providencias precautorias. Por lo cual, se considera necesario garantizar el mínimo vital en las normas.

Mientras que para la incorporación de personas por resolución del Consejo de Seguridad, crearon un procedimiento, por medio del cual la Comisión Europea analiza la motivación del acto del Consejo Europeo, y si lo declara procedente tiene el deber de notificar a la persona en su domicilio, en caso de conocerlo, o por estrados, para que ejerza su derecho de audiencia, que si bien, no es un control judicial, la persona tiene garantizado su derecho de audiencia, así como tiene derecho a autorizaciones especiales para garantizar el mínimo vital.

5. Para una inmovilización de cuentas necesaria en sociedad democráticas

En primer término, se tiene que derogar la Lista de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al ser la más invasiva a la Dignidad Humana y carecer de competencias en materia de seguridad pública. Así como, reforma las medidas cautelares penales, de extinción de dominio y las providencias precautorias para garantizar el mínimo vital de la persona imputado y su familia, por medio de las autorizaciones especificas de uso de recursos; en el mismo sentido estarían las solicitudes de asistencia jurídica internacional para la inmovilización de cuentas, pero adicionalmente se tendrían que someter al control judicial, como la de extradición.

Para las personas incluidas por parte del Consejo de Seguridad, si bien estamos obligados a acatarlas, acorde a la Carta de las Naciones Unidas, cada país tomará las medidas necesarias para su ejecución. Por lo cual, México puede establecer un proceso por medio del cual, el juez de control a solicitud de la Secretaria de Relaciones Exteriores, analice la motivación del Consejo de Seguridad, y, sobre todo, sea el competente de mandar notificar personalmente o por estrados al afectado, así como resolver sobre las autorizaciones específicas de uso de recursos para garantizar el mínimo vital.

V. BIBLIOGRAFÍA

Arturo Centeno Valencia, El federalismo como control del poder, (Porrúa, 2015).

Eugenia López Jacoiste, *El Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la Defensa de los Derechos Fundamentales, algunas reflexiones constitucionales a la luz del caso Kadi, en*, La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un Ius constitutionale commune en América Latina?, tomo 1 (Armin Von Bogdandy et al. coord, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002).

FATF y GAFILAT, *Medidas anti lavado y contra la financiación del terrorismo. México*, Informe de Evaluación Mutua, FATF, Paris, (2018).

Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), *Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos y el financiamiento del terrorismo y la proliferación (Las Recomendaciones del GAFI)*, GAFI, París, (2012).

___, *Metodología para evaluar el cumplimiento técnico con las recomendaciones del GAFI y la efectividad de los sistemas ALA/CFT*, GAFI, París, (2013).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Juan Manuel Portilla Gómez, e Imanol de la Flor Patiño, *Las resoluciones del consejo de seguridad de las naciones unidas y su recepción en el sistema jurídico mexicano, en* Centenario de la Constitución de 1917. Reflexiones del derecho internacional público, 225 - 263 (Jorge A. Sánchez Cordero, ed., UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017).

Miguel Ángel Aguilar López, *El delito de operaciones con recursos de procedencia ilícita y el principio de presunción de inocencia*, 18 Revista de la Judicatura Federal, 5-35 (2004).

Pedro R. Torres Estrada, Los razonamientos jurídicos de la política pública, 49-74 (Tirant lo Blanch, 2019).

Robert Alexy, Teoría de los Derechos Fundamentales, 107-109 (Ernesto Garzón Valdés trad., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002).

Rosmerlin Estupiña Silva, *Las listas negras del terrorismo y el respeto de los derechos fundamentales: reacciones judiciales europeas y respuesta de Naciones Unidas*, 4 Criterio jurídico garantista (2011).

Víctor Manuel Garay Garzón, *México: su lucha contra el lavado de activos y su impacto laboral*, 273 Revista de la Facultad de Derecho de México (2019).

DERECHO PÚBLICO COMPARADO Y/O EXTRANJERO

LA REVOCATORIA DEL NOMBRAMIENTO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS EN COLOMBIA: UNA CRÍTICA A LA JURISPRUDENCIA VIGENTE DEL CONSEJO DE ESTADO*

THE REVOCATION OF THE APPOINTMENT OF PUBLIC EMPLOYEES IN COLOMBIA: A CRITIQUE OF THE CURRENT JURISPRUDENCE OF THE COUNCIL OF STATE

Fecha de recepción: 15 de diciembre de 2019 | Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

Víctor Julián MORENO MOSQUERA**, **Lady Juliana GUEVARA FLÓREZ*****
María Alejandra RESTREPO ESCOBAR****

Resumen
El presente capítulo tiene por objetivo, evidenciar la inoperancia de la revocatoria directa del nombramiento, como causal de retiro del servicio para los empleados públicos colombianos a partir del contraste crítico de la normativa vigente, con la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia. De cara a la metodología que guío la investigación, es de orden cualitativa con enfoque histórico hermenéutico que utiliza como instrumentos de recolección de datos, los análisis de sentencias y la extracción de conceptos doctrinales. Dentro del resultado, se tiene que tanto la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como del Consejo de Estado en este tema, desconocen los preceptos legales de la Ley 1437 de 2011, haciendo inoperante la causal de retiro aludida, pues constituye en un límite en la autonomía de las autoridades administrativas, toda vez que tienen la obligación de acudir ante la jurisdicción para hacer efectiva la desvinculación del empleado público. Finalmente, el valor de esta investigación descansa en la revisión crítica a los precedentes judiciales de las Altas

Abstract
The purpose of this chapter is to demonstrate the ineffectiveness of the direct revocation of the designation, as a cause for withdrawal of service for Colombian public employees based on the critical contrast of current regulations, with the recent jurisprudence of the State Council in this matter. In view of the methodology that guided the research, it is qualitative in order with a hermeneutical historical approach that uses as data collection instruments, the analysis of sentences and the extraction of doctrinal concepts. Among the results, it is necessary to recongnize that the jurisprudence of the Constitutional Court, as well as the Council of State on this issue, ignore the legal precepts of Law 1437 of 2011, rendering the grounds for withdrawal referred to inoperative, since it constitutes a limit in the autonomy of the administrative authorities, because they have the obligation to go before the jurisdiction to make effective the separation of the public employee. Finally, the value of this investigation lies in the critical review of the judicial precedents of the High Courts, which despite their binding force undermine

Cortes, que a pesar de su fuerza vinculante atentan contra la institución de la seguridad jurídica, los principios de legalidad y debido proceso, igualmente relevantes en materia constitucional.

Palabras clave: Precedente judicial, seguridad jurídica, Retiro del servicio, revocatoria del nombramiento, derecho administrativo

the institution of legal certainty, the principles of legality and due process, equally relevant in constitutional matters.

Keywords: Judicial precedent, legal certainty, Withdrawal of service, revocation of designation, administrative law

* El presente capítulo es resultado de la investigación adelantada por el profesor Víctor Julián Moreno Mosquera, ante la Universidad de Medellín, en la modalidad de Doctorado en Derecho, el cual es financiado por la Institución Universitaria de Envigado, desde en Enero de 2017 y finalizando en el mes de Diciembre de 2019. Esta pesquisa está vinculada al grupo de Investigación Auditorio Constitucional, en la línea de Estado, Derecho y Sociedad, donde los autores son investigadores, contando con la participación del profesor Moreno Mosquera, como líder del grupo.
** Abogado. Especialista en Derecho de Familia. Magíster en Estudios Políticos. Candidato a Doctor en Derecho de la Universidad de Medellín. Docente T.C. Institución Universitaria de Envigado. vjmorenol@correo.iue.edu.co.com. ORCID ID: 0000-0002-4645-3553. ResearcherID: 0-7787-2017
*** Abogada. Especialista en Derecho Administrativo Laboral. Magíster en Diseño, Gestión y Dirección de Proyectos. Docente de Tiempo Completo. Institución Universitaria de Envigado. ljguevara@correo.iue.edu.co.
**** Abogada. Especialista en Derecho Administrativo. Docente de Tiempo Completo de la Institución Universitaria de Envigado. marestrepo@correo.iue.edu.co

SUMARIO: *I. Introducción. II. Del retiro del servicio y sus causales. III. De la revocatoria del nombramiento. IV. Análisis crítico de los precedentes de las Altas Cortes. V. Conclusiones. VI. Reflerencias bibliográficas.*

I. INTRODUCCIÓN

El pasado 24 de enero de 2019, la Subsección A de la Sala Segunda de lo Contencioso Administrativo, del Consejo de Estado colombiano, con ponencia del magistrado Gabriel Valbuena Hernández, emitió la sentencia 2013-00233/3883-14, en el marco del proceso de Nulidad y restablecimiento del derecho, iniciado por el señor Actor: Jorge Enrique Salgado García y en contra de la entidad pública conocida como Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.[1]

Esta providencia, como será estudiada en detalle en el parte tercero del presente capítulo, trata sobre la revocatoria del acto administrativo de carácter particular que nombra un empleado, bajo la premisa de una actuación fraudulenta por parte del titular del derecho, pues en el sentir del Consejo de Estado[2] es claro que la administración tiene la facultad de revocar directamente dicho nombramiento, incluso ante la oposición manifiesta del empleado. Esta postura interpretativa, tiene como precedente judicial la sentencia SU-057,[3] en la tutela instaurada por la señora Leonor Castiblanco Arévalo contra la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado y la Universidad de Cundinamarca; providencia que será igualmente analizada más adelante.

En el ordenamiento jurídico colombiano el Consejo de Estado y la Corte Constitucional, son órganos de cierre en materia contencioso administrativa; conforme lo afirma la sentencia C- 634, según la cual, la jurisprudencia del Alto Tribunal constitucional, tiene un valor preferente sobre las demás Cortes[4]. El papel

1 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, enero 24, 2019, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia 00233/13, Consejo de Estado [C.E.], (No. 3883-14) (Colom.).

2 *Ídem*.

3 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 3, 2017, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia T-057/17, Gaceta Constitucional [G.C.] [Colom.].

4 En el marco de los argumentos que justifican la necesidad de la fuerza obligatoria del precedente, se tiene el uso del lenguaje, el significado de las palabras y la dificultad para precisar los conceptos en el caso concreto; donde el Derecho de ser una práctica argumentativa racional, donde el carácter vinculante del precedente se explica desde la aplicación de los principios de eficacia y seguridad jurídica. "Dentro de las distintas cualidades deseables de los sistemas jurídicos en los Estados democráticos está su predecibilidad y coherencia de las decisiones judiciales" Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], agosto 24, 2011, Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia C-634/2011, Gaceta Constitucional [G.C.] [Colom.].

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

que ha cumplido el precedente judicial en materia administrativa, descansa en la institución de la seguridad jurídica, entendida como el deber que le asiste a las autoridades judiciales y entidades administrativas de aplicar en forma coherente la jurisprudencial de cara al caso concreto, para así crear una doctrina judicial estable y clara.

En tal virtud, en relación con ley "el funcionario administrativo puede interpretarla "autónomamente", siempre y cuando lo haga con la intención de encontrar su "verdadero sentido" o, cuando menos, según una técnica de interpretación reconocible y aceptable y por propósitos legítimos validables ante la comunidad jurídico- política".[5] Así, todas las autoridades públicas y administrativas están sometidas al imperio de la Constitución y la Ley, como bien lo afirmar el artículo 230 de la Constitución Política,[6] y son responsables de acatar las reglas de derecho predeterminadas en el marco del principio de legalidad, que a su vez estructura el derecho fundamental al debido proceso.

No obstante, cuando estas entidades realizan interpretaciones contrarias a la ley, es necesaria la reflexión académica y doctrinal para evidenciar las afectaciones que generan en el sistema. Este es el caso, de las sentencias del Consejo de Estado y la Corte Constitucional antes referidas, pues en ellas se acude a una causal de revocatoria del nombramiento para el retiro del servicio de los empleados públicos que fue derogada en Código Contencioso Administrativo y por el actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, generando inseguridad jurídica al aplicar en forma ultractiva de la norma derogada.

Corolario de lo dicho, deviene el problema de la eficacia de las normas, que desde la doctrina hermenéutica antiformalista, resulta ilusorio pensar en el juez como un erudito imparcial e infalible que conoce todo sistema jurídico. Máxime si se tiene en consideración la tesis realista, de acuerdo a la cual, le derecho se encuentra esencialmente indeterminado, tanto porque las razones jurídicas disponibles no justifican una decisión unívoca…",[7] como porque los jueces cometen errores interpretativos por estar avocados diversos intereses, entre ellos, los políticos y económicos. De ahí, la visión crítica de la academia sobre los fallos de las Altas Cortes, pues en varios de ellos, se expresa la crisis institucional que vive el Estado y el derecho.

Al respecto Bordoni & Bauman,[8] afirman la confianza ciudadana en la capacidad del aparato estatal para cumplir con su cometido en términos de poder y política ha decrecido por la acción directa de organismos supraestatales que gobiernan las lógicas de mercado y colocan en jaque, incluso al aparato jurisdiccional estatal.

5 Diego Eduardo López Medina, Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial, 139 (Legis, 2016).
6 Constitución Política de Colombia [C.P.].
7 Claudina Orunesu, Positivismo jurídico y sistemas constitucionales, 31 (Marcial Pons, 2012).
8 Zygmunt Bauman & Carlo Bordoni, *Estado de crisis*, 38 Reflexión Política, 177-179 (2016). https://www.redalyc.org/pdf/110/11054032013.pdf

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Igualmente, García sostiene que ejercicio indiscriminado de los derechos litigiosos sustentados en intereses particulares debilitan el Estado, y fracturan la solvencia de las instituciones judiciales que operativizan la justicia. "(...) la ausencia de límites en el ejercicio de las acciones judiciales... ha ido creando un ordenamiento jurídico incoherente..."[9]

De cara al diseño metodológico utilizado en la investigación, fue de orden cualitativo, con enfoque histórico hermenéutico, que habilita la interpretación y comprensión crítica de los precedentes en la materia objeto de análisis en derecho administrativo laboral; a la par, que permite la extracción de los unidades conceptuales relevantes de la doctrina para alcanzar el objetivo trazado, el cual apunta a evidenciar la inoperancia de la revocatoria directa del nombramiento, como causal de retiro del servicio para los empleados públicos colombianos a partir del contraste crítico de la normativa vigente, con la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia. De otro lado, frente a las técnicas utilizadas se tiene en el análisis estático de jurisprudencia en términos de la doctrina hermenéutica de López,[10] y de cara a la recolección de datos e información generada vía memos analíticos y fichas bibliográficas fue llevada al procesador de texto (PC), para luego ser vertidos en las situaciones materiales del estudio que gestaron los hallazgos que son materia de exposición en el presente extenso.

Por último, este capítulo está organizado en tres apartes temáticos distribuidos a saber: i) la descripción del retiro del servicio y sus causales; ii) el estudio de la revocatoria de nombramiento en el procedimiento establecido por el Código Contencioso Administrativo – CCA,[11] (en lo sucesivo), y posteriormente por el Código de Procedimiento Administrativo y de los Contencioso Administrativo-CPACA,[12] (en los sucesivo); iii) el análisis jurisprudencial de las providencias emitidas por el Consejo de Estado y la Corte Constitucional sobre la materia. Y por último, en el opúsculo conclusivo se presentarán algunas reflexiones en torno a la inoperancia de revocatoria autónoma del servicio por parte de la administración y los yerros en que incurren los Altos tribunales al interpretar el CPACA, dado que esta causal resulta inoperante a la luz de las condiciones legales para su aplicación, ya que constituye un límite a las autoridades administrativas pues deben acudir ante la jurisdicción para hacer efectivo el retiro.

II. DEL RETIRO DEL SERVICIO Y SUS CAUSALES

Antes de entrar al análisis de los precedentes judiciales en materia de revocatoria del nombramiento como causal del retiro de los servidores públicos,

9 Mauricio García Villegas, El orden de la libertad, 25 (Fondo de Cultura Económica, 2017).
10 Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los Jueces, 400 (Legis, ed. 2, 2006); Ídem nota 5.
11 Ley 58/1982, enero 10, 1984, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
12 Ley 1437/2011, enero 18, 2011, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

y sus implicaciones interpretativas según el CPACA, es indispensable ambientar a los lectores sobre el mapa conceptual de análisis, el cual parte de una rama del derecho colombiano conocida como administrativo laboral.[13]

1. Aspectos generales

De acuerdo con los artículos 123 y 125 de la Constitución Política (1991),[14] son servidores públicos al servicio del Estado colombiano, las personas vinculadas a las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios; y que a la vez son clasificados en empleados de carrera, libre nombramiento y remoción, por elección popular y trabajadores oficiales.[15]

No obstante, de acuerdo con regulaciones anteriores[16] y posteriores a la entrada en vigencia del texto constitucional, la clasificación de los servidores públicos ha sido objeto de regulación[17], y de ella destaca la categoría de empleados públicos, para los fines del presente capítulo, quienes hacen parte de las plantas de las entidades del Estado tales como: alcaldías, gobernaciones, presidencia, ministerios, superintendencias, departamentos administrativos[18] y todos aquellos organismos del estado respecto de los cuales no haya regulación expresa en cuanto a la naturaleza de sus trabajadores.[19]

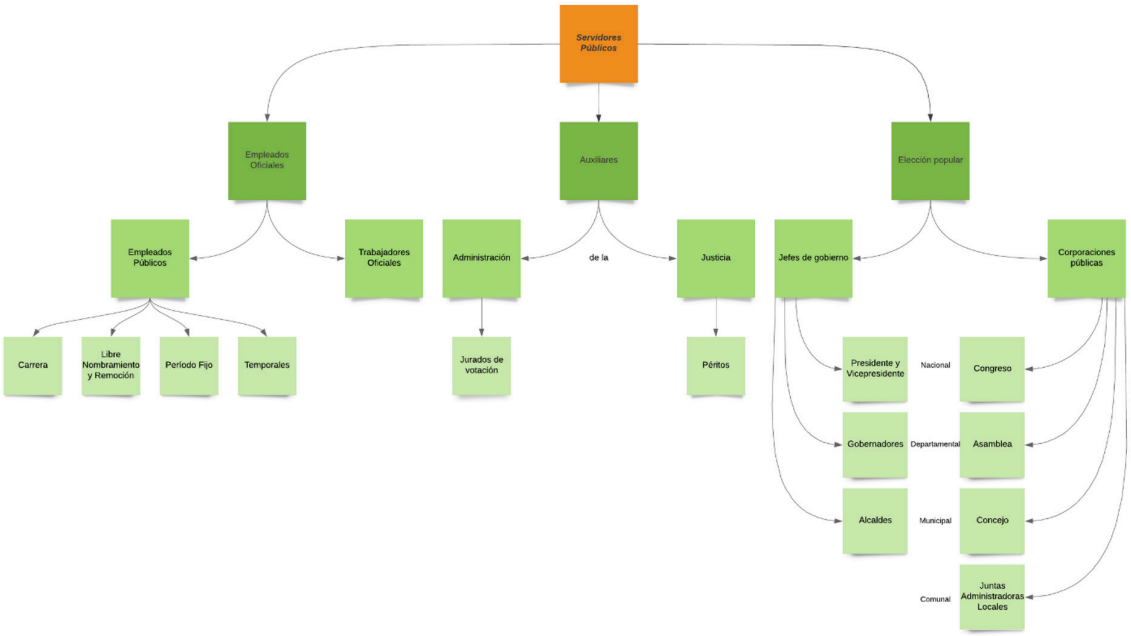
13 *Ídem*.
14 Constitución Política de Colombia, *op. cit*., nota 6.
15 Jairo Enrique Solano Sierra, Nuevo régimen de carrera administrativa, 750 (Doctrina y Ley, 2005); José Vicente Barreto, 10 años de Jurisprudencia sobre servidores públicos 1991-2000, (Legis, 2000).
16 Blanca Ligia Pinzón Ariza, La Tutela en la carrera administrativa, 180 (Librería del Profesional, 1998); Domingo Campos Rivera, Régimen legal de los empleados oficiales en Colombia, (Temis, 3a ed,1989).
17 La clasificación detallada de servidores públicos, puede referenciarse, así: i) Trabajadores oficiales: que son aquellos quienes por regla general se dedican al sostenimiento y mantenimiento de obras en entidades como ministerios, departamentos administrativos, establecimientos públicos, entre otros Decreto 2400 de 1968, octubre 18 1968. Diario Oficial [D.O.] artículo 5 [Colom.], y quienes trabajan al servicio de empresas industriales y comerciales del Estado y, de las empresas de economía mixta donde el capital del estado sea igual o mayor al 90% Ley 489/1998, diciembre 30, 1998, Diario Oficial [D.O.] artículo 38 (Colom.); ii) Elección popular: referido a los servidores públicos que son elegidos mediante el derecho al sufragio que ejercen los ciudadanos. Entre estos se encuentran: los miembros de corporaciones públicas tales como las Juntas Administradoras Locales, el Concejo Municipal, la Asamblea Departamental y el Congreso de la República; así como también jefes de gobierno tales como: alcaldes, gobernadores y presidente de la república; iii) Auxiliares de la administración: el Decreto 1950 de 1973, septiembre 24, 1973, Diario Oficial [D.O.] [Colom] establece en su artículo 4 que son auxiliares de la administración los jurados de votación, y peritos que cumplen funciones al servicio del Estado de manera transitoria y brevísima. Diego Younes Moreno, Derecho Administrativo Laboral, 872 (Temis, 13ra. ed. 2013).
18 Decreto 1848 de 1969, noviembre 4, 1969, Diario Oficial [D.O.] [Colom].
19 Jairo Enrique Solano Sierra, *op cit*., nota 15.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Ahora, de acuerdo con la Ley 909 de 2004[20] y el Decreto Reglamentario 1083[21] de 2015 los empleados públicos se encuentran clasificados a su vez en empleados públicos de carrera, de libre nombramiento y remoción, de período fijo y empleados temporales. Para mayor claridad en referencia a la clasificación de los servidores públicos en Colombia se presenta el siguiente gráfico:

Figura 1. Clasificación de los Servidores Públicos en Colombia



Fuente: Elaboración propia.

2. El retiro del servicio de los empleados públicos

Las causales del retiro del servicio de los empleados públicos actualmente se encuentran contempladas en la Constitución Política[22], la Ley 909 de 2004,[23] el Decreto 1083 de 2015,[24] y el Decreto 648 de 2017.[25] Previo a abordar dichas causales, es necesario precisar que la naturaleza del vínculo laboral de los empleados públicos se tipifica en la Ley 909 de 2004 como una relación legal y reglamentaria.

20 Ley 909/2004, septiembre 23, 2004, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
21 Decreto 1083 de 2015, mayo 26, 2015, Diario oficial [D.O.] [Colom.].
22 Constitución Política de Colombia, *op. cit.*, nota 6.
23 Ley 909/2004, *op. cit.*, nota 20.
24 Decreto 1083 de 2015, *op. cit.*, nota 21.
25 Decreto 648 de 2017, abril 19, 2017, Diario oficial [D.O.] [Colom.].

Lo anterior, significa que las condiciones laborales[26] de los empleados públicos están determinadas por la ley y los decretos reglamentarios, lo que implica que, no podrán ser pactadas por los trabajadores y el empleador, tal como ocurre con los contratos de trabajo;[27] y que el ingreso al servicio se realiza mediante un acto administrativo de nombramiento perfeccionado por la posesión en el cargo, y no mediante contrato de trabajo, como ocurre con los trabajadores oficiales.[28]

Hechas estas salvedades se tiene que la Ley 165 de 1938 fue la norma creadora de la carrera administrativa en Colombia,[29] y al mismo tiempo contempló la estabilidad como principio orientador de la permanencia en el servicio. El artículo segundo de dicho cuerpo normativo consagró que el retiro del servicio solo se podría materializar siempre y cuando se adelantará un procedimiento para determinar el incumplimiento de los deberes establecidos para los empleados públicos.[30]

Posteriormente, el artículo 21 del Decreto 2091 de 1939 estableció que el retiro del servicio se realizaría como consecuencia de un proceso disciplinario;[31] y posteriormente, se fueron incorporando nuevas causales del retiro del servicio en diversas normatividades tales como el Decreto Ley 1732 de 1960 que incluyó la invalidez, la renuncia y la pensión;[32] el Decreto 2400 de 1968 que adicionó la declaración de insubsistencia del nombramiento y la supresión del cargo;[33] el Decreto 1950 de 1973 que contempló también el traslado o el ascenso,[34] la muerte del empleado, la declaratoria de vacancia por abandono del cargo, la destitución y por primera vez la revocatoria del nombramiento.[35]

Con la llegada de la Constitución de 1991,[36] se introdujo la Ley 27 de 1992, que por su parte incluyó la edad de retiro forzoso y la declaratoria de insubsistencia como consecuencia de la evaluación no satisfactoria del desempeño que además,[37] es una de las causales constitucionales para el retiro del servicio; de otra parte, la Ley 443 de 1998 incluye las causales ya mencionadas,[38] hasta llegar a la ley 909 de 2004,[39] que ha sido incorporada en el Decreto Único Reglamentario de la Función

26 Estas condiciones incluyen ingreso al servicio, ascensos, factores salariales, prestaciones sociales, situaciones administrativas y causales del retiro del servicio, entre otros.
27 Diego Younes Moreno, *op. cit*., nota 17.
28 Libardo Orlando Riascos Gómez, El Acto Administrativo. Bogotá, 696 (Ibáñez, 3ra. ed., 2016).
29 Ley 165/1938, noviembre 22, 1938, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
30 Jairo Villegas Arbeláez, Principios, estructura y relaciones individuales in 1 Derecho Administrativo Laboral (Legis, 2016).
31 Decreto 2091 de 1939, noviembre 2, 1939, Diario oficial [D.O.] [Colom.].
32 Decreto 1732 de 1960, agosto 9, 1960, Diario oficial, [D.O] [Colom.].
33 Decreto 2400 de 1968, *op. cit*., nota 17.
34 Decreto 1950 de 1973, *op. cit*., nota 17.
35 Rosemberg Rivadeneira Bermúdez, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, 588, (Librería Jurídica Sánchez, 4ta. Ed., 2014).
36 Constitución Política de Colombia, *op. cit*., nota 6.
37 Ley 27/1992, diciembre 29, 1992, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
38 Ley 443/1998, junio 12, 1998, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
39 Ley 909/2004, *op. cit*., nota 20.

Pública 1083 e 2015, siendo modificado por el Decreto 648 de 2017, que contemplan finalmente como causales del retiro del servicio las siguientes:

1. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento en los empleos de libre nombramiento y remoción.
2. Declaratoria de insubsistencia del nombramiento, como consecuencia del resultado no satisfactorio en la evaluación del desempeño laboral de un empleado de carrera administrativa.
3. Renuncia regularmente aceptada.
4. Retiro por haber obtenido la pensión de jubilación o vejez.
5. Invalidez absoluta.
6. Edad de retiro forzoso.
7. Destitución, como consecuencia de proceso disciplinario.
8. Declaratoria de vacancia del empleo en el caso de abandono del mismo.
9. Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen.
10. Orden o decisión judicial.
11. Supresión del empleo.
12. Muerte.
13. Las demás que determinen la Constitución Política y las leyes. (Artículo 2.2.11.1.1) [40]

Así las cosas, con el ánimo de presentar una relación esquemática de la evolución histórica de las causales del retiro del servicio en la legislación colombiana a partir de la Ley 165 de 1938 hasta la actualidad se presenta siguiente tabla comparativa,[41] la cual permitirá al lector ubicarse con mayor facilidad en las referencias legales antes dispuestas.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

40 Decreto 648 de 2017, *op. cit.*, nota 25.
41 Ley 165/1938, *op. cit.*, nota 29.

Tabla 1. Histórico de causales del retiro del servicio

Causal	Decreto 2091 de 1939 art. 21	D.L. 1732 de 1960 art. 104	D. 2400 de 1968 Art. 25	D. 1950 de 1973 art. 22	Ley 27 de 1992 art. 7	Ley 443 de 1998 art. 37	Constitución Política de 1991 Art. 125	Ley 909 de 2004 art. 41	Decreto 1083 de 2015 Art. 2.2.11.1.1	Decreto 648 de 2017 Art. 2
Declaratoria de nulidad del nombramiento				8						
Declaratoria de vacancia por abandono del cargo				10	h)	G		i	8	8
Destitución aforados							Art. 174			
Destitución resultado de proceso de disciplinario	2			3	g)	F	Inc. 3	h	7	7
Edad de retiro forzoso					f)	E		g	6	6
Insubsistencia por (dos) calificaciones no satisfactorias en el año					a)	A	Inc. 3	b	2	2
Invalidez, cuando fuere absoluta		d)	e)	5	e)			f	5	5
Las que determine la Constitución y la Ley				9		K	Inc. 3	n		
Moción de censura							Art. 135			
Muerte del empleado				11				m	12	12
Por declaración de insubsistencia del nombramiento			a)	2				a	1	1
Por la causal indicada en el segundo inciso del artículo 100 (Si el funcionario se negare a aceptar el empleo que le sea ofrecido, se entenderá que renuncia al reingreso)		e)	f)							
Por la privación del cargo en los casos que autorizan este estatuto o la ley		c)								
Por orden o decisión judicial					j)	i		k	10	10
Por razones del buen servicio (inexequible)								c		
Renuncia regularmente aceptada		a)	b)	1	b)	B		d	3	3
Retiro con pensión de jubilación		b)	d)	6	d)	D		e	4	4
Revocatoria del nombramiento (por no acreditar los requisitos para desempeñar el empleo				4		H		j	9	9
Supresión del empleo			c)		c)	C		l	11	11
Traslado o ascenso				7						
Vencimiento del período para el cual fue nombrado o elegido					i)					

Fuente: Elaboración propia

III. DE LA REVOCATORIA DEL NOMBRAMIENTO

Como se puede apreciar en el cuadro anterior, la revocatoria del nombramiento como causal del retiro del servicio solo apareció con la expedición del Decreto 1950 de 1973 en el numeral 4 del artículo 22;[42] precedida por el literal h) del artículo 37 de la Ley 443 de 1998,[43] el literal j) del artículo 41 de la ley 909 de 2004,[44] y posteriormente el numeral 9 del Decreto 1083 de 2015.[45]

Sea lo primero decir que, esta causal tiene como premisa la expedición de un acto administrativo de nombramiento, el cual es susceptible de ser revocado. No obstante, dicho acto debe surtir cuatro etapas previo a producir efectos jurídicos, así:

1. Nombramiento: se surte de acuerdo a la calidad de los sujetos y responde a la modalidad de decreto, en el caso de los empleos que sean competencia del Presidente de la República, los gobernadores y alcaldes; o mediante resolución si la competencia del nombramiento recae en los ministros, directores de departamentos administrativos, gerentes o directores de entidades a nivel nacional o territorial del sector central o descentralizado.[46]

42 Decreto 1950 de 1973, *op. cit*., nota 17.
43 Ley 443/1998, *op. cit*., nota 38.
44 Ley 909/2004, *op. cit*., nota 20.
45 Decreto 1083 de 2015, *op. cit*., nota 21.
46 Decreto 1083 de 2015, *op. cit.,* nota 21, art. 2.2.1.5.3.

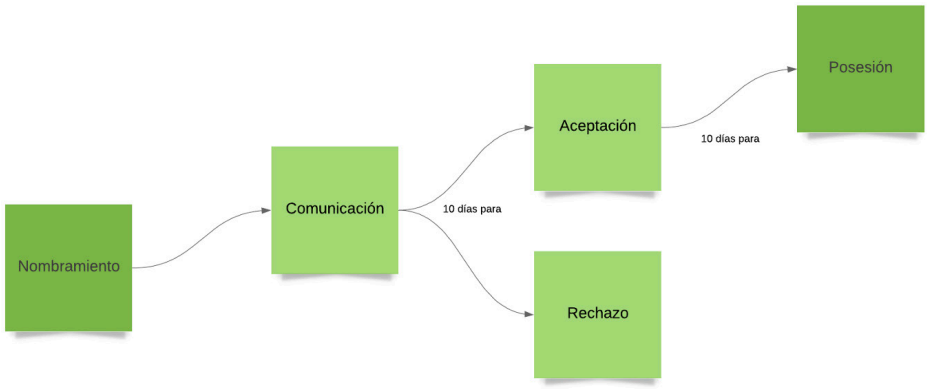
Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

2. Comunicación: esta se realizará por medio físico o electrónico otorgando un término de diez días hábiles al interesado para que manifieste se acepta o rechaza el nombramiento. Vencido el tiempo antes señalado, se entenderá el nombrado rechaza la postulación.[47]
3. Aceptación: Una vez aceptado el nombramiento el interesado cuenta con diez días hábiles para tomar posesión del empleo, que podrá ser prorrogado hasta por un término de 90 días, siempre y cuando se presente causa justificada.[48]
4. Posesión: se deberá tomar posesión ante autoridad competente jurando cumplir con la Constitución, las leyes y sus funciones, dejando constancia de dicha posesión en un acta que será firmada por quien posesiona y el posesionado.[49]

El siguiente gráfico da cuenta de las etapas descritas:

Figura 2. Etapas para la configuración del acto administrativo de nombramiento Fuente: Elaboración propia



En razón del agotamiento de estas etapas para la configuración y perfeccionamiento del acto administrativo, el Consejo de Estado en sentencia No. 00114 expuso que el acto administrativo de nombramiento es un acto condición, que no crea prerrogativas ni constituye situación jurídica alguna en favor de un particular. Esto quiere decir que solo al momento de la posesión se configura un acto jurídico que confiere garantías para el nombrado, "toda vez que el acto condición no atribuye derecho subjetivo alguno, solo decide que una persona, el nombrado, quedará sometida a un determinado régimen general, legal o reglamentario, una vez haya accedido a la posesión en el cargo."[50]

47 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda, septiembre 19, 1975, M.P. Eduardo Aguilar Velez, Sentencia del 19 de septiembre de 1975 Sección Segunda, SUIN-Juriscol [S.J.], (No. 215-CE-SEC2-1975-17) (Colom.).
48 Decreto 1083 de 2015, *op. cit.,* nota 21, art. 2.2.5.1.7.
49 Ibidem, art. 2.2.5.1.8.
50 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda

Entre las particularidades que tienen los actos de contenido particular y concreto tales como los nombramientos, también es importante diferenciar la revocatoria del nombramiento de su modificación, aclaración o corrección. Estas modalidades del acto administrativo solo proceden cuando "1. Se ha cometido error en la persona. 2. Aún no se ha comunicado la designación. 3. Haya error en la denominación, ubicación o clasificación del cargo o recaiga en empleos inexistentes. 4. Se requiera corregir errores formales, de digitación o aritméticos."[51]

De otro lado, la modalidad de derogatoria del acto de nombramiento, así como la revocatoria, se traduce en la facultad que tiene la autoridad administrativa que emitió el acto para eliminarlo del ordenamiento jurídico[52], ambas figuras producen efectos diferentes. Mientras la derogatoria produce efectos *ex nunc*, hacia el futuro, dejando consolidados los derechos a los que se accedió hasta ese momento; por su parte, la revocatoria produce efectos *ex tunc*; hacia el pasado desde el momento mismo de la expedición del acto. Al respecto, el Consejo de Estado ha sostenido que:

> "La Derogatoria es la abolición de un acto administrativo por decisión unilateral y discrecional de la autoridad u organismo que lo expidió. Así se tiene que es la misma autoridad que expidió el acto administrativo de carácter general o particular, siempre y cuando este último no haya creado un derecho, la que lo hace desaparecer del mundo jurídico, por razones de conveniencia o de oportunidad en ejercicio de su potestad discrecional de la administración. Los efectos de la derogatoria son ex nunc, es decir, siempre a partir del momento que queda en firme la decisión, pero sin que puedan afectarse los derechos que se hubieren consolidado como derechos adquiridos bajo el amparo del acto derogado, no así los derechos precarios, esto es, los provenientes de permisos licencias, concesiones no contractuales, etc. que se hayan conferido con base en los mismos. Respecto a los efectos de la derogatoria de los actos generales ha manifestado el Consejo de Estado, en su Sala Plena de lo Contencioso Administrativo que ella surte efectos hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante su vigencia y sin restablecer el orden violado; inclusive dichos actos pueden ser sometidos al juicio de legalidad, lo que hace que la anulación tenga efectos ab-initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad."[53]

Subsección A, septiembre 4, 2017, M.P. William Hernández Gómez, Sentencia 00114/17, Consejo de Estado [C.E.], (No. 4147-14) (Colom.).

51 Decreto 1083 de 2015, op. cit., nota 21, art. 2.2.5.1.11.

52 Esta modalidad no debe ser confundida con la acción de nulidad, la cual solo la podrá decretar el juez contencioso administrativo.

53 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, mayo 31, 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia 01511/12, Consejo de Estado [C.E.], (No. 0825-09) (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Si bien, el tribunal de cierre de lo contencioso administrativo solo se refiere a la derogatoria de actos administrativos de carácter general, lo cierto es que la ley también lo ha establecido para actos administrativos de carácter particular; para el caso específico de la derogatoria del nombramiento, la norma ha consagrado los siguientes casos: 1) Cuando en los plazos señalados la persona no acepta el nombramiento o no toma posesión del empleo; 2) No sea posible la posesión en los términos del Decreto 1083 de 2015; 3) No se haya comunicado el nombramiento y, 4) Cuando el mismo, se haya hecho mediante la modalidad de acto administrativo que no corresponde.[54]

Finalmente, la revocatoria procederá cuando se advierta que la persona nombrada no cumple con los requisitos para el desempeño del cargo (Artículo 2.2.5.1.12), de acuerdo con lo establecido por el artículo 5° de la Ley 190 de 1995,[55] la cual además de la posibilidad de solicitar la revocatoria del acto administrativo, consagra una inhabilidad de tres años para ejercer cargos públicos, cuando se compruebe que se aportó documentación falsa para acreditar requisitos en la hoja de vida, además de las acciones penales o disciplinarias a las que haya lugar. (Villegas, 2016)

Ahora bien, la causal del retiro del servicio objeto de análisis es del siguiente tenor literal: "9) Revocatoria del nombramiento por no acreditar los requisitos para el desempeño del empleo, de conformidad con el artículo 5° de la Ley 190 de 1995, y las normas que lo adicionen o modifiquen." No obstante, para que se pueda proceder a dicha revocatoria, se debe dar cumplimiento a requisitos legales previos que han sido consagrados por el CCA y, posteriormente por el CPACA. (Riascos, 2016).

Si bien el CPACA derogó el CCA, es importante estudiar los requisitos consagrados en ambas legislaciones para la revocatoria de un acto administrativo de contenido particular y concreto, como lo es el de nombramiento, por las posturas interpretativas encontradas de cara al conflicto de la ley aplicable en el tiempo, cuando, por ejemplo, según afirma el Consejo de Estado (2019), en la sentencia 2013-00233, si un acto administrativo que pretende ser revocado se expidió en vigencia del CCA, serán las reglas de este cuerpo normativo las aplicables para su revocatoria, contrariando la tesis de otros doctrinantes que imposibilitan la aplicación de una norma derogada en forma ultractiva.[56] Además es indispensable identificar los cambios que introdujo el CPACA en la materia en cuestión, en relación con los asuntos que fueron tratados a la luz del CCA.

54 Decreto 1083 de 2015, op. cit., nota 21, art. 2.2.5.1.12.
55 Ley 190/1995, junio 6, 1995, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
56 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección A, enero 24, 2019, M.P. Gabriel Valbuena Hernández, Sentencia 00233/13, Consejo de Estado [C.E.], (No. 3883-14) (Colom.).

1. La revocatoria en el Código Contencioso Administrativo -CCA-

La revocatoria de los actos administrativos en vigencia del Decreto 01 de 1984, conocido como CCA está regulada en el artículo 69, que según su tenor literal establece que estos actos deben ser revocados por los mismos funcionarios que los expidieron o, en su defecto, por sus inmediatos superiores, de oficio o a solicitud de parte, cuando: "1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona."[57]

En estos eventos, las autoridades administrativas tienen la potestad de extinguir del ordenamiento jurídico los actos que expidieron; y procederá tanto para actos administrativos de carácter general, como para aquellos de carácter concreto y particular. De la misma manera, dicho cuerpo normativo, consagró unas circunstancias especiales para la revocatoria éstos últimos, expresando que:

> **"Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69, o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales."**[58]

De manera que, en primer lugar, se fija una regla general para la revocatoria de los actos administrativos consistente en la aquiescencia del titular del derecho para sacarlo del ordenamiento jurídico; dicha autorización deberá constar de manera expresa por escrito y, deberá manifestar explícitamente la conformidad del interesado ante la decisión de la autoridad administrativa de retirar el acto del mundo jurídico. Ahora bien, el mismo artículo establece unas excepciones a esta regla general, las cuales comprenden: i) Que el acto administrativo sea ficto positivo y esté inmerso en las causales de revocatoria del artículo 69 o, ii) Que la expedición del acto se haya producido por medios fraudulentos.[59]

Pues bien, sean cuales sean las circunstancias para la revocatoria del acto administrativo, el CCA estableció un procedimiento previo a que se revoque y excluya definitivamente el acto administrativo del ordenamiento jurídico. El artículo 74, estableció que las fases que se deberán adelantar antes de dicha revocatoria serán las establecidas por el artículo 28, que refiere a las

57 Decreto 01 de 1984, enero 2, 1984, Diario Oficial [D.O] art. 92 [Colom.].
58 *Ídem*, art. 73.
59 *Ídem*, art. 69.

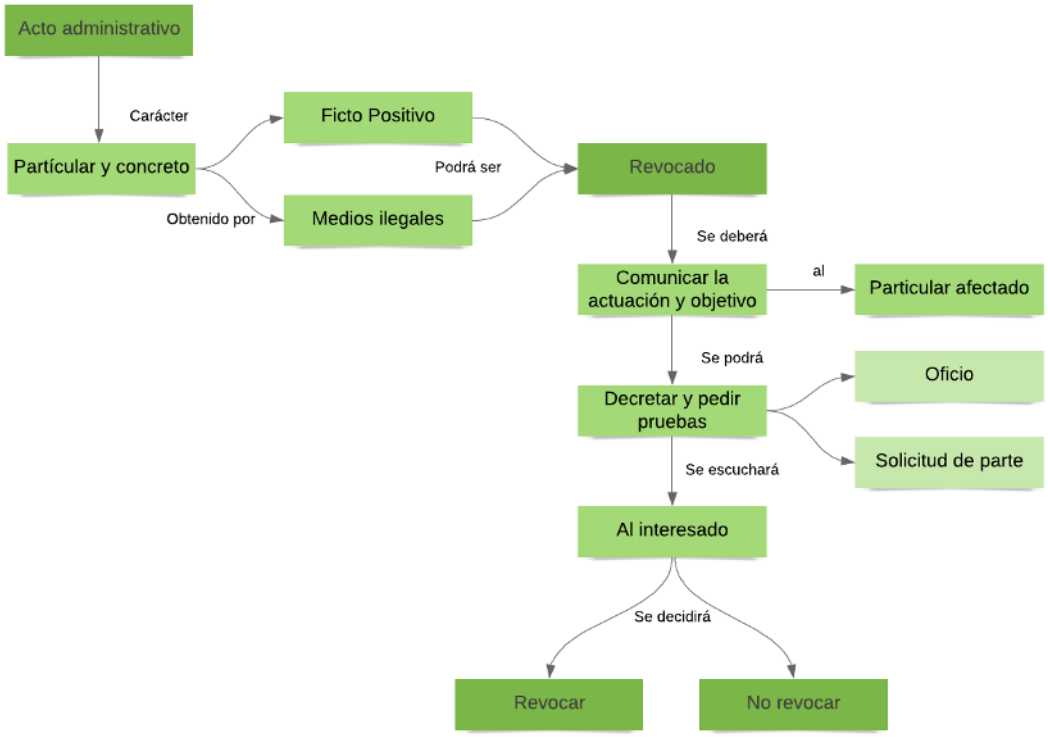
Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

actuaciones iniciadas de oficio por parte de la administración deberán ser comunicadas cuando un particular pueda resultar afectado, informando sobre su existencia y objeto.[60]

Además, refiere el citado artículo que se debe seguir lo estipulado por los artículos 14, 34 y 35 del mismo cuerpo normativo, esto es: i) citar al interesado para que se haga parte en la actuación administrativa; ii) notificar por correo a la dirección que se conozca o por otro medio más eficaz; iii) decretar o pedir pruebas a petición del interesado o de oficio; iv) ofrecer el derecho de alegar al interesado antes de resolver el asunto de fondo. A continuación, se presenta en un esquema con el procedimiento establecido por el CCA para esta revocatoria:

Figura 3. Procedimiento para la revocatoria del acto particular- CCA.



Fuente: Elaboración propia

2. La revocatoria en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA-

El CPACA, mantuvo las mismas causales para la revocación de los actos administrativos, conforme el artículo 93 de la obra codificada. No obstante, al tratarse de los actos administrativos de carácter particular y concreto,

60 *Ídem*, art. 74.

trajo un cambio sustancial, como se puede observar en el artículo 97, el cual reza así:

> "Salvo las excepciones establecidas en la ley, cuando un acto administrativo, bien sea expreso o ficto, haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin el consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular. Si el titular niega su consentimiento y la autoridad considera que el acto es contrario a la Constitución o a la ley, deberá demandarlo ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Si la Administración considera que el acto ocurrió por medios ilegales o fraudulentos lo demandará sin acudir al procedimiento previo de conciliación y solicitará al juez su suspensión provisional. **Parágrafo.** En el trámite de la revocación directa se garantizarán los derechos de audiencia y defensa."[61]

En primer lugar, el referido precepto sostiene la obligación de la administración de requerir el consentimiento no solo expreso y escrito, sino también previo, del titular del derecho que se puede ver afectado por la actuación administrativa de revocatoria. Además, otro cambio significativo descansa en el derogatoria tácita de la posibilidad de revocar los actos administrativos de contenido particular y concreto, aún siendo ficto positivos e incluso, cuando han sido proferidos por medios fraudulentos o ilegales.

Así las cosas, si la administración tiene la fuerte convicción de la existencia de nexo causal entre el medio fraudulento y la expedición del acto administrativo, deberá acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para demandar su propio acto, haciendo imposible la revocatoria directa por parte de la administración, y la única ventaja que dejó este cambio normativo fue terminar con el requisito de procedibilidad en materia conciliatoria prejudicial previo a demandar el acto presuntamente viciado.[62]

Finalmente, el actual cuerpo normativo que regula las actuaciones administrativas en Colombia, no contempló procedimiento alguno para la revocatoria de los actos administrativos de contenido particular tal como lo hacía el CCA, pues tan solo indicó la obligación de garantizar el debido proceso manifestado en los derechos de audiencia y defensa. A modo de resumen, en lo que tiene que ver con la revocatoria de los actos administrativos en el CCA y el CPACA, se tiene lo siguiente:

61 Decreto 01 de 1984, *op cit*, nota 58.
62 Rosemberg Rivadeneira Bermúdez, op. cit., nota 35.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Tabla 2. Comparativo entre el CCA y el CPACA para la revocatoria del acto administrativo de carácter particular y concreto.

Revocatoria	CCA	CPACA	Cambios
Causales	1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.	1. Cuando sea manifiesta su oposición a la Constitución Política o a la ley. 2. Cuando no estén conformes con el interés público o social, o atenten contra él. 3. Cuando con ellos se cause agravio injustificado a una persona.	Se mantuvieron las mismas causales para la revocatoria
Cuáles actos	Actos administrativos que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría.	-Actos administrativos expresos -Actos administrativos fictos; que hayan creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría	Aunque el CPACA hace referencia a actos administrativos expresos o fictos, ambos se entienden inmersos en la generalidad del acto administrativo del que habla el CCA.
Requisito para la revocación del acto particular	Consentimiento expreso y escrito del respectivo titular.	Consentimiento previo, expreso y escrito del respectivo titular.	En el CPACA la autorización debe ser previa.

Excepciones al requisito	-Actos ficto positivos -Expedición del acto por medios fraudulentos	No hay excepciones	El CPACA no contempla excepciones respecto del requisito de autorización del afectado
Negación del consentimiento	Si el acto administrativo está inmerso en una de las excepciones al requisito de consentimiento del afectado, se podrá revocar directamente, garantizando el debido proceso; Para los casos en los que se necesita el consentimiento el acto administrativo se deberá demandar en la jurisdicción de lo contencioso administrativo.	El acto administrativo siempre se deberá demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Si el acto fue obtenido por medios fraudulentos se podrá omitir el requisito de la conciliación prejudicial.	El CPACA no permite bajo ninguna circunstancia la revocación del acto administrativo de carácter particular y concreto; mientras el CCA lo permite en dos circunstancias.
Procedimiento para la revocación con o sin consentimiento (este último solo en el CCA)	Se deberá comunicar al afectado el adelantamiento de la actuación y su objeto; se podrán decretar y pedir pruebas de oficio o solicitud del interesado, a quien se le dará la oportunidad de expresar su opinión, previo a tomar una decisión.	Se deberán garantizar los derechos de audiencia y de defensa.	Mientras el CCA regulaba el procedimiento para la revocatoria, el CPACA solo advirtió de la observancia al derecho de defensa y audiencia; no obstante, ambos buscan garantizar el debido proceso.

Fuente: Elaboración propia

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

IV. ANÁLISIS CRÍTICO DE LOS PRECEDENTES JUDICIALES DE LAS ALTAS CORTES

1. Sentencia SU-050 de la Corte Constitucional

Este fallo estableció el criterio interpretativo de unificación sobre los requisitos necesarios para la revocatoria del nombramiento, en el trámite de revisión de las sentencias de tutela proferidas por la Sección Cuarta del Consejo de Estado y la Sección Quinta de la misma Corporación.[63] Para analizar estas providencias se acudirá a la técnica que para el efecto dispone López,[64] conocida como análisis estático, el cual consiste en la extracción de las razones decisorias de fondo, conocidas como ratio decidendi,[65] una vez delimitada la fundamentación fáctica del fallo.

A. Síntesis fáctica

El caso sometido a estudio de la Corte, se sintetiza de la siguiente manera, para efectos de extraer aquellos hechos relevantes que permitirán hacer una relación analógica con la providencia dictada por el Consejo de Estado.[66] En tal virtud, los hechos se resumen así:

La Universidad de Cundinamarca nombró a la señora Leonor Castiblanco Arévalo como docente de tiempo completo de dicha institución a través de la Resolución número 002 del 15 de enero de 1979. De otro lado, la Gobernación de Cundinamarca nombró a la misma persona mediante Decreto 941 del 8 de abril de 1980 como profesora categoría 2, de la Normal Departamental Girardot Mercedes de Egurrola. Al percatarse de la situación irregular de la señora Castiblando, la Universidad de Cundinamarca a través de Resolución 1324 de 1996 revocó el acto administrativo de nombramiento del año 1979, sin la autorización previa y expresa de la titular y sin adelantar el procedimiento establecido en el artículo 74 de CCA, bajo el argumento de que la señora Castiblanco devengaba simultáneamente dos emolumentos del erario público, conducta prohibida en el ordenamiento jurídico.[67]

Por su parte, la accionante agotó la vía gubernativa interponiendo los recursos de reposición y en subsidio, apelación contra el acto administrativo de revocatoria que la perjudicaba. Estos recursos fueron desatados mediante la Resolución número 0685 de 1997, confirmando la decisión

63 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 2, 2017, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia SU-050/17, Gaceta Constitucional [G.C.] [Colom.].
64 Diego Eduardo López Medina, *op. cit.*, nota 10.
65 Diego Eduardo López Medina, *op. cit.*, nota 5.
66 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], *op. cit.*, nota 56.
67 Ley 58/1982, *op. cit.*, nota 11, art. 73.

inicial y rechazando el recurso de apelación por improcedente. Así, la señora Castiblanco demandó a la Universidad de Cundinamarca al instaurar el mecanismo de control de nulidad y restablecimiento del derecho respecto del acto que revocó su nombramiento y, el que resolvió los recursos de reposición y apelación en su contra, para que se ordenara su reintegro y el pago de todos los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el tiempo de desvinculación de la entidad, aduciendo que no se había aplicado el procedimiento establecido en los artículos 73 y 74 del CCA,[68] y que, se desconocía lo consagrado en el Decreto 1042 de 1978 que establecía que los "profesionales con título universitario hasta por dos cargos públicos, siempre que el horario normal de trabajo permita el ejercicio regular de tales cargos y que el valor conjunto de lo percibido en uno y otro no exceda la remuneración total de los ministros del despacho."[69]

Para el año 2002 el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dispuso declarar la nulidad de los actos administrativos demandados, disponiendo el reintegro y pago de salarios y prestaciones a la actora desde el momento de la desvinculación hasta la materialización del reintegro, pues la Universidad no cumplió con los requisitos del artículo 73 del CCA, al no contar con la aquiescencia previa de la señora Castiblanco para su revocatoria, además, el acto que nombraba a la actora como docente de la institución normal "no [tuvo] incidencia alguna en la producción del acto de nombramiento de la actora en la Universidad de Cundinamarca, el cual ocurrió en el año 1979" (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, 2002). Aunque el Tribunal reconoció la irregularidad de la doble vinculación laboral, afirmó que la revocatoria del acto no era el medio idóneo para las sanciones pertinentes.

De otro lado, la Universidad demandada apeló la decisión aduciendo que en el caso de la señora Castiblanco no se requería consentimiento previo al acto de revocatoria "pues, el ingreso al servicio público apunta a la satisfacción de las necesidades colectivas y no a la satisfacción de intereses particulares".[70]

Así las cosas, la Sección Segunda, Subsección A del Consejo de Estado (2004) revocó la decisión del Tribunal de Cundinamarca admitiendo el argumento de la Universidad de Cundinamarca, pues el acto administrativo de nombramiento ocurrió por medios ilegales dada la doble vinculación de la accionante.[71] Contra dicha providencia la actora interpuso el recurso extraordinario de súplica que fue resuelto y negado el 3 de marzo de 2015.

68 *Ibídem*, art. 73-74.
69 Decreto 1042 de 1978, junio 7, 1978, Diario Oficial [D.O.] art. 31 [Colom].
70 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.,* nota 63.
71 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Segunda Subsección B, mayo 31, 2012, M.P. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia 01511/12, Consejo de Estado [C.E.], (No. 0825-09) (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

La actora formuló acción de tutela contra la sentencia de la Sección Segunda, Subsección A (Consejo de Estado, 2004), alegando el desconocimiento del precedente judicial vinculado a la revocatoria de actos administrativos. Esta acción de amparo fue desestimada el 22 de octubre de 2015 por la Sección Cuarta del Consejo de Estado, al considerar que adolecía del requisito de inmediatez, y ante la impugnación de este fallo, la Sección Quinta del Consejo de Estado, desatendió la azada, al ratificar la posición de la Sección Cuarta.

B. Análisis de la ratio decidendi

La Corte Constitucional en sede de revisión, emitió sentencia de Unificación afirmando que no existía ilegalidad en el nombramiento hecho a la accionante por la Universidad de Cundinamarca, pues el nombramiento en la escuela normal fue posterior a este. En tal virtud, se requería el consentimiento previo y expreso de la titular e incluso, si el acto administrativo se hubiese dado por medios fraudulentos o ilegales, se debía adelantar el procedimiento consagrado en el artículo 74 de CCA y demostrar "la eficacia del medio ilegal para la producción del acto administrativo objeto de la revocatoria".[72]

Advierte la Corporación, que no se debe entender la expresión "medio ilegal y fraudulento" tan solo como una evidente violación a la Constitución, la Ley o el ordenamiento jurídico, sino que ese medio además de ser eficaz, es decir, constituir causa eficiente para la expedición del acto administrativo, y debe estar tipificado en la ley penal. Adicionalmente sostiene que se desconoció el debido proceso de la accionante cuando se revocó su nombramiento y, que el Consejo de Estado se equivocó al considerar que el acto administrativo de nombramiento de la actora era un acto de carácter general y abstracto, pues si bien, está encaminado a la satisfacción de las necesidades del servicio y del interés general, esto no supone que el servidor tenga que soportar una carga que acarree la renuncia a sus derechos mínimos laborales como lo son la estabilidad laboral y el debido proceso.

No obstante, en esta sentencia se encuentran contradicciones interpretativas por parte de la Corte, afirma que en vigencia del CCA y del CPACA, la administración tiene la potestad de revocar actos administrativos de carácter particular y concreto sin el consentimiento de su titular, si estos actos son fictos o fueron expedidos por medios ilegales y fraudulentos, su afirmación es del siguiente tenor:

> "5.10. Aunque por regla general, las autoridades públicas no pueden revocar actos administrativos de contenido particular y concreto sin el consentimiento expreso del titular, el legislador previó**, tanto en el código contencioso administrativo anterior como en el actual, la posibilidad**

72 Ley 58/1982, *op. cit.*, nota 11, art. 74.

> **de omitir dicha autorización, en dos eventos: (i) cuando se trata de un acto ficto o presunto y (ii) cuando el mismo fue obtenido a través de medios ilegales o fraudulentos."**(Negrita y subraya fuera de texto)[73]

Así pues, en otros apartados de la providencia afirma que esta potestad solo estaba contemplada para las circunstancias reguladas por el Decreto Ley 01 de 1984, el Código Contencioso Administrativo. Estas contradicciones, en lugar de dar claridad respecto del precedente que se debe aplicar a los casos concretos, dejan lagunas que desembocan en situaciones como la que se presentó en la reciente jurisprudencia del Consejo de Estado en esta materia.

2. Sentencia No. 2013-00233/3883-14 del Consejo de Estado (2019)

Esta providencia analiza la legalidad de la revocatoria del nombramiento de un funcionario de la DIAN que aportó un título universitario falso para acreditar un requisito para el ejercicio de un cargo, y fue nombrado en vigencia del CCA, mientras la revocatoria de su nombramiento se dio en vigencia del CPACA. La Sala le confiere total validez al acto administrativo de revocatoria, afirmando que:

> "La Sala destaca que si bien los artículos 73 y 74 del CCA no estaban vigentes el 23 de agosto de 2012, fecha en que se informó de la irregularidad detectada al señor Salgado García, pues el 2 de julio de dicho año había entrado en vigencia el CPACA, la DIAN invocó tales disposiciones en las resoluciones demandadas así como las previstas en los artículos 45 del Decreto 1950 de 1973 y 5° de la Ley 190 de 1995, razón por la cual el hecho de la revocación directa sin el permiso escrito y expreso del titular del cargo cuyo nombramiento se revocó con fundamento en estas últimas disposiciones le confieren el soporte de legalidad que no admite el demandante."[74]

Desde una perspectiva crítica se advierte que la afirmación sostenida por el Consejo de Estado carece de sentido lógico, pues no basta el invocar una norma jurídica ya derogada para revivirla. El Consejo de Estado incurre en una aplicación ultra del CCA, al darle validez a la actuación administrativa de la DIAN en la revocatoria del nombramiento del funcionario, afirmando que no se requería la autorización previa, expresa y escrita del titular, y contradiciendo abiertamente lo mandado por el CPACA.

Aunque la ley es clara e unívoca respecto la revocatoria de actos administrativos

73 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 63.
74 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], *op. cit*., nota 56.

de carácter particular y concreto, los tribunales de cierre en materia contencioso administrativa y constitucional, aún no tienen un criterio homogéneo en sus providencias respecto a los requisitos para la revocatoria de los nombramientos. Esta situación conlleva a que la administración no tenga claridad con respecto a su facultad autónoma para aplicar esta causal del retiro; pues con la sola observancia articulada y el análisis de las diferentes normas que regulan esta materia se puede concluir, que la administración carece de autonomía y siempre, tendrá que acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para pedir la nulidad del acto administrativo de nombramiento.

No obstante, las decisiones que se han tomado tanto en el Consejo de Estado como en la Corte Constitucional respecto a este asunto, dejan las puertas abiertas para que la administración aplique ultractivamente el CCA cuando la revocatoria se ha dado en vigencia del CPACA, o inadecuadamente cuando en vigencia de este último, se procede con la revocatoria sin tener la aquiescencia del titular del derecho, cuando la ley ordena expresamente que en vigencia del CPACA siempre se tendrá que acudir al juez administrativo.

V. CONCLUSIONES

Es innegable la importancia formal y material de la jurisprudencia de la Corte Constitucional y Consejo de Estado en materia de derecho administrativo laboral. Sin embargo, la condición legitimante del precedente judicial descansa en el poder argumentativo de la coherencia con que se articulan las razones jurídicas que buscan alcanzar la justicia y constituyen la fuente del instituto de la seguridad jurídica, para generar la confianza legítima de la ciudadana en las instituciones jurisdiccionales.[75] Es por esto, que los pronunciamientos judiciales de las Altas Cortes deben ser objetivos, razonables y respetar el principio de igualdad ante la ley, de legalidad, y el debido proceso.

Con todo, debe tenerse precaución con la ingenua postura de confianza absoluta en las Altas Cortes, pues en la falta de control, estudio y disciplina puede devenir en una jurisprudencia incompresible, incompleta o inconsistente.[76] Lo dicho tiene asidero, en relación con la interpretación jurisprudencial contenida en las sentencias SU-050,[77] y la sentencia 2013-00233/3883-14,[78] que en relación con la revocatoria del nombramiento como causal autónoma para el retiro del servicio,

75 Entrevista por Ámbito Jurídico con Robert Alexy, Profesor, "El carácter autoritativo de los precedentes deviene solo de su poder argumentativo", (octubre, 2017). https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/constitucional-y-derechos-humanos/el-caracter-autoritativo-de-los-precedentes.
76 Victoria Iturralde Sesma, Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica, 146 (Marcial Pons: ediciones jurídicas y sociales, 2014).
77 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], op. cit., nota 63.
78 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], op. cit., nota 56.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

se advirtió falta de cuidado en el análisis de la autonomía de las autoridades administrativa para aplicarla sus facultades de revocatoria.

En primer lugar, yerra la Corte Constitucional al afirmar que tanto el CCA como el CPACA contemplan la posibilidad de revocar los actos administrativos de manera directa y sin consentimiento del titular del derecho, en el supuesto de actos fictos, presuntos o fueron emitidos fraudulentamente o en forma ilegal.[79] Como quedo evidenciado en el segundo aparte del presente capítulo, esta facultad sólo estaba contemplada en el derogado CCA, y fue retirada del ordenamiento jurídico con la entrada en vigencia del CPACA.

En tal sentido, la fijación de un precedente de unificación constitucional en esta materia, genera una visión errónea, tanto a la administración para la expedición de sus actos administrativos, como para la jurisdicción en la emisión de sus providencias, que entre otras cosas, en el caso de la revocación de los actos de nombramiento desconoce el principio protector de favorabilidad.[80] Dicho principio consagrado en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que cuando haya duda sobre la aplicación de dos o más normas, se aplicará aquella que se más favorable al trabajador. Empero, no se está frente a dicha dicotomía, toda vez que al momento de la emisión del acto administrativo de revocatoria, solo había una norma vigente, el CPACA, que exige la autorización expresa, previa y escrita del titular del derecho.

Sumado a esto, la revocación directa del acto de nombramiento constituye una afectación a otros principios constitucionales tales como: la buena fe, el debido proceso y la confianza legítima, pues si el nombramiento se hizo con fundamento en una omisión de la administración en la verificación del cumplimiento de requisitos, la administración no puede alegar su propia culpa o error en su beneficio.[81]

De otro lado, incurre en error interpretativo, igualmente el Consejo de Estado,[82] al desconocer el mencionado principio protector de favorabilidad laboral administrativa, dado que si el acto administrativo de contenido particular que pretendía revocar fue emitido en vigencia del CPACA, no hay razón alguna para que en la motivación del mismo se invoquen normas que han sido derogadas, pues se desconoce abiertamente los derechos adquiridos por la normatividad vigente, al aplicar ultractivamente una disposición legal que fue retirada del ordenamiento jurídico vía derogatoria tácita.

A la luz del CPACA, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y del Consejo de Estado, la revocatoria del nombramiento como causal autónoma del retiro del

79 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], op. cit., nota 63.

80 Véase Hernán Darío Vergara Mesa, La regla de favorabilidad laboral y el principio pro homine en la función pública colombiana. A propósito del problema del nombramiento provisional, 123 Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 453-480 (2015); y Lays Meza Yances, Favorabilidad en el derecho procesal laboral: aplicación estricta o ilimitada, 2 Estudios Socio-Jurídicos, 197-221 (2017). https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.4772

81 Jairo Villegas Arbeláez, *op. cit*., nota 30.

82 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], *op. cit*., nota 56.

servicio de los empleados públicos resulta inoperante, toda vez que el contenido del acto administrativo de nombramiento es de carácter particular y concreto; y por su naturaleza, para proceder a la revocatoria del mismo es necesario la aquiescencia previa, escrita y expresa del afectado, situación poco probable cuando se trata del retiro del servicio de un empleado público que en principio goza de estabilidad laboral relativa.

En consecuencia, la entidad pública se tendrá que ver avocada a demandar el acto de nombramiento ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se declare su nulidad, lo que desnaturaliza la facultad administrativa de las entidades, para retirar a un empleado público una vez se configura los requerimientos de la causal, para el caso concreto, el no cumplimiento de los requisitos para el desempeño del cargo o que el acto administrativo se haya expedido por medios ilegales o fraudulentos. Lo anterior, confirma la condición inoperante de la causal de retiro analizada, dado que la revocatoria implica necesariamente la intervención del aparato jurisdiccional, hiriendo de muerte la capacidad dispositiva y autónoma de la administración.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Blanca Ligia Pinzón Ariza, La Tutela en la carrera administrativa, 180 (Librería del Profesional, 1998).

Claudina Orunesu, Positivismo jurídico y sistemas constitucionales, 31 (Marcial Pons, 2012).

Diego Eduardo López Medina, Eslabones del Derecho. El deber de coherencia con el precedente judicial, 139 (Legis, 2016).

Diego Eduardo López Medina, El Derecho de los Jueces, 400 (Legis, ed. 2, 2006).

Diego Younes Moreno, Derecho Administrativo Laboral, 872 (Temis, 13ra. ed. 2013).

Domingo Campos Rivera, Régimen legal de los empleados oficiales en Colombia, (Temis, 3a ed,1989).

Entrevista por Ámbito Jurídico con Robert Alexy, Profesor, "El carácter autoritativo de los precedentes deviene solo de su poder argumentativo", (octubre, 2017). https://www.ambitojuridico.com/noticias/invitado/constitucional-y-derechos-humanos/el-caracter-autoritativo-de-los-precedentes.

Hernán Darío Vergara Mesa, *La regla de favorabilidad laboral y el principio pro homine en la función pública colombiana. A propósito del problema del nombramiento provisional,* 123 Revista de la Facultad de Derecho y

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Ciencias Políticas, 453-480 (2015).
Jairo Enrique Solano Sierra, Nuevo régimen de carrera administrativa, 750 (Doctrina y Ley, 2005).
Jairo Villegas Arbeláez, *Principios, estructura y relaciones individuales in* 1 Derecho Administrativo Laboral (Legis, 2016).
José Vicente Barreto, 10 años de Jurisprudencia sobre servidores públicos 1991-2000, (Legis, 2000).
Lays Meza Yances, *Favorabilidad en el derecho procesal laboral: aplicación estricta o ilimitada,* 2 Estudios Socio-Jurídicos, 197-221 (2017). https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.4772
Libardo Orlando Riascos Gómez, El Acto Administrativo. Bogotá, 696 (Ibáñez, 3ra. ed., 2016).
Mauricio García Villegas, El orden de la libertad, 25 (Fondo de Cultura Económica, 2017).
Rosemberg Rivadeneira Bermúdez, Manual de Derecho Procesal Administrativo, 588, (Librería Jurídica Sánchez, 4ta. Ed., 2014).
Victoria Iturralde Sesma, Interpretación literal y significado convencional. Una reflexión sobre los límites de la interpretación jurídica, 146 (Marcial Pons: ediciones jurídicas y sociales, 2014).
Zygmunt Bauman & Carlo Bordoni, *Estado de crisis*, 38 Reflexión Política, 177-179 (2016). https://www.redalyc.org/pdf/110/11054032013.pdf

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y CONFLICTO ARMADO INTERNO: UN ANÁLISIS A PARTIR DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

RESPONSIBILITY OF THE STATE AND INTERNAL ARMED CONFLICT: AN ANALYSIS FROM THE CONSTITUTIONAL COURT OF COLOMBIA

Fecha de recepción: 23 de enero de 2020 | Fecha de aceptación: 16 de agosto de 2021

Andrés Felipe RONCANCIO*, **Henry RONCANCIO G**** y **Mariana RESTREPO*****

Resumen

Colombia, con sus claros antecedentes e historia de Conflicto Armado Interno, ha debido soportar sus nefastas consecuencias, presenciando de manera directa el flaqueo de la estabilidad de sus instituciones, y el resultado de un universo de víctimas que no estaban en el deber de soportar dicha condición a consecuencia del conflicto armado. Con esto, es de resaltar el papel proactivo en cabeza de la Corte Constitucional, pues a partir de sus fallos, desde un punto de vista hermenéutico puede extraerse su preocupación por reconocer el Conflicto Armado, sus consecuencias, y las víctimas que este deja a su paso, aun sin que existiera un reconocimiento formal del Conflicto en Colombia. De allí viene su llamado constante al ejecutivo como el primer obligado para buscar salidas a la situación de conflicto y a su vez de dotarse de los instrumentos necesarios para alcanzar y asumir los retos que supone construir la paz. Con todo esto, el tratamiento por parte de la Corte Constitucional de los hechos que se circunscriben en el marco del Conflicto Armado Interno se fragmenta

Abstract

Colombia, with its clear background and history of Internal Armed Conflict, has had to bear its disastrous consequences, directly witnessing the weakening of the stability of its institutions, and the result of a universe of victims who were not in the duty to bear such condition as a result of the armed conflict. With this, it is worth highlighting the proactive role of the Constitutional Court, since from its rulings, from a hermeneutical point of view, its concern to recognize the Armed Conflict, its consequences, and the victims that it leaves behind can be extracted. step, even without a formal recognition of the conflict in Colombia. From there comes his constant call to the executive as the first forced to seek solutions to the conflict situation and in turn to equip itself with the necessary instruments to reach and assume the challenges that building peace entails. With all this, the treatment by the Constitutional Court of the facts that are circumscribed within the framework of the Internal Armed Conflict is fragmented into two; prior to the Legislative Acts promoted

en dos; previamente a los Actos Legislativos promovidos por el Gobierno del expresidente Juan Manuel Santos; y posterior a ellos.

Palabras clave: Constitucionalismo, supremacía constitucional, rigidez constitucional y garantía jurisdiccional.

by the Government of former President Juan Manuel Santos; and after them.

Keywords: Constitutionalism, constitutional supremacy, constitutional rigidity and jurisdictional guarantee.

* Candidato a Doctor en Derecho, Magister en Derecho Público, Abogado, Docente Investigador de la Institución Universitaria de Envigado, Líder de la Línea en Derecho Administrativo, Estructura y Funcionamiento del Estado del Grupo de Investigación de Auditorio Constitucional. Investigador Asociado- Colciencias. correo: afroncancio@correo.iue.edu.co. Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1257-3813
** Doctorando en Derecho, Magister en Educación y Desarrollo Humano, Abogado, Vicerrector de Docencia de la Institución Universitaria de Envigado. Correo: Henry.roncancio@iue.edu.co. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4651-873X
*** Auxiliar de investigación. Estudiante del programa de Derecho. Miembro del semillero auditorio constitucional. correo: mrestrepo@correo.iue.edu.co Orcid: https://orcid.org/0000-0002-1257-3813

SUMARIO: *I. Introducción. II. Responsabilidad del Estado. III. Rastreo jurisprudencial. IV. Reconocimiento constitucional. V. Conclusiones. VIII. Referencias.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

I. INTRODUCCIÓN

A partir del Conflicto Armado Interno en Colombia se han adelantado numerosas discusiones que van desde cómo sus dinámicas han afectado significativamente a gran parte de la población, hacia debates de algunos sectores que afirman que por el contario Colombia no ha presenciado un Conflicto Armado Interno-en adelante CAI- sino que solo se ha visto expuesta a amenazas terroristas, es entonces como surge la necesidad del ejecutivo de poner de relieve este fenómeno y se le da claridad, en tanto se afirma que evidentemente Colombia ha atravesado un CAI que ha tenido que soportar por más de 50 años y que a su vez ha dejado más de ocho millones de víctimas, lo que permite que se le dé un tratamiento diferente al CAI y se adelanten acciones en pro de asegurar medidas de reparación que satisfagan a las víctimas de forma integral.

Con todo ello, y en el marco del CAI, un órgano que ha brindado aportes valiosos frente al tema y que se ha empeñado por reconocer la existencia palpable del CAI, lo ha sido la Corte Constitucional, demostrando con ello una labor proactiva que a la par con el Consejo de Estado, ha permitido que se tracen líneas lo suficientemente sólidas en las que se reconoce al CAI, evidenciando así como desde una visión más humanista, han puesto como punto focal a las víctimas de las atrocidades del conflicto, procurando con sus fallos, que el Estado intervenga asegurando con ello márgenes de seguridad para las víctimas y procurándoles medidas de reparación que van desde la verdad hasta medidas de satisfacción y no repetición, apartándose así de la noción de una justicia retributiva que además supere la esfera de lo económico, para darle paso a una justicia restaurativa que contemple diferentes escenarios para que las víctimas alcancen un estado lo más similarmente posible al que se encontraban antes de padecer las consecuencias del CAI.

Así, la Corte Constitucional, se ha esforzado por trazar una línea de la que se extrae el deber del ejecutivo como aquel que fácticamente está en capacidad para conjurar los momentos de CAI, sin embargo, y muy a pesar de ello, dicho llamado por el guardián constitucional no fue acatado por todos, de modo que lamentablemente, el ejecutivo comprendido entre (2002 - 2010) calificaba las acciones de conflicto como meras amenazas terroristas, logrando con ello el desligue de cualquier tipo de responsabilidad que se pudiera generar

extracontractualmente al Estado y cerrándole el paso con ello a cualquier salida negociada al CAI.

Esta negación entonces a las situaciones de conflicto, y por el contrario delimitarlas a través de amenazas terroristas, más allá de significar una disputa conceptual, implica desconocer de manera mediata una serie de elementos que demuestran que Colombia sí se ha visto enmarcada a la luz del Derecho Internacional, como un Estado con presencia de CAI, conforme a lo consagrado en el Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra, (buscar cuándo se aprueba exactamente) que regula lo que conciernen a los conflictos armados de carácter no internacional, lo que hace evidente que en Colombia sí ha habido confrontaciones que se enmarcan perfectamente dentro de un CAI, y por lo tanto:

> sí ha habido conflictos en los que el Estado ha optado por una salida negociada o por la búsqueda de alternativas políticas, es decir, que hay una larga tradición de reconocimiento de la existencia de una confrontación armada derivada de motivaciones políticas.[1]

Es a partir de ello que el presente se propone a analizar a través de lo que se conoce como responsabilidad extracontractual del Estado, los márgenes de responsabilidad que son atribuibles al Estado frente a hechos acaecidos durante situaciones de CAI, resultado de un ejercicio hermenéutico de las sustentaciones que sobre ello se haya planteado la honorable Corte Constitucional, logrando con ello sistematizar un número de sentencias que van desde el año 1995 hasta el año 2019, identificando así las variaciones que puedan haber frente al objeto de estudio a través del tiempo, debido a la diferencia contextual.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Con todas las dinámicas que comprende el constitucionalismo, en Colombia, a la luz de la Constitución de 1991, la responsabilidad extracontractual del Estado se ve renovada, pues ya esta figura no se ve marcada por la influencia del derecho privado como lo era tradicionalmente, y además trae consigo una novedad, lo cual es un nuevo criterio bajo el cual se medirá la responsabilidad extracontractual del Estado; el daño antijurídico, consagrado formalmente en el artículo 90°, expresado así:

1 Juan Gonzalo Betancur B., *Conflicto Armado Interno vs. amenazas terroristas: la disputa por un concepto*, 24 Reflexión Política ,72 (2010). https://revistas.unab.edu.co/index.php/reflexion/article/view/1272/1192

> Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.
> En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.[2]

Sin embargo, y a pesar de que explícitamente el artículo previamente citado no otorgue claridad o precise con exactitud a qué se refiere con daño antijurídico, doctrinalmente este ha sido definido como aquel que no se está en el deber jurídico de soportar, convirtiéndose así, en un elemento inherente para que pueda configurarse la responsabilidad del Estado, junto con otra condición, "que dicho daño sea imputable a una persona de Derecho Público.[3] A su vez, el Consejo de Estado ha manifestado que, si bien se configura el daño antijurídico, deberá ser de conocimiento que:

En cada caso, lo que debe examinarse es si por las condiciones que revista el daño antijurídico este se puede considerar como un acentuado y singular desequilibrio anormal de las cargas públicas que deben ser asumidas por los administrados entendiéndose como normal aquella carga que es ordinaria a la vida en sociedad (Consejo de Estado, 2017).[4]

Otro de los elementos que constituyen el régimen de la responsabilidad extracontractual del Estado, lo será el título de imputación, el cual consiste en aquel régimen bajo el cual se encasillará la responsabilidad del Estado, podrá serlo de naturaleza subjetiva, es decir, que cabría -la falla del servicio- u objetiva; conteniendo -el daño especial y el riesgo excepcional-.

Es entonces, como el encargado de explicar todo lo que se enmarca en la responsabilidad extracontractual del Estado, ha sido el honorable Consejo de Estado, quien usualmente definía los casos de responsabilidad, cualquiera que fuera la naturaleza bajo el título de imputación de la falla del servicio, no en vano, este era reconocido como el título de imputación por excelencia. En consecuencia, frente a las dinámicas que trae consigo un CAI y el exceso de cargas que debe ser soportado por la población que resultase víctima, el Consejo de Estado, comienza por adaptarse a las circunstancias y el cambio se hace notable, al empezar a incorporar en el tratamiento de los hechos ocurridos durante CAI, que le fueran atribuibles al Estado, los títulos de imputación de carácter objetivo.

2 Constitución Política de Colombia, [C.P.] art. 90.
3 Rachid Farid Nader Orfale, *Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en colombia*, 15 Advocatus, (2010).
4 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sala Plena, junio 20, 2017, C.P. Ramiro Pazos Guerrero, Sentencia 00595/17, Consejo de Estado [C.E.], (Radicación número: 25000-23-26-000-1995-00595-01(18860)) (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Así, en materia de CAI, el Consejo de Estado, en un primer momento dirigía sus argumentos hacia la falla del servicio, título de imputación por excelencia, encasillando la mayoría de los hechos ocurridos en conflicto bajo este título, sin embargo, con el paso del tiempo, el uso subsidiario que les solía corresponder a los títulos de carácter objetivo, -daño especial y riesgo excepcional- empieza a cobrar relevancia, pues con la intención de paz y de buscar salidas negociadas al CAI, por parte del Gobierno (2010-2018), sumado a la incorporación constitucional de los artículos transitorios para la terminación del CAI, el marco jurídico del Acuerdo, entre otros, resulta para el Consejo de Estado, atendiendo al contexto y al panorama claro en ese entonces de negociación, no solamente una remisión más constante a los títulos de carácter objetivo, sino que lo lleva a plantearse que:

Bajo un escenario de terminación del conflicto armado interno y el logro de una paz estable y duradera, el título de imputación de riesgo excepcional por los daños ocurridos en el marco de dicho conflicto podría superarse por razones de orden jurídico y político.[5]

Es decir, se está en presencia de un avance notable en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, pues dadas las circunstancias se hace palpable la posibilidad de que frente a los hechos ocurridos en el marco del CAI, y frente al régimen que rige la responsabilidad del Estado, un título de imputación de carácter objetivo sea superado por razones de diversas índoles, donde se asume que en el contexto de un tránsito hacia la paz la población ya no estará sometida a las exorbitantes cargas que en un momento tuvieron que soportar, de igual modo, el éxito o no de esta tesis se evidenciará prospectivamente.

Finalmente, todo lo que representa la responsabilidad del Estado y ya esbozados los elementos que la constituyen, se procede a plasmar la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tomando como referente temporal, desde el año 1995 y subsiguientes, para concluir con el año 2019, donde se haya trabajado los temas que ocupan la atención central del presente: CAI y responsabilidad extracontractual del Estado, con todo lo que conllevan. Se reconoce, además, que a pesar de ser el Consejo de Estado quien se ocupa del régimen de responsabilidad del Estado, suscita el interés para este caso la postura de la Corte Constitucional, con el fin de analizar la discusión desde otro enfoque.

III. RASTREO JURISPRUDENCIAL: CORTE CONSTITUCIONAL

Ya expuesto brevemente las postura del Consejo de Estado, se procede a hace un análisis jurisprudencial pero ya a partir de la Corte Constitucional y sus sentencias, en las cuales los argumentos centrales aborden los conceptos claves del presente, tales como el CAI, la responsabilidad extracontractual del Estado, y

5 *Ibídem.*

la posición de las víctimas, para ello se sistematizarán las sentencias expedidas a partir del año 1995, hasta el año 2019, con el fin de dar cuenta la postura de la Corte Constitucional.

1. 1995-2000

En lo que concierne a este lapsus de tiempo, se recalca la obligatoriedad del DIH, a todo Estado que se encuentre en situación de CAI, aun sin que los Estados hayan ratificado los tratados correspondientes. Es decir, se hace un llamado a los actores irregulares de un CAI en determinado Estado a que respeten las normas mínimas de humanidad y que no desconozcan el principio de distinción, pues: "la fuerza normativa del derecho internacional humanitario deriva de la universal aceptación de sus contenidos normativos por los pueblos civilizados y de la evidencia de los valores de humanidad que estos instrumentos internacionales recogen.[6]

Es importante también, que se afirma que bajo el marco de un Estado Social de Derecho, negar la presencia de un CAI, es negar la premisa misma de dicha forma de organización política, puesto que el hecho de que estalle un CAI, es en últimas inevitable, por ello "en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución.[7]

Asimismo, en una intervención que hace Ciro Angarita Barón, en sentencia C-225/1995, hace un llamado a defender la constitucionalidad del protocolo II, adicional a la Convenios de Ginebra, que, debido a su carácter supraconstitucional, deberá entenderse como incorporado automáticamente, y a su vez, respecto del DIH, manifiesta que:

No es otra cosa que la codificación del núcleo inderogable de normas mínimas de humanidad que rigen en los conflictos armados y que como tales constituyen un valioso instrumento jurídico para lograr la efectividad plena del principio de la dignidad humana aun en las más difíciles y hostiles circunstancias, vale decir, precisamente cuando es objeto del más abierto desafío a su vigencia y concreción.[8]

Es en efecto, un aporte de sumo valor, que resignifica la manera en como varios sectores de la doctrina consideraban que operaba el DIH, pues se sostenía que era solo en caso de que el mismo Estado o terceros Estados reconocieran el estado de beligerancia de los actores. Con esto se recalca entonces la vinculatoriedad del DIH sobre el orden interno, aún sin que formalmente se hablara o se reconociera la existencia del CAI en Colombia.

6 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 18, 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero, Sentencia C-225/95, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
7 *Ídem.*
8 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

En sentencias posteriores se sigue reconociendo la "presencia cierta de grupos armados"[9] al igual que "la existencia indudable, palpable y probada del conflicto armado"[10] y así, se reconoce las exorbitantes cargas a las que deben someterse los territorios más golpeados por el CAI, donde se expresa que las cargas impuestas no resultan de ninguna manera razonable, y por lo tanto afirma que "no debe perderse de vista que uno de los fines esenciales del Estado es precisamente el de proteger la vida de sus integrantes -principal e ineludible objetivo de la organización política-"[11].

2. 2000-2005

En sentencia C-048/2001, se presentan los dos tipos de soluciones a los que Colombia ha recurrido para hacer frente a su historia de conflicto: el ejercicio de la guerra, o por el contrario, las soluciones políticas a través del dialogo, en ese sentido se manifiesta en el sentir de la Corte su inclinación por la última solución, puesto que es lo "que más se acerca a la filosofía que inspira el texto superior"[12]. Con todo esto, se defiende a la Constitución Política, como un verdadero instrumento de paz, ya que es en ese sentir, que las salidas negociadas al CAI, se constituyen como "un camino que necesariamente hay que recorrer para lograr una vigencia efectiva de los derechos humanos en Colombia"[13].

Así, en sentencia C-048/2001, se hace nuevamente evidente el papel proactivo de la Corte no solo al reconocer que en Colombia verdaderamente existe un CAI que para ese entonces contaría con 36 años de vigencia, sino, al dotar al legislador de la suficiente discrecionalidad para que este escoja los mecanismos tendientes a la solución del CAI en Colombia. La Corte Constitucional al respecto, manifiesta:

> Resulta un lugar común afirmar que en Colombia existe un conflicto armado que se ha desarrollado desde hace varias décadas, frente al cual los órganos políticos han intentado buscar soluciones de distinta índole. De hecho, la configuración de los mecanismos para el logro de la convivencia pacífica obedece a diferentes concepciones frente al conflicto y a una heterogeneidad de visiones en relación con las soluciones.[14]

9 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 21, 1999, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia SU-256/99, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
10 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 3, 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell, Sentencia C-040/97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
11 *Ibídem*
12 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], enero 24, 2001, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia C-048/01, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
13 *Ibídem*
14 *Ibídem*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Ya para eso del 2002, empiezan a plasmarse de manera más recurrente las consecuencias producto del CAI, teniendo entre las principales el lograr una desestabilización social, económica, y por supuesto política, pues "ese conflicto ha implicado un alto costo humano, social, económico y político; ha condicionado la convivencia de los colombianos en ya varias generaciones; ha implicado restos institucionales"[15]

A su vez, se sigue recalcando el rol que juega el DIH en los conflictos internos, que procura la humanización de este, donde se deja en claro el principio de distinción, es decir, su procura porque se proteja especialmente a "la población civil ajena a las confrontaciones y estableciendo límites a los procedimientos bélicos".[16] Sin embargo, para la Corte se presenta una disyuntiva, pues el CAI por el que ha atravesado Colombia, con todo y sus consecuencias han desbordado y desconocido las normas del DIH, en el momento en que la población ajena al conflicto llega a padecer sus consecuencias

Por ello, y a pesar del carácter supraconstitucional del DIH, debido a su prevalencia frente al orden jurídico interno, para la Corte el hecho de que los actores del CAI pasen de largo las reglas del DIH, "evidencia la vulnerabilidad institucional y civil ante los ataques de grupos armados irregulares y genera un estado de inseguridad e intranquilidad públicas que constituyen la negación del orden público como supuesto de equilibrio social"[17]

Se extrae entonces del constante y reiterado llamado de la Corte Constitucional al respeto de las reglas del DIH, una preocupación que pone de centro a las víctimas del CAI, consagrándoles medidas de protección, de modo que:

El respeto de las reglas del derecho internacional humanitario es un imperativo para la efectiva protección de los derechos y garantías consagrados en la Carta, a la vez que constituye un presupuesto para la realización de la dignidad de los individuos que son afectados por el conflicto armado.[18]

El año 2005 es un antecedente importante en materia de víctimas (Ley de Justicia y Paz) y sus derechos, donde se contempla y esto puede resultar muy importante en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, que las víctimas no pueden entenderse reparadas exclusivamente en la medida en que se subsanen económicamente, sino que, estas poseen el deber legítimo de acceder a derechos tales como la verdad y la justicia, superando las tesis basadas en la mera retribución del ilícito, en ese sentido los derechos de las víctimas con el pasar del tiempo se van reconfigurando y perfeccionando.

15 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 2, 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-802/02, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
16 *Ídem.*
17 *Ídem.*
18 *Ídem.*

Con esta posición, resulta coherente la línea que ha seguido el Consejo de Estado, y que como aquí ya se dijo, llega a un momento en el que la conducta de quien cometiera el daño no tendría tanto peso como el que resultase afectado por determinado daño, es decir, pasa a ser la víctima el centro de atención y, por ende, un sujeto de especial protección con unas necesidades que habrán de satisfacerse con diversos mecanismos. Por ello se toma como modelo las formas de reparación a partir del derecho internacional: la restitución, la indemnización, la rehabilitación; y la satisfacción y garantías de no repetición, formas de reparación que convergerán entre sí para proporcionar una reparación verdaderamente integral.

Así, en sentencia C-979/2005, se plantea a la justicia restaurativa como una alternativa a la justicia retributiva, ya que esta daba lugar a suficientes vacíos como para que desconociendo "la importancia que tiene para la sociedad la reconstrucción de las relaciones entre víctima y victimario . Así, para la Corte Constitucional:

> El modelo de justicia restaurativa parte de la premisa de que el delito perjudica a las personas y las relaciones, y que el logro de la justicia demanda el mayor grado de subsanación posible del daño. Su enfoque es cooperativo en la medida que genera un espacio para que los sujetos involucrados en el conflicto se reúnan, compartan sus sentimientos, y elaboren un plan de reparación del daño causado que satisfaga intereses y necesidades recíprocos.[19]

3. 2005-2010

A partir de este momento se continúa fortaleciendo la tesis bajo la cual, las víctimas ocupan el centro de preocupación, lo que significa que lo que es esencial a la luz del Consejo de Estado, también lo es para la Corte Constitucional, es decir, ambos reconocen a las víctimas como sujetos que requiere especial protección en virtud de la exclusión que debieron soportar y su situación de extrema vulnerabilidad, es por ello que "las autoridades públicas, las cuales deben brindarle la ayuda necesaria para que recuperen sus condiciones mínimas de subsistencia".[20]

Es por ello, que la Corte Constitucional traza unos lineamientos cuando de atención a las víctimas se trata, donde establece que cualquier disposición que consagre derechos fundamentales a favor de ellas, desde un plano hermenéutico deberá aplicarse la interpretación más favorable, esto debido a que:

19 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], septiembre 26, 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, Sentencia C-979/05, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

20 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], diciembre 14, 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T-1094/07, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

> las normas que buscan conjurar la situación de las víctimas en Colombia debe ser objeto de una interpretación teleológica y sistemática a la luz de los principios generales que la inspiraron, de las normas constitucionales y de las disposiciones que conforman el Bloque de Constitucionalidad, pues sólo de ese modo se logra realizar la interpretación más favorable, con el fin de conseguir una protección adecuada de las víctimas.[21]

En sentencia T-085/2009, se sigue la línea de las víctimas como sujetos de especial protección, y, por vez primera en el análisis realizado se observa cómo es entendida la reparación como un derecho fundamental, significando una resignificación de los derechos de las víctimas, un derecho que se efectuará independientemente del enjuiciamiento del victimario, así lo expresa la Corte

> La exigencia y la satisfacción de este derecho fundamental se dan independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena del victimario, debido a que aquel deriva precisamente de la condición de víctima, cuyos derechos corresponde al Estado salvaguardar, sin perjuicio de que pueda repetir contra el autor.[22]

Con todo esto, lo que se destaca es el reconocimiento de que de la condición de víctima se derivan unos derechos fundamentales que le imponen al Estado la obligación de satisfacer, es decir, el Estado deberá dotarse de mecanismos o recursos que propendan por alcanzar la reparación de las víctimas de manera completa, en otras palabras:

> La víctima tiene derecho a un recurso ágil y sencillo para obtener la satisfacción de su derecho a la reparación y el Estado tiene la obligación de proporcionar a la víctima esos recursos eficaces e investigar las violaciones de forma rápida, completa e imparcial y, en su caso, adoptar medidas contra los presuntos responsables de conformidad con el derecho interno e internacional.[23]

Así, en sentencia T-045/2010, se encuentra una particularidad, y es que con todo lo que constituye los derechos de las víctimas, surge el acompañamiento psicosocial, como un derecho, que deriva de las serias afectaciones a la salud mental y a la integridad que hayan padecido las víctimas producto de las sistemáticas

21 *Ídem.*

22 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 16, 2009, M.P. Jaime Araújo Rentería, Sentencia T-085/09, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

23 *Ídem.*

violaciones a sus derechos humanos, es decir, con esto se redirecciona la idea de una mera indemnización pecuniaria para darle paso a medidas de reparación que se ocupen de diversos aspectos que le produzcan a la víctima una superación del estado de exclusión y vulneración que en algún momento tuvo que padecer.[24]

Esto en materia de responsabilidad extracontractual del Estado resulta de sumo valor, pues es una tesis fácilmente aplicable a lo que se conoce como perjuicios inmateriales, que ha sido sustentada por el Consejo de Estado como "un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales".[25] De lo que se extrae que la condición de víctima, para este caso, en el marco del CAI, exige acciones específicas por parte del Estado en la prestación de servicios que subsanen no solo los daños materiales, sino, los que son de categoría inmaterial.

Finalmente, para concluir con este periodo, bajo la premisa del Estado Social de Derecho, a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, con su visión cuantitativa del Estado Social de Derecho; el Estado interventor, se entiende que el Estado se convierte en acreedor de unos objetivos que garanticen una vida digna en la mayor medida de lo posible, procurando por satisfacer márgenes materiales de igualdad, equilibrando el desnivel que puede haber entre quienes han sido víctimas y quienes no, al procurar dejar a la víctima en condiciones lo más similarmente posibles a las que se encontraba antes de acaecido el daño. En palabras de la Corte

> El hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, que resulta –en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deben guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo.[26]

4. 2010-2015

Para este periodo sale a relucir la importantísima Ley 1448 de 2011, "por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas de

24 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 2, 2010, M.P. María Victoria Calle Correa, Sentencia T-045/10, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
25 Consejo de Estado [C.E.] [State Council], Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera Sala Plena, agosto 28, 2014, C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, Sentencia 01063/14, Consejo de Estado [C.E.], (No. 32988) (Colom.).
26 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], op. cit., nota 23.

conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones",[27] en tanto le concierne a las víctimas específicamente del CAI, significando con ello un avance para el reconocimiento de sus derechos como víctimas, al preocuparse por dar a conocer quiénes pueden considerarse víctimas del CAI, así lo hace en el artículo 3° y por dar a entender que se da bajo un contexto de justicia transicional, esto significa para las víctimas que "sus derechos no se restringen a la sola reparación económica, sino que abarcan aspectos más amplios, en concreto todos los que se derivan de la verdad, la justicia y la reparación en relación con los hechos victimizantes"[28].

En ese sentir, frente a la delimitación de víctimas que ofrece el artículo 3° de la Ley 1448 de 2011, se tiene, a las víctimas directas, y a su vez a las víctimas indirectas, ambas no gozarán del mismo tratamiento ni de los mismos derechos en tanto el grado de afectación no ha sido el mismo, lo que genera un trato normativo diferencial, ya que "en lo atinente a las víctimas indirectas, existe autonomía del legislador para establecer quiénes se considerarán como tales y cuál será el alcance de sus derechos, sin que ello vulnere el derecho a la igualdad".[29]

En sentencia SU-254/2013, se extraen consideraciones significativas para el caso de la responsabilidad extracontractual del Estado, puesto que se establece que tanto desde un punto de vista judicial o administrativo, las autoridades deberán garantizar a las víctimas una reparación integral, pues tanto una como la otra "debe incluir una perspectiva de género; debe haber una flexibilización de la carga de la prueba y, en cuanto al orden para proporcionar la atención, éste debe obedecer al grado de vulnerabilidad, entre otros.[30] Bajo esta idea, el concepto de reparaciones transformadoras empieza a desarrollarse, a lo que Saffon & Uprimny sostienen que abordar este concepto:

> Se trata en esencia de mirar a las reparaciones no sólo como una forma de justicia correctiva, que busca enfrentar el sufrimiento ocasionado a las víctimas y a sus familiares por los hechos atroces, sino también como una oportunidad de impulsar una transformación democrática de las sociedades, a fin de superar situaciones de exclusión y desigualdad que, como en el caso colombiano, pudieron alimentar la crisis humanitaria y la victimización desproporcionada de los sectores más vulnerables y que en todo caso resultan contrarias a principios básicos de justicia.[31]

27 Ley 1448/11, junio 10, 2011, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).
28 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 8, 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia C-052/12, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
29 *Ibídem*
30 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 24, 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, Sentencia SU-254/13, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
31 Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ] & Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [DeJusticia], *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, poblreza y exclusión*, 34 (2009).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

Nuevamente en sentencia SU- 254/2013, la Corte se esfuerza por tener de presente los pronunciamientos del Consejo de Estado que han sido reiterados en materia de responsabilidad del Estado en el marco del CAI, de manera que se llega al punto en común de que frente a las vulneraciones acaecidas en momento de conflicto, se genera para el Estado una doble responsabilidad; i) prevenir los hechos, y atender a los llamados de la población cuando esta se sintiera amenazada y ii) si no fue posible prevenir que se produjera el hecho, deberá brindar atención a las víctimas "con el fin de que puedan reconstruir sus vidas.[32]

Finalmente, se encuentra algo de suma importancia, y es la connotada diferencia que la Corte Constitucional plasma a partir de lo que también ha manifestado el Consejo de Estado, pues afirma que jurídica y conceptualmente hay una diferencia notoria cuando de responsabilidad del Estado se trata, de la reparación por vía administrativa o la reparación vía procesos judiciales, pues la primera se basa en el principio de solidaridad, y la segunda en el principio de responsabilidad del Estado, consagrado constitucionalmente en el artículo 90°, sin embargo y a pesar de la marcada diferencia, ambas hallan su punto de encuentro en la siguiente premisa:

> El Estado como garante de la vida, honra, bienes y de los derechos fundamentales de los ciudadanos –art.2 CN-, se encuentra en la obligación de velar por la vida, honra y bienes de los ciudadanos, y cuando esos derechos son transgredidos de manera continua, sistemática y masiva, es necesario que el Estado garantice el goce efectivo de los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia, y a la reparación, de conformidad con las obligaciones constitucionales e internacionales en la materia.[33]

5. 2015-2019

Este periodo sin duda es crucial, pues abarca el fin de las negociaciones con el actor irregular del CAI, las FARC-EP y comprende un momento en el que se van integrando constitucionalmente los artículos transitorios producto de estas dinámicas de cese al conflicto, en ese sentido en sentencia C-699/2016, se hace el llamado a que los Actos Legislativos adelantados para la conjuración del conflicto, gocen de legitimidad popular, ya que "si bien puede requerir significativas transformaciones en nuestro ordenamiento jurídico, no puede hacerse a costa de una ruptura de ese consenso fundamental.[34]

32 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 25.
33 *Ídem.*
34 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], diciembre 13, 2016, M.P. María Victoria Calle

Se sigue, que con la implementación de los Actos Legislativos que trazan marcos jurídicos para la solución del CAI y la construcción de una paz estable y duradera, no se están desconociendo los otros recursos que haya trazado en diferentes momentos el legislador para conjurar las situaciones del CAI, sino, que presenta instrumentos quizá más acordes al contexto para tratar al CAI, y a su vez asume nuevos retos en materia de construcción de paz que quizás antes no eran contemplados, así, a la luz de la Corte Constitucional:

> El fin de estas reformas no es cerrar, restringir o dificultar los cauces institucionales antes previstos para implementar políticas de terminación del conflicto sino, por el contrario, abrir umbrales que en el marco de la Constitución suministren más y mejores opciones para la superación del conflicto armado y el tránsito hacia la paz.[35]

Para el año 2017, se sigue lo que ha sido reiterado, y es el deber del Estado que se deriva de su forma de organización, que, en tanto desde un punto de vista cualitativo, como estado social y democrático de derecho, lo hacen acreedor de unas garantías que deberá proporcionar a la sociedad para que estas alcancen márgenes mínimos de vida digna, es así como la Corte sostiene que en el marco del CAI para el Estado se generan dos deberes especiales: i) "el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario" y ii) "el de asegurar los derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación".[36]

Además, se reconoce que todo lo que se dio a través de las negociaciones y la suscripción del Acuerdo Final, se pensó en pro de las víctimas y sus derechos, es decir, la tesis según la cual la víctima es el punto más importante se refuerza, los esfuerzos por alcanzar el valor superior de la paz se hacen en procura de la satisfacción de los derechos de las víctimas, en ese sentido, la Corte Constitucional manifiesta que el Sistema Integral de Verdad, Justicia, Reparación y No Repetición, contemplado en el Acto Legislativo 01 de 2017, surge con el fin de ponderar de manera efectiva los derechos de las víctimas pues no son más que su principal prioridad, es por ello que constantemente la Corte ha recalcado "el deber del Estado de respetar y proteger los derechos de las víctimas en razón de la centralidad que adquieren en la justicia transicional.[37]

Correa, Sentencia C-699/16, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

35 *Ídem.*

36 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], noviembre 14, 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, Sentencia C-674/17, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

37 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 4, 2018, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia C-071/18, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Finalmente, para el año 2019, la jurisprudencia constitucional continúa siendo reiterativa frente a el tema de las víctimas y las sigue abordando como sujetos de especial protección que por tanto tienen el derecho a gozar de garantías mínimas, de allí que se destaque como uno de los instrumentos más importantes a la Ley 1448 de 2011,[38] con las medidas que comprende -restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición-, pues en materia de derechos de las víctimas, su principal enfoque consiste garantizar una reparación verdaderamente integral, especialmente en escenarios de transición, pues como lo ha dicho la Corte en numerosas ocasiones y como lo hizo en sentencia T-129/2019:

El derecho a la reparación de las víctimas es integral, en la medida en que se deben adoptar distintas medidas determinadas no solo por la justicia distributiva sino también por la justicia restaurativa, en cuanto se trata de la dignificación y restauración plena del goce efectivo de los derechos fundamentales de las víctimas.[39]

IV. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL

Con todo lo que conlleva los procesos de constitucionalización, para reconocerlos, habrá de saberse que no podrá sustraerse la comprensión del concepto -constitucionalización- como la mera introducción de una Constitución a un ordenamiento que no la poseía, pues es una idea que deja mucho por fuera, sino que habrá que abordarlo desde otras perspectivas que permitan explicarlo en su complejidad, pues "este pretende construir postulados diferentes al positivismo jurídico desde el campo ideológico, teórico y metodológico".[40] Por ejemplo Guastini, sostiene que al hablar de constitucionalización habrá de saberse que se está en presencia de un ordenamiento que se está impregnando de las disposiciones constitucionales con todo y sus aportes dogmáticos, ya que una Constitución no puede entenderse exclusivamente como un cuerpo normativo,[41] pues es sabido que esta "presupone un cuerpo político articulado y complejo formado por cuerpos distintos, por equilibrios y proporcionalidad entre los distintos poderes que coexisten al mismo tiempo.[42]

Así, al hablar de constitucionalización, un aporte que no puede dejarse de lado,

38 Ley 1448/11, *op. cit*., nota 23.
39 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 22, 2019, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia T-129/19, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
40 Gustavo Medinaceli Rojas, La aplicación directa de la Constitución, 29 (Universidad Andina Simón Bolívar, 2013).
41 Riccardo Guastini, Sobre el concepto de la Constitución, 1 Cuestiones constitucionales, 164 (Miguel Carbonell Sánchez trad., 1999).
42 Maurizio Fioravanti, Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales, 18, (Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira trads., Trotta, 2009).

son las condiciones plasmadas por Guastini, para hablar de constitucionalización, atendiendo a ciertos criterios de graduabilidad, es decir, condiciones que permitirán identificar cuando se está en presencia de un ordenamiento constitucionalizado, para ello, las condiciones que aquí conciernen son: 1) una constitución rígida, 2) la fuerza vinculante de la Constitución y 3) aplicación directa de las normas constitucionales.

En primer lugar, la existencia de una Constitución rígida es una condición necesarísima para poder hablar de constitucionalización, puesto que se deja de lado la idea de Constitución como conjunto de normas y se adoptan nuevas tesis que la enriquecen, dotándola de un blindaje especial contra cualquier tipo de transformación o reforma arbitraria, es decir, ya no se está en presencia de posturas extremadamente legalistas donde la ley ocupaba el punto máximo de cualquier ordenamiento, sino que es trasladada por la Constitución y sus disposiciones vinculantes, en ese sentido "el término "Constitución" denota no ya una organización política cualquiera, sino una organización política liberal y garantista. La Constitución es concebida aquí como límite al poder político".[43]

Seguidamente, se tiene la fuerza vinculante de la Constitución, de donde se extrae que deberá existir un tribunal que se encarge por velar por la protección de las disposiciones constitucionales, y que a su vez, cuando esté en presencia de disposiciones que vayan en contravía de la Constitución, cumpla con el deber de inaplicarlas. Por otro lado está la aplicación directa de las normas constitucionales, de modo que las disposiciones constitucionales tienen una naturaleza vinculante, ninguún operador jurídico podrá desconocer lo que ella contempla, y al contrario deberá reconocerla como la ruta de navegación para orientar su actuar. Lo anterior se sustenta constitucionalmente en el artículo 4° que expresa lo siguiente:

> La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.
> Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.[44]

Ya esbozadas de manera somera las condiciones que nos conciernen, se sabe que la Corte Constitucional ha adoptado los aportes doctinales de Guastini, de modo que las condiciones que él plantea han sido discutidas en númerosa jurisprudencia, por eso, resultó congruente exponerlas, pues se acopla al objeto

43 Riccardo Guastini, La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano en Neoconstitucionalismo, 163 (Miguel Carbonell Sánchez coord., Trotta, 2003).
44 Constitución Política de Colombia, *op. cit.*, nota 2.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

del presente. Esto debido a que en Colombia, el procedimiento para reformar la Constitución también es complejo y requiere a su vez de una dinámica especial a diferencia del de creación de leyes por ejemplo, pero sin duda, cualquier disposición que se integre a la Constitución gozará del carácter vinculante que ya se mencionó, importantísimo en este caso, al hablar de CAI.

Es importante al hablar de CAI, ya que, a pesar de los antecedentes de conflicto que han sido evidentes en Colombia, algunos sectores se encargaban de negarlo y reducían sus esfuerzos a categorizarlo a través de tra figura que demanadaba un tratamiento totalmente diferente para afrontarlo y dejaba de lado a las víctimas, sin embargo, todos esos esfuerzos por reducir el conflicto a acciones terroristas fueron infructuosos, pues el Gobierno ocupado entre (2010-2018) se ocupó por volver uno de los puntos más importantes de su agenda, el buscar salidas negociadas al CAI, donde tanto actores como víctimas y otros intervinientes participaran para llegar así a un acuerdo final que lograra el cese al conflicto y tuviera como fin la construcción de escenarios de una paz estable y duradera.

En ese sentido, las reformas a la Constitución en Colombia pueden lograrse a través de los llamados Actos Legislativos, que a la luz del artículo 221° de la Constitución política es entendido como "las normas expedidas por el congreso que tengan por objeto modificar, reformar, adicionar o derogar los textos constitucionales".[45] Es así que a través de esa iniciativa, en el periodo (2012-2017) entre las negociaciones y demás, "en paralelo el Gobierno Nacional se dotaba de instrumentos jurídico-políticos que tramitaba el Congreso de la República para darle piso al proceso que se había iniciado.[46]

Como resultado de todo ese proceso se obtienen los siguientes Actos Legislativos: 01 de 2012: "por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos de justicia transicional en el marco del artículo 22 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones"; 01 de 2016; "por medio del cual se establecen instrumentos jurídicos para facilitar y asegurar la implementación y el desarrollo normativo del acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"; 01 de 2017: "por medio del cual se crea un título de disposiciones transitorias de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones"; 02 de 2017: "por medio del cual se adiciones un artículo transitorio a la Constitución con el propósito de dar estabilidad y seguridad jurídica al acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera"; y finalmente, 03 de 2017: "por medio del cual se regula parcialmente el componente de reincorportación política del acuerdo

45 *Ídem.*

46 Dario Villamizar, *Las guerrillas en Colombia: una historia desde los orígenes hasta los confines*, 60 Estudios Politicos, 370-374 (2017). https://doi.org/10.17533/udea.espo.n60a18.

final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera".

Por último, más que Actos Legislativos, la incorporación de esos artículos transitorios a la Constitución Política no hace más que reivindicar a las víctimas y sus derechos al reconocer que sí hubo un CAI y que por infortunio tuvieron que padecer las consecuencias, es decir, se está en presencia del reconocimiento constitucional del CAI, representando con ello una resignificación a como eran atendidas las dinámicas del mismo, y más importante aún, trazando un punto de partida para las autoridades, para orientarlos en su actuar y sus decisiones, pues son disposiciones que ya no podrán desconocer.

V. CONCLUSIONES

De todo, puede concluirse que los márgenes de responsabilidad del Estado, si bien son desarrollados preferencialmente por el Consejo de Estado, han sido muy a la par con lo que la Corte Constitucional ha argumentado, sosteniendo ambas que cuando alguien padezca las cargas exorbitantes que representa un conflicto, el Estado podrá ser responsable por acción u omisión cuando se configure un daño que no se estaba en el deber jurídico de soportar, o mejor un daño antijurídico. En definitiva, la jurisprudencia constitucional resulta enriquecedora para delimitar los márgenes de responsabilidad del Estado cuando de CAI se trate y a su vez de los derechos de las víctimas, puesto que hay perfecta consonancia entre las posiciones del Consejo de Estado y la Corte Constitucional cuando de víctimas del conflicto se refiere.

También es de destacar el papel que ha jugado la Corte Constitucional en su esfuerzo por reconocer al CAI, sus consecuencias y como a través de ello ha puesto a las víctimas en el centro de las discusiones, así como lo hace el Consejo de Estado, donde ambas coinciden en afirmar la superación de las reparaciones que se redujeran meramente al campo de lo económico por adoptar 'reparaciones transformadoras' que aseguren la satisfacción de derechos que cuando se trata de víctimas adquieren la connotación de fundamentales, que en conjunto lograrán un reparación integral, al subsanar los daños causados de índole material e inmaterial.

En ese sentido, para la Corte Constitucional, desde una plataforma cualitativa, es decir, como estado social y democrático de derecho, se generan para el Estado dos deberes fundamentales respecto de las víctimas: i) "el deber del Estado de investigar, juzgar y sancionar las graves violaciones a los derechos humanos y las infracciones al Derecho Internacional Humanitario"[47] y ii) "el de asegurar los

47 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 31.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

derechos de las víctimas a la verdad, a la justicia y a la reparación"[48]. Y, por otro lado, desde una plataforma cuantitativa, la perspectiva de un Estado interventor está la imposición del Estado a que asegure márgenes de igualdad material a través de recursos ágiles que consiga equilibrar las relaciones de las víctimas del CAI, con aquellos que no lo son, asegurando condiciones de vida dignas para ambos.

Finalmente, las dinámicas del conflicto se dividen en dos momentos, antes y después de su reconocimiento constitucional, generando con ello, vínculos de obligatoriedad para los operadores jurídicos, que como se evidenció con la Corte Constitucional han sido acatados idóneamente por este órgano, representando un papel activo especialmente cuando de atención a las víctimas se trata por su esfuerzo al reconocer a través de sus pronunciamientos la existencia de un CAI, aun cuando formalmente no había sido reconocido, y por exigir al Estado que debido a su grado de responsabilidad, debería asumir retos que estuvieran dirigidos a la construcción de una paz estable y duradera.

VI. REFERENCIAS

Centro Internacional para la Justicia Transicional [ICTJ] & Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad [DeJusticia], *Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto*, poblreza y exclusión, 34 (2009).

Dario Villamizar, *Las guerrillas en Colombia: una historia desde los orígenes hasta los confines,* 60 Estudios Politicos, 370-374 (2017). https://doi.org/10.17533/udea.espo.n60a18

Gustavo Medinaceli Rojas, La aplicación directa de la Constitución, 29 (Universidad Andina Simón Bolívar, 2013).

Juan Gonzalo Betancur B., *Conflicto Armado Interno vs. amenazas terroristas: la disputa por un concepto*, 24 Reflexión Política, 72 (2010). https://revistas.unab.edu.co/index.php/reflexion/article/view/1272/1192

Maurizio Fioravanti, Constitucionalismo: experiencias históricas y tendencias actuales, 18, (Adela Mora Cañada y Manuel Martínez Neira trads., Trotta, 2009).

Riccardo Guastini, *La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano en* Neoconstitucionalismo*,* 49-74 (Miguel Carbonell Sánchez coord., Trotta, 2003).

Riccardo Guastini, *Sobre el concepto de la Constitución,* 1 Cuestiones constitucionales, 164 (Miguel Carbonell Sánchez trad., 1999).

Rachid Farid Nader Orfale, *Evolución jurídica de la responsabilidad extracontractual del estado en colombia,* 15 Advocatus, (2010).

48 *Ídem.*

LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA EN EL SISTEMA DEMOCRÁTICO COLOMBIANO, FRENTE A LA PASIVIDAD DEL LEGISLATIVO

THE JUDICIALIZATION OF POLITICS IN THE COLOMBIAN DEMOCRATIC SYSTEM, IN FRONT OF THE PASSIVITY OF THE LEGISLATURE

Fecha de recepción: 10 de noviembre de 2021 | Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022

Indy Paola NAZIR LLENERIS*

Resumen

El presente trabajo es producto del proyecto de investigación denominado La judicialización de la política como respuesta a la inactividad de otros poderes del estado, que se adelantó en el marco de una convocatoria abierta. Para el desarrollo de este, se se acudió al método descriptivo y documental, contando con un enfoque cualitativo para la identificación de normas, jurisprudencia y doctrina, que soportan las tesis centrales de la investigación. Estas líneas procuran dar elementos al lector, que le permitan identificar que se entiende por judicialización de la política en el ordenamiento jurídico colombiano -acudiendo al desarrollo discursivo del orden doctrinal-, cada vez más ponderado en el ejercicio de administrar justicia; así mismo se da cuenta de la materialización del fenómeno a partir de casos concretos en donde este se configura, para finalizar con unas aproximaciones respecto a los beneficios y riesgos de esta praxis normativa que compromete los espacios políticos, reduciéndolos al escenario judicial.

Palabras clave: Judicialización, política, sistemas democráticos, inactividad, poderes públicos

Abstract

This work is the product of the research project called The judicialization of politics in response to the inactivity of other powers of the state, which was carried out within the framework of an open call. For the development of this, the descriptive and documentary method was used, counting on a qualitative approach for the identification of norms, jurisprudence and doctrine, which support the central theses of the research. These lines seek to provide elements to the reader that allow them to identify what is understood by judicialization of politics in the Colombian legal system -turning to the discursive development of the doctrinal order-, increasingly weighted in the exercise of administering justice; Likewise, he realizes the materialisation of the phenomenon from specific cases where it is configured, to end with some approximations regarding the benefits and risks of this normative practice that compromises political spaces, reducing them to the judicial scene.

Keywords: Judicialization, politics, democratic systems, inactivity, public powers

*Abogada titulada de la Universidad de Cartagena. Magister en Derecho. Docente e Investigadora. Fundación Universitaria Tecnológico Comfenalco. Cra. 44 #30a-91, Cartagena, Colombia. indy_1222@hotmail.com; inazir@tecnocomfenalco.edu.co

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

SUMARIO: *I. Introducción. II. La judicialización de la política como fenómeno jurídico: aproximación conceptual. III. Casos representativos del orden judicial en el que se evidencia el fenómeno de la judicialización en Colombia. IV. Ventajas y riesgos que, en la práctica el fenómeno de la judicialización de la política representa en Colombia. V. Bibliografía.*

"A veces se generan problemas artificiales, que ocultan otros reales"
José Gimeneo Sacristán

I. INTRODUCCIÓN

Podemos ubicar los atisbos de los sistemas democráticos, en la intervención del pueblo o conglomerado social, en aquellos aspectos que atañen al quehacer político; la operacionalización de dichos sistemas se soporta en la posibilidad de que exista una actividad discursiva desde lo público.

Este aspecto se consolidad con la ***separación de poderes*** que permite armonizar su estructura y mantener un equilibrio que se soporta en el establecimiento de funciones delimitadas y concretas, pero no aisladas o inconexas entre sí. Por tanto, en los órdenes democráticos como el nuestro, cada una de las ramas del poder público pueden identificarse con suficiente claridad, pero existen ciertos escenarios señalados por la constitución, donde estas funciones, convergen; es el caso de la función legislativa del ejecutivo durante los Estados de excepción o la función judicial del legislativo cuando de indulto y amnistía se trata, por mencionar algunas.

Hasta el momento, se ha señalado que estas separaciones no son absolutas, pero ciertas funciones dentro del marco de los ***Estado democráticos representativos***, están determinadas de manera concluyente; en este orden, podríamos afirmar que el debate político esta condensado en principio en la rama legislativa, que previamente ha sido elegida por el pueblo, que representa los intereses de este y en virtud de ellos legisla.

Lo anterior, dentro del marco normativo implica una conexión permanente con la realidad social y con las necesidades básicas insatisfechas del pueblo en general. Pero el interrogante que soporta estas líneas es ¿Qué ocurre cuando el legislativo no legisla sobre situaciones urgentes o realidades inminentes? Y frente a esta incógnita, tendríamos que indagar sobre ¿Qué debe hacer el órgano judicial, cuando está en presencia de un caso concreto que no tiene norma que lo regule? ¿Emite una sentencia inhibitoria? ¿Sienta un precedente frente al caso concreto?

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Ahora bien, si nos inclinamos por la ***sentencia inhibitoria,*** estaríamos en presencia de denegación en el acceso a la administración de justicia. El juez no puede escudarse en la carencia normativa o en su inexistencia para emitir un fallo que no resuelva de fondo el caso particular del ciudadano, que confiando en el concepto de justicia y en la premisa que indica que el Estado debe administrarla, ha decidido activar el aparato judicial; por lo menos en Colombia podríamos afirmar sin temor a equivocarnos que la sentencia inhibitoria tácitamente esta proscrita.

Por otra parte, si apelamos a la consolidación de un ***nuevo precedente***, el fallador en este caso debe ser sumamente meticuloso, ya que al no fundamentar bien su fallo podría extralimitarse en sus funciones, lo que en el derecho penal se conoce como prevaricato por acción. Esta es una razón, no menor, que impulsa a los órganos de cierre de las diferentes jurisdicciones a tomar ciertas posturas y argumentarlas con una marcada rigurosidad a fin, no solo de crear una nueva forma de fallar, que probablemente no tenga piso legal en estricto sentido, sino que se pondera a través del desarrollo discursivo y mediante el uso de los principios orientadores del derecho.

Conviene subrayar, que cuando el poder judicial se encuentra en presencia de esta carencia normativa e interviene desde su figura de fallador, en asuntos que son de resorte exclusivo del legislativo, aparece un fenómeno jurídico que la doctrina ha denominado ***judicialización de la política***. En este orden podemos sostener que la judicialización de la política es un fenómeno recurrente en las democracias representativas, en especial en los países latinoamericanos. Colombia no ha sido la excepción en el desarrollo de esta praxis, cuya esencia radica en que las decisiones centrales de un ***sistema democrático*** son tomadas por el poder judicial. Por tanto, los tribunales y sus sentencias se vuelven, de una forma u otra, parte vital del espacio político.

En estricto sentido, lo anterior no obedece al principio de división de poderes propio de los Estados democráticos representativos. Pero el ausentismo, inactividad o pasividad del poder legislativo, deja en manos del sistema judicial situaciones cruciales, lo cual se traduce en que los poderes políticos trasladan ciertas funciones y decisiones centrales, desde la arena política al expediente judicial.

Es por ello, que el objeto central de estas líneas es ***analizar*** como la intervención de la rama judicial en decisiones de nuestro sistema democrático, responde a un proceso de judicialización de la política en Colombia. Para ello, concentraremos nuestros esfuerzos en desarrollar, sin pretender ser exhaustivos tres objetivos; en principio ***determinar*** que se entiende por judicialización de la política como fenómeno judicial dentro de los ordenamientos jurídicos; como segunda medida procuraremos ***revisar*** casos representativos del orden judicial en el que se evidencia el fenómeno de la judicialización en Colombia; por último ***señalar***

las ventajas y riesgos que en la práctica, el fenómeno de la judicialización de la política representa.

En este orden de ideas, resulta ***oportuno*** ocuparnos de este fenómeno desde una visión académica ya que si hay una ventaja de la tensión que existe entre la justicia y la política, es lo actual de esta discusión; lo anterior nos permite señalar la ***pertinencia*** de la investigación, puesto que, la mencionada tensión traslada visiones y funciones propias de la rama legislativa a la judicial. En este sentido se destaca la ***importancia*** de las presentes reflexiones, ya que ciertas manifestaciones jurisprudenciales, son claras representaciones del este fenómeno jurídico, lo que implica que existen vacíos normativos que el legislativo conoce y no sanea, y a los que el ejecutivo debe hacerle frente, cuando un caso concreto llega a manos de los falladores y estos deben tomar decisiones sin que ello vulnere, los principios que orienta a la administración de justicia y el debido proceso, como tampoco los derechos de los sujetos involucrados.

De otra parte, el despliegue de este trabajo se abordó desde una investigación de clase **jurídica**, se hizo uso del **método** descriptivo y documental. Es descriptiva porque expone los fundamentos teóricos y las tesis del orden doctrinal que nos permiten desde la academia realizar una aproximación conceptual al fenómeno jurídico que nos ocupa. Es documental, puesto que se realizó apoyándose en **fuentes** de carácter documental, sin que se acudiera a la recolección de información del orden primario.

El enfoque fue ***cualitativo***, dado que este último utiliza la recolección de información sin medición numérica, pero de forma organizada. Lo anterior por cuanto, para el despliegue de esta investigación se recopilaron jurisprudencias y producciones, que permitieron realizar una identificación de la judicialización a partir de un estudio que involucra a dos de los poderes o ramas del Estado.

II. LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA COMO FENÓMENO JURÍDICO: APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

Debemos iniciar el desarrollo de este discurso, sosteniendo que el punto medular del fenómeno que nos ocupa reside en que antes se pedía al juez aplicar la normas en retrospectiva –es decir, viendo al pasado y a lo que el legislador había decidido–. Pareciera que hoy, en cambio, se le transfiere una responsabilidad distinta que supone considerar soluciones alternativas, sopesar consecuencias, aplicar principios y valores superiores.[1]

En este sentido Marco Feoli sostiene que una ventaja que ofrece la tensión entre política y justicia es su actualidad. Según el autor, es posible a través de los

1 Carlo Guarnieri, y Patrizia Pederzoli, Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia, (Editorial Taurus, 1997).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

medios de comunicación registrar, con relativa frecuencia, las repercusiones que en diferentes espacios produce la decisión jurisdiccional. Pero esa actualidad supone también una desventaja: no saber exactamente, o al menos no saberlo con un cierto grado de rigor académico, qué significa judicializar la política.[2]

De acuerdo con Pilar Domingo, la judicialización de la política puede definirse siguiendo el análisis de cuatro niveles:

> "En primer lugar, el aumento del impacto de las decisiones judiciales en los procesos políticos y sociales. En segundo lugar, el aumento de la resolución de conflictos políticos en los tribunales. En tercer lugar, en un ámbito más discursivo que, según afirma la profesora boliviana, se refiere a que en la opinión pública la legitimidad del Estado se construye cada vez más sobre la base de conceptos legales como rule of law o derechos fundamentales. Por último, la judicialización de la política supone también la utilización, que hacen ciertos grupos de la sociedad, de mecanismos legales para articular, a través de demandas judiciales, distintos intereses económicos, políticos o sociales o vinculados con la protección de los derechos humanos".[3]

Por su parte C. Neal Tate y Torbjörn Vallinder, en su libro "The Global Expansion of Judicial Power", enumeran algunas otras causas que explicarían el aumento del protagonismo judicial:

> "la consolidación de estados de bienestar, el replanteamiento de teorías del derecho natural y de la existencia de principios superiores informadores de los ordenamientos jurídicos, luego de casi dos siglos de prevalencia del pensamiento positivista más duro, el triunfo de Estados Unidos a nivel global como el modelo de súper democracia con particularidades que empezaron a llamar la atención, como la revisión judicial y la posición protagónica que, comparada con sus pares europeos, tenían los jueces norteamericanos, el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, la aprobación de numerosos tratados internacionales en esta materia y la presión que diferentes organizaciones de derechos humanos han ejercido por su tutela y protección".[4]

---

2 Marco Feoli Villalobos, *Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América latina*, 1 Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 75-98 (2016). https://doi.org/10.15359/rldh.27-1.4

3 Pilar Domingo, *Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent trends in Latin America*, 1 Democratization, 110 (2004). https://doi.org/10.1080/13510340412331294152

4 C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder, The global expansion of judicial power, 235 (New York University Press, 1995).

Según Rodrigo Uprimny, en las últimas dos décadas la justicia colombiana no sólo ha experimentado profundas transformaciones, sino que ha entrado con mucha fuerza en la dinámica política. El autor afirma que la actividad de los jueces ha tenido, en muchos casos, una gran repercusión en la evolución global del país, por ello Colombia se ha caracterizado en este período por una importante judicialización de ciertos aspectos de la política.[5]

Ahora bien, el proceso de judicialización podemos ubicarlo dentro de uno de los ***seis males de la Justicia*** en Colombia, tal y como lo señala Juan Manuel Charry Ureña quien sostiene que adicional a este mal tenemos otros, entre ellos: la politización de la justicia, hipertrofia de la Rama Judicial, congestión, impunidad, y tutelización de las necesidades jurídicas. Esta última en escenarios cotidianos, se conoce como la prostitución de la tutela en respuesta a la existencia de un Estado garantista. En este sentido, se trata de un fenómeno latente propio de los estados democráticos, como el nuestro.

Vemos como, esquemáticamente puede entenderse por judicialización de la política el hecho de que ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática, empiezan a ser crecientemente decididos por los jueces, o al menos son fuertemente condicionados por decisiones judiciales, lo cual implica, a su vez, que muchos actores sociales empiezan a formular sus demandas en términos jurídicos y judiciales.[6]

Es claro entonces que esa definición es puramente descriptiva y supone simplemente una modificación de las fronteras tradicionales entre el sistema judicial y el sistema político en las sociedades democráticas, en la medida en que el trámite y la decisión de ciertos asuntos son transferidos de la esfera política al ámbito judicial, con lo cual la dimensión jurídica de la acción social y de la política pública adquiere un mayor peso.[7] Otra cosa es que la judicialización de la política sea o no deseable democráticamente, que es un tema recurrente de debate en los últimos años.

Por otra parte Tomas Ramón Fernández, ha señalado que el fenómeno del llamado «activismo judicial» de la «judicialización de la política», de la «montée du droit» y de la conservación de éste en un nuevo eje de la vida política en la sociedad europea —Francia, Bélgica, Italia, sobre todo– y española ha dado lugar en estos últimos años a una literatura tan abundante como variopinta y, las más de las veces, interesada y superficial, cuando no simplemente escandalosa, de la que hasta ahora muy pocas enseñanzas podrían extraerse.[8]

---

5 Rodrigo Uprimny Yepes, La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos, en Los jueces entre el derecho y la política, 53 (John Ferejohn et al., Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008).

6 *Ídem.*

7 Pilar Domingo, Relaciones de poder: justicia y nuevos actores, en Los actores de la justicia latinoamericana, 44 (Luis Pásara, ed., Ediciones Universidad de Salamanca, 2007).

8 Tomás Ramón Fernández, *Los jueces y la política*, 58 Revista de libros, 3 (2001). https://dialnet.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Vemos como en el libro de Laurence Engel, Le mépris du Droit, pone por vez primera el dedo en la llaga y apunta al corazón del problema, a sus causas últimas, desde su propio título, que podemos traducir como "el descuido de la ley". Si el derecho ha pasado súbitamente a primer plano, si los jueces se han convertido de repente en protagonistas en el escenario de las finanzas y de la política, es porque algo falla en el funcionamiento de nuestras instituciones y porque ese fallo se percibe como esencial por la ciudadanía, como un riesgo inminente y grave que amenaza la propia pervivencia del sistema.[9]

Ese fallo que se percibe por el conglomerado como esencial, nos arroja a otra orilla, que nos hace preguntarnos tal y como lo indica Fernández, ¿por qué toman los ciudadanos (en su calidad de administrativos, de usuarios de los servicios públicos, de electores, de adversarios políticos, de empleados o de socios minoritarios) esta iniciativa?; ¿por qué acuden al juez y, en particular, al juez penal (aunque no sólo a él), con estas demandas cuando el trasfondo de estas es sustancialmente político? Según el autor la respuesta es simple, los ciudadanos lo hacen "*porque quien podía decirlo dijo, en efecto, que no aceptaría responsabilidades políticas de ningún tipo hasta que los jueces no declarasen las responsabilidades penales correspondientes*".[10]

De todo lo anterior, podemos acudir a la afirmación de Toma Ramón Fernández, quien enfáticamente asevera que:

> "Quienes han judicializado la política, quienes han convertido a los jueces en estrellas han sido, sin ninguna duda, los políticos, los mismos políticos que, tras haberse negado a sustanciar en su sede natural los conflictos concernientes a su actividad y haber remitido éstos a los tribunales, han dirigido el coro contra el activismo judicial y la judicialización de la política, invocando el sagrado principio de la separación de poderes y, en ocasiones, sacando a colación, incluso, el viejo espantajo del fascismo para descalificar a los jueces que se han atrevido a cuestionar su conducta reprochándoles".[11]

Ahora, aterrizando estas visiones a nuestras propias latitudes, podríamos sostener que, si bien la judicialización en países como Colombia se explica en parte por la debilidad de los movimientos sociales y podría favorecer una nueva política democrática, lo cierto es que puede también acentuar la apatía ciudadana. El uso de las argucias jurídicas, en vez de recurrir a la movilización social y política,

unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2836860

9 Laurence Engel, Le mépris du droit, 55 (Hachette littératures, 2000).

10 Tomás Ramón Fernández, *op. cit.*, nota 8, p. 4.

11 *Ídem.*

representa enormes riesgos y costos en Colombia.[12]

En este sentido, habría que cuestionar entonces la postura asumida por las cortes, en especial por los órganos de cierre de las jurisdicciones y claramente el desarrollo jurisprudencial que ha venido manejando la Corte Constitucional, respecto a ciertos temas que podríamos considerar de avanzada. Retomando la idea central de estas líneas, la preocupación radica en el ausentismo, la pasividad o inactividad de la rama legislativa, así como en la necesidad inminente que tiene el fallador o jugador de administrar justicia, aun cuando no tiene norma jurídica concreta que ampare el supuesto de hecho objeto de estudio.

De lo anterior se desprenden otra serie de interrogantes, tales como: ¿Cuáles son los parámetros para el desarrollo del ejercicio legislativo? ¿Hacia dónde apunta el ejercicio legislativo? ¿Las altas cortes legislan? ¿La intervención del poder judicial en el argot legislativo puede ser considerada una vulneración al principio de división de poderes? ¿Qué papel juegan los órganos de control, respecto a la rama legislativa en razón a la pasividad en la expedición de normas sobre ciertos temas de avanzada? ¿La judicialización de la política es un fenómeno que fomenta la pasividad de la participación democrática?

Frente a esto podemos sostener, que el ***ejercicio legislativo*** mayoritariamente no responde al parámetro de representación propio de nuestra democracia, por el contrario está orientado por intereses plurales de los gobiernos de turno o de los mismos partidos políticos a los que pertenecen los sujetos que conforman este escenario, así mimos es movido por la necesidad de generar beneficios a otros actores que ostenta el poder como es el caso de la banca y el sector empresarial, o incluso los intereses particulares de los miembros del cuerpo colegiado, cuya función es hacer las leyes y representar las necesidades básicas de quienes han cedido soberanía mediante el voto.

Los intereses arriba mencionados, son los lugares comunes a donde suele apuntar el ejercicio legislativo; por ello las altas cortes asumen una postura y desarrollan un precedente judicial, qué puede no tener piso legal, pero qué sin lugar a duda se encuentra orientado por unos ***principios*** que informan al derecho y que dotan a dicho precedente, no pocas veces de un rango constitucional, a través de unas interpretaciones extensiva o restrictivas según sea el caso. Por tanto, tales acciones de la rama judicial no resultan contrarias al principio de división de poderes, sino que develan cómo las ramas se sanean entre sí, con actuaciones que para muchos no resultarían armónicas, pero sí necesarias. Esto nos lleva a una consideración inicial, y es que el deterioro de la democracia, y no de cualquier democracia sino de una deliberativa tal y como lo plantea Jürgen Habermas, no es atribuible exclusivamente al poder legislativo,[13] sino

12 Rodrigo Uprimny Yepes, *op. cit*., nota 5, p. 62.
13 Jürgen Habermas, Facticidad y validez, (Editorial Trotta, 5ta. ed., 1998).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

que congrega al ciudadano qué aspira a una respuesta más efectiva respecto a una vulneración y que encontrando un camino viable a través del sector judicial, asume esta postura acomodaticia que nos aventura a lo que Uprimny señaló como apatía ciudadana en el ejercicio democrático.[14]

III. CASOS REPRESENTATIVOS DEL ORDEN JUDICIAL EN EL QUE SE EVIDENCIA EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN EN COLOMBIA

Aseverar categóricamente que en Colombia la política se ha judicializado, no obedece a un reparo propio de la doctrinal, sino a una realidad inminente y especialmente marcada por el desarrollo jurisprudencial que adelantan las altas cortes. El objeto de los casos que a continuación revisaremos, no es presentar de manera exhaustiva todas las situaciones fácticas que están incluidas en el fenómeno anteriormente explicado, por el contrario centraremos nuestros esfuerzos en señalar a través de casos concretos y exclusivos de la Corte Constitucional, situaciones en donde claramente se ha acudido a esta figura, protegiendo algunos derechos qué podríamos clasificar en ***tres grupos***: aquellos que promueven los derechos individuales y la autonomía personal, aquellos encaminados a la protección de los derechos reproductivos de la mujer y los que propugna por la igualdad frente a la orientación sexual.

Es preciso señalar, que lo particular de los casos en comento, radica en que a la fecha no existe regulación normativa respecto a los supuestos de hecho conocidos por la Corte Constitucional, en este sentido el Legislativo no ha emitido leyes que regulen específicamente tales eventos, lo que implica que los vacíos normativos siguen pululando. Aunque tales vacíos, se han saneado mediante pronunciamientos jurisprudenciales, hay juzgadores que no acogen las posturas desarrolladas por la Corte Constitucional, lo que últimas convierte a estos derechos en meras expectativas supeditadas a las interpretaciones de los falladores, que no pocas veces han sido exhortados por la Corte a no apartarse del precedente que se ha venido marcando.

En este orden de ideas, hablaremos en principio de aquellos pronunciamientos del orden jurisprudencial que promueven los derechos individuales y la autonomía personal En Colombia. Vale decir que, a partir de la Constitución Política de 1991 con la creación de la Corte Constitucional,[15] dicho cuerpo colegiado mostró una postura progresista sobre ciertos aspectos que a la fecha siguen sin tener regulación normativa. Para ello, procuro crear nuevas líneas jurisprudenciales mediante la expedición de sentencias nicho, que se apartaban de las visiones

14 Rodrigo Uprimny Yepes, *op. cit.*, nota 5, p. 62.
15 Constitución Política de Colombia, [C.P.].

tradicionales y ortodoxas que habían predominado dentro del ordenamiento jurídico colombiano.

Un ejemplo claro de ello, lo encontramos en la en Sentencia C-221 de 1994 con Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz, en donde la Corte Constitucional hizo un análisis cuidadoso acerca del ***consumo de estupefacientes*** y el alcance de las libertades individuales así como de la autonomía personal de los sujetos; aquí se establecieron nuevas barreras al legislador quien no puede entrar a regular comportamientos individuales de los ciudadanos, lo que se tradujo en que, tal conducta no constituía una infracción penal por sí misma. En este orden la Corte afirmo que el legislador no puede prescribirme la forma en que debo comportarme conmigo mismo, para ello asevero que:

> "cuando el legislador regula mi conducta con prescindencia del otro, está transponiendo fronteras que ontológicamente le están vedadas. En otros términos: el legislador puede prescribirme la forma en que debo comportarme con otros, pero no la forma en que debo comportarme conmigo mismo, en la medida en que mi conducta no interfiere con la órbita de acción de nadie. Si de hecho lo hace, su prescripción sólo puede interpretarse de una de estas tres maneras: 1) expresa un deseo sin connotaciones normativas; 2) se asume dueño absoluto de la conducta de cada persona, aún en los aspectos que nada tienen que ver con la conducta ajena; 3) toma en cuenta la situación de otras personas a quienes la conducta del sujeto destinatario puede afectar".[16]

Siguiendo el criterio de protección de libertades individuales, encontramos a la sentencia C-239 de 1997 con Magistrado ponente Carlos Gaviria Díaz. En el particular la Corte mantiene una línea discursiva similar, donde critica la posición del legislador. Este último califica como antijuridica y por tanto delictiva, el hecho de poner fin a la vida de ciertos sujetos, quienes padecen algún tipo de afección que les impide vivir dignamente, aun cuando sea por piedad; el cuerpo legislativo afirma que se configura un homicidio, la diferencia entre este cualquier otro acto punible de la misma categoría, radicará en los móviles que condujeron al sujeto activo de la conducta a realizar el acto y ello redundará en la pena. Por su parte, la Corte Constitucional somete el derecho a la vida, que había sido concebido como un bien jurídico tutelado independiente, como una unidad necesaria y correspondiente con la dignidad del individuo que vive. Una vez la vida no es viable bajo el principio de dignidad, tal acto de vivir debe ser revisado. Por tanto, se cuestiona el homicidio por piedad y se pondera en el discurso la ***eutanasia***,

16 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 5, 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-221/94, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

como valida e independiente de cualquier conducta punible. En este caso la corte aseveró que:

> "[...] si el respeto a la dignidad humana irradia el ordenamiento, es claro que la vida no puede verse simplemente como algo sagrado, hasta el punto de desconocer la situación real en la que se encuentra el individuo y su posición frente al valor de la vida para sí. En palabras de esta Corte: el derecho a la vida no puede reducirse a la mera subsistencia, sino que implica el vivir adecuadamente en condiciones de dignidad".[17]

Del mismo modo afirmó el cuerpo colegiado que el tema central, radica en identificar la culpabilidad del individuo que ejecuta el acto, específicamente los móviles que lo arrojan a tal determinación:

> "Para graduar la culpabilidad deben tenerse en cuenta los móviles de la conducta, pero sólo cuando el legislador los ha considerado relevantes al describir el acto punible. Dichos móviles, que determinan en forma más concreta el tipo, en cuanto no desconozcan las garantías penales ni los demás derechos fundamentales, se ajustan a la Constitución, y su adopción hace parte de la órbita de competencia reservada al legislador".[18]

Antes de pasar a otro supuesto, debemos acotar un hecho particular, y es que el Congreso expidió la Ley 1733 del 8 de septiembre de 2014, también conocida como ley Consuelo Devis Saavedra, mediante la cual se regulan "los servicios de cuidados paliativos para el manejo integral de pacientes con enfermedades terminales, crónicas, degenerativas e irreversibles en cualquier fase de la enfermedad de alto impacto en la calidad de vida". El objeto central de la norma es reglamentar el derecho que tienen las personas con enfermedades en fase terminal, crónicas, degenerativas e irreversibles, a la atención en cuidados paliativos que pretende mejorar la calidad de vida, tanto de los pacientes que afrontan estas enfermedades, como de sus familias, mediante un tratamiento integral del dolor, el alivio del sufrimiento y otros síntomas, teniendo en cuenta sus aspectos psicopatológicos, físicos, emocionales, sociales y espirituales, de acuerdo con las guías de práctica clínica que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social para cada patología (art 1).[19] No obstante, nunca se hablo de la posibilidad de terminar con la vida del paciente cuya calidad a desmejorado en razón a tal afección.

17 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 20, 1997, M.P. Carlos Gaviria Díaz, Sentencia C-239/97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
18 *Ídem.*
19 Ley 1733/14, septiembre 8, 2014, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

RIDP

Otro caso concreto de protección de libertades individuales se aborda mediante la sentencia C-507 de 1999, en la que categóricamente el cuerpo colegiado que nos ocupa manifestó que la ***homosexualidad*** no es una falta contra el honor militar. En esta oportunidad el Magistrado Ponente Vladimiro Naranjo Meza, expuso la postura de la Corte y sostuvo que el derecho a la intimidad y al ejercicio libre de la sexualidad, no pueden ser objeto de sanción ya que obedecen al legítimo ejercicio de la autonomía personal:

> "[...] incluir como falta contra el honor militar el hecho de ejecutar actos de homosexualismo, comporta un estigma a la opción homosexual y, al mismo tiempo, desconoce aspectos que corresponden a la esfera íntima del individuo y que en realidad, lo que se busca sancionar a través de la dicha norma es la condición humana de homosexual y el ejercicio legítimo de su inclinación, con lo cual se afecta de manera grave el derecho del individuo para manejar libremente algo que le es tan propio como su sexualidad".[20]

Por último, la Corte indicó que las prácticas sexuales sólo serían sancionables cuando se realicen de manera pública, o en desarrollo de las actividades del servicio, o dentro de las instalaciones castrenses, sean de carácter homosexual o heterosexual, ya que en ese caso si se comprometen derechos de terceros, así como los objetivos básicos de la actividad y disciplina militares; de no ser así estriamos en presencia de una discriminación y un juicio moral que no está el ciudadano con el deber de asumir ni soportar.[21]

Una vez abordados los casos sobre protección de los derechos individuales y la autonomía personal, nos ocuparemos de otro particular orientado a la protección de los derechos reproductivos de la mujer, específicamente de la interrupción voluntaria del embarazo, sin que ello comporte una conducta punible. Respecto al ***aborto*** hay toda una línea jurisprudencia, que trataremos de resumir a fin de evidenciar las variaciones a través del tiempo, y por tanto la inactividad por parte del cuerpo legislativo que, a la fecha no concreta una ley que regule el asunto en comento. Iniciaremos mencionando tangencialmente, dos sentencias de la Corte Constitucional donde se conservaron visiones tradicionales, tales como la sentencia C-133 de 1994 donde primó la protección del nasciturus como bien constitucionalmente protegido, frente a la vida de la madre, manteniendo por tanto al aborto como una conducta punible en todas las situaciones fácticas que pudieran rodear al caso concreto.[22] Así mismo, tenemos la sentencia

20 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 14, 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, Sentencia C-507/99, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
21 *Ídem.*
22 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 17, 1994, M.P. Antonio Barrera Carbonell,

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

C-013 de 1997 que conserva la postura de la sentencia de 1994.[23] Pero en esta oportunidad acuden a encíclicas papales, actuación que, a nuestra manera de ver resulta insostenible, por una razón suficiente Colombia es un Estado laico, con un pensamiento tanto político como jurídico secularizado, por lo que estos argumentos nos resultan a todas luces contrarios a tal aseveración contenida en el preámbulo constitucional.

Sin embargo, no podemos obviar otras posturas progresistas que la Corte ha venido desarrollando. Como es el caso de la Sentencia C-355 de 2006, con Magistrados Ponentes Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández que introdujo ***tres situaciones, en que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye aborto***, entre ellas tenemos: Cuando el embarazo pone en peligro la salud, física o mental, de la mujer, o su vida; cuando el embarazo es resultado de una violación o de incesto y cuando hay malformaciones del feto que son incompatibles con la vida por fuera del útero. Si bien, las mentadas circunstancias necesitan ciertas condiciones para que se configuren (denuncia del acto sexual no consentido y dictamen médico según sea el caso), nos concentraremos en los argumentos utilizados por la Corte. En primera medida se pondera la protección del nasciturus frente a la mujer gestante, enfatizando las cargas que esta última debe soportar:

> "Empero, si bien no resulta desproporcionada la protección del nasciturus mediante medidas de carácter penal y en consecuencia la sanción del aborto resulta ajustada a la Constitución Política, la penalización del aborto en todas las circunstancias implica la completa preeminencia de uno de los bienes jurídicos en juego, la vida del nasciturus, y el consiguiente sacrificio absoluto de todos los derechos fundamentales de la mujer embarazada, lo que sin duda resulta a todas luces inconstitucional. (...) no existe equivalencia entre los derechos a la vida y la salud de la madre respecto de la salvaguarda del feto, y como viene ocurriendo, pese a tal desequilibrio se viene dando prevalencia exclusivamente a la vida de éste sin atender ninguna otra circunstancia".[24]

Así mismo, la Corte destaca que el ordenamiento no puede imponer de manera coactiva modelos de vida o estándares sociales, ya que esto vulnera derechos negativos de interferencia, como son las libertades individuales y su autonomía reproductiva, por ello sostuvo que:

Sentencia C-133/94, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

23 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], enero 23, 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, Sentencia C-013/97, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

24 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 10, 2006, M.P. Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-355/06, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

> "Las medidas de protección no son entonces incompatibles con la Carta. Sin embargo, ello no significa que cualquier medida de esta naturaleza sea admisible, puesto que, en ocasiones, el Estado o la sociedad, con el argumento de proteger a la persona de sí misma, terminan por desconocer su autonomía. Por ello la Corte, al reconocer la posibilidad de estas medidas, había sido muy cuidadosa en señalar que éstas perdían toda legitimidad constitucional cuando se convertían en políticas "perfeccionistas", esto es, "en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico".[25]

Adicional a lo anterior, debemos hacer hincapié en una situación fáctica que una vez determinados los tres casos por los que la interrupción voluntaria del embarazo no constituye la conducta punible del aborto, se erigía como imposibilidad para que fuese aplicable la disposición señalada por la Corte. Estamos en presencia de un concepto médico denominado ***edad gestacional***, en tal caso se hizo uso de este argumento técnico para sostener que practicar la interrupción del embarazo en virtud de lo avanzado del mismo, suponía una actividad contraria a una de las causales establecida en la sentencia C-355 del 2005, ya que ponía en riesgo a la vida de la madre.[26] Es por ello, que la Corte Constitucional se vio en la necesidad de determinar que no hay límites en la edad gestacional para la realización del procedimiento, según lo contempla la sentencia SU-096 de 2018. Por tanto las instituciones prestadoras de salud (IPS) tienen la obligación de practicarlo en todas las etapas del embarazo:

> "La jurisprudencia en vigor no impone límites a la edad gestacional para la realización del procedimiento de interrupción del embarazo. Los profesionales de la salud informarán a la mujer embarazada sobre los alcances y riesgos del procedimiento, atendiendo a la edad gestacional, para que esta adopte su decisión de manera instruida".[27]

Desarrollado el caso concreto de la protección de los derechos reproductivos y autonomía personal de la mujer, pasaremos entonces a revisar cierta línea jurisprudencial en donde se propugna por la igualdad frente a la ***orientación sexual***, promoviendo el acceso a aciertos derechos que no cuentan con una regulación normativa específica.

25 *Ídem.*
26 *Ídem.*
27 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 17, 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, Sentencia SU096/18, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Iniciaremos tal desarrollo, con la sentencia C-075 de 2007, donde la Corte asevero que el régimen patrimonial entre compañeros permanentes opera de la misma manera para las parejas del mismo sexo, haciendo especial énfasis en que las razones que fundamentan una diferenciación deben estar amparadas en el criterio de razón suficiente, de lo contrario constituirían discriminación debido al sexo, lo que está expresamente proscrito por nuestra carta; del mismo modo insta al legislador a cumplir con su labor de creación y pronunciarse al respecto:

> "La jurisprudencia constitucional en esta materia se ha desarrollado en una línea de conformidad con la cual (i) de acuerdo con la Constitución, está proscrita toda forma de discriminación en razón de la orientación sexual; (ii) existen diferencias entre las parejas heterosexuales y las parejas homosexuales, razón por la cual no existe un imperativo constitucional de dar un tratamiento igual a unas y a otras; (iii) **corresponde al legislador definir las medidas necesarias para atender los requerimientos de protección de los distintos grupos sociales** y avanzar gradualmente en la protección de quienes se encuentren en situación de marginamiento y (iv) toda diferencia de trato entre personas o grupos que sean asimilables solo es constitucionalmente admisible si obedece a un principio de razón suficiente".[28]

Del mismo modo, la Corte analizó la integración de las parejas del mismo sexo al sistema de seguridad social en salud en el régimen contributivo afirmando mediante jurisprudencia C-811 de 2007 que era aplicable en las mismas condiciones que a las parejas heterosexuales, lo que implica que estas uniones homoparentales debían ser declaradas ante notario;[29] siguiendo esta línea discursiva, la Corte en Sentencia C-336 de 2008 afirmo que las parejas del mismo sexo, en las que sobrevenga muerte de un miembro de esta unidad marital, el sobreviviente podrá ser beneficiaros de la prestación económica llamada pensión, siempre y cuando cumpla con los requisitos establecidos para ello, que serán idénticos a los establecidos para las parejas heterosexuales.[30]

En el 2011, la Corte conoce de una solicitud que seria objeto de una mayoritaria controversia, el matrimonio entre parejas del mismo sexo. En este punto el cuerpo colegiado emitió la sentencia C-577 que tildo de la inexistencia de norma como una "omisión legislativa relativa". Pese a ello no se dispuso a integrar de manera

28 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 7, 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, Sentencia C-075/07, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
29 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 3, 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, Sentencia C-811/07, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
30 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 16, 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, Sentencia C-336/08, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

inmediata el supuesto del matrimonio igualitarios, sino que por el contrario exhortó al Congreso a que legislara:

> "Para superar el déficit de protección al cual el legislador ha sometido a las parejas de personas del mismo sexo, según la constatación hecha por la Corte, se resolvió exhortar al Congreso de la República para que, dentro de un plazo razonable, en ejercicio de sus competencias, regule de manera sistemática y organizada acerca de los derechos de las parejas de personas del mismo sexo, especialmente el derecho constitucional a constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal. En todo caso, para asegurar la efectividad y el cumplimiento de la decisión adoptada, la Corte resolvió, erga omnes, que, transcurrido el plazo dado al Congreso para la expedición de la normatividad, y hasta tanto no lo haga, las parejas de personas del mismo sexo podrán constituir una familia mediante un acto contractual de carácter marital, solemne y formal ante juez o notario".[31]

Pese a ello, el órgano legislativo no se pronunció frente al caso concreto. Esto se tradujo en el desconocimiento del señalamiento hecho por la Corte. Lo anterior por cuanto, al no existir piso legal de estos contratos solemnes la posibilidad de acceso a este derecho, que a la fecha solo tenía rango constitucional, fue ineficiente, puesto que los falladores y notarios se negaban a realizar tales actos, arguyendo que no se trataban de pronunciamiento normativos; por ello en 2016, luego de trascurrido cinco años y en virtud de la pasividad e inactividad del poder legislativo, la Corte termina por emitir la sentencia SU-214, en la que aprobó de manera definitiva y con efecto erga omnes la celebración de matrimonio civil entre parejas del mismo sexo.[32]

De estos casos traídos a colación, con una intención meramente ejemplarizante, podemos establecer un par de conclusiones iniciales. La primera, tiene que ver con la inactividad sistemática y reiterada del Legislador que raya en la recalcitrantica. Una postura a todas luces reprochable, que no logra acompasarse con la función propia de los cuerpos legislativos en las democracias representativas. La segunda, obedece a la apuesta que realizan los órganos de cierre, en el caso puntual la Corte constitucional, que mediante un el desarrollo de una línea discursiva termina por sanear vacíos normativos o problemas interpretativos de la norma existente, acudiendo a los principios orientadores del derecho y la función nomofiláctica de la Corte, que lejos de pretender dar solución al caso concreto, tiene como fin

31 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], julio 26, 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Sentencia C-577/11, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
32 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 28, 2016, M.P. Alberto Rojas Ríos, Sentencia SU214/16, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

último resolver una situación que congrega a un sector poblacional, que puede verse inmerso en tal caso.

IV. VENTAJAS Y RIESGOS QUE, EN LA PRÁCTICA EL FENÓMENO DE LA JUDICIALIZACIÓN DE LA POLÍTICA REPRESENTA EN COLOMBIA

Habiendo realizado una aproximación conceptual al fenómeno de la judicialización, a partir de pronunciamiento doctrinales y soportando mediante casos particulares la afirmación de que en Colombia se ha venido judicializando la política, se hace necesario finalizar estas líneas haciendo unas apreciaciones generales acerca de las ventajas que ofrece este fenómeno jurídico, así como los riesgos que su practica reiterada y permanente pueden producir en sociedades como la nuestra.

En este orden, iniciaremos señalando que el fenómeno de la judicialización implica una actuación concreta por parte del ente judicial, quien asume una ***postura participativa*** y crítica, frente a situaciones que carecen de una regulación normativa específica, lo que permite sanear vacíos y proteger ciertos derechos que por un cúmulo de razones, no son objeto de interés por parte del legislador. Estos derechos, suelen estar asociados a grupos minoritarios, que como se vio en los ejemplos desarrollados responden en no pocos casos, a una suerte de discriminación y estigmatización histórica, ponderada por la costumbre y acogida como válida. Por ello, estas intervenciones jurisprudenciales responden a la consolidación de muros de contención que impiden el abuso, bien sea de terceros o de órganos estatales, que al no tener una disposición normativa actúan despreocupadamente frente a los derechos de estas minorías.

Tales intervenciones, no deben interpretarse como una ruptura al principio de división de poderes o una injerencia arbitraria del poder judicial, frente a las funciones del legislativo; por el contrario, esta protección efectuada por los jueces responde fielmente a las garantías que los estados democráticos promueven, tales como el ***acceso a la administración de justicia*** y la consolidación del principio de igualdad material. En este sentido el garante de la continuidad del proceso democrático es el fallador, en este caso el juez constitucional, que, en ocasión de su función protectora del texto constitucional, debe actuar como legislador positivo o negativo según sea el caso.

Todo lo anterior, obedece a la protección de los derechos fundamentales, los derechos humanos y los ideales de democracia que soportan a los estados modernos, así como a los principios orientadores del derecho y las reglas de interpretación jurídica, no obstante, esto puede provocar una inactividad generalizada; esta vez no en cabeza del legislador, sino de la ciudadanía.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

RIDP

Para ello podemos acudir a Habermas, quien está preocupado por los sistemas democráticos actuales, en especial por los ciudadanos que integran tales sistemas democráticos. Para comprender este aspecto, se hace necesario acudir al concepto de ***democracia deliberativa***, que requiere una ciudadanía activa, en este punto Habermas afirmar que los Estados democráticos modernos presuponen ciudadanos con capacidad de comprensión de la complejidad en la que se realiza la participación pública, por ello enuncia tres presupuestos ético-políticos de la democracia deliberativa como son la ciudadanía, la opinión pública y la participación.[33]

En este orden se hace necesario entender como es que puede platearse el acto deliberativo, que para Habermas está aunado en principio al reconocimiento por parte de los ciudadanos, de la carga política que en ellos reposa, así como en el reconocimiento por parte del Estado, de que debe crear las condiciones necesarias para que se produzca el acto en sí mismo. Por tanto, tenemos que:

> "a) Las deliberaciones se efectúan en forma argumentativa, es decir, mediante intercambio regulado de informaciones y razones entre partes que hacen propuestas y las someten a crítica. (b) **las deliberaciones son "inclusivas" y públicas.** En principio no puede excluirse a nadie; todos los que pueden verse afectados por las resoluciones han de tener las mismas oportunidades de acceso y participación. (c) **las deliberaciones están exentas de coerciones externas**. Los participantes son soberanos en la medida en que sólo están ligados a los presupuestos comunicativos y reglas procedimentales de la argumentación. (d) las deliberaciones están exentas de coerciones internas que puedan mermar la igual posición de los participantes. Todos tienen las mismas oportunidades de ser escuchados, de introducir temas, de hacer contribuciones, de hacer propuestas y de criticarlas".[34]

Lo anterior implica que, trasladar al expediente judicial asuntos propios de la arena política, conduce a los ciudadanos a una abulia generalizada; pero debemos recalcar que tal participación ciudadana debe contar con unos espacios creados por el Estado y ofrecer reales y efectivas garantías de participación. Por su parte, Uprimny sostiene que la judicialización puede generar un ***contraste*** entre una ***justicia visible y protagónica***, que decide pocos casos, pero en forma espectacular, mientras que la gran mayoría de los asuntos son decididos por una ***justicia invisible*** y con tendencia a la rutinización, que ***los tramita en forma ineficiente e inequitativa***.[35]

33 Jürgen Habermas, *op. cit.*, nota 13, p. 378.
34 Íbidem, p. 382.
35 Raodrigo Uprimny Yepes, *op. cit.*, nota 5, p. 66.

Por tanto, los jueces están asumiendo ciertas cargas, que en principio no le son propias, pero responden a la necesidad de salvaguardar el sistema democrático, y por ello arrogan e incorporan a sus funciones y fines; en este orden, se acogen nuevas responsabilidades que, ante un sistema atiborrado de procesos, constituye una causal más de la parvedad de nuestro sistema judicial.

V. BIBLIOGRAFÍA

Carlo Guarnieri, y Patrizia Pederzoli, Los jueces y la política: Poder Judicial y democracia, 207 (Editorial Taurus, 1997).

C. Neal Tate y Torbjorn Vallinder, The global expansion of judicial power, (New York University Press, 1995).

Jürgen Habermas, Facticidad y validez, (Editorial Trotta, 5ta. ed., 1998).

Laurence Engel, Le mépris du droit, (Hachette littératures, 2000).

Marco Feoli Villalobos, *Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América latina*, 1 Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 75-98 (2016). https://doi.org/10.15359/rldh.27-1.4

Pilar Domingo, *Judicialization of Politics or Politicization of the Judiciary? Recent trends in Latin America,* 1 Democratization, (2004). https://doi.org/10.1080/13510340412331294152

___, *Relaciones de poder: justicia y nuevos actores, en* Los actores de la justicia latinoamericana, (Luis Pásara, ed., Ediciones Universidad de Salamanca, 2007).

Rodrigo Uprimny Yepes, La judicialización de la política en Colombia: casos, potencialidades y riesgos*, en* Los jueces entre el derecho y la política, (John Ferejohn *et al*., Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos, 2008).

Tomás Ramón Fernández, *Los jueces y la política*, 58 Revista de libros, (2001). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=283686

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL: ENTRE TITULARIDAD DE DERECHOS FUNDAMENTALES Y GARANTIAS

SUBJECTS OF SPECIAL CONSTITUTIONAL PROTECTION: BETWEEN OWNERSHIP OF FUNDAMENTAL RIGHTS AND GUARANTEES

Fecha de recepción: 12 de noviembre de 2021 | Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022

Hernel Jhuleicer PEREA BONILLA* **y Juan David ESCOBAR CUELLAR****

Resumen

La percepción que se tome de la titularidad de los derechos fundamentales correlativamente influye o se ve dilucidada en los sujetos de especial protección constitucional, esto es, la génesis de este artículo, dado que se deriva la necesidad de ampliar la categoría de quiénes son sujetos de derechos en el marco constitucional colombiano, sustentado en la legislación, doctrina y desarrollo jurisprudencial de las altas cortes con el trascurrir del tiempo. El presente artículo busca analizar e interpretar la teoría de los derechos fundamentales elaborada por el autor Ferrajoli, en contraste con la interpretación realizada por las altas cortes en sus nuevas providencias en cuanto a derechos fundamentales y su conexión con los nuevos sujetos de derecho se trata. Se abordará e interpretará los fundamentos de la sentencia de tutela 622 de 2016,[1] al marcar un hito jurisprudencial con base en

Abstract

The perception that is taken of the fundamental rights holders correlatively influences or is elucidated in the subjects of special constitutional protection, that is, the genesis of this article, it derives the need to expand the category of who are subjects of rights in the Colombian constitutional framework. This is based on the legislation, doctrine and jurisprudential development of the high courts with the pass through of over time. Therefore, in the present article seeks to analyze and interpret the theory of fundamental rights elaborated by the author Luigi Ferrajoli in contrast to the interpretation made by the high courts in their new provisions regarding fundamental rights and their connection with the new subjects of. The foundations of the judgment of guardianship 622 of 2016 will be addressed and interpreted, since it marks a jurisprudential milestone based on the interpretation of the new subjects of law that are integrated into the Colombian legal system; irrespective of traditional anthropocentric positions where the rights holder is exclusive to the human being,

1 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], noviembre 10, 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T–622/16, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

la interpretación de los nuevos sujetos de derecho que se integran al ordenamiento jurídico colombiano; prescindiendo de posturas tradicionales antropocéntricas donde el titular de los derechos es exclusivo al ser humano, por su *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar.[2]

Palabras clave: Derechos fundamentales, derecho subjetivo, interpretación constitucional, sujetos de derecho, sujetos de especial protección constitucional, línea jurisprudencial

because of his status as a person, citizen or capable of acting.

Keywords: Fundamental rights, subjetive right, constitucional interpretation, subjects law, subjects of special constitutional protection, case-law

2 Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales, 19 (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello eds., Editorial Trotta, 2001).

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, sede Cali.
** Abogado investigador de la Universidad de Santiago de Cali.

SUMARIO: *I. Introducción. II. La teoría de los Derechos fundamentales elaborada por el autor Luigi Ferrajoli. III. La doctrina de los Derechos fundamentales de la Corte Constitucional a la luz de la teoría de los Derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. IV. Doctrina de los sujetos de especial protección constitucional comparada con la teoría de los Derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli. V. Conclusión. VI. Bibliografía.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

I. INTRODUCCIÓN

Desde el año 1991, la Corte Constitucional, como garante de la Constitución Política colombiana, ha desarrollado el concepto de sujeto de derecho, evolucionando su definición y aplicación, tomando como raíz los principios, valores y consignas dogmáticas de la misma Carta Política, de tal manera, que se concibe a la persona como el "sujeto, la razón y el fin último del poder político y de todo el ordenamiento constitucional".[3]

Por tal razón, se defiende la vida de la persona a partir de una concepción no solamente materialista, sino también la necesidad de la existencia de una calidad de vida, a partir de la materialización de ciertas condiciones sociales, económicas, culturales, ambientales y espirituales que le permitan a cada ciudadano seguir su propio destino.

A través de los años, se le ha reconocido como sujeto de derecho a ciertos entes naturales que deslindan directamente la concepción del hombre como único sujeto al cual le es aplicable ciertos tipos de derechos, puesto que, a partir de la protección de estos, se protegerían las garantías inherentes al concepto de la dignidad humana. Esto, debido a la inclusión del concepto de "constitución verde" que protege el ecosistema medioambiental, a partir de una concepción ecocéntrica, que permite que la propia naturaleza, más allá de tratarse de un ambiente relacionado con los seres humanos, sea reconocida, con cada uno de sus componentes, como un verdadero sujeto de derechos.

Esto, sin embargo, ha generado debates y discusiones en torno a la adecuación de la definición, su posible confusión con otros conceptos (como sujeto de especial protección), y las categorías dogmáticas de los derechos fundamentales, sus titulares, aplicabilidad y garantías en un estado social de derecho; lo que ha provocado un vuelto en diferentes teorías formalistas, materialistas, estructurales, etc; que buscan explicar o refutar de una manera lógica los pronunciamientos de las altas cortes, sin transgredir ni perder de lado el fundamento de nuestro ordenamiento jurídico interno, a la luz de nuestra constitución.

3 Corte Constitucional [C.C.] *op. cit.*, nota 1.

Una de las grandes teorías del constitucionalismo, que permite una aproximación al tema y una comprensión de manera sistemática en contraposición con el ordenamiento jurídico interno colombiano, es la teoría garantista de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, la cual se sitúa como una teoría meramente formal, la cual otorga unos "contenedores" que cada legislación o nación llena a través de su propio desarrollo, cuyos límites y bases son los derechos fundamentales y su aplicación a los sujetos de derecho. Lo cual permitirá, a partir de esta teoría, lograr entender cuáles son los límites, aplicación, titularidad y su conexión con la libertad, la dignidad y las garantías de los derechos fundamentales, y lo más importante, si a la luz del razonamiento ofrecido y teorizado por Ferrajoli, la evolución del concepto de sujeto de derecho realizado por nuestro órgano constitucional tiene sentido, y si lo posee, si esgrime, o no, la estructura del Estado social de derecho.

II. LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES ELABORADA POR EL AUTOR LUIGI FERRAJOLI

Luigi Ferrajoli, a partir del constitucionalismo garantista, ofrece una teoría que da origen a un nuevo paradigma constitucional; cuyo núcleo principal se basa en la rigidez de las constituciones y, se configura como un "iuspositivismo reforzado" que positiviza el deber ser jurídico con base a la producción legislativa del derecho positivo.[4] Estas teorías neo-constitucionales, se caracterizan primordialmente por su discrepancia con el positivismo jurídico metodológico, es decir, con el positivismo jurídico como aproximación al estudio del derecho, que incide en tomar como objeto de estudio el derecho que es, y no, el derecho que debe ser.[5]

Este paradigma ha encontrado varias discrepancias con autores de otras teorías constitucionales, como lo ha sido con los exponentes del paleo-iuspositivismo, cuya postura se centra en estipular, de manera amplia, que la rigidez constitucional no ha dado lugar a una innovación estructural del iuspositivismo tradicional; además de los defensores del neo-iusnaturalismo, quienes consideran "tal innovación como una negación de aquel modelo generada por la renovada conexión entre Derecho y moral ocurrida con la incorporación en las constituciones de principios ético-políticos".[6]

De acuerdo con este paradigma, la rigidez constitucional clasificará a los estados, atendiendo a la presencia o no, de la anterior premisa en sus ordenamientos. El "Estado constitucional de derecho" o también llamado "neoconstitucionalismo", se ubica en una línea en contraste con el denominado

4 Luigi Ferrajoli, *El Constitucionalismo Garantista. Entre Paleo-Iuspositivismo y Neo-Iusnaturalismo,* 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, 315 (2011). http://hdl.handle.net/10045/32778
5 Norberto Bobbio, El problema del positivismo jurídico, 9 (Fontamara, 1991).
6 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 4, p. 315.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

"Estado legislativo de derecho", al ser caracterizado este último como aquel modelo de estado dotado de constitución flexible, toda vez, que da lugar a un sistema normativo dinámico,[7] al considerar como derecho cualquier contenido; en contraposición, el neoconstitucionalismo, cuenta con una constitución rígida, la cual determina y caracteriza el modelo de Estado constitucional de derecho, debido a la positivización de una lex superior a la legislación ordinaria, con independencia de la manera en que pueda garantizarse dicha superioridad.[8]

Para Comanducci, al ser citado por Ferrajoli, este paradigma, referente a la rigidez constitucional, no enmarca un cambio relevante en la estructura normativa del derecho; toda vez que tanto el Estado constitucional de Derecho, como el viejo modelo paleo-iuspositivista del estado Legislativo de Derecho cuentan con un control de producción jurídica. Es en este punto, según Ferrajoli, donde existe la mayor confusión paleo-iuspositivista y neo-iusnaturalista respecto del cambio de paradigma, atribuible a un aspecto cualitativo y no cuantitativo; al afirmar algunos exponentes, que el carácter cuantitativo es el único cambio visible entre el Estado legislativo y el Estado constitucional de derecho. Este carácter cuantitativo hace referencia a la distinción entre validez y existencia, así como a la virtual invalidez, y su extensión hacia las leyes.[9] Por su parte, el carácter cualitativo, se refleja en el cambio estructural entre la ley y los demás actos prescriptivos, suscitando, un cambio estructural en todo el sistema jurídico, generado por el nuevo paradigma en relación con las constituciones rígidas.[10]

Luigi Ferrajoli con base en las posturas adoptadas por autores como Kelsen y Bobbio, ha considerado la teoría del Derecho como una teoría formal. Siendo este factor, una de las mayores problemáticas suscitadas entre Ferrajoli y, exponentes tanto del paleo-iuspositivismo como del mismo neoconstitucionalismo. Entendiéndose como "formal" aquella teoría que estructura conceptos y expone múltiples relaciones sintácticas, sin enfocarse en el contenido o funcionamiento específico de las normas de alguno o algunos ordenamientos jurídicos en particular. Tema que algunos doctrinantes de las aludidas corrientes objetan, al considerar necesario "volver sobre el estatuto epistemológico de la teoría y sobre las relaciones que tiene con las disciplinas jurídicas positivas de los distintos ordenamientos".[11]

Algunas teorías de Luigi Ferrajoli se han caracterizado al optar por una construcción y desarrollo con base en una teoría formal, permitiéndole,

7 Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, 203 (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2a. ed., 1982).
8 Luigi Ferrajoli, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, 19 (2011). DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02
9 Liborio L. Hierro, *Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli*, 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, 155 (2011). DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.10
10 *Íbidem*, p. 21.
11 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 4, p. 323.

estructurarlas como teorías formalizadas o axiomatizadas del derecho, las cuales, como se relacionó anteriormente, no deben remitirse a contenidos normativos específicos, como tampoco a la valoración de criterios, considerándolos como justos o injustos en ordenamientos jurídicos concretos. Por su parte, la construcción de una teoría formal se realiza a través de la elaboración de conceptos y estructuras sintácticas de los sistemas normativos en general, buscando que las nociones y teorías elaboradas puedan ser atribuibles o aplicables a cualquier ordenamiento jurídico o modelo de estado.[12]

Probablemente esta sea una de las mayores incomprensiones de algunas teorías de Luigi Ferrajoli, toda vez, que han sido elaboradas a través de una teoría formal adoptando conceptos como "constitución", "derechos fundamentales", "derechos subjetivos", los cuales según la tradición jurídica no deben ser tratados por la teoría del Derecho, sino, por la filosofía política. Tal es el caso, de Kelsen y Bobbio al haber tratado los conceptos de derecho fundamental o de constitución desde una postura que oscila más en el plano de la filosofía política que en la teoría del Derecho.[13] Un ejemplo de este tipo de teorías formales, y que para el caso en particular compete analizar, es la teoría de los derechos fundamentales abordada por Luigi Ferrajoli cuya reflexión suscita directamente en distinguir los derechos fundamentales como "todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar".[14] Conforme con esta teoría, se entenderán como derechos fundamentales *todos* los derechos subjetivos que las normas de un ordenamiento jurídico atribuyan universalmente a todos.

Una interpretación de lo mencionado alude a la conceptualización de derechos fundamentales a partir de dos factores, a saber, los derechos subjetivos por una parte y por otra, el *status* que posee el individuo contenidos en una norma jurídica positiva, aduciendo al principio de legalidad. Asimismo, cataloga el primer factor desde una definición positiva de cumplimiento y garantía de los derechos a cargo del Estado, en correlación a una definición negativa de no sufrir lesiones, transgresiones o incumplimiento de los derechos ya consagrados en una norma jurídica; además, el *status* de la persona está integrado en otra norma positiva superior, al consignar la titularidad de los derechos al individuo por su condición de ser persona, ciudadano y/o capaz de obrar.[15]

En el marco de lo anterior, "universal" será entendido en el sentido lógico y avalorativo de la cuantificación universal de la clase de sujetos que sean titulares de los derechos fundamentales. Estos últimos, son catalogados por parte de

12 *Ídem.*
13 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 4, p. 324.
14 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 2, p. 19.
15 *Ídem.*

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Luigi Ferrajoli como "normas téticas", al obedecer al carácter de reglas generales y abstractas, en contraposición con las "normas hipotéticas" que predisponen situaciones jurídicas como efecto de una hipótesis, las cuales, generalmente se ven relacionadas en los códigos civiles. Además, los derechos fundamentales obedecen al carácter de indisponibilidad e inalienabilidad, toda vez que son aplicables de la misma forma e igual medida a todos sus titulares. Con base en dichos rasgos estructurales y gracias a esta teoría puramente formal, se podría establecer que, para tutelar un derecho como fundamental, es necesario sustraerlo, por una parte, del intercambio mercantil, estableciéndolo como regla general y; por otra parte, de la arbitrariedad política de la actividad legislativa, al consagrar tal regla en una norma constitucional con supremacía para el mismo legislador.[16]

Ahora bien, ¿esta teoría de los derechos fundamentales es realmente una definición formal, y de serlo, es teóricamente útil?, son críticas formuladas por autores como Mario Jori, Ermanno Vitale y Danilo Zolo al momento de interpretar a Luigi Ferrajoli, quien alude que, una definición formal de los derechos fundamentales no debe decir, cuales son, ni cuales deben ser los derechos fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico, toda vez que una definición formal se debe limitar a la estructura de los derechos estipulados como fundamentales. Ferrajoli permite reconocer teóricamente a partir de este postulado, cualquier derecho fundamental en diversos ordenamientos independientemente de su ideología, en otras palabras, siendo aplicable su teoría a cualquier modelo de estado.[17]

A partir de esta teoría, Ferrajoli ha constituido cuatro tesis subsecuentes que forman parte del núcleo de los postulados de los derechos fundamentales, a la luz de una propuesta teórica de carácter formal. Estas tesis buscan definir, pero no limitándose a ello, varios aspectos que orbitan alrededor del concepto base, los cuales, se acoplan entre sí para subsistir al debate.

La primera teoría, hace referencia a la separación entre los derechos y las garantías de esos derechos, dando como base que la inexistencia de las segundas no impide la existencia de los primeros. Dicho postulado centra su punto de partida en afirmar que, aunque a los derechos fundamentales les corresponde garantías primarias (obligaciones y prohibiciones) y garantías secundarias (obligación de sancionar o reparar las violaciones de las garantías primarias), de no existir éstas, aún se podría seguir hablando de derechos verdaderos. Esta última postura ha sido contraria a la mayoría de los exponentes positivistas, quienes niegan la existencia de derecho alguno cuando ha sido desprovisto de garantías primarias, es decir, no le corresponda ni una obligación, ni una prohibición.[18]

16 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p.142.
17 *Íbidem*, p. 146.
18 Riccardo Guastini, Tres problemas para Luigi Ferrajoli, 58 (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello eds., Editorial Trotta, 2001).

Para Ferrajoli, seguir esta interpretación significa descalificar "en el plano jurídico las dos más importantes conquistas del constitucionalismo [...] es decir, la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales",[19] por lo cual, para él, las carencias de estas garantías se toman como lagunas jurídicas que los órganos legislativos tienen la obligación de enmendar con una satisfacción, que posee un carácter gradual y no en términos de todo o nada.

La segunda teoría subyace entre la diferenciación estructural de los derechos fundamentales, y los derechos patrimoniales, atendiendo a sus características generales. A saber, los derechos fundamentales poseen una estructura que los dota de ser universales e indisponibles; en contraposición a los derechos patrimoniales que se revisten de ser singulares y disponibles. Esta concepción base, parte de que los derechos patrimoniales establecen "relaciones de dominio y sujeción, es decir, de poder y exclusión entre sujetos jurídicamente desiguales",[20] atendiendo a que las relaciones de estos se componen por ser de carácter civilista, y por tanto haciendo parte de la base de la desigualdad jurídica. Por su parte, el deber de la universalidad e indisponibilidad que recae en los derechos fundamentales, se centran en que, son la forma por medio de las cuales se tutelan las necesidades o intereses fundamentales, que son adscritas a todos por el *status* de personas, ciudadanos y capaces de obrar. Para Ferrajoli, mientras que los derechos patrimoniales y las demás situaciones singulares sientan la base de la desigualdad jurídica; los derechos fundamentales forman parte de la igualdad jurídica.[21]

En el marco de lo anterior, otro de los postulados de Luigi Ferrajoli hace referencia a la sobrante necesidad de coincidencia entre los derechos fundamentales y derechos de ciudadanía, toda vez que como se mencionó, los primeros son el fundamento de la igualdad jurídica, siendo esta última interrumpida por un límite superable: la ciudadanía. La universalidad de los derechos fundamentales para Ferrajoli ha sido negada y condicionada al catálogo de ciudadanía, sin entrever el hecho de que todos los derechos, a excepción de los políticos y sociales han sido atribuidos en mayor medida a todas las personas y no solo a los ciudadanos. En esas condiciones, para Ferrajoli la ciudadanía (en cuanto a la diferenciación entre extranjeros y no extranjeros), puede prestarse a ser un límite de la democracia fundada en la expansión de los derechos en el mundo, resultando finalmente en una "grave pérdida de cualidad de los derechos fundamentales y de nuestro modelo de democracia, cuya credibilidad está plenamente ligada a su proclamado universalismo".[22]

19 Luigi Ferrajoli, *Pasado y futuro del estado de derecho*, 17 Revista internacional de filosofía política, 45 (2001). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=173408
20 Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías (Editorial Trotta, 2004).
21 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 30.
22 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 19, p. 42.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

La identificación de los derechos fundamentales con la dimensión sustancial de la democracia compone la última teoría. Para esta, Ferrajoli teorizó la esfera de lo no decidible, concepto que arroja la necesidad de la existencia de una constitución rígida, en la que los derechos fundamentales son considerados como derechos contra la mayoría. Además, dicha constitución comporta en su contenido los vínculos y límites normativos para todos los poderes tanto públicos, como privados, así como también al poder legislativo. En otras palabras, la democracia sustancial configura los límites de la democracia formal o política. Para Ferrajoli, la esfera de lo indecidible compone la garantía de los derechos fundamentales, al ser sustraídos de la política, es decir, de la decisión de las mayorías; y del mercado, al ser un derecho inalienable, indisponible e inviolable, contemplando de esta manera la esfera de "lo indecidible que" y de "lo indecidible que no".[23]

Sin embargo, estos no son los únicos vínculos sustanciales a la democracia política. Subsecuentemente se encuentran los vínculos negativos, contemplados por los derechos de libertad, esto es, aquellos que ninguna mayoría puede violar; así como también se constatan los vínculos positivos, originados por los derechos sociales, aquellos que ninguna mayoría puede dejar de satisfacer. No obstante, para Ferrajoli,

Una concepción sustancial de la democracia, garante de los derechos fundamentales de los ciudadanos y no simplemente de la omnipotencia de la mayoría, requiere que se admita la posibilidad de antinomias y de lagunas generadas por la introducción de límites y vínculos sustanciales – ya sean negativos, como los derechos de libertad, o positivos, como los derechos sociales – como condicionantes de validez de las decisiones de la mayoría.[24]

Es de acuerdo con esta discrepancia entre lo que se entiende por la normatividad y efectividad, entre el ser y deber ser del derecho, lo que da paso a la concepción y estructura del Estado constitucional de derecho como nuevo paradigma constitucional, así como de la dimensión sustancial de la democracia. Siendo deber del legislador resolver las respectivas lagunas y antinomias jurídicas producidas por la naturaleza del tipo de estado de derecho, por medio de la consagración de las debidas garantías primarias.[25]

De acuerdo con las bases de la teoría de Luigi Ferrajoli, en primer lugar, el Estado constitucional de derecho deberá cumplir con la globalización, abandonando su típica connotación territorial, de tal manera que pueda enfrentar los problemas de desterritorialización de la actualidad. En segundo lugar, esta teoría pretende que el Estado constitucional garantice por medio de distintos mecanismos los

23 *Íbidem*, p. 36.
24 Luigi Ferrajoli, Derechos y garantías, 24 (Editorial Trotta, 2004).
25 *Íbidem*, p. 43.

derechos sociales, toda vez, que se busca realizar un sistema de garantías que da paso al denominado constitucionalismo de la igualdad. Finalmente, se extiende el paradigma constitucional a los derechos fundamentales, de manera que sea garantizada su efectividad, tanto en la relación del Estado con sus particulares, como en la relación de estos últimos entre sí. Es así como para autores como Miguel Carbonell, la teoría de Ferrajoli se ha tornado como la "más interesante y atractiva del actual escenario filosófico europeo".[26]

III. LA DOCTRINA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LUIGI FERRAJOLI

Como consecuencia directa de la supremacía de una constitución rígida, la teoría neoconstitucionalista aportada por Luigi Ferrajoli, tiene una necesidad adicional para la construcción y conceptualización de un Estado de Derecho Constitucional, esto es, la estipulación de un órgano constitucional superior encargado de velar por la protección y cumplimiento de la normatividad constitucional, y, por ende, de la constitución misma.[27] En el ordenamiento jurídico colombiano este órgano ha sido formalizado e institucionalizado a partir de la Constitución Política de 1991 que dio origen a la Corte Constitucional.

En el marco de lo anterior, los Tribunales Constitucionales además de salvaguardar la supremacía constitucional, son, por su parte un pilar esencial, así como también, garantía para la democracia. La existencia de esta corte, encargada de la función jurisdiccional exclusiva de la constitución en un Estado de Derecho Constitucional, compone el régimen democrático de dicho estado, toda vez que al delegarse como un órgano jurisdiccional independiente, con base en la separación de poderes y garante de la protección de los derechos fundamentales,[28] da paso al cumplimiento de lo que Ferrajoli ha llamado dimensión sustancial de la democracia, ajena a las decisiones fundadas en la mayoría o en la dimensión formal de la democracia.

La inmersión e institucionalización de la Corte Constitucional en Colombia, así como la toma de decisiones de dicho órgano para solventar las problemáticas suscitadas a lo largo de los últimos años, han ido dando paso a distintos pronunciamientos respecto de los derechos fundamentales en el orden jurídico interno. Es por ello menester realizar un paralelismo entre la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli con las distintas providencias de

26 Miguel Carbonell Sanchez, La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli, 301 (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2005).
27 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 19. p. 36.
28 René Baldivieso Guzmán, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 5 Revista Boliviana de Derecho, 3 (2008). https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539905001

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

la Corte Constitucional referente al concepto que se ha ido adoptando de los derechos fundamentales. Construyendo de esta forma una línea jurisprudencial del avance de dicho concepto, así como los puntos de apoyo señalados por la Corte Constitucional en la teoría formal de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli.

En principio la Corte Constitucional ha otorgado la calidad de fundamental hacia aquellos derechos que reúnen ciertos criterios esenciales para considerarlo como tal, a saber, debe existir una conexión directa entre ese derecho y los principios constitucionales, en una segunda medida, se hace referencia al criterio de eficacia directa, y finalmente, el derecho debe estipular un contenido esencial.[29] Bajo esta visión, el Tribunal Constitucional del ordenamiento jurídico colombiano entiende los derechos fundamentales como un pilar esencial del Estado social de derecho, toda vez que estos se presentan como un limitante del aparato organizativo del Estado, quien a su vez sólo tiene sentido alguno en la medida en que esté orientado a la realización de estos derechos.

La pretendida exigencia de la conexión directa con los principios constitucionales, alude a la correlación que debe existir entre todas las normas estipuladas y aquellos principios, puesto que estos últimos constituyen la base axiológica-jurídica del ordenamiento jurídico, es decir, debe existir plena armonía entre el actuar del órgano legislativo y los principios constitucionales debidamente estipulados. En suma, todo derecho fundamental debe ser emanado de la base directa de un principio de rango superior.[30]

Respecto de la eficacia directa, plantea la Corte Constitucional que los textos constitucionales en los cuales se contemple un derecho fundamental deben ser completos, además, su contenido no puede ser objeto de diferentes interpretaciones al tener inmersa la garantía y la necesidad tutelada expresamente. En otras palabras, para la aplicabilidad de dicha norma constitucional, ésta debe valerse por sí misma sin que sea objeto de intermediación normativa.[31]

Los derechos fundamentales para la Corte Constitucional están vinculados al orden de valores estipulados en la Constitución; además, al tratarse de principios constitucionales están sometidos a la ponderación, lo que no le resta sustancialidad al núcleo esencial de los derechos fundamentales.[32] Esta posición adoptada por el Tribunal Constitucional se adecúa a lo que Ferrajoli ha denominado constitucionalismo principalista, según el cual, los derechos fundamentales son valores o principios, estructuralmente diversos de las reglas, toda vez que están

29 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], junio 5, 1992, M.P. Ciro Angarita Barón. Sentencia T–406/92, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
30 *Ídem.*
31 *Ídem.*
32 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], junio 24, 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, Sentencia T–426/92, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

dotados de una normatividad más débil, sujetos no a la subsunción, sino a la ponderación legislativa y judicial.[33]

Para Ferrajoli, el constitucionalismo principalista se encuentra en contraposición con su planteamiento de constitucionalismo garantista, al estar el primero orientado en una posición iusnaturalista, mientras que el segundo es puramente iuspositivista. Además de ello, el constitucionalismo garantista centra la idea de que los derechos fundamentales implican la existencia o imposición de reglas que garantizan su respeto, entendiéndose estas reglas como las mismas garantías de los derechos. Asimismo, "se sigue la sujeción (incluso) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, sino también sustanciales (relativas a los contenidos de las normas producidas), cuya violación genera «antinomias por comisión» o «lagunas por omisión»".[34]

Los pronunciamientos emitidos por la Corte Constitucional continuaron en este sentido hasta el año 2003, al abordarse el concepto de derechos fundamentales de la siguiente manera:

> Los derechos fundamentales [...] se tratan de derechos subjetivos de aplicación inmediata y la esencialidad e inalienalibilidad del derecho para la persona. Entre estos dos extremos se han presentado varias posturas teóricas. De la línea dogmática de la Corte Constitucional no es posible establecer un concepto claro y preciso de derecho fundamental. Ello no quiere decir que esta línea deba ser abandonada, sino que exige su sistematización, pues la Constitución no define qué se entiende como derechos fundamentales y, por otro lado, autoriza reconocer como tales, derechos no positivizados.[35]

Es posible inferir que la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional para el año 2003, ha conceptualizado los derechos fundamentales a partir de dos enfoques contrarios, el primero, entiende los derechos fundamentales como derechos subjetivos, compartiendo la postura central del concepto de derechos fundamentales elaborado por Ferrajoli "entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones)";[36] y el segundo enfoque, centrado en la postura iusnaturalista respecto de la inherencia e inalienabilidad de los derechos fundamentales de la persona, conceptualización que aborda los derechos fundamentales como "aquellos de

33 Giorgio Pino, *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: Sobre el neo-constitucionalismo y sus críticos,* 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, 210 (2011). DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13

34 *Ídem.*

35 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 17, 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett, Sentencia T–227/03, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

36 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 19.

los que es titular el hombre no por graciosa concesión de las normas positivas, sino con anterioridad e independientemente de ellas, y por el mero hecho de ser hombre, de participar de la naturaleza humana".[37]

El enfoque jurídico otorgado al concepto de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional, marca un hito con la sentencia T 227 de 2003, al constatar a partir de tal pronunciamiento la relación entre derechos fundamentales y la dignidad humana. De esta manera, se considera un derecho como fundamental, cuando su trasfondo se encuentre en la protección del mencionado principio constitucional y a su vez, "sea traducible en un derecho subjetivo".[38] Asimismo, el Tribunal Constitucional considera como derechos subjetivos aquellos en los cuales:

> (i) debe existir una norma jurídica que reconozca el derecho o del que se pueda interpretar, (ii) el concepto de derecho involucra una obligación jurídica, (iii) así como un poder del titular del derecho para exigir el cumplimiento de dicha obligación del obligado.[39]

Este concepto de la Corte Constitucional esclarece taxativamente la postura asumida por el autor Luigi Ferrajoli, al adecuarse a la definición de derecho subjetivo como una obligación o prestación (tanto positiva como negativa) a cargo del Estado, donde se le debe reconocer al titular del derecho garantías primarias y secundarias, además de contener inmersa la situación de exigibilidad del derecho otorgado.[40] En el marco de lo anterior, los derechos fundamentales deben gozar de mecanismos de protección y garantía, no obstante, según lo planteado por la Corte Constitucional, "el que un derecho no goce de tales mecanismos no significa que no sea fundamental, sino que su consagración normativa es defectuosa o incompleta",[41] lo que en palabras de Ferrajoli se entiende como una laguna jurídica que el legislador tiene la obligación de colmar, sin que la falta de garantía suponga la inexistencia del derecho fundamental o que por su parte, este sea considerado como un simple derecho en papel.[42]

En síntesis, se adecua en ciertos elementos, la concepción de la Corte Constitucional con la teoría formal de los derechos fundamentales de Ferrajoli, al ser posturas que le atribuyen al significado de los derechos fundamentales la categorización de derechos subjetivos y, al aludir al Estado la obligación

37 Antonio Fernández Galiano, Derecho natural: introducción filosófica al derecho, 229 (Centro de estudios Ramon Areces S.A., 1983).
38 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 35.
39 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], mayo 12, 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Sentencia C–372/11, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
40 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 142.
41 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 39
42 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 50.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

prestacional de los derechos fundamentales. Otro punto de encuentro se funda en la atribución de inalienabilidad y esencialidad de los derechos fundamentales a la persona. Así mismo, se traduce el principio de la dignidad humana como eje central del concepto de los derechos fundamentales por parte de la Corte Constitucional, otorgados a la persona física o a la personalidad atribuible al individuo.[43]

Es menester señalar que, a partir del año 2003 hasta la actualidad, esta ha sido la postura central de la Corte Constitucional referente al concepto de derechos fundamentales. No obstante, aunque en principio los derechos fundamentales eran otorgados a la persona como individuo, en los últimos pronunciamientos se ha ido variando su titularidad, al ser otorgados a las colectividades. Al respecto la Corte Constitucional ha señalado que:

> El ordenamiento jurídico ha reconocido la existencia de intereses individuales y de carácter colectivo o difuso, en los primeros la titularidad se predica del individuo afectado, mientras que la segunda es una titularidad difusa; los dos tienen diferentes mecanismos para su protección, de naturaleza constitucional. Entonces como el eje de amparo es la protección de los derechos de la persona, fundamento y base del ordenamiento político; se intenta superar las limitaciones de un modelo liberal clásico de individualidad y con base en el principio de solidaridad, se diseñan una serie de garantías para el resguardo de las colectividades. Así las cosas, de intereses difusos se arroja la titularidad de derechos indivisibles o supraindividuales.[44]

Conforme en lo anterior, en el ordenamiento jurídico interno colombiano se ha reconocido la preexistencia de intereses individuales e intereses colectivos, donde el carácter de los primeros se relaciona con el individuo afectado, contrario sensu, la titularidad de los segundos se determina como difusa, esto debido a la distinción en sus mecanismos de protección de índole constitucional. Adicional a ello, es el amparo o protección de los derechos que le son propios a la persona el fundamento y cimiento del ordenamiento jurídico, con base en lo cual se manifiestan una serie de garantías que buscan la protección de distintos individuos y colectividades, dando lugar a que se derive de los intereses difusos una titularidad conocida como derechos indivisibles o supraindividuales.[45]

En suma, el recorrido jurisprudencial elaborado con base en las sentencias de la Corte Constitucional ha esclarecido cómo la postura adoptada por este

43 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 35.
44 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], febrero 25, 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, Sentencia T–095/16, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
45 *Ídem*.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

Tribunal superior, se adecúa en su mayoría a la teoría formal de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, al considerarse como fundamental aquellos derechos subjetivos, que constituyen una garantía constitucional cuya inexistencia solo demuestra una falla o laguna legislativa en el ordenamiento.[46] Además, las actuales providencias que reconocen la existencia de intereses colectivos, y, por ende, otorgan la titularidad de derechos fundamentales a estos grupos es consistente con la teoría de Ferrajoli. Su postulado reconoce que se les puede otorgar estos derechos a sujetos que no son personas, como en el caso de las comunidades, las minorías, e inclusive los animales y la naturaleza; ello sin incidir en los conceptos teóricos de lo que se entiende por persona, ciudadano y capaz de obrar, toda vez que cada ordenamiento puede asumir estos *status* desde distintos enfoques, sin que esto implique la inaplicabilidad o desconocimiento estructural de la teoría de Ferrajoli a cada supuesto fáctico.[47]

IV. DOCTRINA DE LOS SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL COMPARADA CON LA TEORÍA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LUIGI FERRAJOLI

El ordenamiento jurídico colombiano se consagró en la carta política de 1991 como un Estado social de derecho, cuyo fundamento jurídico y social, es garantizar la efectiva protección de los derechos fundamentales a todos los sectores de la población colombiana.[48] En cumplimiento de dicha estructura de Estado, se establecieron garantías para velar por la efectiva prestación y observancia de los derechos fundamentales; lo que en palabras de Luigi Ferrajoli conviene denominar garantías primarias, puesto que se basa en la obligación prestacional y prohibición de lesionar a cargo del Estado respecto de cada uno de los derechos fundamentales.[49]

Uno de los principios constitucionales que se han considerado como fuente de riesgo y desprotección ha sido el derecho fundamental a la igualdad. Luigi Ferrajoli concibe los conceptos de la igualdad formal y real con el objetivo de destacar las garantías constitucionales en la protección de los derechos fundamentales, sosteniendo "que la igualdad formal protegería el derecho a la diferencia, es decir, a ser uno mismo y a seguir siendo personas diferentes";[50] y por su parte, la igualdad real, protegería los "derechos a la compensación de las desigualdades y, por ello, a llegar a ser personas iguales a las demás en

46 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 39.
47 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 19.
48 Luis Villar Borda, *Estado de derecho y Estado social de derecho*, 20 Revista Derecho del Estado, (2007).
49 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 161.
50 Luigi Ferrajoli, Una discusión sobre derecho y democracia, 47 (Editorial Trotta, 2010).

las condiciones mínimas de vida y supervivencia".[51] El ordenamiento interno colombiano bajo el imperativo de la igualdad y de la supremacía constitucional, busca proteger y salvaguardar la equidad y justicia de toda su población y en especial de aquellos grupos que se encuentran en una situación de indefensión, discriminación o marginación.[52]

Partiendo de la concepción formal de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, se entiende que la aplicabilidad de los principios de supremacía constitucional, así como el de la igualdad de los derechos fundamentales de las personas, dependerá del nivel de democratización que se encuentre determinado en el ordenamiento jurídico; pues es a este a quién le compete la reducción de las diferencias que puedan existir entre las diversas clases de sujetos, sobre los que recaen los derechos fundamentales.[53]

Es decir, para Luigi Ferrajoli, los parámetros que definen la igualdad y la desigualdad en los ordenamientos jurídicos se derivan de los tipos de derechos que son atribuibles a los sujetos según la personalidad, la ciudadanía y la capacidad de obrar, que a lo largo de los años han sido objeto de discriminaciones, exclusiones y limitaciones.[54] Es por lo que, aún en la actualidad, no se ha logrado la extensión de los derechos fundamentales a todos los seres humanos, siendo esto uno de los principales factores a combatir en los actuales estados garantistas.

En la nueva realidad jurídica constitucional es necesario determinar la importancia de los derechos fundamentales y de sus respectivas garantías, toda vez que estos dan lugar a la interpretación e incorporación de acciones afirmativas, con base en principios constitucionales como el de la dignidad humana, la igualdad, equidad e inclusión.[55] En tal sentido, las acciones afirmativas se entienden como aquellas medidas, bien sea políticas o decisiones públicas por medio de las cuales se busca la protección de la igualdad a través de "un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, que favorece a determinadas personas o grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial de todo el conglomerado social".[56]

En la segunda mitad del siglo XX, la acción afirmativa surge en el sistema jurídico de los Estados Unidos con el propósito de solventar la discriminación

51 *Ídem.*
52 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], noviembre 4, 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva, Sentencia C–795/09, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
53 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 2, p. 147.
54 *Íbidem*, p. 311.
55 Víctor Granados Boza, *El principio constitucional de justicia e igualdad real y la acción afirmativa*, 39 Cuestiones Constitucionales, 185 (2018).
56 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], abril 12, 2010, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, Sentencia C–293/10, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

de la población afroamericana, comprendiendo medidas de carácter legislativo, ejecutivo y judicial. En Europa, este mecanismo tuvo su desarrollo a partir de la discriminación que sufrían las mujeres en el ámbito laboral y político, extendiéndose a distintos países hasta ser acogido en Latinoamérica en la década de los setenta y ganando especial relevancia en el ámbito interno colombiano a partir de la entrada en vigor de la Constitución Política de 1991.[57]

A partir de las acciones afirmativas se busca atender al principio de igualdad por medio de mecanismos de control legislativo, judicial y administrativo en pro de salvaguardar los derechos fundamentales para todas las personas, así como también de ofrecer un tratamiento diferencial a aquellas que por su condición económica o social se encuentran en una situación de indefensión o vulnerabilidad. Miguel Carbonell desarrolla el concepto de "juicios de relevancia", señalando que el derecho a la igualdad indica que, de existir diferencias irrelevantes entre dos personas, el Estado deberá darles un tratamiento igual; pero, de existir diferencias relevantes entre esas personas, el tratamiento que el ordenamiento jurídico les otorgue deberá ser distinto.[58]

En el marco de lo anterior, con el fin de proteger los sectores de la población más vulnerables cuyos derechos fundamentales son más propensos a ser desprotegidos, a través del bloque de constitucionalidad se acogió en el orden jurídico interno la figura de sujetos de especial protección constitucional. La Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de la mencionada figura de la siguiente manera:

> La categoría de sujetos de especial protección constitucional surge como emanación directa de la cláusula de Estado social de derecho consagrada por nuestra Carta Política en su artículo 1°, de la inclusión de la igualdad como principio rector de nuestro sistema jurídico y particularmente del mandato contenido en el inciso segundo del artículo 13 superior.[59]

Se trata entonces de la protección y salvaguarda de los fines esenciales de un Estado social de derecho, en la medida en que, se protege a ciertos sectores de la población que se encuentran en condiciones especiales o en una situación de debilidad, desigualdad o discriminación frente al resto de la población, es por ello que, la legislación y las decisiones judiciales van encaminadas a reconocer estas circunstancias especiales con aras a proteger los derechos fundamentales de una manera particular a la condición especial que se presente, otorgando garantías

57 *Ídem.*
58 Miguel Carbonell Sánchez, Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, 189 (Cevallos Editora Jurídica, 2010).
59 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 10, 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, Sentencia T–253/08, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

y mecanismos de protección bajo la figura de sujetos de especial protección constitucional.[60]

Conforme en lo anterior, una fundamentación otorgada por la Corte Constitucional referente a los sujetos de especial protección constitucional se presentó en providencia del 2011, por cuanto, establece que la conceptualización de dichos sujetos "se constituye por aquellas personas que debido a su condición física, psicológica o social particular merecen una acción positiva estatal para efectos de lograr una igualdad real y efectiva".[61]

En los primeros pronunciamientos efectuados por la Corte Constitucional, la prerrogativa del titular de derechos fundamentales era otorgada al individuo en particular, lo que, en palabras de Luigi Ferrajoli, y como se ha referenciado, alude a la persona, al ciudadano o, al capaz de obrar.[62] Es, por tanto, que la categoría de sujetos de especial protección en principio protege a los seres humanos y tiende a ser cerrada en cuanto a que no se admitía otro tipo de titular de derechos fundamentales dentro de la figura aludida.

Las condiciones históricas, los factores sociales, políticos, económicos y conforme a cada una de las necesidades e intereses que han surgido en el ordenamiento jurídico interno, han llevado a instar al Estado social de derecho a proveer la garantía y protección requerida para una categoría de sujetos que no ha sido de forma taxativa, si no que han venido incluyendo cambios a lo largo de cada uno de los pronunciamientos y maneras por las cuales se han solventado cada una de las situaciones de desigualdad que se han presentado.[63] Es por ello que, esta categoría de sujetos no se debe entender como taxativa, ni absoluta; por el contrario, es abierta, ya que se adapta y evoluciona a medida que surgen necesidades en la población, además de las condiciones que puedan inferir en una situación de vulnerabilidad, indefensión o debilidad para algún sector de la sociedad. Por tanto, se debe estipular la aplicación de garantías reforzadas para proteger esas condiciones especiales.[64]

La Corte Constitucional referente a la categorización de los sujetos de especial protección constitucional, aunque ha mencionado que estos no son un cuerpo taxativo, bien ha señalado como parte de la mencionada figura a los menores de edad, madres cabeza de hogar, personas con discapacidad, adultos de la tercera

60 *Ídem.*
61 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], marzo 11, 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez, Sentencia T–167/11, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
62 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 2, p. 19.
63 Diana Rocío Bernal Camargo y Andrea Carolina Padilla Muñoz, *Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la Constitución Política colombiana de 1991*, 1 Revista Jurídicas, 61 (2018). DOI: 10.17151/jurid.2018.15.1.4.
64 Paula Robledo Silva y Gonzalo Ramírez Cleves, *La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional*, 18 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. 610 (2014). https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40838

edad, y en general, todas aquellas personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, de indefensión y de desigualdad formal y real, en contraste con el resto de la población.[65]

Con base en el precepto constitucional, artículo 13 superior, la Corte Constitucional ha fundamentado sus decisiones judiciales para ampliar el margen por medio del cual se integran o delimitan al ordenamiento jurídico interno cada uno de los sujetos de especial protección constitucional, incluyendo:

> [...] i) Líderes sindicales; ii) líderes campesinos y comunitarios; ii) líderes indígenas y afrodescendientes; iv) operadoras y operadores de justicia; v) mujeres defensoras de derechos humanos; vi) las defensoras y los defensores del derecho al medio ambiente sano; y vii) las y los defensores de las personas LGTBI.[66]

En este aspecto se evidencia como la Corte Constitucional, aunque ha variado en otorgar la categoría de sujetos de especial protección constitucional a distintos tipos de sectores de la población, o a cierto grupo de personas que se encuentren en circunstancias de vulnerabilidad, cada uno de sus pronunciamientos se adecúa a la postura adoptada por Luigi Ferrajoli en su teoría formal, toda vez que en cumplimiento de un Estado constitucional de derecho, este debe proveer garantías suficientes para velar por la protección de los derechos fundamentales,[67] es así como, a través de las garantías constitucionales surge la figura aludida a sujetos de especial protección.

En la actualidad, esta categorización se ha ampliado, tal como lo sostiene el planteamiento de los autores Willhelmi y Pisarello, al esclarecer que, sujeto hace referencia al ser humano, pero no significa que sea excluyente o exclusivo para el *status* de individuo, en tal vía "el objeto de los derechos es proteger intereses o necesidades relevantes, nada impediría que un ordenamiento reconozca "derechos" a sujetos no humanos, como los embriones, los animales, los bienes naturales y las generaciones futuras".[68] Esta postura también se aproxima al postulado de Luigi Ferrajoli, toda vez que propone que los derechos fundamentales están directamente relacionados con los niveles de pertenencia del titular de los derechos a un determinado grupo o clase de personas, bien sea, género, comunidad, minoría, etc. Es decir, dependerá de cada ordenamiento

65 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 17, 2013, M.P. Alberto Rojas Rios, Sentencia T–736/13, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
66 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], septiembre 26, 2018, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, Sentencia T–399/18, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
67 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 19, p. 45.
68 Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello Prados, *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*, UOC, 10 (2014).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

jurídico otorgar según su normatividad y orden social la categoría de *status* a aquellos sujetos que considere necesario proteger.[69]

La Corte Constitucional en sus actuales providencias ha otorgado la categoría de sujetos de especial protección constitucional a diversos tipos de sujetos, donde, desde una nueva perspectiva integradora, cataloga como sujetos de derecho a bosques, ríos, animales y en general, otro tipo de sujetos contrarios a los tradicionalmente contemplados por la doctrina. Un ejemplo de ello sucede con las decisiones judiciales adoptadas con base en los ríos Atrato, Amazonas y Cauca, que son hoy considerados como sujetos de derechos; el páramo de Pisba en Boyacá y los afluentes Cocora, Coello y Combeima, en Tolima, cuentan también con esta protección, debido a la relevancia que tienen en el desarrollo social y ambiental del ser humano.

Finalmente, en aras de velar por un Estado social de derecho y alcanzar el cumplimiento de los fines esenciales del ordenamiento jurídico colombiano, la Corte Constitucional ha extendido la titularidad de los derechos fundamentales, con base en la dignidad humana y la protección de estos derechos, a una nueva existencia de intereses conjuntos, o supraindividuales, de carácter cultural y de biodiversidad, que buscan proteger el entorno del ser humano, pues sin ello, sería imposible su realización plena o se vería en un menoscabo hacia otros derechos fundamentales de no buscarse su efectiva protección.[70] Este Tribunal Constitucional ha realizado un largo recorrido jurisprudencial en búsqueda de la efectiva aplicabilidad y garantía de los fines esenciales del Estado social de derecho, que, aunque en principio reconocieron exclusivamente como sujeto de derechos al ser humano; en la actualidad, se ha ampliado dicha aplicabilidad en búsqueda de la protección de otros seres, que de no velar por su protección, directamente afectarían el bienestar, desarrollo y los derechos fundamentales del ser humano, dando a entender en últimas, que los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional son consistentes con la teoría formal de Luigi Ferrajoli.

1. Nuevos sujetos de especial protección constitucional acorde con la sentencia t – 622 de 2016

Respecto de los sujetos de derecho y su titularidad, Colombia en su ordenamiento jurídico interno, a partir del desarrollo planteado por la Corte Constitucional, ha adoptado la postura de Luigi Ferrajoli, al inferir como sujeto titular de derechos y garantías a, aquel individuo que reúne el *status* de persona, ciudadano o capaz de obrar.[71] No obstante, en recientes pronunciamientos del tribunal constitucional, se ha tornado difuso el concepto de sujeto de derechos,

69 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 2, p. 147.
70 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 44.
71 Luigi Ferrajoli, *op. cit.*, nota 2, p. 19.

toda vez que se le ha otorgado importancia y relevancia jurídica a otros factores y entes con el propósito de proteger y velar por los intereses, necesidades, bienestar y el desarrollo personal de los seres humanos, dando cumplimiento a los fines esenciales de un Estado Social de Derecho.

La inclusión de otros tipos de sujetos de derechos tiene su rastreo inicial en la Constitución Política de 1991 y el cómo fue configurada en sus fines y postulados, puesto que de ella se han logrado extraer los fundamentos de peso para propugnar por una inclusión de estos nuevos sujetos de derecho. Lo anterior llevó a que, en el año 2016 la Corte Constitucional en búsqueda de la protección a la vida y la dignidad humana, reconociera por medio de la sentencia T - 622/16,[72] al Río Atrato como sujeto de derechos y de especial protección constitucional, marcando un hito jurisprudencial y, por tanto, generando un nuevo problema jurídico.

El análisis realizado por la Corte Constitucional en la sentencia mencionada se originó, debido a las consecuencias que produjo la explotación minera ilegal en el Río Atrato, lo que tuvo alto impacto en la salud de las personas. Esto predica, cómo los derechos fundamentales están vinculados al entorno y al ecosistema en el cual se desarrolla el individuo, dando lugar a la tutela de derechos colectivos o generales que en el trasfondo lo que buscan es proteger el bienestar humano.[73]

Para el desarrollo del ser humano, no basta solo contemplar el ámbito social, político, cultural y económico. Se debe velar por la protección de forma solidaria del medio ambiente, ya que este incide directamente en el cumplimiento de las necesidades de la persona. En la protección del medio ambiente es necesaria la inclusión de los demás seres vivos y sintientes, en virtud del sostenimiento de la biodiversidad de las especies, lo que implica adoptar una ideología político-moral de las obligaciones y deberes que tiene la persona para el desarrollo del medio ambiente, de las especies y de sí misma.[74]

El Estado constitucional colombiano consagra derechos medioambientales, derivados de la estricta aplicabilidad de la carta magna de 1991, la cual ha sido considerada como una constitución verde o ecológica.[75] Estos fundamentos, han dado paso a los nuevos sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, fundados en las decisiones judiciales adoptadas por las altas cortes, el reconocimiento de los derechos bioculturales y, por nuevas ideologías que buscan la protección de los distintos entornos en los cuales se desarrolla el ser humano.

La tesis sostenida por la Corte Constitucional en sentencia T 622 de 2016 se centra en reconocer la naturaleza como verdadero sujeto de derechos, postura

72 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 1.
73 *Ídem.*
74 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit.*, nota 44.
75 Corte Suprema de Justicia [S.C.J] [Supreme Court of Justice], abril 5, 2018, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, Sentencia STC4360/2018, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

acorde a la Constitución Ecológica, donde acoge una óptica *ecocentrica* con relevancia del medio ambiente y su protección.[76]

El constitucionalismo contemporáneo en materia de derechos fundamentales, así como los nuevos sujetos de especial protección constitucional, amerita la protección de la naturaleza, las culturas, la biodiversidad, el interés general y la dignidad humana, relacionando acápites donde se fundamenta la creación de derechos biodiversos, no por la utilidad que estos puedan llegar a generar, si no, por el hecho de ser una entidad viviente compuesta por múltiples seres sintientes, que merecen el respeto, protección y garantía de forma individualizada e íntegra, toda vez, que con su protección, se está velando por el cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona.[77] En este orden de ideas, no se puede conceder de manera inequívoca la concepción de esta nueva figura como un "antihumanismo", por el contrario, como lo ha mencionado el autor Sordi Caetano, se debe entender como un "humanismo extendido".[78]

El pilar esencial de la nueva postura adoptada por la Corte Constitucional en providencia del 2016, sustenta sus bases en la dignidad y bienestar humano, dado que, el fin principal de protección de las altas cortes es la persona, para lo cual, requiere de un medio ambiente sano, ya que, la especie humana es interdependiente directamente con los ecosistemas, no sólo para verlos como una utilidad, si no, con el propósito de velar por un ambiente sano e idóneo para las nuevas generaciones. Este reconocimiento de derechos biodiversos se sustenta en "el principio de pluralismo cultural y étnico que lo soporta, al igual que los saberes, usos y costumbres ancestrales legados por los pueblos indígenas y tribales".[79]

En suma, la decisión adoptada por la Corte Constitucional en sentencia T – 622 de 2016, se enfoca en la protección de los derechos biodiversos, otorgando categorías que sustentan la garantía para el mismo cumplimiento de los derechos fundamentales de la persona. Por tanto, el tribunal constitucional a través de una interpretación sistémica, integra los postulados de la Carta Política de 1991 en materia ecológica, ambiental y cultural, sufragando los problemas presentados por la falta de protección, cumplimiento y garantía hacia ciertos factores situacionales que impiden la efectiva armonía de la doble dimensión entre humano y naturaleza.[80]

A partir de la aplicabilidad de estas garantías, el ordenamiento jurídico colombiano busca velar por la efectiva protección de un Estado social de derecho, siendo la persona, la razón y el fin último del poder público. En pro de salvaguardar la dignidad humana, la Corte Constitucional como órgano superior encargado

76 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 1.
77 *Ídem*.
78 Sordi Caetano, *Los animales, nuevos sujetos y sus derechos*, 26 Apuntes de Investigación del CECYP, 188 (2016). https://www.apuntescecyp.com.ar/index.php/apuntes/article/view/600/467
79 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 1.
80 *Ídem*.

de velar por la protección y cumplimiento de la normatividad constitucional, y, por ende, de la constitución misma,[81] ha dictado distintos pronunciamientos tendientes a propugnar por una calidad de vida, toda vez que es "necesario que exista un marco de condiciones materiales, culturales y espirituales que permitan vivir con dignidad".[82] Este ha sido el fundamento para el reconocimiento de comunidades, minorías, ríos e incluso ecosistemas como sujetos de derecho y de especial protección constitucional.

La categorización de nuevos sujetos de derecho deslinda una amplia posibilidad jurídica de conceptualizar la titularidad de derechos, no sólo en cabeza de la persona, si no, en otros seres o entidades que no hacen parte de la especie humana, pero que son esenciales y reconocidos como merecedores de protección de sus derechos en sí mismos, por su relevancia e importancia en el ecosistema global,[83] es decir, por el hecho de servirles a la persona y hacer parte de la naturaleza, merecen el reconocimiento de derechos en cabeza propia, lo que conlleva a la obligación del ser humano a respetar y velar por el cumplimiento de esos derechos y garantías.

En el marco de lo anterior, este tipo de providencias e ideologías no son contrarias a un modelo de Estado social de derecho, toda vez que los derechos fundamentales pueden ser reconocidos a sujetos que no están catalogados como personas humanas.[84] Si bien, en los actuales pronunciamientos se evidencia como se rompe el precedente jurisprudencial para catalogar otro tipo de entes como sujetos de derechos, dependerá del legislador colombiano y en su caso, de las altas cortes, determinar a qué tipos de sujetos se les atribuyen los derechos fundamentales con base en principios constitucionales como la vida, la dignidad humana y la igualdad; sin que ello se entienda como un cambio de paradigma constitucional, sino como una ideología consecuente con la teoría de Luigi Ferrajoli, donde se tutelan los derechos fundamentales como derechos iguales, universales e indisponibles a la persona, entendiéndose esta figura como el centro de imputación de derechos, independiente de su calidad "humana".[85]

V. CONCLUSIÓN

El desarrollo jurisprudencial analizado en la presente investigación, acerca de la interpretación de las providencias emitidas por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, en relación con la teoría fundamentos de los derechos

81 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 19, p. 36.
82 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], octubre 29, 1992, M.P. Alejandro Martinez Caballero, Sentencia C–575/92, Gaceta Constitucional [G.C.] (Colom.).
83 Corte Constitucional [C.C.] [Constitutional Court], *op. cit*., nota 1.
84 Luigi Ferrajoli, *op. cit*., nota 2, p. 147.
85 *Ídem*.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

fundamentales elaborada por Luigi Ferrajoli, permite inferir el trazo que ha marcado estos cuerpos colegiados al conceptualizar los derechos fundamentales. En un principio no otorgaban un concepto claro, concreto, dado que, tendían a dar acepciones difusas. Las altas cortes integraron y adoptaron la teoría de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli al otorgar la titularidad de los derechos fundamentales exclusivamente a la persona, al ciudadano o capaz de obrar, en razón a principios constitucionales como la dignidad humana, la igualdad, concepto que fue evolucionando con el pasar del tiempo con la finalidad de adaptarse y sufragar nuevas necesidades e intereses.

Para el año 2016 con la sentencia T 622,[86] se marca un hito jurisprudencial, al ampliar la categoría de sujetos de especial protección constitucional y en consecuencia, se transforma la concepción de los derechos fundamentales y la titularidad de aquellos derechos, ya que, con el post-humanismo o humanismo extendido se da paso a integrar nuevas entidades, que por sí mismas son integradas por las altas cortes al ordenamiento jurídico interno como titulares de derechos, apartándose de la teoría de los derechos fundamentales arraigada exclusivamente de la titularidad del ser humano.

El concepto de derechos fundamentales en un Estado social de derecho con estructura antropocéntrica, en donde las altas cortes tienen una gran incidencia con respecto a los conceptos emitidos, ha variado a lo largo del tiempo, con base en los cambios históricos, políticos, económicos, sociales, ideológicos y demás en los que se ha visto inmersa la sociedad, en aras de proteger efectivamente el ser humano y velar por el cumplimiento de los fines esenciales del marco constitucional colombiano.

En este orden ideas, se contrasta la teoría de los derechos fundamentales elaborada por Luigi Ferrajoli con las posturas adoptadas por la Corte Constitucional en sus sentencias, donde en principio se entendían los derechos fundamentales como aquellos derechos subjetivos, inherentes, indisponibles e inalienables al ser humano por su status de persona, ciudadano y capaz de obrar, además de tener como pilar esencial principios supraconstitucionales, como la dignidad humana y la igualdad formal y real, concepto que se estructura y tiene su génesis en la teoría del doctrinante Luigi Ferrajoli.

A partir del año 2016 y en la actualidad, se traza un hito jurisprudencial al ampliar la categoría de sujetos de especial protección constitucional, toda vez, que la Corte Constitucional constituyó como nuevo sujeto de derechos al Río Atrato, entidad que no se entiende como persona, ni ciudadano, ni capaz de obrar, y por lo tanto, difiere en su totalidad de la postura tradicional de la misma corporación; no obstante, la Corte Constitucional ha fundado sus decisiones en el respeto y dignidad por el ser humano, buscando proteger todo aquello que se vea inmerso

86 *Ídem.*

esencialmente en el desarrollo del mismo, y por lo tanto, contempla una nueva figura denominada derechos biodiversos y bioculturales, en razón a otorgarles a aquellas entidades que son necesarias para el desarrollo y bienestar de la persona, el reconocimiento jurídico de especial protección constitucional que les permita su salvaguarda y preservación intergeneracional, como lo es en el caso, de velar por garantías de animales,[87] ríos, ecosistemas, objetos inanimados y en general todos aquellos seres, objetos o factores que sean de trascendencia y esencialidad en el desarrollo del ser humano, tanto individualmente como en sociedad.

De esta manera, la actual postura adoptada por las altas cortes ha emergido a través de una interpretación sistémica y vinculante, dejando de lado el planteamiento y foco antropocéntrico y orientándose en una visión ecocéntrica, en el que, por medio de los fines esenciales de un Estado social de derecho, busca proteger y velar por el efectivo cumplimiento y garantía de los derechos fundamentales, en razón de la dignidad humana, respeto e igualdad de todos los seres con los que se relaciona o tiene un vínculo de necesidad y desarrollo del ser humano.

Este nuevo constitucionalismo da lugar a la integración de nuevos sujetos de derecho al ordenamiento jurídico interno, difiriendo o desligando la postura tradicional de los derechos fundamentales de Luigi Ferrajoli, toda vez que, aunque en últimas busca proteger el bienestar y dignidad del ser humano, en las actuales providencias esto lo hace a través del reconocimiento y salvaguarda de nuevos sujetos de derechos, cuya titularidad y garantía depende del deber de protección del ser humano hacia ellos.

Finalmente, de acuerdo con un nuevo constitucionalismo, estas decisiones judiciales impactan no solo en las personas, si no, en la estructura fundamental del ordenamiento jurídico interno, al emitir postulados por medio de los cuales vinculan sus decisiones a un nuevo concepto de derecho fundamental, en el que se busca proteger al ser humano, a través de la protección de otros seres o entidades sobre las cuales la persona tiene una correlación fundamental o esencial y a su vez un deber constitucional de protección de los nuevos sujetos constituidos.

VI. BIBLIOGRAFÍA

Antonio Fernández Galiano, Derecho natural: introducción filosófica al derecho, (Centro de estudios Ramon Areces S.A., 1983).

Diana Rocío Bernal Camargo y Andrea Carolina Padilla Muñoz, *Los sujetos de especial protección: construcción de una categoría jurídica a partir de la Constitución Política colombiana de 1991*, 1 Revista Jurídicas, (2018). DOI: 10.17151/jurid.2018.15.1.4.

Giorgio Pino, *Principios, ponderación, y la separación entre derecho y moral: Sobre*

87 Ley 1774/16, enero 6, 2016, Diario Oficial [D.O.] (Colom.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

el neoconstitucionalismo y sus críticos, 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2011). DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.13

Hans Kelsen, Teoría pura del derecho, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2a. ed., 1982).

Liborio L. Hierro, *Sobre la odisea constitucionalista de Luigi Ferrajoli*, 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2011*).* DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.10

Luigi Ferrajoli, Los fundamentos de los derechos fundamentales (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello eds., Editorial Trotta, 2001).

___, *Pasado y futuro del estado de derecho*, 17 Revista internacional de filosofía política. 31-46 (2001). https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=173408

___, Derechos y garantías (Editorial Trotta, 2004*).*

___, Una discusión sobre derecho y democracia, (Editorial Trotta, 2010).

___, *El Constitucionalismo Garantista*. Entre Paleo-Iuspositivismo y Neo-Iusnaturalismo, 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2011). *http://hdl.handle.net/10045/32778*

___, *Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista*, 34 Cuadernos de Filosofía del Derecho, (2011). DOI: https://doi.org/10.14198/DOXA2011.34.02

Luis Villar Borda, *Estado de derecho y Estado social de derecho*, 20 Revista Derecho del Estado, (2007).

Marco Aparicio Wilhelmi y Gerardo Pisarello Prados, *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas,* UOC, (2014).

Miguel Carbonell Sánchez, La Garantía de los Derechos Sociales en la Teoría de Luigi Ferrajoli, (Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM 2005).

___, Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales, (Cevallos Editora Jurídica, 2010).

Norberto Bobbio, El problema del positivismo jurídico, (Fontamara, 1991).

Paula Robledo Silva y Gonzalo Ramírez Cleves, *La jurisprudencia constitucional colombiana en el año 2013: el control de constitucionalidad por sustitución y el amparo reforzado a los sujetos de especial protección constitucional,* 18 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional. (2014). https://recyt.fecyt.es/index.php/AIJC/article/view/40838

René Baldivieso Guzmán, *Tribunales Constitucionales y Democracia*, 5 Revista Boliviana de Derecho, (2008). https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=427539905001

Riccardo Guastini, Tres problemas para Luigi Ferrajoli (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello eds., Editorial Trotta, 2001).

Sordi Caetano, *Los animales, nuevos sujetos y sus derechos, 26* Apuntes de Investigación del CECYP, (2016). https://www.apuntescecyp.com.ar/index.php/apuntes/article/view/600/467

Víctor Granados Boza, *El principio constitucional de justicia e igualdad real y la acción afirmativa,* 39 Cuestiones Constitucionales, (2018).

INVESTIGACIÓN UDEM

LA AMPLIACIÓN DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN ELECTORAL SUSTENTADA EN JURISPRUDENCIA COMO CONSOLIDACIÓN DEL ACTIVISMO JUDICIAL DEL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN*

THE EXPANSION OF THE ORIGIN OF THE APPEAL FOR ELECTORAL RECONSIDERATION SUPPORTED BY JURISPRUDENCE AS A CONSOLIDATION OF THE JUDICIAL ACTIVISM OF THE ELECTORAL COURT OF THE JUDICIAL POWER OF THE FEDERATION

Fecha de recepción: 6 de diciembre de 2021 | Fecha de aceptación: 15 de febrero de 2022

Juan Antonio PALOMARES LEAL**

Resumen
El presente artículo tiene como objeto el examen de la jurisprudencia emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la cual, desde sede judicial, ha ampliado los supuestos de procedencia del recurso de reconsideración al margen de los previstos por la ley, rectificándolo como un recurso efectivo erigido con base en un activismo judicial.

Palabras clave: Recurso de reconsideración, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, activismo judicial

Abstract
The purpose of this article is to examine the jurisprudence issued by the High Chamber of the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary, which has expanded the basis of the appeal for reconsideration regardless of those provided by law, rectifying it as an effective remedy based on judicial activism.

Keywords: Appeal for reconsideration, High Chamber of the Electoral Tribunal of the Federal Judiciary, judicial activism

* Diversos planteamientos realizados en este trabajo forman parte de la tesis doctoral que se encuentra elaborando el autor a efecto de obtener el Grado de Doctor en Derecho por parte de la Universidad de Monterrey.

** Doctorando en Derecho de la Universidad de Monterrey. Profesor de Derecho en la Universidad Autónoma de Nuevo León.

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

RIDP

SUMARIO: *I. Introducción. II. La incorporación del Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación en 1996 y su naturaleza como máximo órgano de decisión en la materia. III. La efímera limitación al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de ejercer control constitucional. IV. La consolidación del Tribunal Electoral como órgano de control constitucional en México y la aparente restricción legal de la procedencia recurso de reconsideración en materia procesal electoral. V. El activismo judicial del máximo órgano de justicia electoral del país mediante la ampliación jurisprudencial de la procedencia del recurso de reconsideración electoral. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

A partir de decisiones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitidas a finales del siglo XIX, las controversias electorales quedaron proscritas de ser conocidas por los tribunales judiciales. Para lograrlo, a decir de autores como González Oropeza, el máximo tribunal del país se basó en una decisión de su homóloga estadounidense, la cual, bajo un concepto denominado *judicial deference,* estableció que no debía involucrarse en cuestiones electorales, ya que éstas eran finalmente resueltas por órganos políticos.[1]

Con base en lo anterior, el Alto Tribunal mexicano adoptó una postura semejante a la entonces sostenida por la Suprema Corte de Justicia norteamericana en el aspecto de que las ramas ejecutivas y legislativas tenían la tarea de resolver ciertas cuestiones constitucionales sobre las que el poder judicial debía abstenerse.[2]

De esta manera, la figura del amparo, medio de control constitucional por excelencia en México, quedó excluida de analizar casos políticos por esa vía, lo cual podemos inclusive advertir desde la incipiente interpretación de la Constitución Federal vigente, pues por virtud de criterios jurisprudenciales consistentes, se reafirmó la excepción de la procedencia del juicio de amparo para resolver conflictos de carácter político-electoral.

Dicha postura derivó de una serie de amparos promovidos a la luz de una entonces ley reglamentaria de 1919, que no excluía expresamente la figura del amparo para esa materia.

Por virtud de lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tomó cartas en el asunto y, finalmente, estableció que los derechos político-electorales

1 Manuel González Oropeza, *La protección de los derechos políticos en los Estados Unidos y México desde una perspectiva del Derecho Comparado*, 38 Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 69 (2014).

2 Mario Melgar Adalid, La Suprema Corte de Estados Unidos. Claroscuro de la justicia, 255 (Porrúa, 2012).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

no eran garantías individuales, de ahí que no fuera susceptible de tutelarlos por ese medio. Dicho discernimiento dio pie a la jurisprudencia histórica que establecía la improcedencia del juicio de amparo para dirimir conflictos político-electorales[3] y a su vez ocasionó que el legislador contemplara la improcedencia del juicio de amparo contra actos en materia electoral a través de la Ley de Amparo de 1936.

Para ese entonces, la resolución de las controversias electorales se encontraba a cargo de órganos legislativos denominados colegios electorales, los cuales ejercían la soberanía de calificar las respectivas elecciones de cada una de las Cámaras del Congreso de la Unión [senadores y diputados] en una suerte de auto calificación, mientras que en lo relativo a la Presidencia de la República, el colegio electoral inherente a la Cámara baja realizaba lo propio mediante una hetero calificación.

Es hasta ese punto que no podía hablarse siquiera de un activismo judicial en la materia electoral, pues no se contaba con un órgano de justicia que interviniera dicha rama del derecho. Sin embargo, fue a partir de 1987 que esto comenzó a cambiar por virtud de reformas constitucionales.

Primero, con el nacimiento en dicho año del Tribunal de lo Contencioso Electoral, cuya creación derivó de la reforma al artículo 60 de la Constitución Federal. No obstante, éste no se trataba de un órgano con plena jurisdicción, pues aun y cuando podía anular comicios, esa determinación se encontraba sujeta a la revisión del colegio electoral,[4] quien podía echar abajo tal decisión.

Luego, por decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 6 de abril de 1990, se instituyó el entonces denominado Tribunal Federal Electoral, el cual, si bien ya contaba con mayor autonomía por no pertenecer a alguno de los tres poderes de la unión [ejecutivo, legislativo o judicial], aun se encontraba sujeto a la revisión de sus decisiones por parte de los multicitados colegios electorales,[5] pues por mandato constitucional del entonces artículo 36 de la Carta Magna, éstos podían examinar y en su caso modificar las resoluciones; dicha determinación legislativa a su vez, era definitiva e inatacable por disposición del mencionado precepto constitucional.

De tal suerte que la última palabra en criterios de decisión inherentes a conflictos electorales se encontraba aún en manos del Poder Legislativo.

---

3 Derechos Políticos. Improcedencia, 1004384, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Apéndice de 2011, Quinta Época, t. II, Procesal Constitucional 1. Común Tercera Parte - Históricas Primera Sección-SC, 66 (H), p. 3030 (Mex.).

4 Eduardo Andrade Sánchez, La reforma política de 1996 en México, 197 (Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1997).

5 Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 5, 35 fracción III, 36 fracción I, 41, 54, 60 y 73 fracción VI, base 3a. y se derogan los artículos transitorios 17, 18 y 19, todos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 06-04-1990 (Mex.).

Revista Internacional de Derecho Público
ridp.udem.edu

No obstante, mediante la reforma constitucional de 1993, dicho criterio de auto calificación fue suprimido y, se determinó establecer al Tribunal Federal Electoral como la máxima autoridad jurisdiccional en la materia, igualmente autónoma de los tres poderes, lo que significó convertirlo en la última instancia para decidir la validez de las elecciones tanto de diputaciones como de senadurías en aquellos casos en los que se hubiera suscitado alguna controversia[6], empero, esa competencia no comprendía la evaluación de las elecciones presidenciales, pues subsistía la hetero calificación de dichos comicios por parte del colegio electoral de la Cámara de Diputados.

De igual forma, debe destacarse que el ámbito de actuación del mencionado tribunal únicamente se circunscribía a conocer de conflictos suscitados en elecciones de cargos de representación popular derivados de comicios federales, de tal suerte que contaba con un limitado margen de jurisdicción, que no abarcaba la revisión de controversias suscitadas con motivo de elecciones de autoridades estatales o municipales.

Dicha circunstancia evolucionó con la reforma constitucional de 1996, pues además de incorporar al Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación y otorgarle amplias competencias como última instancia para la resolución de los conflictos electorales [federales, estatales y municipales], le confirió una facultad constitucional, en un principio cuestionada por la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación y posteriormente aclarada por el Constituyente, que lo llevó a ser autorizado por mandato constitucional expreso a desplegar una serie de actos que en nuestro concepto constituyen activismo judicial en relación con la definitividad de las resoluciones dictadas por las Salas Regionales del máximo órgano de justicia electoral del país, las cuales, en principio, son definitivas e inatacables.

Afirmación que como se demostrará, no es del todo cierta, pues por virtud de jurisprudencia electoral emitida por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en una suerte de activismo judicial, se ha ampliado el supuesto de procedencia del recurso de reconsideración para revisar fallos de las Salas Regionales de ese tribunal que, por mandato normativo y en apariencia, son definitivos e inatacables.

Sin embargo, para lograr sortear la definitividad de las decisiones de las Salas Regionales, la citada Sala Superior transitó por diversas etapas a partir de su creación, mismas que lograron consolidar dicha potestad, pues la manera en que el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se encontraba configurado originalmente no requería de tal activismo, el cual fue necesario

6 Roberto Gutiérrez López y Alejandro Becerra Gelover, *Las reformas electorales en el período 1989-1995 y el Tribunal Federal Electoral, en* Evolución histórica de las instituciones de la Justicia Electoral en México, 289 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002).

derivado de la evolución y reconfiguración de sus competencias, como se verá a continuación.

II. LA INCORPORACIÓN DEL TRIBUNAL ELECTORAL AL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN EN 1996 Y SU NATURALEZA COMO MÁXIMO ÓRGANO DE DECISIÓN EN LA MATERIA

Luego del proceso electoral de 1994, el Poder Ejecutivo se propuso a llevar a cabo una reforma electoral que, entre otras cuestiones, incidiera de manera trascendente en la impartición de justicia inherente a la materia.

Derivado de lo anterior, surgieron ideas para establecer un sistema de control constitucional electoral, lo que puso en evidencia la necesidad de transformar al Tribunal Electoral en un órgano de control constitucional, para lo cual, era indispensable adscribirlo al Poder Judicial de la Federación.[7]

Así, a partir del 1° de diciembre de 1994 y luego de veinte meses de discusión que culminaron el 1° de agosto de 1996, fructificó finalmente el consenso en torno a la reforma constitucional en materia electoral.[8]

De esta manera, el constituyente permanente, mediante decreto de reformas y adiciones a diversos artículos de la Constitución Federal, publicado el 22 de agosto de 1996, judicializa la justicia electoral federal, adscribiéndose el Tribunal Electoral al Poder Judicial de la Federación como órgano especializado de dicho Poder y máxima autoridad jurisdiccional de la materia, la cual, de conformidad con el artículo 99, párrafo cuarto, decide en forma definitiva e inatacable los asuntos de su competencia.

Hecho lo anterior, de acuerdo con los entonces vigentes artículos 99, párrafos primero y tercero de la Constitución Federal, así como los diversos 185, 187 y 192 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, el incipiente órgano judicial electoral federal se integró orgánicamente con una Sala Superior, con residencia en la hoy Ciudad de México y, cinco Salas Regionales, cuyas sedes son las designadas como cabeceras de las circunscripciones plurinominales, a saber: Guadalajara, Monterrey, Xalapa, Ciudad de México y Toluca.

Cabe destacar que, en relación con los preceptos anteriores, en ese entonces se previó que sólo la Sala Superior tendría el carácter de permanente y que ésta se integraría por siete magistraturas, mientras que las Salas Regionales se constituían cada una con tres magistraturas, debiendo instalarse éstas últimas, a más tardar la semana en que iniciara el proceso electoral federal ordinario, para

7 Rodolfo Terrazas Salgado, *La reforma de 1996 y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en Evolución Histórica de las Instituciones de la Justicia Electoral en México*, 351 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002)

8 Pablo Javier Becerra Chávez, *La reforma electoral de 1996, en* Elecciones y partidos en México, 1996, 37 (Manuel Larrosa y Ricardo Espinoza coord., Universidad Autónoma Metropolitana, 1998).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

entrar en receso a su conclusión, existiendo la posibilidad funcionar durante la realización de elecciones extraordinarias.

A la par de dichas reformas, se emitió una ley adjetiva encargada de regular los medios de impugnación en materia electoral, que en el caso se trató de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, vigente hasta el día de hoy.

Ahora, derivado de su naturaleza transitoria, las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sólo conocían de ciertos asuntos, entre ellos, los inherentes a las elecciones de diputaciones federales y senadurías de mayoría relativa y representación proporcional pertenecientes a su circunscripción, mismos que eran resueltos a través del juicio de inconformidad, previsto esencialmente para la impugnación de irregularidades inherentes a los sufragios recibidos en los centros de votación que sustentaban los resultados finales de dichos comicios.

Para dichas controversias relacionadas con la impugnación de casillas en elecciones federales, el legislador previó una suerte de medio de impugnación biinstancial, pues en además del juicio de inconformidad, existía la posibilidad de interponer recurso de reconsideración conforme a lo previsto por el artículo 61 de la ley procesal de la materia, a efecto de controvertir sentencias de fondo dictadas por las Salas Regionales en esos sumarios.

Cabe destacar que, a la par de la doble instancia judicial que representaba el recurso de reconsideración para decidir impugnaciones de casillas en elecciones federales, éste también resultaba procedente contra las asignaciones por el principio de representación proporcional que respecto a ambas Cámaras del Congreso de la Unión [diputados y senadores] realizara el Consejo General del entonces Instituto Federal Electoral. Circunstancia la anterior que a decir de autores lo erigía como un recurso híbrido capaz de revisar actos administrativos y judiciales.[9]

Así, ante una procedencia limitada del recurso de reconsideración, ya se vislumbraba la definitividad e inatacabilidad de las decisiones emitidas por las Salas del Tribunal Electoral [Superior y Regionales], pues por mandato de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, las Salas Regionales eran competentes también para conocer y resolver en única instancia durante el proceso electoral: i. el juicio para la protección de los derechos político–electorales del ciudadano; y, ii. el recurso de apelación.

Lo anterior implicó que, desde 1996, se consolidara la decisión final de las controversias relativas a la materia electoral mediante sentencias emitidas por cualquiera de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, sin que éstas pudieran ser siquiera debatidas ante una instancia del nivel de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, hecha excepción de las relativas al fondo

9 Flavio Galván Rivera, Derecho Procesal Electoral Mexicano, 424-425 (Porrúa, 2002).

de los juicios de inconformidad relacionados con los comicios de diputaciones y senadurías por ambos principios, las cuales, como se dijo, podían ser revisadas por la Sala Superior del mencionado tribunal.

Cabe aclarar que dicha restricción no suponía que las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación se encontraran desvinculadas de atender los criterios emanados del máximo tribunal del país.

En primer término, porque la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por virtud de lo preceptuado en el artículo 99, primer párrafo y 105, fracción II, ambos de la Constitución Federal, conservaba la facultad de analizar en abstracto la normativa electoral para validar su constitucionalidad.

Además, porque conforme a un criterio del Alto Tribunal, la jurisprudencia de este último resultaba obligatoria para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación,[10] circunstancia que fue luego elevada a rango normativo conforme al hoy vigente artículo 217 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En ese sentido, al margen de la obligatoriedad de la jurisprudencia, la Constitución Federal garantizaba una independencia judicial del Tribunal Electoral en la emisión de sus sentencias dentro del propio Poder Judicial de la Federación, sin que para ese entonces, la doble instancia o el recurso efectivo supusiera un tema a debate, pues salvo los casos antes expuestos suscitados con motivo de procesos electorales federales, Sala Superior actuaba como única instancia substanciadora y resolutora de prácticamente todos los medios de impugnación en materia electoral.

De ahí que, al ser el máximo órgano impartidor de justicia en dicha materia, sus decisiones resultaban definitivas e inatacables por mandato expreso de la constitución, aunada a la inexistencia de un órgano jurisdiccional revisor o medio de impugnación alguno dirigido a examinar las sentencias que emite la Sala Superior.

Lo anterior, otorgó un amplio margen de maniobra para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el cual, por medio de su Sala Superior comenzó a realizar ejercicios de control constitucionalidad, mismos que a partir de una decisión del máximo tribunal del país fueron frenados y que más adelante fueron reivindicados por el constituyente, lo que consolidó a dicho tribunal como un órgano de control constitucional y a la postre, propició que éste ejerciera activismo judicial a través de lo que en principio, había sido legislado como un recurso restrictivo como se verá más adelante.

10 Jurisprudencia del pleno de la suprema corte de justicia de la nación. Tienen ese carácter y vinculan al tribunal electoral del poder judicial de la federación las consideraciones sustentadas en una acción de inconstitucionalidad cuando se aprueban por ocho votos o más, 160544, Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. 1, libro III, diciembre de 2011, P./J. 94/2011 (9a.), p. 12.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

III. LA EFÍMERA LIMITACIÓN AL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN DE EJERCER CONTROL CONSTITUCIONAL

Tal y como se mencionó, por virtud de la instalación temporal de las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación concebida en 1996, la Sala Superior poseía facultades de competencia aún más amplias. Una de ellas, era el exclusivo conocimiento y resolución del juicio de revisión constitucional electoral, el cual había sido concebido con el objeto de impugnar actos o resoluciones de las autoridades electorales competentes de las entidades federativas para organizar y calificar los comicios locales o resolver las controversias surgidas durante los mismos, a efecto de garantizar la vigencia del principio de legalidad y constitucionalidad en la materia.[11]

De acuerdo con el entonces vigente artículo 87 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, la competencia para resolver dichos medios de impugnación sólo recaía en la Sala Superior como única instancia, quien conocía de actos y resoluciones relacionadas con elecciones de Gubernaturas, Jefatura de Gobierno, legislaturas locales, autoridades municipales y titulares de los órganos político–administrativos del entonces Distrito Federal.[12]

De esta manera, la revisión de actos y resoluciones inherentes a comicios locales se concentraba en la Sala Superior, como único y último órgano de decisión, siendo uno de los requisitos de procedencia de tal medio de impugnación extraordinario, que en éste se alegara la vulneración de algún precepto de la Constitución Federal.

Esto último, en principio, daba a entender que las resoluciones en esos juicios constituían una revisión con posibilidad de ejercicio de control constitucional, circunstancia que así fue interpretada por la Sala Superior Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en la emisión de dichas decisiones, empero, no existía precepto constitucional o normativo expreso alguno que así lo estableciera.

Así, a partir de un asunto resuelto en 1998 [SUP-JRC-033/98], la Sala Superior mantuvo el criterio consistente de que, atendiendo a la facultad exclusiva de resolver en última instancia los conflictos en materia electoral, contaba también con la potestad de determinar la inaplicación de preceptos normativos por considerarlos contrarios a Constitución Federal.

Dicha postura dio pie a la histórica jurisprudencia electoral 5/99,[13] la cual

11 Clicerio Coello Garcés y Luis Rodrigo Galván Ríos, *Juicio de revisión constitucional electoral, en* Derecho Procesal Electoral. Esquemas de legislación, jurisprudencia y doctrina 2ª Edición, 279 (Clicerio Coello Garcés coord., Tirant lo Blanch, 2021).

12 Ley General Del Sistema De Medios De Impugnación En Materia Electoral [LGSMIME], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 22-11-1996, última reforma DOF 22-11-1996 (Mex.).

13 Tribunal electoral del poder judicial de la federación. Tiene facultades para determinar la inaplicabilidad de leyes secundarias cuando éstas se opongan a disposiciones constitu-

concretaba esa facultad de control constitucional, dictándose, a partir del mismo, sentencias que inaplicaban artículos por considerarlos inconstitucionales.

De hecho, este ejercicio de interpretación constitucional por parte del máximo órgano de justicia electoral en el país ya constituía un atisbo de activismo judicial, pues encuadraba en tres aspectos fundamentales de éste, sostenidos por autores como Pasará:[14]

> a) *una interpretación de la norma que no se restringe a la literalidad*, entendida en el caso como una facultad interpretada más allá de lo que entonces señalaba el artículo 99 constitucional en su texto;
>
> b) *una preocupación por resolver, a través de la decisión judicial, un conflicto real que trasciende la formulación legal del mismo*. Lo anterior, porque a partir de la jurisprudencia se establecía que el Tribunal Electoral no sólo podía ocuparse de interpretar la norma para resolver la controversia, sino también de expulsarla del ordenamiento jurídico en caso de que contuviera postulados contrarios a la Carta Magna; y
>
> c) *el empeño por ir más allá de la resolución del caso concreto para atacar el problema social correspondiente, mediante la formulación de políticas de Estado que no han sido establecidas por Ejecutivo y Legislativo*, circunstancia que de hecho encuadraba también en el caso con base en una facultad que no había sido expresamente conferida por el legislativo para resolver los conflictos de índole electoral, pero que a juicio del Tribunal Electoral, resultaba necesaria a efecto de contar con más instrumentos para solucionar las controversias suscitadas con motivo de los comicios.

De tal suerte que, a partir de dicho criterio surgido de un incipiente activismo judicial del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, éste comenzó a asumirse como órgano de control constitucional en los juicios que eran de su competencia.

Sin embargo, esa potestad emanada de los criterios del mencionado tribunal fue frenada a partir de una denuncia de contradicción de tesis presentada por el propio Tribunal Electoral en contra de un criterio sustentado por la Suprema

cionales, (La jurisprudencia perdió vigencia, en virtud de la resolución de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada en la contradicción de criterios 2/2000, por tratarse de inaplicación de leyes por inconstitucionalidad).

14 Luis Pasará, *Estado de derecho y justicia en América Latina*, 1 Revista Oficial del Poder Judicial, 320 (2007)

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Corte de Justicia de la Nación.

Dicha denuncia fue registrada por el máximo tribunal del país bajo el número de contradicción de tesis 2/2000-PL y resuelta en el sentido esencial de que no podía existir una contradicción entre el Alto Tribunal y el Tribunal Electoral porque éste último no contaba con facultades de control constitucional, ya que esa no había sido la intención del constituyente al incorporarlo al Poder Judicial de la Federación a través del artículo 99 constitucional.

De tal suerte que, a partir de dicha decisión, se excluyó la facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de inaplicar leyes por considerarlas contrarias a la Constitución Federal, estableciéndose que, la única manera de combatir la constitucionalidad de una norma electoral era a través de la acción de inconstitucionalidad y que, en caso de contradecir un criterio del máximo tribunal del país, el Tribunal Electoral estaría vulnerando el artículo 105, fracción II, de la Carta Magna, así como el artículo 235 de la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En ese sentido, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación fue entonces colocado por el máximo tribunal del país en una suerte de tribunal de legalidad, dedicado exclusivamente a dirimir controversias a partir de interpretación de normas sin poder analizar su constitucionalidad con el objeto de expulsarlas del orden normativo imperante en México. Circunstancia que una vez más frenaba cualquier intento de activismo judicial, al no contar con potestad de inaplicar o ampliar normas con sustento en un control de constitucionalidad.

Cabe precisar que, al margen del freno de dichas facultades que ya constituían un atisbo de activismo judicial, la competencia en los medios de impugnación se mantenía intocada con la instalación temporal de las Salas Regionales al igual que la limitada procedencia del recurso de reconsideración respecto a decisiones judiciales emitidas por éstas últimas.

Esto último cambió a partir de la reforma constitucional en materia electoral de 2007, la cual, además de devolver el carácter de órgano de control constitucional al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, le otorgó la posibilidad de ejercer un activismo judicial más holgado a partir de la mencionada prerrogativa en lo inherente al recurso de reconsideración a partir de la ampliación de competencias de las Salas Regionales para conocer de medios de impugnación en materia electoral que originalmente estaban sólo reservados para Sala Superior, tal como se verá enseguida.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

IV. LA CONSOLIDACIÓN DEL TRIBUNAL ELECTORAL COMO ÓRGANO DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO Y LA APARENTE RESTRICCIÓN LEGAL DE LA PROCEDENCIA RECURSO DE RECONSIDERACIÓN EN MATERIA PROCESAL ELECTORAL.

Derivado de un conflicto político suscitado a partir de la elección presidencial de 2006, el 13 de noviembre de 2007 se publicó una reforma constitucional en materia electoral en el Diario Oficial de la Federación.

Al formularse la iniciativa que dio paso a la citada reforma, destaca cómo el legislador, puso especial atención en lo relativo a la falta de regulación expresa para otorgar facultades de control constitucional al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, refiriéndose incluso a la decisión de Suprema Corte de Justicia de la Nación de proscribir dicha potestad del ámbito de actuación del mencionado Tribunal Electoral.

Sobre este criterio, el legislador señaló que, a su parecer, la facultad de control constitucional del Tribunal Electoral ya estaba contemplada desde 1996,[15] pues el entonces quinto párrafo del artículo 99 constitucional señalaba lo siguiente.

> "Cuando una Sala del Tribunal Electoral sustente una tesis sobre la inconstitucionalidad de algún acto o resolución o sobre la interpretación de un precepto de esta Constitución, y dicha tesis pueda ser contradictoria con una sostenida por las Salas o el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, cualquiera de los Ministros, las Salas o las partes, podrán denunciar la contradicción en los términos que señale la ley, para que el Pleno de la Suprema Corte de la Nación decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer. Las resoluciones que se dicten en este supuesto no afectarán los asuntos ya resueltos."

Afirmación con la cual no se podría estar más que de acuerdo, pues para sustentar una tesis de inconstitucionalidad, derivada de una interpretación constitucional, que preveía la Constitución Federal, era entonces necesario contar con facultad de ejercer un control en la materia, lo cual ya había sido regulado desde 1996 por el artículo 99 de la Carta Magna.

No obstante, de acuerdo con la exposición de motivos de la reforma, y con el objeto de despejar la incertidumbre en la que situaba a los gobernados la

15 Discusión: Senado de la República. Segunda lectura del Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Puntos Constitucionales; de Gobernación; de Radio, Televisión y Cinematografía; y de Estudios Legislativos. Ciudad de México, a 12 de septiembre de 2007.

jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, así como perfeccionar la facultad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación para decidir la no aplicación de leyes electorales contrarias a la Constitución Federal,[16] el legislador adicionó de manera expresa dicha facultad a favor del referido tribunal, por conducto de todas sus Salas.

De esta manera, se añadió el sexto párrafo del artículo 99 constitucional, en el cual, se estableció la potestad del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de ejercer un control constitucional de normas electorales conforme a lo siguiente.

> "Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 105 de esta Constitución, las salas del Tribunal Electoral podrán resolver la no aplicación de leyes sobre la materia electoral contrarias a la presente Constitución. Las resoluciones que se dicten en el ejercicio de esta facultad se limitarán al caso concreto sobre el que verse el juicio. En tales casos la Sala Superior informará a la Suprema Corte de Justicia de la Nación."[17]

Así, luego de la enmienda constitucional, el legislador se abocó a reformar la entonces vigente Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en sus artículos 189, fracción XVIII, y 195, fracción X, así como la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral, a la cual adicionó un numeral en su artículo 6, lo anterior, para efecto de establecer la facultad expresa de las Salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación de determinar la no aplicación en casos concretos de leyes electorales en caso de estimarlas contrarias a la Constitución Federal. El mencionado decreto de reforma legal fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 1 de julio de 2008.

Asimismo, a la par del otorgamiento expreso de una facultad de control constitucional al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el legislador decidió que sus Salas Regionales debían constituirse como órganos de carácter permanente, dejando atrás su naturaleza de órganos de justicia temporales que resolvían controversias únicas y exclusivas de procesos electorales federales.

En ese sentido, luego de la citada reforma constitucional, tocó el turno de efectuar lo propio dentro de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral con el objeto de aprovechar la recién determinada permanencia de las Salas Regionales, para entre otras cosas, distribuir la competencia entre éstas y la Sala Superior, a efecto de determinar la competencia para conocer y resolver distintos los medios

16 Cámara de Origen: Senadores. Exposición de motivos. Ciudad de México, a 31 de agosto de 2007. Iniciativa de Senadores de diversos grupos parlamentarios.

17 Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, CP, Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 05-02-1917, última reforma DOF 13-11-2007.

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

de impugnación previstos por la mencionada ley adjetiva.

Por virtud de lo anterior, a través del entonces vigente artículo 189, fracción I, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, se estableció esencialmente que la Sala Superior sería competente para resolver medios de impugnación relacionados con la elección presidencial, gubernaturas, jefatura de gobierno y elecciones federales de diputaciones y senadurías por el principio de representación proporcional, hecha excepción para éste último caso de las nulidades relativas a la votación recibida en casilla, las cuales debían seguir siendo controvertidas mediante juicio de inconformidad ante las Salas Regionales competentes.

Mientras tanto, de acuerdo con lo previsto en por el precepto 195 de la mencionada Ley Orgánica, las Salas Regionales, en el ámbito en que ejercieran su jurisdicción, serían competentes para resolver ya no sólo juicios de inconformidad, para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano y recursos de apelación, sino también juicios de revisión constitucional electoral respecto de las elecciones de legislaturas locales, así como ayuntamientos y jefaturas delegacionales [ahora alcaldías] de la hoy Ciudad de México.

Lo anterior, implicó que las Salas Regionales ya no sólo conocieran de asuntos inherentes a los comicios federales, pues asumieron también competencia para dirimir conflictos derivados de elecciones locales en su carácter de órganos de control constitucional expresamente autorizados para ello conforme a la Carta Magna.

Cabe precisar que aun y con la ampliación de competencias de las Salas Regionales, éstas continuaban siendo consideradas órganos terminales, lo que se traducía en una inexistencia de instancia o medio de impugnación contra sus decisiones,[18] hecha excepción como hemos venido sosteniendo, en lo relativo a los juicios de inconformidad.

Tal circunstancia derivó en principio del postulado sostenido por el artículo 99 constitucional, el cual establece en su párrafo cuarto que el Tribunal Electoral resuelve en forma definitiva e inatacable las controversias sometidas a su consideración, sin hacer distinción alguna en lo relativo a las Salas de dicho tribunal.

Además, ello también emanaba del hecho de que la dilación en la resolución de controversias electorales no puede exceder los tiempos procesales pautados, pues en su mayoría, atienden derechos políticos y resultados electorales que dependen de términos fatales que dependen de fases en comicios y fechas de instalación e inicio de periodos de gobierno.[19]

Sin embargo, de manera distinta a lo que se había venido sosteniendo en la normativa procesal electoral desde 1996, en lo relativo al carácter uniinstancial

18 Mercedes de María Jiménez Martínez, *Autoridades electorales, en* Tratado de Derecho Electoral 2ª Edición, 46 (Felipe de la Mata Pizaña y Clicerio Coello Garcés coord., Tirant lo Blanch, 2021).

19 Roberto Duque Roquero y Anabel Ruiz Velázquez, *Principio de Inimpugnabilidad de sus decisiones, en* Estatus, Organización y Funcionamiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1149 (César Astudillo y J. de Jesús Orozco Henríquez coord., Tirant lo Blanch, 2021).

de las decisiones de las Salas Regionales, hecha excepción de las emitidas en los juicios de inconformidad, el legislador previó la posibilidad de impugnar las decisiones judiciales emitidas por dichas Salas en los diversos medios de impugnación que éstas resolvían, a través del recurso de reconsideración. Lo anterior, a partir de la inclusión en 2008 del inciso b) al numeral 1 del artículo 61 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral.[20]

A través de dicha añadidura, se estableció que el recurso de reconsideración era también procedente para impugnar sentencias de fondo dictadas en todos los medios de impugnación competencia de las Salas Regionales del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en las que se hubiera determinado la no aplicación de una ley electoral por considerarla contraria a la Constitución.

De una interpretación literal a dicho precepto podríamos razonar que sólo ante resoluciones que inaplicaran preceptos por considerarlos contrarios a la Carta Magna, Sala Superior estaría habilitada para revisar sentencias de Salas Regionales.

No obstante, a partir de un activismo judicial, Sala Superior ha emitido jurisprudencia con el objeto de constituir el mencionado recurso como una suerte de apelación en la materia procesal electoral. Lo anterior, al margen de lo originalmente previsto por el legislador en la ley adjetiva, tal como veremos a continuación.

V. EL ACTIVISMO JUDICIAL DEL MÁXIMO ÓRGANO DE JUSTICIA ELECTORAL DEL PAÍS MEDIANTE LA AMPLIACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE RECONSIDERACIÓN ELECTORAL.

Para logar entender el activismo judicial que ha desplegado la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a efecto de ampliar la procedencia del recurso de reconsideración a través de su jurisprudencia y al margen de lo estrictamente previsto por la ley, debemos primero exponer la definición del mencionado concepto. De entre todas las enunciaciones existentes que hay, retomaremos dos que en nuestro concepto se adecúan más al caso concreto.

La primera de ellas es la expresada por el juez Aharon Barak, que define el activismo judicial como la tendencia de lograr el equilibrio de un conflicto social a través de un cambio en la legislación vigente, mediante la creación de una nueva disposición normativa que no existía previamente, gracias a la interpretación que hace el juzgador de la constitución o de la ley.[21]

20 Ley General Del Sistema De Medios De Impugnación En Materia Electoral [LGSMIME], Diario Oficial de la Federación [D.O.F.] 22-11-1996, última reforma DOF 01-07-2008 (Mex.).
21 Aharon Barak, The judge in a democracy, 271 (Princeton University, 2006).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP

La segunda definición del concepto que emplearemos para sustentar el activismo judicial desplegado para la procedencia del recurso de reconsideración en materia electoral con base en jurisprudencia, es aquella propuesta por Marco Feoli, quien la sitúa como un tipo de relación que establecen los jueces con las personas y otros órganos del Estado, a partir de una decisión caracterizada por delimitar los alcances de las normas jurídicas, estableciendo significados que no surgen de la literalidad de esas normas, y que pueden incluir la definición de políticas públicas o la invalidación de las decisiones o de las políticas públicas diseñadas por otros órganos estatales.[22]

Sin duda estas dos definiciones son las que más se ajustan, en nuestro concepto, a la labor jurisprudencial emitida por la Sala Superior en relación con la procedencia del recurso de reconsideración, pues como se verá a continuación, tales criterios han sido construidos con base en supuestos diversos y ajenos a los previstos por la norma, que buscan paliar aparentes lagunas existentes en la legislación a efecto de otorgar soluciones a conflictos que podrían permanecer indefinidos de sólo quedar resueltos en el ámbito de competencia de las Salas Regionales, tal como es el caso de lo inherente a asuntos que denotan un notorio error judicial en su decisión.

Dicho lo anterior, veamos cómo el activismo judicial basado en jurisprudencia ha solventado cuestiones que no fueron encuadradas expresamente en voz del legislador para recurrir decisiones de Salas Regionales, las cuales, en principio, son definitivas e inatacables.

Para lo anterior, debemos recordar que conforme al artículo 214, fracciones I y III de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la Sala Superior del Tribunal Electoral cuenta con facultad para emitir jurisprudencia si: i. emite tres sentencias no interrumpidas por otra en contrario, en las que sostiene el mismo criterio de aplicación, interpretación o integración de una norma; o bien, ii. resuelve contradicción de criterios sostenidos entre otras, por la propia Sala Superior.

A partir de lo anterior, y en lo que atañe al objeto del presente, podemos advertir cómo, por orden cronológico, Sala Superior ha establecido supuestos de procedencia del recurso de reconsideración adicionales los previstos por el legislador en el caso del fondo de las sentencias dictadas por Salas Regionales, cuando:

1. Deciden expresa o implícitamente, la inaplicación de una ley electoral por considerarla inconstitucional;[23]

22 Marco Feoli V., *Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina*, 1 Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 87 (2016), DOI: https://doi.org/10.15359/rldh.27-1.4.

23 Recurso de reconsideración. Procede si en la sentencia la sala regional inaplica, expresa o implícitamente, una ley electoral por considerarla inconstitucional, Sala Superior del

2. Omiten el estudio o declaran inoperantes agravios hechos valer respecto a la inconstitucionalidad de normas electorales;[24]
3. Interpretan directamente preceptos constitucionales;[25]
4. Se aduce un indebido análisis u omisión de estudio sobre la constitucionalidad de normas legales impugnadas con motivo de su aplicación en la controversia;[26]
5. Se inaplican, expresa o implícitamente, normas partidistas;[27]
6. Se inaplican normas consuetudinarias de carácter electoral;[28]
7. Se ejerce un control de convencionalidad;[29] y,
8. Se hace valer la subsistencia de irregularidades graves que puedan afectar los principios constitucionales y convencionales exigidos para la validez de las elecciones, a pesar del dictado de la sentencia por parte de la Sala Regional.[30]

Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 3, Número 5, 2010, 32/2009, p. 46-48 (Mex.).

24 Reconsideración. Procede contra sentencias de las salas regionales cuando se omite el estudio o se declaran inoperantes los agravios relacionados con la inconstitucionalidad de normas electorales, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 4, Número 9, 2011, 10/2011, p. 38-39 (Mex.).

25 Recurso de reconsideración. Procede contra sentencias de salas regionales en las que se interpreten directamente preceptos constitucionales, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 5, Número 11, 2012, 26/2012, p. 24-25 (Mex.).

26 Recurso de reconsideración. Procede para impugnar sentencias de las salas regionales si se aduce indebido análisis u omisión de estudio sobre la constitucionalidad de normas legales impugnadas con motivo de su acto de aplicación, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 7, Número 14, 2014, 12/2014, p. 27-28 (Mex.).

27 Recurso de reconsideración. Procede contra sentencias de las salas regionales en las que expresa o implícitamente, se inaplican normas partidistas, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 5, Número 10, 2012, 17/2012, p. 32-34 (Mex.).

28 Recurso de reconsideración. Procede contra sentencias de las salas regionales cuando inapliquen normas consuetudinarias de carácter electoral, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 5, Número 10, 2012, 19/2012, p. 30-32 (Mex.).

29 Recurso de reconsideración. Procede para controvertir sentencias de las salas regionales cuando ejerzan control de convencionalidad, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 6, Número 13, 2013, 28/2013, p. 67-68 (Mex.).

30 Recurso de reconsideración. Procede cuando se aduzca la existencia de irregularidades graves que puedan afectar los principios constitucionales y convencionales exigidos para la validez de las elecciones, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 7, Número 14, 2014, 5/2014, p. 25-26 (Mex.).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

Por otro lado, si bien el artículo 61 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral establece que el recurso de reconsideración sólo procede contra sentencias de fondo dictadas por las Salas Regionales, la Sala Superior también se ha encargado de ampliar ese aspecto cuando se trata de decisiones que no analizan el fondo de la controversia.

Para lograr lo anterior, ha emitido criterios a ese respecto, en los cuales ha determinado que es procedente el recurso de reconsideración cuando: i. existe un sobreseimiento parcial, conjuntamente con un pronunciamiento de fondo en el fallo de la Sala Regional;[31] ii. la sentencia de la Sala Regional deseche o sobresea el medio de impugnación derivado de la interpretación directa de preceptos constitucionales;[32] y, iii. se advierta una violación manifiesta al debido proceso o en caso de notorio error judicial en una sentencia de desechamiento que dicte la Sala Regional.[33]

Ahora, en un aspecto aún más general, Sala Superior también ha acogido el *certiorari* como supuesto de procedencia para el recurso de reconsideración.

Dicho concepto de origen inglés, es básicamente una orden a un tribunal inferior para que entregue el expediente al órgano jurisdiccional de jerarquía superior a efecto de que éste pueda examinar la decisión del primero de los mencionados,[34] en este caso, Sala Superior, como última instancia, al igual que lo hace la Suprema Corte norteamericana, decide asumir la competencia de resolver asuntos que en su concepto, le permiten desempeñar su función institucional y decidir sólo o preferentemente cuestiones cuyo impacto trasciende los límites de la controversia particular planteada.[35]

Así, por medio de su jurisprudencia, la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha establecido la procedencia del recurso

31 Reconsideración. Concepto de sentencia de fondo, Para la interposición del recurso, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Justicia Electoral, Suplemento 5, Año 2002, 22/2001, p. 25-26 (Mex.).

32 Recurso de reconsideración. Procede contra sentencias de las salas regionales en las cuales se deseche o sobresea el medio de impugnación derivado de la interpretación directa de preceptos constitucionales, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 8, Número 17, 2015, 32/2015, p. 45-46 (Mex.).

33 Recurso de reconsideración. Procede contra sentencias de desechamiento cuando se advierta una violación manifiesta al debido proceso o en caso de notorio error judicial, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 10, Número 21, 2018, 12/2018, p. 30-31 (Mex.).

34 Toni Jaeger-Fine, *Writ of Certiorari (auto de avocación) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en* Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Tomo II, 1259 (María de la Concepción Vallarta Vázquez trad., Eduardo Ferrer Mac-Gregor *et. al.* coord., Consejo de la Judicatura Federal-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014).

35 María Ángeles Ahumada Ruiz, *El «certiorari». Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos*, 41 Revista Española de Derecho Constitucional, 94 (1994).

de reconsideración para analizar lo que denomina asuntos "relevantes y trascendentes".[36]

Con base en lo anterior, se estima pertinente destacar como en una suerte de activismo judicial, Sala Superior ha desplegado acciones para extender aún más la procedencia del recurso de reconsideración a pesar de la lectura del artículo de la ley adjetiva que señala en qué caso éste resulta admisible.

De esta manera, Sala Superior ha ido más allá al establecer distintos escenarios en lo que resulta factible examinar sentencias emitidas por las Salas Regionales, a pesar de la posible intención del legislador de constituir a éstas últimas cómo órganos terminales de decisión y limitar a casos muy particulares la revisión de sus decisiones.

En ese sentido, se puede entonces coincidir con lo sustentado por autores en el sentido de que, si bien las decisiones de la Sala Superior del Tribunal Electoral son definitivas e inatacables, ello no ocurre con respecto a los fallos de las Salas Regionales.[37]

Lo anterior, porque a pesar de la posible intención del legislador para que así fuera, ha existido un criterio consistente para situar a la referida Sala Superior como un órgano de justicia capaz de delinear las directrices de decisión en la materia electoral, a efecto de salvaguardar los derechos de las y los justiciables, así como establecer certeza en la emisión de decisiones inherentes a la materia electoral.

VI. CONCLUSIONES

Más allá de lo subjetivo, invasivo o transgresor que podría argumentarse respecto a la jurisprudencia que ha ampliado la procedencia del recurso de reconsideración en materia electoral a pesar de lo establecido por la ley adjetiva de la materia, podemos afirmar que el activismo judicial derivado de ello constituye una facultad asumida y otorgada constitucionalmente en favor de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación a través del artículo 99 constitucional, la cual ha permitido en algunos casos, como es relativo a la jurisprudencia inherente al error judicial, rectificar decisiones que podrían constituir afectaciones de derechos de los justiciables.

Dicho proceder, ha logrado a su vez expandir el derecho a recurrir y el diverso inherente al recurso efectivo, consagrados por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales podrían encontrarse vulnerados

36 Recurso de reconsideración. Es procedente para analizar asuntos relevantes y trascendentes, Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, Gaceta de Jurisprudencia y Tesis en materia electoral, Año 12, Número 23, 2019, 5/2019, p.p. 21-22 (Mex.).
37 Adriana Margarita Favela Herrera y Saúl Mandujano Rubio, Derecho Electoral. Visión Práctica, 267 (Limusa, 2013).

dentro de los asuntos en los que las Salas Regionales actúan como primera instancia, tal como podría ser el caso de los recursos de apelación o juicios de la ciudadanía en los cuales se revisen de manera directa decisiones de la autoridad administrativa electoral nacional, y para los cuales el recurso de reconsideración asumiría la función híbrida de una revisión a la primera instancia y de carácter extraordinaria.

A partir de lo anterior, los criterios relativos a la procedencia del recurso de reconsideración también pueden definir pautas para uniformar criterios en asuntos subsecuentes que sean sometidos a conocimiento de cada una de las Salas Regionales que conforman el Tribunal Electoral.

Por tanto, aun y cuando podría ser deseable para los justiciables la procedencia indistinta del recurso de reconsideración contra sentencias de Salas Regionales, al no estar dada de manera expresa por la legislación, es entonces la última instancia, representada por la Sala Superior, quien ha establecido supuestos más amplios para su procedencia, desplegando sus facultades de activismo judicial a través criterios jurisprudenciales, mismos que han derivado de razonamientos tan importantes como el emitido recientemente en el recurso de reconsideración SUP-REC-265/2021, el cual estimó importante y trascendente la procedencia del mismo para efectos de decidir si era o no constitucional la determinación de la autoridad administrativa electoral nacional de sancionar a los aspirantes a candidaturas independientes que no presentaran el informe de ingresos y gastos de actos tendentes a la obtención de apoyo ciudadano, no sólo con la pérdida del derecho a ser registrado como candidatos en el proceso electoral en curso, sino también con la pérdida de ese derecho en dos procesos electorales subsecuentes de acuerdo con lo previsto por el artículo 456, numeral 1, inciso d), fracción IV, de la Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales. Lo anterior a partir de una decisión de la Sala Monterrey emitida en el expediente SM-RAP-33/2021, en la cual, había confirmado dicha sanción.

Luego de determinar la procedencia del recurso por su importancia y trascendencia, Sala Superior decidió inaplicar el referido precepto al estimarlo contrario a la Constitución Federal, ya que en su concepto, la sanción de inhabilitación para registrar una candidatura en dos procesos electorales siguientes a aquél en que se comete la falta, vulneraba directamente la prohibición de penas desiguales y desproporcionales, contemplada por el artículo 22 constitucional, en la medida que la legislación preveía distinta sanción para conductas igualmente reprochables de aspirantes a candidaturas de partidos políticos e independientes.

De no haber existido ya un andamiaje relativo a la procedencia del recurso por ese supuesto, o haberse aplicado de manera tajante lo previsto por el artículo 61 de la Ley General del Sistema de Medios de Impugnación en Materia Electoral y no estimar su procedencia, podrían haber existido decisiones distintas entre

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

cada una de las Salas [algunas confirmando la sanción y otras inaplicándola por estimarla inconstitucional], sin posibilidad de que la Sala Superior emitiera una directriz al respecto, sólo factible de ocurrir hasta que se hubiera presentado en un caso de su competencia, quedando en estado de incertidumbre, todos aquellos aspirantes a candidaturas independientes sancionados con base en el mismo precepto declarado inconstitucional.

De ahí que para casos como el expuesto, resulte tan trascendente la decisión de ampliar la procedencia del recurso de reconsideración con base en decisiones judiciales que complementan lo ya establecido por el legislador, mismas que en el caso, revisen un activismo judicial deseable para un Estado de Derecho apegado a directrices tales como las derivadas de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Adriana Margarita Favela Herrera y Saúl Mandujano Rubio, Derecho Electoral. Visión Práctica, (Limusa, 2013).

Aharon Barak, The judge in a democracy, (Princeton University, 2006).

Clicerio Coello Garcés y Luis Rodrigo Galván Ríos, *Juicio de revisión constitucional electoral, en* Derecho Procesal Electoral: Esquemas de legislación, jurisprudencia y doctrina, 2ª ed., 279-301 (Clicerio Coello Garcés coord., Tirant lo Blanch, 2021).

Eduardo Andrade Sánchez, La reforma política de 1996 en México, (Universidad Nacional Autónoma de México-Corte de Constitucionalidad de Guatemala-Procurador de Derechos Humanos de Guatemala, 1997).

Flavio Galván Rivera, Derecho Procesal Electoral Mexicano, (Porrúa, 2002).

Luis Pasará, *Estado de derecho y justicia en América Latina*, 1 Revista Oficial del Poder Judicial, 320 (2007)

Manuel González Oropeza, *La protección de los derechos políticos en los Estados Unidos y México desde una perspectiva del Derecho Comparado*, 38 Revista del Instituto de la Judicatura Federal, 67-80 (2014).

Marco Feoli V., *Judicialización de la política y activismo judicial: una aproximación a América Latina*, 1 Revista Latinoamericana de Derechos Humanos, 75-98 (2016), DOI: https://doi.org/10.15359/rldh.27-1.4.

María Ángeles Ahumada Ruiz, *El «certiorari»*. Ejercicio discrecional de la jurisdicción de apelación por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, 41 Revista Española de Derecho Constitucional, 89-136 (1994).

Mario Melgar Adalid, La Suprema Corte de Estados Unidos. Claroscuro de la justicia, (Porrúa, 2012).

Mercedes de María Jiménez Martínez, *Autoridades electorales, en* Tratado de Derecho Electoral 2ª ed., 37-53 (Felipe de la Mata Pizaña y Clicerio Coello Garcés coord., Tirant lo Blanch, 2021).

Pablo Javier Becerra Chávez, *La reforma electoral de 1996, en* Elecciones y partidos en México, 1996, 37-48 (Manuel Larrosa y Ricardo Espinoza coord., Universidad Autónoma Metropolitana, 1998).

Roberto Duque Roquero y Anabel Ruiz Velázquez, *Principio de Inimpugnabilidad de sus decisiones, en* Estatus, Organización y Funcionamiento del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 1149-1164 (César Astudillo y J. de Jesús Orozco Henríquez coord., Tirant lo Blanch, 2021)

Roberto Gutiérrez López y Alejandro Becerra Gelover, *Las reformas electorales en el período 1989-1995 y el Tribunal Federal Electoral, en* Evolución histórica de las instituciones de la Justicia Electoral en México, 227-334 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002).

Rodolfo Terrazas Salgado, *La reforma de 1996 y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en* Evolución Histórica de las Instituciones de la Justicia Electoral en México, 337-460 (Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2002).

Toni Jaeger-Fine, *Writ of Certiorari (auto de avocación) ante la Corte Suprema de los Estados Unidos, en* Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional, Tomo II, 1259-1261 (María de la Concepción Vallarta Vázquez trad., Eduardo Ferrer Mac-Gregor et. al. coord., Consejo de la Judicatura Federal-Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014).

Año 2, Vol. 1, Núm. 02, Enero-Junio 2022
ISSN: 2954-3924

RIDP REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHO PÚBLICO

Año 2,
Volúmen 01,
Número 02,
Enero-Junio 2022

Coordinador del Número:
Dr. Miguel de Jesús Neria Govea
Universidad Autónoma de Baja California

Monográfico:
Activismo Judicial

ridp.udem.edu

Revista Internacional de Derecho Público ridp.udem.edu , Año 2022, Vol. 1, No. 2, Enero-Junio 2022, es una publicación semestral, editada por la Universidad de Monterrey, a través del Departamento de Derecho. Av. Ignacio Morones Prieto 4500 Pte. 66238, Col. Jesús M. Garza, San Pedro Garza García, Nuevo León, México C. P. 66238. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo número 04-2022-012811102300-102, ISSN 2954-3924, aquella otorgada por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Alonso Cavazos Guajardo Solís. Coordinador del Número: Dr. Miguel de Jesús Neria Govea, Universidad Autónoma de Baja California. Fecha de última modificación: enero de 2022. Diseño y maquetación: Fidel Antonio Romero Alvarez, fidelromeromx@gmail.com - Movedesign.com. Foto portada: Ekaterina Bolovtsova, www.pexels.com.

Las opiniones expresadas por los autores no reflejan necesariamente la postura de la UDEM.

Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización de la UDEM.

ISSN: 2954-3924

UDEM
UNIVERSIDAD DE MONTERREY